

DEPARTAMENT DE DRET PENAL

EL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL

NOUR EL DIN MOHAMED KAMEL AMIN HANZAL

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
Servei de Publicacions
2009

Aquesta Tesi Doctoral va ser presentada a València el dia 20 de gener de 2009 davant un tribunal format per:

- Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu
- Dr. José Luis González Cussac
- Dra. Carmen Jantey Dorado
- Dra. María Luisa Cuerda Arnau
- Dr. Alberto Alonso Rimo

Va ser dirigida per:
Dr. Enrique Orts Berenguer

©Copyright: Servei de Publicacions
Nour el din Mohamed Kamel Amin Hanzal

Dipòsit legal: V-3732-2009
I.S.B.N.: 978-84-370-7489-4

Edita: Universitat de València
Servei de Publicacions
C/ Arts Gràfiques, 13 baix
46010 València
Spain
Telèfon:(0034)963864115

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
FACULTAD DE DERECHO



El artículo 89 del Código Penal

TESIS DOCTORAL

Presentada para la colación del grado de doctor por:

Mohamed Kamel Amin Hanzal, Nour el din

Dirigida por el **Dr. D. Enrique Orts Berenguer**

Valencia 2008

DEDICATORIA

A mí madre

ÍNDICE

ÍNDICE

	Pág.
Dedicatoria.....	3
Índice de Abreviaturas Utilizadas.....	15
Introducción.....	21
LA PRIMERA PARTE	
I. EVOLUCION LEGISLATIVA.....	31
1. Planteamiento.....	33
2. La expulsión de extranjeros en la fase anterior a la codificación.....	39
a) Fenicios y cartagineses.....	43
b) Período romano.....	44
c) Período visigótico.....	45
d) Fuero Juzgo.- Protección Jurídica del Extranjero.....	47
e) Los Mercaderes de Ultra Portos.....	51
f) Período de la Reconquista.....	51
g) Legislación alfonsina y las especialidades forales.....	54
h) Fuero Real.....	54
i) Las Partidas.....	55
j) Política de los Reyes y de los Municipios.....	57
k) Pragmática de los Reyes Católicos.....	58
l) La Novísima Recopilación.....	58
m) Grupos jurídicamente marginados	60
a) La expulsión de los judíos.....	61
b) La expulsión de los moriscos.....	63
3. LA EXPULSION DE EXTRANJEROS EN EL DERECHO PENAL CODIFICADO	69
- Consideraciones generales.....	69
A.- LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN LOS ANTERIORES CÓDIGOS PENALES	73
- Introducción.....	73
1. EL CÓDIGO PENAL DE 1822.....	75
a) Penas corporales.....	83
b) La deportación.....	84
c) El destierro.....	87
a. El destierro a perpetuidad	90
b. El destierro temporal.....	90
d) El extrañamiento.....	93

e) El confinamiento.....	94
2. EL CÓDIGO PENAL DE 1848-1850.	95
a) Antecedentes históricos... ..	95
b) El proyecto del Código Penal de 1848.	96
c) Consideración general del Código de 1848 y su reforma.	98
d) Clasificación de las penas.	100
1. La Relegación.	101
2. El extrañamiento.	102
3. El Confinamiento.	111
4. El Destierro.	112
e) La reforma del Código Penal de 1850.	113
3. EL CODIGO PENAL DE 1870.	115
4. EL CÓDIGO PENAL DE 1928.	125
a) La diferencia entre las medidas de seguridad y las penas.	126
b) La expulsión de extranjeros como medida de seguridad complementaria a la pena	131
c) El procedimiento para la expulsión de extranjeros.	138
d) El quebramiento de la expulsión.	141
5. EL CODIGO PENAL DE 1932.	143
6. EL CODIGO PENAL DE 1944.	147
7. EL CODIGO PENAL DE 1973.	151
B - LA EXPULSION DE EXTRANJEROS EN LOS PROYECTOS DEL CODIGO PENAL.	163

LA SEGUNDA PARTE

II. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN LA LEGISLACION PENAL ESPECIAL Y LA LEGISLACION ADMINISTRATIVA	177
A. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN LA LEISLACION PENAL ESPECIAL.	179
1) Real Decreto de 14 de agosto de 1825.	182
2) La Costumbre internacional.	182
3) Real Decreto de 17 de noviembre de 1852. (Decreto de Extranjería).	183
4) Los Reales Decretos del Ministerio de la Gobernación.	188
5) Real Orden de 14 de marzo de 1853.	188
6) Los Tratados con los países limítrofes.	189
7) Ley de Asilo territorial de 4 de diciembre de 1855.	189
8) Real Decreto de 12 de marzo de 1917.	189
9) Real Decreto de 12 de mayo de 1917.	190
10) Reglamento sobre Población y Términos Municipales de 2 de julio de 1924.	191
11) Decreto de 16 de enero de 1931.	191

12) Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933.	192
13) Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933.	193
14) Decreto de 4 de octubre de 1935 (Decreto de la Republica).	193
15) Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939.	195
16) Decreto de 2 de marzo de 1944.	195
17) Ley de 22 de diciembre de 1949.	196
18) Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social.	196
19) Decreto 522/1974, de 14 de febrero.	199
20) La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Expulsión y de Sitio.	200
21) Ley Orgánica 1/1992 de 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.	201
22) Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.	206
B. LA EXPULSION DE EXTRANJEROS EN LA LEGISLACION ADMINISTRATIVA	207
1. La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.	209
2. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.	237
1. Introducción.	239
2. Los aspectos legales, política de inmigración y la evolución de la Ley 4/2000. ..	239
3. Planteamiento general.	243
4. La expulsión gubernativa del extranjero por causa penal.	248
a) La expulsión gubernativa del extranjero condenado dentro o fuera de España.	248
b) La sustitución del procedimiento judicial penal por la expulsión gubernativa del extranjero procesado.	254
1) Análisis de la sustitución administrativa del proceso penal por la expulsión.	255
2) La fase procesal en la que pueda admitir la sustitución del proceso penal por la expulsión del extranjero procesado.	266
3) Los efectos derivados de la expulsión gubernativa del extranjero procesado en causa penal.	268
5. Posible duplicidad del grado de jurisdicción penal administrativa en materia de expulsión.	270
6. La duplicidad de condena de los delitos establecidos en el apartado 4º del art.	

89 del código penal y el apartado 8 del art. 57 de la LO 4/2000.	275
---	-----

LA TERCERA PARTE

III. LOS ASPECTOS DE LAS DIFERENTES VERSIONES REGULADORAS DEL ARTICULO 89 CP	283
A. LA VERSION ORIGINARIA DEL ARTICULO 89 DEL CODIGO PENAL.	285
1- El apartado 1º del artículo 89.	285
a) La sustitución facultativa de las penas privativas de libertad por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España.	285
b) Requisitos.	292
1) Subjetivo.	292
2) Objetivo.	294
3) Condenado.	297
4) Audiencia del penado.	309
2- El apartado 2º del artículo 89.	313
- La prohibición de regreso a España.	313
3- El apartado 3º del artículo 89.	316
- El quebrantamiento de una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español.	316
B. LA SEGUNDA VERSION REGULADORA DEL ARTICULO 89 DEL CODIGO PENAL	
- El apartado 4º del artículo 89.	321
C. LA VERSIÓN ACTUAL REGULADORA DEL ARTICULO 89 DEL CODIGO PENAL	323
1. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXPULSIÓN DEL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL, NATURALEZA, SITUACIÓN DE LA SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS POR LA EXPULSIÓN DEL EXTRANJERO.	325
a) Introducción.	325
b) Noción y naturaleza de la medida de expulsión.	326
c) Planteamiento y polémica sobre la pena sustituida y la expulsión sustitutiva.	328
d) Requisitos.	377
a. La situación de la residencia del penado extranjero.	378
b. La clase de pena sobre la que recaiga la sustitución.	378
c. La pronunciación sobre la sustitución en sentencia.	383
d. La audiencia del penado.	385
e. La audiencia del Ministerio Fiscal.	399
f. La motivación de la decisión judicial.	404
2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL	409
A. Ámbito de aplicación objetivo.	411
B. Ámbito de aplicación subjetivo.	424

1) Concepto general del extranjero.	424
2) Concepto del extranjero no residente legalmente en España.	430
3) Planteamiento sobre el problema de acreditar la residencia ilegal del extranjero en España.	438
4) La carga de acreditar la situación de la residencia ilegal del extranjero en España.	440
C. La clasificación de los extranjeros.	444
1. Los nacionales de Estados miembros en la Unión Europea.	444
a) Introducción.	444
b) La evolución europea en materia de extranjeros.	448
c) La evolución de la ciudadanía europea en la legislación española.	450
d) La expulsión de los nacionales de Estados miembros en la Unión Europea.	451
2. Los ciudadanos de distintas nacionalidades.	462
a) Ciudadanos de terceros países.	462
b) Ciudadanos de países Iberoamericanos.	463
3. La situación de los hijos menores del extranjero expulsado.	465
a) Introducción.	465
b) Menores acompañados.	468
c) Menores de padres separados.	469
IV. ANALISIS SISTEMÁTICO DEL ARTICULO 89 DEL CODIGO PENAL	
APARTADO 1º	471
1. La sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años por la expulsión del territorio español del extranjero no residente legalmente en España.	471
- Crítica sobre la expulsión automática.	480
2. La sustitución de la pena de prisión igual o superior a seis años por la expulsión del territorio español del extranjero no residente legalmente en España.	489
LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA POR LA EXPULSIÓN	504
3. La inaplicación de lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal.....	504
- Planteamiento del artículo 71.2 en relación con el artículo 89 del Código penal.....	511
4. El archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España	518
5. El supuesto en el que no pudiera llevarse a efecto la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión	528
APARTADO 2º.	
6. La prohibición de entrada a España.....	536

APARTADO 3º.	
7. El intento de quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada.....	544
A. Las diversas modalidades de entrada del extranjero a España según su nacionalidad.	559
a) Ciudadanos no están obligados a obtener previamente visado de entrada a España ni justificar su entrada.....	561
b) Ciudadanos no están obligados a obtener previamente visado de entrada a España pero sí están sujetos a justificar el objeto y condiciones de entrada.	563
c) Ciudadanos, sí, están obligados a la previa solicitud de visado de entrada desde el consulado de España donde residen los solicitantes.	564
B. Polémica sobre la denegación de entrada del extranjero a España.....	567
PARTADO 4.	
8. La exclusión de extranjeros condenados por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal.....	574
- Planteamiento de posible duplicidad de condena “non bis in ídem”.....	584
V. LA EJECUCIÓN DE LA EXPULSIÓN ACORDADA JUDICIALMENTE.....	601
A. Planteamiento de las normas reguladora de la expulsión.....	603
B. Requisito.....	6071
C. Tramitación.....	608
D. La posibilidad de sustituir la expulsión por otras medidas.....	610
E. La posibilidad de la sustitución del resto de la pena por la expulsión.....	612
F. La expulsión acordada por otros Estados miembros de la Unión Europea.....	613
G. Planteamiento de posible colisión con el principio de ultraterritorialidad en el país de origen del extranjero condenado.....	614
H. La responsabilidad civil derivada del delito.	623
1. Planteamiento sobre la responsabilidad civil derivada de los delitos cometidos por extranjeros no residentes legalmente en España	623
2. Exigencia de la responsabilidad del Estado.	625
3. La responsabilidad civil en la Ley de Extranjería.....	626
4. La responsabilidad civil en el Código Penal.....	627
5. Cobertura legal.....	628
6. El modo de considerar la responsabilidad del Estado	632
CONCLUSIONES.	635
BIBLIOGRAFIA.	661
APENDICE JURISPRUDENCIA.	689

INDICE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

INDICE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

AAP	Auto de Audiencia Provincial.
AN	Audiencia Nacional.
AP	Audiencia Provincial.
AT	Audiencia Territorial.
Art	Artículo.
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CEPDHyLF	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.
CE	Constitución Española.
CEE	Comunidad Economía Europea.
Cit	Citado/a.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
Cood.	Coordinador.
CP	Código penal.
CP [1973]	Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el anterior código penal.
C.Sch.	Convenio de Schengen.
D.I.E	Documento de Identificación del Extranjero.
Dir.	Dirigido/Director.
D.N.I	Documento Nacional de Identidad.
Fj.	Fundamento jurídico.
FGE	Fiscalía General del Estado.
LECrm.	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo.
LPRS	Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
L.O.E	Ley Orgánica de Extranjería.

LOEX Ley Orgánica de Extranjería.

LO.7/1985 Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

LO.4/2000 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

L.O. Ley Orgánica.

LOTC Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

LRJAPyPAC Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administración Común.

LOPSC. Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

N.I.E Número de Identificación de Extranjero.

NCP Nuevo Código Penal.

PIDyCP Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

PLOCP Proyecto de la Ley Orgánica del Código Penal.

PCP Proyecto del Código Penal.

RUE Reglamento de la Unión Europea.

R Recurso.

RD. Real Decreto

RD [178/2003] Real Decreto 178/2003, de 14 febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

REX Reglamento de la Ley de Extranjería.

RD [2393/2004] Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

RP Reglamento Penitenciario.

S sentencia.

SS Sentencias.

STC Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
SSTS	Sentencias del Tribunal Constitucional.
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TC	Tribunal Constitucional.
TCCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.
TCCEE	Tratado de Constitución de la Comunidad Económica
TCEE	Tratado de la Comunidad Economía Europea.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Corporaciones Europeas.
UE	Unión Europea

INTRODUCCION

INTRODUCCION

Cuando abordé el inicio del presente trabajo, mi principal intención era realizar, como objeto de esta Tesis doctoral, un estudio relativo a la legislación comparada entre el Código Penal español y el Código Penal egipcio, mi país nativo, donde tuve la oportunidad de ejercer la abogacía más de treinta años. Sin embargo, después de muchas vacilaciones opté por abandonar esta finalidad, ya que me percaté de que, por una parte, tal investigación comparada de poco iba a servir, ni en Egipto ni en España, y de otra, que desde el año 1994 y durante el transcurso de mi estudio doctoral en el Departamento de Derecho penal de la Universidad de Valencia, había adquirido -como Abogado de profesión- una profunda experiencia y practica profesional especializada en el tema de extranjería, razón suficiente, a mi juicio, para justificar el estudio que a continuación se inicia, dada la escasa relación que tradicionalmente ha tenido en la doctrina española y la jurisprudencia la materia de extranjería con el Derecho Penal.

El objetivo de esta tarea se dirige a analizar la expulsión del extranjero no residente legalmente en España como consecuencia jurídico-penal alternativa a la ejecución de las penas privativas de libertad recogida en el artículo 89 del Código Penal de 1995 en sus diversas versiones, tratando de abordar aquellas cuestiones problemáticas que pueden surgir, y surgen, a consecuencia de su naturaleza, situación, aplicación y, ejecución. Y todo ello, teniendo en cuenta y valorando la historia previa de instituciones semejantes, abordando así el análisis de la evolución de las sucesivas

figuras reflejada en la fase anterior a la codificación y en el periodo codificado que ayude a comprender los antecedentes actuaciones del legislador respecto a la existencia de semejantes medidas y la situación de los extranjeros en España, así como en las leyes especiales y administrativas que regulaban la expulsión del extranjero del territorio nacional hasta que entró en vigor el vigente artículo 89 del Código penal.

Dada la gravedad del tema de que se trata, y tras un profundo análisis de los diferentes preceptos legales destinados a la materia, se tratará de averiguar la disponibilidad del tratamiento adoptado por el legislador respecto a esta alternativa, muchos son los problemas interpretativos que plantea la redacción del mencionado precepto: qué es beneficiosa para el delincuente extranjero, es de carácter excepcional, es una renuncia a la privación de libertad, es política estatal donde los fines preventivos de la pena pasan a un segundo plano, la intervención del derecho penal podría o no permanecer ajena, etc., a todo ellos pretende dar una respuesta en las páginas que siguen, ofreciendo algunas alternativas con la finalidad de mejorar y subsanar determinados vicios sufridos -a mi parecer- en la redacción vigente del artículo 89 objeto de esta Tesis. A esta postura, para buscar a una adecuada solución que puede servir como una respuesta, no basta sólo con la voluntad del legislador, sino también, al funcionamiento del ordenamiento jurídico penal en conexión con los demás derechos, las múltiples posiciones doctrinales, los pronunciamientos jurisprudenciales que sobre cada uno de los elementos de este artículo se han vertido con la única finalidad de valorar la eficacia, suficiencia y resultado de la aplicación del artículo 89, o si debe, por el contrario, ser objeto de omisión, modificación, o otra alternativa para lograr una

regulación más adecuada y eficaz para capaz de hacer frente a esta gran lacra criminal y social.

España actualmente, se ha convertido, más que nunca, en un país receptor de inmigrantes, tanto legal como clandestinamente, por ello, el tema de extranjería pesa cada día más, no solo en el orden jurídico penal, sino también en su aspecto social, civil, laboral económico y político etc. La expulsión de extranjeros en el Código penal, ha surgido "nuevamente" por la necesidad de una alternativa a la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas al extranjero en determinadas condiciones, como una medida de carácter administrativo dentro del Derecho penal. Medida que no existía en el Código Penal inmediatamente anterior, y cuya causa esta, sin ningún género de dudas, en la pragmática solución a adoptar frente al creciente número de extranjeros en los Centros Penitenciarios que está aumentando constantemente. Sin embargo, tal y como tendré ocasión de analizar, al tratarse de un procedimiento penal, dichas medidas pueden chocar con otros derechos fundamentales y bienes jurídicos protegidos a la hora de aplicarse tal medida. Y todo ello sin olvidar el fracaso y la complejidad práctica para hacer efectiva la expulsión penal por la autoridad gubernativa.

Tengo la profunda convicción, y lo plasmo en este trabajo con argumentos jurídicos, de que la expulsión del extranjero, como medida sustitutiva de la pena en el Código Penal de 1995, provoca una serie de cuestiones polémicas, confusas de difícil clasificación debido a la falta de consonancia y concordia con las demás disposiciones legales que tienen por objeto la expulsión. Se produce una auténtica dualidad de competencias que, en no pocas ocasiones, viola la debida separación de poderes públicos y suscita, como consecuencia, un doble

castigo que es lo que hasta ahora ha venido sucediendo, extremo que genera la necesidad de un nuevo modelo legislativo suficiente y claro con una capacidad equilibrada entre dos delicados derechos fundamentales; el interés general del Estado en la persecución y castigo de los delitos y el justo reconocimiento de los derechos de los Inmigrantes en España.

España todavía no está completamente preparada para ello, extremo este, que provoca la urgente necesidad de crear un nuevo Ministerio o Departamento apto y especializado en materia de inmigración, nacionalidad, asilo y refugio con su propio bagaje normativo, armónico, único y específico, dedicado a la regularización de la inmigración en su concepto general, con el propósito de articular todas las normas en una modalidad propia, apropiada y diseñada exclusivamente para el fenómeno migratorio, tanto para los extranjeros en España como para los españoles en el extranjero.

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal ha experimentado, desde que entró en vigor en mayo de 1996, 18 reformas parciales. El contenido del artículo 89, desde su entrada en vigor, ha pasado por tres etapas con diferentes versiones. No cabe duda de que en muchas ocasiones resulta necesaria la actualización legislativa con el fin de hacer frente a los actos delictivos derivados de nuevas formas o modelos de criminalidad, o para subsanar defectos evidenciados en las leyes, pero lo cierto es que estas múltiples reformas han generalizado ciertas incertidumbres e inseguridades en el ámbito que nos ocupa. La inestabilidad legislativa, se ha proyectado sobre diversos ámbitos generando asimismo una inquietud considerable reflejada en la jurisprudencia que podemos observar desde la primera versión del artículo 89 del Código Penal hasta hoy, en particular y como dice el Tribunal Supremo, (STS 901/2004, de 8 de julio)

"la regulación actual del art. 89 CP,... instituye un ejemplo del vértigo legislativo que tiene por objeto el Código Penal... no siendo ocioso recordar que cada versión ha ofrecido una versión más endurecida contra los emigrantes ilegales condenados por delitos".

No se pretende en esta Tesis doctoral entrar a fondo en el análisis de la materia de extranjería en toda su extensión, simplemente, se trata de abordar aquellas cuestiones ligadas a los extranjeros que contienen una relación directa y fundamental con el aspecto penal que por su interés e importancia se convierte en el objeto de nuestro trabajo. Hemos decidido centrarnos en lo que se dispone sobre la expulsión gubernativa de carácter penal y las disposiciones legales aplicables que afectan a los extranjeros inherentes a la sustitución gubernativa del procedimiento penal por la expulsión del extranjero y los demás casos de aspecto penal. Asimismo, y como complemento a todo ello, se recoge una gran cantidad de jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, Audiencias, el Tribunal Europeo de Derechos humanos, procurando huir de las cuestiones desgajadas del derecho penal, sin ocuparnos con mayor profundidad de las cuestiones civiles, contencioso administrativas, ni relativas al régimen general de extranjería. Son tantas las cuestiones que difícilmente podrían abarcarse. Ese ha sido el criterio que nos ha llevado a ceñir más la materia y a no ocuparnos de otras cuestiones que, siendo igualmente interesantes, ampliaban en exceso el objeto de la Tesis doctoral.

A efectos de desarrollar la tarea expresada, y responder a los objetivos marcados, se ha considerado conveniente estructurar la Tesis en tres partes diferentes:

La primera, relativa al estudio de los precedentes históricos, la evolución legislativa de la regulación de la expulsión de los extranjeros del territorio nacional en la fase anterior a la codificación, el periodo codificado y, los antecedentes prelegislativos de la sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión de extranjeros en los proyectos anteriores a la entrada en vigor del artículo 89 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

La segunda, aborda el análisis pormenorizado de la expulsión de extranjeros en la legislación penal especial y la legislación administrativa.

En la tercera y última parte de la Tesis se ocupa de los aspectos de las diferentes versiones reguladoras del artículo 89 del Código penal, el análisis sistemático de la versión actual del artículo 89, las diversas manifestaciones de la doctrina, y los efectos derivados de la sustitución de la pena por la expulsión y su ejecución.

LA PRIMERA PARTE

I. EVOLUCION LEGISLATIVA

1. Planteamiento

En el presente capítulo de esta Tesis doctoral se pretende estudiar los precedentes históricos, la evolución legislativa de la regulación de la expulsión de los extranjeros del territorio nacional en la fase anterior a la codificación, el periodo codificado y, los antecedentes prelegislativos de la sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión de extranjeros en los proyectos anteriores a la entrada en vigor del artículo 89 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

Considero que es de gran interés dedicar la primera parte de la presente Tesis doctoral a la formación de la Historia del Derecho español; y al respecto cabe preguntarse por su utilidad; ¿para qué sirve?, ¿cuáles son los fines que se persigue alcanzar este estudio? La respuesta es, según TOMAS Y VALIENTE¹, que la disciplina intenta enseñar la dependencia del Derecho respecto a otros órdenes de la realidad, en qué ha consistido el Derecho y cómo ha cambiado, qué factores lo condicionan y qué ideales, utopías o valores trata de realizar. Conocer todo ello será formativo para quien en el futuro acaso sólo se dedique al Derecho hoy vigente. La contemplación de la escasa autonomía del Derecho y de la variación de los principios sobre los que se ha construido a través de tantos siglos debe servir de vacuna contra el pecado de dogmatismo acrítico y de formalismo que tan tentadoramente acecha al jurista de nuestro tiempo. Porque si acertamos a comprender cómo se instaló y cómo fue desalojado cada modo de creación del Derecho, podemos con facilidad intuir que así

¹ TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho español. 4º edición Tecnos Madrid 1983. Págs.34 y 35.

acontecerá algún día también al Derecho de nuestra sociedad. La tendencia a divinizar la norma y la dogmática actuales debe ser conjurada desde la Historia del Derecho, que actúa así como saludable escuela de relativización. Por los mismos hay que comprender que la dogmática actual no es sino una de las posibles, una entre las que ya han sido. De donde se infiere que si se refleja aquí, aunque en medida insatisfactoria, una Historia de la Ciencia jurídica, el jurista en ciernes cobrará conciencia de la diversidad de orientaciones que ésta ha tenido y puede tener, y de la variedad de funciones que el jurista ha cumplido y puede cumplir. Hay un plano más profundo y todavía menos utilitario desde el cual hay que justificar nuestra disciplina. Esta, en el fondo, constituye una refección sobre lo que el Derecho es. Si quiere ser un jurista y no un simple conocedor de las normas vigentes para su mecánica aplicación acrítica, hay que pensar a propósito del Derecho. Si esta Historia del Derecho, escrita no como mera descripción de hechos y datos, sino con voluntad de comprender y de explicar, sugiere ideas, plantea problemas y siembra dudas habrá cumplido su principal propósito.

Ha habido siempre Derecho desde que existe el hombre, convivido en sociedades regidas por normas jurídicas respaldadas y aplicadas por titular o titulares del poder político.² La historia del derecho penal no se limita solamente a los Códigos Penales, sino a las leyes criminales, como se verá en la parte correspondiente a las leyes penales especiales más abajo, que constituía una base fundamenta en la historia de España. CUELLO CALON³ indica que éstas leyes no es siempre base segura para el conocimiento de del derecho penal, pues muchas leyes y disposiciones penales emanadas de la

² TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho español. 4º edición Tecnos Madrid 1983. Pág. 71.

³ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimotava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 67.

autoridad real o de otras potestades de Estado fueron letra muerta, constituyeron a lo más colecciones eruditas para el conocimiento de los estudiosos, pero nunca llegaron a ser derecho vivo y aplicado. Esto pasó por ejemplo en España con las Partidas.

La historia no sirve sólo para enseñar en qué ha consistido o cambiado el Derecho sino también, cómo ha sido redactado, por ejemplo -como se verá más abajo- la expresión o el término de "expulsión", un concepto muy amplio y variado, ha sido empleado en España, a lo largo de su historia con distintas formas como "expedición", "deportación", "extrañamiento", "relegación", "confinamiento", "destierro", "exilio", etc., dependiendo de la época en la que se ha utilizado. Cada término señalaba una clase de pena o medida concreta y conllevaba consigo su propia duración -perpetua o temporal- dependiendo de la clase y clasificación de la pena correspondiente, según la gravedad comprendida en cada una de ellas.

En la fase anterior a la codificación, la expulsión tenía carácter político y religioso, las condenas basadas en los juicios de Dios, los juicios del hierro caliente y el del agua hirviendo. Como decía PACHECO⁴, "desde el siglo XIII hasta el XIX en que vivimos, no se han hecho en España Códigos ni civiles ni criminales".

En el periodo codificado, la pena era individual y se aplicaba igualmente tanto al español como al extranjero. La pena de deportación se contemplaba en el Código Penal de 1822 y como medida de seguridad en el de 1928; la de extrañamiento, confinamiento y destierro figuraba en todos los Códigos hasta

⁴ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Editorial EDISOFER SL MADRID 2000. Pág. 28.

la fecha en que entró en vigor el Código Penal de 1995; la de "expedición" o expulsión establecida por primera vez en el Código Penal español de 1822, se contemplaba como pena privativa de libertad y se aplicaba únicamente a los extranjeros residentes en el territorio español, mientras que, el Código de 1928, recogía la expulsión del extranjero dentro del catálogo de medidas de seguridad.

Modernamente solía emplearse el término de "expulsión" únicamente en relación con los extranjeros. En el actual Código de 1995, por una parte, ha aparecido de nuevo el término "expulsión", pero con otras formas, aunque con el mismo significado. La primera, se limita en su ámbito de aplicación al extranjero no residente legalmente en España; la segunda, se clasifica como medida de seguridad no privativa de libertad; la tercera, se considera como sustitutiva de la pena y la medida de seguridad; por otra parte, han desaparecido los demás términos sinónimos a "la expulsión" empleados en los Códigos anteriores.

A consecuencia de la investigación realizada al respecto, puede afirmarse que la expulsión del extranjero del territorio español establecida en el vigente Código penal de 1995 se encuentra regulada ya en los Códigos penales de 1822 y de 1928, que recogían la expulsión de extranjeros dentro del catálogo de medidas de seguridad para llevar a cabo la expulsión una vez que hubieran extinguida la condena.

La expulsión establecida en el ordenamiento jurídico-penal español, en el Código Penal de 1995, figura como pena "sustitutiva", para el extranjero no residente legalmente en España (art.89.1). Aunque la sustitución de la pena, sin embargo, existía en los Códigos penales de 1848, 1850 y 1870, pero era limitada a la pena de confinamiento por el

alistamiento en el servicio militar, como se comprobará más adelante en el examen de cada uno de los Códigos penales.

La evolución y el desarrollo o transformación de las ideas o de las teorías de las circunstancias anteriores, es muy importante, puede servir para juzgar hechos posteriores, su estudio descubre la sucesión progresiva a que han sido sometidos a través de los distintos periodos, conjunto de las distintas fases de un fenómeno tan importante como la inmigración y la expulsión penal del extranjero desde que empezó en España hasta el día de hoy. La discusión es bastante intensa en la doctrina, ha sido repetidamente estudiada en estos últimos años, pero de forma limitada a la actualidad en su mayor parte.

Todas estas circunstancias constituyen razón suficiente y hacía especialmente oportuno por el interés y la utilidad de estudiar en esta Tesis doctoral la evolución legislativa de la regulación de la expulsión del extranjero, que a continuación se inicia para comprobar los diversos aspectos de la intervención punitivas como antecedentes jurídicos de la expulsión jurídico-penal. En esta orden de cosas se examinará la etapa anterior a la codificación, el periodo del Derecho Penal codificado, y los proyectos del Código Penal. A ese fin se compone este capítulo.

2. La expulsión de extranjeros en la fase anterior a la codificación

El estudio de la función represiva a través de la historia muestra que el derecho penal ha revestido diversos fundamentos en los distintos tiempos. Los historiadores de esta ciencia suelen afirmar que hasta el presente momento pueden señalarse cuatro periodos en su transformación: el de la *venganza privada*, de la *venganza divina*, de la *venganza pública* y el periodo *humanitario*. En cada uno de ellos aparece predominante el principio que le da el nombre. Mas no debe pensarse que agotado el principio animador de un periodo sucede a aquél un nuevo principio único inspirador de la justicia penal en el ciclo siguiente, no, estos periodos no se suceden por entero, ni cuando uno aparece puede considerarse extinguido el precedente, por el contrario, en cada uno si bien culmina una idea penal predominante, conviven con ella otras no sólo diversas, sino hasta contrarias⁵.

Hasta el siglo XVIII se encuentran vestigios de venganza privada en las legislaciones de la Europa culta, sin embargo, la venganza como institución, como castigo general, como manifestación dominante de la justicia penal desapareció en todas partes donde se levantó un poder bastante fuerte para hacer sentir sus acción y los medios de hacerse obedecer en todas las esferas del Estado. Allí donde y cuando esto sucede acaba su imperio y comienza el de vindicta pública. La composición, el *wehrgeld*, la *multa primero a favor del ofendido o de sus parientes*, y después en beneficio del Estado, y por último el Talien, son etapas que la humanidad ha recorrido hasta llegar a poder sustituir la acción privada en la persecución de los delitos, por la acción pública. La

⁵ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980. Págs. 58 al 77.

primera forma de la pena ha sido la venganza personal, la segunda el Talien. En la legislación mosaica, el Talien era la regla general para la determinación y medida de la pena. "Ojo por ojo y diente por diente". Entre los egipcios, cuyas costumbres suaves rechazaban el imperio brutal de las venganzas privadas, dominaba el sistema de las penas análogas a los delitos. Especie de Talien menos material, pero a las veces no menos cruel, que el que tenía aplicación en el pueblo hebreo⁶.

El Código más antiguo de los Códigos de Oriente hoy conocido era el Código del Rey Ammurabí que reinó en Babilonia próximamente 2.250 años de la era cristiana. El derecho penal del pueblo de Israel hallase contenido principalmente en los cinco primeros libros del Antiguo Testamento, atribuido a Moisés y denominados Pentateuco. En Egipto, las primitivas leyes penales hallábanse reunidas en los *Libros sagrados*, que aun cuando no han llegado hasta nosotros, han dejado algunas huellas de su contenido. En mismo sentido religioso inspira las leyes chinas, en las más antiguas (*las cinco penas*) la pena tiende a la venganza y su medida es el talión; a estas leyes siguen otras también antiquísimas (alguna se remonta a 2.205 años antes de Cristo). GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERRA⁷ afirman que, el antiguo Egipto es el primer pueblo del mundo donde la penalidad se ha levantado sobre un principio de justicia enlazado con un sentimiento, sino de caridad, porque este amor del hombre al hombre fue desconocido hasta que descendió del cielo con la buena nueva, de consideración y de piedad, sentimientos de que no participaron respecto a los delincuentes los antiguos pueblos. En cambio, el derecho penal

⁶ GROIZARD, Alejandro y GOMEZ DE LA SERNA. El Código Penal de 1870 Concordado y Comentado. Tomo II. TIMOTEO Arnaiz. Burgos 1872. Págs. 41 al 43.

⁷ GROIZARD, Alejandro Y GOMEZ DE LA SERRA. El Código Penal de 1870 Concordado y Comentado. Tomo II. TIMOTEO Arnaiz. Burgos 1872. Pág. 47.

de los primitivos y modernos ofrece un cuadro de suplicios sangrientos. El ingenio humano ha apurado todos sus recursos para inventar castigos terribles en Japón.

La India poseyó un Código de extraordinario interés, el Libro de Manú (*Manava-Dharma-Sastra*, siglo XI antes de Cristo), que es considerado como el más perfecto del antiguo Oriente. En los orígenes del derecho penal romano aparecen, como en las legislaciones de otros pueblos, huellas de la venganza del talión, de la composición, de la pena sacra y religiosa, hasta llegar a la pena pública, impuesta con la predominante finalidad de conservar la tranquilidad pública. El primer monumento del derecho penal romano⁸ conocido son las *Doce Tablas*, que remontan al siglo V antes de la Era cristiana. Del derecho penal de la época imperial contenido en las constituciones imperiales, muy poco ha llegado hasta nosotros a través de algunos fragmentos del Código Teodosiano, del Justiniano y de las Novelas. El derecho penal germánico tiene no escasa importancia por haber influido en la formación del derecho español de la Edad Media. El derecho penal de la Iglesia y el derecho canónico introdujeron en las concepciones penales de aquella época un profundo sentido espiritualista que dio a los conceptos de imputabilidad, de delito y de pena un considerable valor subjetivo, dando nacimiento a nuevas ideas sobre la responsabilidad (responsabilidad fundada en la causalidad psíquica), creando el criterio de la responsabilidad moral. Estos derechos, el derecho penal romano, el germánico y el canónico, constituyen la base de las legislaciones penales europeas durante la edad Media. En unos países predomina el derecho romano, en otros el germánico,

⁸ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Editorial EDISOFER SL MADRID 2000. Págs. 59 "la legislación penal de los romanos, se refiere únicamente a los hombres libres, ciudadanos de la república, puesto que los extranjeros no eran casi nada en el concepto de aquel pueblo orgulloso".

pero en todas partes se mezclan entre sí cambiando y transformándose sin cesar, por lo que esta época presenta como una de sus principales características la falta de consistencia y estabilidad.

En general, la historia del derecho penal español, como ha manifestado CUELLO CALON⁹, carecen de datos fehacientes y seguros para reconstruirla. Respecto de la historia de los primeros pobladores no posee más que vagas noticias, referencias de referencias, meras conjeturas; del periodo romano quedan solamente algunos datos aislados, y del relativo a la Edad Media, si bien llegado hasta nosotros numerosos cuerpos legales, es seguro que muchos de ellos nunca tuvieron vigor o lo tuvieron parcialmente, siendo preciso acudir para el conocimiento del derecho penal vivido en estos tiempos a los documentos de aplicación del derecho, los cuales para ciertas épocas son escasísimos, y para otras, aun cuando más abundantes, gran parte de ellos permanecen aún inédito. La historia del derecho penal en el periodo llamado "España primitiva", las noticias relativas a este periodo son escasísimas e insegura, España no estaba habitada por un solo pueblo sino por una multitud de tribus de distintas origen y de diversa civilización. Entre los iberos parece que predominó la organización gentilicia. La potestad penal en la *gens* parece que se ejercía, sin perjuicio de la que correspondía al padre como jefe de la familia, mediante la expulsión del que era considerado indigno de seguir perteneciendo a ella.

Durante muchos siglos, la humanidad se ha regido por sistemas penales bárbaros, en los que la pena capital se imponía acompañada de los más crueles suplicios y se recurría a una larga serie de penas corporales. La Ilustración hizo de

⁹ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimotava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 110.

ese sistema penal bárbaro uno de los principales blancos de su crítica al Antiguo Régimen. Como consecuencia de esa crítica, las penas corporales, así como los suplicios que acompañaban a la pena de muerte, desaparecieron con el movimiento codificador¹⁰. Al hablar de legislaciones criminales de la antigüedad no debe pensar en colecciones sistematizadas de preceptos penales análogos a los Códigos modernos. Estas fueron desconocidas en los tiempos antiguos. Aquellas colecciones de leyes reunía a veces sin orden ni método alguno, preceptos de la más diversa índole, de carácter civil, político, religioso, con otros de carácter penal o administrativo, así no puede hablarse de Códigos penales propiamente dichos hasta tiempo muy próximo a los nuestros¹¹. Según orden de los periodos de esta etapa anterior a la codificación, se examinará los antecedentes históricos de la situación del extranjero en España con siguientes:

a) Fenicios y cartagineses.-

Los fenicios extendieron sus colonias por el litoral de la Bética y por el país de los turdetanos y fundaron, entre otras, las ciudades de Málaga, Sevilla, Córdoba. El extranjero, o, mejor dicho, los naturales del país, deberían gozar de una serie de privilegios y concesiones, naturales a la finalidad de la vida mercantil. Puede asegurarse que en todas, o en gran parte de las ciudades por ellos fundadas, se domiciliaría su Derecho Civil y aun su Derecho público, con lo cual el Derecho indígena adquirió necesariamente un carácter internacional, en el sentido de admitir a su lado una ley diferente, y una personalidad jurídica perfecta. El naciente Derecho internacional privado, elaborado a la sobre de la

¹⁰ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S. Derecho Penal. Parte general, Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 1999. Pág. 827.

¹¹ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 67.

pacífica residencia en la península de fenicios y griegos, desapareció por completo en la guerra que estos pueblos mantuvieron con los cartagineses, y más tarde con el pueblo romano¹².

b) Período romano.-

La época llamada "España romana", durante largo tiempo subsistió el derecho penal indígena, y es probable que, paulatinamente, las leyes penales romanas comenzaran a ser aplicable en España¹³. El imperio romano fue la construcción política más grandiosa que levantó la antigüedad. La conquista de España por los romanos no supone una alteración del régimen anterior, a medida que la misma se va realizando en las distintas regiones. Durante los siglos I y II antes de Cristo, rige en todas partes el Derecho indígena y apenas unos cuantos millares de personas conviven conforme al Derecho romano. Pero un paso decisivo hacia la romanización, aunque de alcance parcial, sólo se da con la concesión de la latinidad a toda la península por Vespasiano. En lo tocante a la nacionalidad y extranjería de ese período diremos que al ser considerado el Derecho por los españoles y los romanos como un ordenamiento propio y exclusivo de cada pueblo, sólo los miembros de éste pueden ser titulares de los derechos reconocidos por él. En este sentido, en el mundo romano es precioso ser ciudadano de Roma para poder gozar de los derechos que el "ius civile" establece. En consecuencia, la ciudadanía romana, o de cualquier otra ciudad, es requisito para disfrutar de los derechos que establece el ordenamiento jurídico de cada una para hacerlas valer. Más, para evitar los conflictos que

¹² ARJONA COLOMO, Miguel. Nueva Enciclopedia Jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros. Tomo IX. Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona 1958. Pág. 405.

¹³ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 115.

surgirían constantemente en las relaciones entre personas de distinto derecho, éstas se regulan conforme a los principios generales reconocidos por todos los pueblos¹⁴.

Cuando Vespasiano en el año 74 concede la latinidad a España, la situación queda alterada por completo. A partir de ese momento sólo quedan en España dos ciudadanías: la romana y la latina. Pero su duración fue bien corta; con la concesión de la ciudadanía por Caracalla, al convertir en ciudadanos a todos los españoles, priva de toda trascendencia en orden a la capacidad al "status civitatis", puesto que todos los hombres libres del Imperio lo poseen. Únicamente los extraños a él, los bárbaros, quedan en una situación de inferioridad.

En la época romana se puede formar un cuadro de Derecho penal a base de los Códigos (*teodosiano*), etc., pero los documentos de aplicación del Derecho que las inscripciones conservan son tan escasos en lo que se refiere a aquella especialidad jurídica que no nos permiten saber hasta qué punto se observaron. Existió, sin duda, en la Península un Derecho romano vulgar que se apartó en detalles importantes del regulado en las fuentes legales¹⁵. No era posible encontrar suficiente noticia relativa a la expulsión en aquella época.

c) Período visigótico.-

El establecimiento en España de los suevos y visigodos, no como extranjeros o extraños en ella, sino como miembros de su mismo Estado, plantea la dualidad de condiciones muy semejantes a la de los primeros siglos que siguieron a la

¹⁴ ARJONA COLOMO, Miguel. Nueva Enciclopedia Jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros. Ob. Cit. Barcelona 1958. Pág. 406.

¹⁵ GALO SANCHEZ, en, DEL ROSAL, Juan, Tratado de Derecho Penal español, Parte General. Volumen I. 2ª Edición (M. COBO) Madrid 1976. Pág.173

conquista por Roma. No se habla ahora de ciudadanía, sino de nacionalidades; hay romanos y godos. Con el tiempo desaparece esto; son godos todos los que habitan en el país, sin perjuicio de que en los formularios notariales se llame "*cives romanus*" a todo hombre libre capaz jurídicamente. Los extranjeros gozaban de una situación singularísima. No eran considerados como sus enemigos, ni persona decaída de ningún derecho, ni declarada directamente por la ley de categoría inferior a los ciudadanos. El extranjero se obtenía otro grado de ciudadanía con el hecho de la residencia, muy parecida a la vecindad. El extranjero que servía durante un año en una población sin protesta de los vecinos, entraba a formar parte de ella. La naturalización completa se obtenía por acuerdo de la asamblea popular. Al extranjero de la comunidad se le negaba toda clase de capacidad¹⁶. Los primeros monumentos legales de esta época, el Código de Eurico (466-484), y la compilación de de fecha incierta descubierta por Gaudenzi, según Hinojosa posterior a la redacción del Código de Recaredo y la *Lex romana Visigothorum*, ésta fue denominada más tarde *Fuero Juzgo*, comenzada por Chindasvinto (641-652) y continuada en tiempo de Recesvinto (649-672)¹⁷.

En general, el Derecho penal visigodo debe ser reconstruido a base de las fuentes jurídicas de los primeros siglos de la reconquista, ya que los documentos visigodos de aplicación del Derecho son escasísimos, aunque, como es lógico, los resultados que se obtengan sólo a título de conjetura podrán aceptarse¹⁸.

¹⁶ ARJONA COLOMO, Miguel. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros. Tomo IX. Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona 1958. Pág. 407.

¹⁷ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 117

¹⁸ DEL ROSAL, Juan, Tratado de Derecho Penal español. Parte General. Volumen I. 2ª Edición (M. COBO) Madrid 1976. Pág.174

d) Fuero Juzgo.- Protección Jurídica del Extranjero.-

A parte de algunos otros monumentos legales, como el Código de EURICO (466-484) y la *lex romana visigothorum* o *breviario* de ALARICO (Tolosa, 3 febrero 406), el radical intento de unificación legislativa lo lleva a cabo la llamada *lex visigothorum*, más tarde denominada Fuero Juzgo (*Forum iudicium*), iniciado en el periodo de CHINDASVINTO (641-652) y continuando con RECESVINTO (649-672), rigiendo, sólo en parte, como Código único para romanos, visigodos y suevos. Se conceptúa como el Código fundamental de los visigodos; se tradujo al castellano -con algunas alteraciones de su texto- restaurado por ALFONSO V (año 1003) y confirmado quizá por ALFONSO VI (año 1091), primer Rey de Castilla; aparece en este texto legal el elemento latino¹⁹.

Este célebre Código, acaso el más importante, el más regular y completo de cuantos cuerpos legales se formaron después de la caída del Imperio romano, viene a reflejar la fisonomía de la sociedad para que se hizo, encerrando en sí simultáneamente los restos heredados de la edad antigua y las modificaciones de una edad de transición y el germen de la Edad Media española. A pesar de los defectos de estilo y de formas naturales, y casi indispensables en la época de su redacción, apenas habrá quien ponga en duda en considerar al Fuero Juzgo como el Código legislativo más ordenado, más completo, más moral y filosófico de cuantos en aquella edad se formaron, y muy superior a todos los Códigos llamados bárbaros, como era superior la sociedad hispanogoda a todas las que nacieron de los pueblos septentrionales. En lo que toca a la condición del extranjero, en el Fuero Juzgo nos encontramos con disposiciones relativamente benignas. Se habla

¹⁹ DEL ROSAL, Juan, Tratado de Derecho Penal español. Parte General. Volumen I. 2ª Edición, (M. COBO) Madrid 1976. Pág. 175.

del deber del Estado de extender la protección jurídica al extranjero, siendo juzgados sus pleitos por un Juez de su país. Pero se mantienen pequeñas diferencias religiosas, durísimos preceptos contra los judíos, obligándoles a bautizarse en el término de un año, bajo pena de expulsión y confiscación. Existe una ley en el Fuero Juzgo que consagra el reconocimiento de la libertad a los judíos prohibiéndoles se les coaccione para su conversión, restringiendo además la prodigalidad en la pena de muerte cuando el delincuente sea judío²⁰.

De los fueros, aparece en toda su pureza, la institución germánica de la reputara de la paz en sus dos formas, una limitada a la familia de la víctima, mediante la cual el ofendido o sus parientes tienen el derecho de vengar la ofensa sufrida (*venganza de la sangre*), otra en el cual el delincuente queda excluido de la comunidad a que pertenece y excluido del derecho en tal forma que queda expuesto a las ofensas de todos (*pérdida de la paz*). A la primera situación al estado de enemistad entre el ofensor y los parientes del ofendido, la denomina los fueros "*inimicitia*" o enemistad. El culpable o enemigo era condenado a pagar una cantidad y desterrado de la localidad, quedando así expuesto a la venganza del ofendido u ofendidos, quienes después de aquella declaración judicial podían matarle impunemente. La enemistad se originaba especialmente en caso de homicidio, en ciertos fueros en caso de heridas, también alguna vez en el caso de raptó y violación y hasta en el de ofensas de hecho y de palabra. La pena pecuniaria debería pagarla el culpable, pero en ciertas ocasiones deben pagarla otros parientes. Pagadas la pena pecuniaria la "*enemistad*" quedaba aún subsistente y el

²⁰ ARJONA COLOMO, Miguel. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros. Tomo IX. Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona 1958. Pág. 407.

culpable, por regla general, era obligado a salir de la localidad; si paga la pena pecuniaria se le concedía un plazo de tres a nueve días para huir, hallándose durante este plazo asegurado contra cualquier agresión; si transcurrido el plazo se negaba a salir de la ciudad, era expulsado violentamente, y hasta algunos fueros permiten a los vecinos matarle en caso de resistencia: para hacer efectivo el destierro se les prohíbe acoger en sus casas al enemigo del vecino o defenderle de cualquier modo; por excepción, en algunas ciudades se permite habitar al enemigo, pero sin protegerle contra las persecuciones. En aquellas infracciones que lesionaban no solamente derechos de particulares, sino que quebrantaba la paz de la ciudad o el reino, su autor quedaba excluido de la comunidad política y desprovisto de protección y amparo; quedaba en situación de enemistad ante todo el concejo "enemigo de todo el Concejo", también se le denominaba "traidor". Esta situación es idéntica a la pérdida de la paz del derecho germánico. Poco a poco, a medida que el poder social se robustece, desaparece la venganza de la sangre y aparecen las penas públicas²¹.

En este periodo, las penas de extrañamiento y destierro sólo tenían lugar respecto a los señores que trataban con crueldad a sus siervos, existía una Ley del Fuero Juzgo establecía que: *"Mas se el sennor ó la sennora matare so siervo ó so sierva por **crueldad**, si non fueren condempnado por el juez, el que lo matar, por la locura que fezo **debe seer echado fuera de la tierra para siempre** e deven aver la su buena los mas própinco de su linaje"* (Ley 12, tít. 5º, Lib 6º). Otra Ley ordena: *"Que ningun sennor, ni ninguna sennora sin iuicio, ó sin yerro manifesto non taie á su siervo, nin á su sierva mano, nin nariz, nin laboros, nin lengua, nin oreia,*

²¹ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimooctava edición. Bosch. Barcelona 1980. Págs. 120 a 125

nin pié, nin le saque oio, nin le taie nenguno de sus miembros, nin ge lo mande taiar: é si lo fiziere, sea desterrado de la tierra por tres annos por el obispo en cuya tierra es, ó en cuya tierra fazel tuerto é toda su buena ayan sos fiios que non fueron parcioneros de aquel tuerto...," (Ley 13, tít.5º, Lib, 6º)²².

PACHECO²³, hace una observación acerca del Fuero Juzgo, "la de que aquella ley no hizo distinción alguna entre los godos y los españoles, y reconoció así la unidad de la nación, y la igual sumisión de todas las razas al mismo derecho. Ese fue un adelanto muy importante, después de la conquista de los bárbaros que había dividido el mundo en dos castas: la de los antiguos habitantes del país y la de los vencedores, que los habían sojuzgado y despojado, dice PACHECO: "Nada puede imaginarse más absurdo [dice un apreciable escritor de nuestros días, (Sr. Pérez Hernández: Boletín de jurisprudencia)] que la legislación penal de aquella época. Ello reconocía como medios de prueba los llamados juicios de Dios, que el Código **visigodo** había repudiado. El del agua caliente, el del hierro encendido y del duelo, todos hallaron acogida en los fueros municipales, admitiéndolos algunos hasta para las causas civiles" Como decía PACHECO²⁴, hasta el siglo XIX y con el breve paréntesis en el que se aplicó el Código penal de 1822, la legislación penal es fruto de la recopilación de textos medievales caracterizados por su crueldad, después de las **Partidas** y desde el siglo XIII hasta el XIX en que vivimos, no se han hecho en España Códigos ni civiles ni criminales. Se han redactado cuadernos de leyes, o llámense Ordenamientos, en algunas Cortes, hacia el fin de la

²² GROIZARD, Alejandro Y GOMEZ DE LA SERNA. El Código Penal de 1870 Concordado y Comentado. Tomo II. TIMOTEO Arnaiz. Burgos 1872. Pág. 58

²³ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Editorial EDISOFER SL MADRID 2000. Págs. 59 a 70.

²⁴ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Ob cit Pág. 28.

Edad Media; se han dictado leyes sueltas, en gran número, ora en el orden civil, ora en el orden criminal, pretendiendo llenar con sus preceptos los vacíos que en la sociedad se notaban, y satisfaciendo, o procurando satisfacer, cuando eran sentidas, las públicas necesidades; se han formado, en fin, esas colecciones más o menos artísticas y completas, a las que se ha llamado **Recopilación**, y en las cuales se comprende o se ha debido comprender todo nuestro reciente Derecho. Pero Código no se ha ordenado ninguno. Ningún legislador se ha propuesto íntegra y sistemáticamente el problema social.

e) Los Mercaderes de Ultra Portos.-

Los mercaderes que, procedentes de otros Estados, realizaban actos de comercio en la Península, encontraron una legislación concisa y prudente en sus actividades. Los extranjeros gozaban de una vida holgada, manifestándose en una amplia intimidad con los naturales, permitiéndose hasta alquilar esclavos a sus dueños. En los que se refiere a la protección dispensada al comercio, acaso parezca exagerada la seguridad que se deba a las transiciones mercantiles, las cuales quedaban firmes y subsistentes²⁵.

f) Período de la Reconquista.-

Las teorías jurídicas del delito y de la pena ofrecen en la tribu preislámica los caracteres de un Derecho primitivo de índole privada. Reacción frente al delito cometido por toda la tribu perteneciente a la víctima²⁶. Y en caso que tanto ésta como el delincuente sean de una misma tribu, se le expulsan

²⁵ ARJONA COLOMO, Miguel. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros. Tomo IX. Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona 1958. Pág. 407.

²⁶ V. MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito, Editorial Tecnos, Madrid, 1991. Pág. 127.

del grupo, perdiendo con ello todo vínculo de relación social y jurídica. Ya en la época del Islam se dulcifica la dureza primitiva con la medida de la pena talional e incluso penas de composición pagaderas en valores o ganados²⁷.

El territorio ocupado por los invasores musulmanes se regía por el Derecho islamita; la zona cristiana era regida por el Fuero Juzgo. En los siglos que siguen a la invasión musulmana, la necesidad de repoblar el país y estimular la inmigración determina que se equipare a los extranjeros establecidos en España y a los nacionales. En cuanto a las manifestaciones jurídicas de los árabes, en relación con la condición jurídica del extranjero, existía un derecho de protección o de patronato, mucho más comprensivo que el patronato del Derecho romano. Los francos (nombre con que se designa a aquéllos, cualquiera que sea su patria) están bajo la protección del Rey. En cuanto a los extranjeros no arraigados en el país, aquellos que transitoriamente se encuentra en él, no da origen su diferencia de nacionalidad a un menoscabe de su capacidad.

El príncipe toma a los peregrinos o romeros y a los comerciantes bajo protección especial y directa, garantizándoles el pleno disfruto de sus derechos personales, patrimoniales y sucesorios. De esa forma, los extranjeros, es decir, los naturales de otros reino, peninsulares o no, pueden ejercer libremente el comercio, únicamente en ocasiones se les incapacita para el desempeño de oficios públicos. Se deduce que durante la Edad Media, España era una vasta asociación de extranjeros dividida en tres categorías: la que formaban las ínfimas clases sociales, la de los ciudadanos de los numerosos Estados mahometanos o cristianos en que se dividía la

²⁷ LOPEZ ORTIZ, en: DEL ROSAL, Juan, Tratado de Derecho Penal español. Parte General. Volumen I. 2ª Edición (M. COBO) Madrid 1976. Pág. 181 182.

Península y la constituida por los procedentes de las diversas regiones, avecindados o transeúntes en el territorio.

El Código de las Costumbre de Tortosa es una verdadera exposición del concepto moderno de la nacionalidad. Se afirma en el mencionado Código que son ciudadanos todas las personas libres y cristianas nacidas en Tortosa²⁸ o en su término, sin distinción alguna. Los extranjeros pueden adquirir la condición de ciudadanos de Tortosa por llevar diez años de residencia constante en la ciudad o en su término²⁹; por contraer matrimonio con hija de ciudadano o ciudadana tortosina, fijando su residencia definitiva en la ciudad o su término y por obtener carta de vecindad³⁰.

En la Alta Edad Media no existe propiamente una justicia legal, pues la ley "es una accidental, ocasional y episódica expresión escrita y acreditada de la justicia individualizada en un caso particular", que no es todavía un valor reconocido, capaz de solventar conflictos y ordenar la vida de la comunidad. Razón por la que los intereses articulares debían ser defendidos por la fuerza de las armas o por la de una justicia arraigada en los principios teocráticos reinantes. En los textos escritos en esta época, la gravedad de las penas dependía del estamento al que perteneciera el delincuente y consistían en sanciones económicas, embargo de bienes,

²⁸ En el mismo sentido, DEL ROSAL, Juan. Tratado de Derecho Penal español. Parte General. Volumen I. 2ª Edición (M. COBO) Madrid 1976. Págs. 176 y 177, El Código de Tortosa, nueva copia de la *costum* de Valencia (ciudad cuya vida estaba en buena parte inspirada en el libro provenzal titulado lo *codi*, reflejo del Derecho Justiniano).

²⁹ Vid artículo 14 y ss del vigente Código civil. Actualmente esta Código exige la misma condición para adquirir la nacionalidad española por la residencia en España de forma continuada y inmediata a la solicitud

³⁰ ARJONA COLOMO, Miguel. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros. Barcelona 1958. ob cit Pág. 408.

destierro, deportación, trabajos forzados o la muerte³¹. El Derecho penal ha sido predominantemente de carácter privado hasta la aparición del Estado moderno³².

g) Legislación alfonsina y las especialidades forales.-

La legislación española se ha producido siempre en lo tocante a la condición jurídica del extranjero con la inmensa amplitud humana que caracteriza en todo momento al espíritu de nuestra patria; y podemos considerar como gloria nacional la posición nuestra sobre el reconocimiento de la capacidad civil de los extranjeros. Ya en el siglo XIII las leyes españolas reconocieron a los extranjeros la testamentificación activa y, de una manera tácita, la pasiva. Aun dentro de las ideas predominantes en nuestra patria sobre el problema de los extranjeros, a todo lo largo de la Edad Antigua y parte de la Edad Media, época oscura, parece resaltar aún más la labor legislativa de Alfonso X el Sabio. Aparte el Septenario, que, en realidad, no es un texto jurídico, recordaremos el Fuero Real, el Especulo y las Siete Partidas³³. Alfonso X trató de unificar la legislación, dando a sus reinos un Código único, así nació el Fuero Real (1255)³⁴.

h) Fuero Real.-

En el orden cronológico, el primero de los dos Códigos alfonsinos mencionados es el Fuero Real. Se redacta en 1255, o sea, a los tres años de comenzar Alfonso X su reinado. Los

³¹ SAINZ GUERRA, Juan. La Evolución del Derecho Penal en España. Universidad de Jaén 1ª Edición. Marzo 2004. Pág. 418.

³² MIR PUIG Santiago. Derecho Penal. Parte General. Págs. 629. Segundo Edición 1985. Edita. PPU. Promociones Publicaciones Universidades. SA

³³ ARJONA COLOMO, Miguel. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros. Barcelona 1958. ob cit Pág. 408.

³⁴ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 136

preceptos de éste afirman con el mismo criterio expansivo una amplia tolerancia para moros y judíos, reconociéndoles el derecho de regirse por sus propias leyes, prohibiendo la coacción para que adopten el credo cristiano. Pueden guardar sus fiestas, pero se les aumentaba la pena cuando atentaban contra un cristiano. El Fuero Real reconocía a los peregrinos, cualquiera que fuese el punto de procedencia, el derecho de circular y de permanecer en el reino, con los que le acompañasen y sus efectos; el derecho de comprar las cosas que necesitasen en la mismas condiciones que los habitantes del país y el derecho de acudir ante la autoridad del lugar para que conociera los perjuicios de que hubiese sido objeto.^{35/36} La opinión de los autores, afirma DEL ROSAL³⁷, aparece muy controvertida con respecto, de un lado al origen de los fueros, de otro lado, por lo que hace a su naturaleza. Para unos obedece su nacimiento a la consiguiente revolución aparejada por la invasión árabe; otros, sostienen que viene a ser una especial de resurgimiento del Derecho indígena. En esta época existía -entre otros delitos- el destierro.

i) Las Partidas.-

El Código más importante del Rey Sabio son las Partidas; influyó poderosamente en la penetración de León y Castilla del Derecho Romano y del canónico y en la formación del Derecho territorial. Existe en el memorable Código de las Partidas gran número de preceptos sobre la condición jurídica de los

³⁵ ARJONA COLOMO, Miguel. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros. Barcelona 1958. ob cit Pág. 408.

³⁶ En sentido contrario; CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 137, "los delitos religiosos se penan muy severamente, los herejes son condenados a la hoguera, hallanse también penalidades contra los judíos por delitos de usura y blasfemia, por celebrar fiestas de su religión, etcétera".

³⁷ DEL ROSAL, Juan, Tratado de Derecho Penal español. Parte General. Volumen I. 2ª Edición (M. COBO) Madrid 1976. Pág.178.

extranjeros en España, alguno de los cuales responde a la moderna orientación existente sobre esta cuestión³⁸. El sistema penal en este periodo comprende, entre otras, la pena **de deportación** a una isla con o sin confiscación, aparece, también, el destierro. La pena de destierro ocupaba el tercer lugar entre siete maneras de penas, que desterraban al penado para siempre en alguna Isla o en algún lugar cierto y le permitía tener todos sus bienes. La quinta pena era también el destierro para siempre en Isla sin permitir llevar consigo sus bienes³⁹. CUELLO CALON⁴⁰, cita la manera de regular los homicidios dividiéndolos en tres grupos; voluntarios, justificados y imprudente. Los homicidios voluntarios se castigaban con la muerte y los homicidios justificados son el cometido en defensa propia, en cuanto al tercero grupo, el autor cita varios casos tomados del derecho romano, tal como, el cometido por el podador que deja caer la rama sin avisar, por el Jinete que se sale fuera de su camino, por el sonámbulo que no advierte a los demás su enfermedad, el perpetrado por el ebrio (P.VII, tít.VIII, ley 3.^a, el realizador por el médico inexperto, el ejecutado por el padre o maestro que se exceden en el derecho de corrección (P.VII, tít. VIII, ley 9.^a), en estos casos no se impone al culpable la pena de homicidio, sino el destierro a una isla, por cinco años.

En mi opinión, como podemos observar, el destierro -en este caso- es una condena menos agravada que la de la muerte debido a la existencia de una imprudencia grave que causó la

³⁸ ARJONA COLOMO, Miguel. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros. Barcelona 1958. ob cit p 409.

³⁹ GROIZARD, Alejandro Y GOMEZ DE LA SERNA. El Código Penal de 1870 Concordado y Comentado. Tomo II. TIMOTEO Arnaiz. Burgos 1872. Pág. 115.

⁴⁰ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 140

muerte de la víctima⁴¹. Pero, al propio tiempo, puede afirmarse que es una autentica sustitución de la pena por el destierro, la diferencia que existe entre ambos preceptos es que en el artículo 89 del vigente Código Penal, la expulsión no está catalogada como pena, sino como una medida de seguridad, toda vez que, esta sustitución es más apropiada que la del artículo 89 en el sentido de sustituir una pena por otra y sin discriminación por la nacionalidad del penado, de toda manera, puede afirmarse la existencia, no solo de la expulsión, sino también, de la sustitución de la pena por la expulsión en esta fase anterior a la codificación penal.

j) Política de los Reyes y de los Municipios.-

Los trabajos legislativos posteriores a las partidas son de escaso valor. El Ordenamiento de Alcalá, que cronológicamente sigue a las Partidas, fue redactado en el año de 1348, en las Cortes celebrado en dicha localidad. Su base jurídica son las Cortes de Villarreal (hoy Ciudad Real), el Ordenamiento de los fijosdalgo hecho en Nájera por Alfonso VII, parcialmente las Partidas y los Ordenamiento de Valladolid de 1325 y de Segovia de 1347⁴². En virtud del juramento del príncipe y de los súbditos nace un vínculo jurídico que une a ambos. Todo miembro del reino está ligado al príncipe, si bien las tendencias señoriales debilitan considerablemente de hecho esta sujeto al monarca. Para contrarrestar este peligro, los mismos príncipes utilizan en su provecho las instituciones feudales. En unas regiones es un vínculo de carácter personal, pero en otras es, al mismo tiempo, territorial. La ruptura del vasallaje supone la reputa

⁴¹ Vid. El Artículo 142.1, del vigente Código Penal, "El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años".

⁴² CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980. Págs. 140 y 141

del lazo general, y el vasallo tiene que salir del territorio del Estado perdiendo los honores u sus tierras. La fuerza del poder real es absoluta, de forma que todos los súbditos se encuentran obligados a obedecer los mandatos del príncipe bajo severas penas, entre las que se incluyen la ira regia, que representa para el desobediente la expulsión de la comunidad⁴³.

k) Pragmática de los Reyes Católicos-

Reconstituyó el territorio nacional por una sabia política de unidad iniciada por los Reyes Católicos se dio cima a la Reconquista. Realizada de hecho y buena parte de Derecho la unidad política, desapareció el concepto de extranjero interior o peninsular, ocupando su lugar el nacido fuera del territorio; y la nacionalidad española vino a cubrir la esfera jurídica del español. La variación de tal concepto fue una de las causas determinantes de la expulsión en 1492, 1502 y después en 1609, de judíos, mahometanos y moriscos. La legislación de los Reyes Católicos era rica en disposiciones sobre la política a seguir con los extranjeros.

l) La Novísima Recopilación.-

Desde que la reconquista se inicia, hasta los albores del siglo XIX, no se puede hablar de Derecho español, y sí, más bien, de derechos españoles⁴⁴. En los comienzos del siglo XIX la legislación penal española estaba contenida en la Novísima Recopilación y ésta, y como derecho supletorio las Partidas, constituían las normas aplicables en materia criminal. Y como ambos cuerpos legales estaban integrados, casi por completo, o

⁴³ ARJONA COLOMO, Miguel. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros. Barcelona 1958. ob cit Pág. 409.

⁴⁴ DEL ROSAL, Juan, Tratado de Derecho Penal español. Parte General. Volumen I. 2ª Edición (M. COBO) Madrid 1976. Pág. 178

por disposiciones que provenían de la Edad Media o por leyes más modernos cronológicamente, pero absolutamente medievales por su severidad y dureza, resultaba que, cuando en otros países comenzaba a abrirse paso un derecho penal humanitario que representaba una completa ruptura con la bárbara legislación criminal anterior⁴⁵.

Con la instauración en España de la dinastía borbónica se continúa la obra de concesiones y de reconocimiento de los derechos individuales a los extranjeros. La Novísima Recopilación vino a establecer también una regulación sobre la carta de naturaleza. Dispuso que no se concediesen cartas de naturaleza sin pedir el consentimiento a las ciudades y villas con votos en Cortes. La naturalización absoluta es para una total incorporación del sujeto a quien se concediese, a fin de que pudiese disfrutar todos y cualquiera oficios, como si verdaderamente hubiera nacido en España. Los Novísima Recopilación introdujo en la Ley 8.^a, título XXXVI, del libro XII, un principio fundamental de Derecho penal internacional: la jurisdicción de la ley del territorio para conocer de los delitos cometidos en él. Se extendieron también a la situación de los extranjeros, así en el ejercicio de los derechos civiles, como en sus relaciones con la Administración. Se mantuvo el concepto amplio de la nacionalidad, dada por Felipe V en 1716. Pero la práctica se llegó a numerosos abusos, motivando una reforma, reduciendo sus términos y especificando sus cláusulas, en una Orden de Carlos III, en 1791. Se afirmaba la necesidad de investigar la procedencia, conducta y antecedentes familiares. Los dividía en transeúntes y domiciliados, con el objeto de que se guarden a unos y a otros los futuros y concesiones que estipulaban los tratados

⁴⁵ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 148

firmados por España con las demás potencias⁴⁶. Especificaba las leyes españolas la necesidad de llevar un registro donde se inscribiesen todos los extranjeros transeúntes. A los transeúntes se les exigía mayor número de trámites y requisitos, estaban colocados en una situación desfavorable, obligándoles obtener de Gobierno licencia para residir en el territorio, presentando juramento. El juramento exigido a los extranjeros transeúntes no era el mismo exigido a los avecindados, sino otro de pura obediencia y sumisión al soberano y a las leyes de policía; todo ello bajo pena de expulsión en plazo breve y perentorio⁴⁷.

m) Grupos jurídicamente marginados:

En el siglo XVI, el espectro no se componía sólo de tres colores: nobleza, clero, estado llano, todos estos estamentos descansan sobre un denominador común: quienes los componen son hombres libres. Pero no todos los hombres eran entonces libres. También había esclavos, hecho conocido aunque no exhaustivamente estudiado, algunos proceden de India, otros de las costas africanas, otros de campañas militares, lo que importa señalar aquí no es cuantía sino su condición jurídica negativa; para el Derecho no eran personas, sino objetos, objetos de derechos ajenos. La influencia del Derecho romano permitía cubrir con un ropaje prestigioso y erudito la ausencia de personalidad jurídica de estas gentes. No fueron ellos los únicos grupos jurídicamente marginados. Un extenso y heterogéneo abanico compuesto por términos tan poco precisos como los de gitanos, vagabundos, mendigos, pícaros, agotes, vaqueiros de alzada... agrupaban a partes no asimiladas, ni

⁴⁶ IRIARTE ÁNGEL, José Luis, Los Derechos Civiles de los extranjeros en España, La Ley Editorial 1988. Pág. 44

⁴⁷ ARJONA COLOMO, Miguel. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros. Barcelona 1958. ob cit Pág. 410.

integradas en relación de igualdad con los hombre libres; eran hombres de una condición jurídica peor, poco precisa, pero sin duda inferior a la del hombre libre, "nacional" y cristiano. Se podía ser natura de cualquiera de los reinos hispánicos, y ello otorgaba una condición jurídica casi plena incluso a los vivían en un reino que no era el suyo de origen. Pero la discriminación contra otros grupos de extranjeros fue, en épocas de agudo xenofobia, muy acusada. Mucho mayor, como se bien sabido, fue la persecución contra los no cristianos. Desde mediano el siglo XIV la persecución contra los judíos no desapareció. Podría pensarse que con la expulsión contra ellos decretada por los Reyes Católicos se habrían aquietado los ánimos. Pero el Santo Oficio de la Inquisición surgió precisamente para perseguir a los falsos conversos, esto es, a los judíos de origen que, aun después de haberse convertido, continuaran judaizando. La obsesiva y furiosa pasión por la ortodoxia religiosa y por la unidad de fe, mezclada a otros factores mucho menos espirituales y mucho más complejos, condujo a unificar por la fuerza la en otro tiempo pacífica convivencia de diferentes castas religiosas⁴⁸.

Por esta vía, la diversificación jurídica de los grupos definidos por su religión no cristiana (judíos y moriscos) desapareció. Los judíos fueros expulsados en 1492 y perseguidos por la Inquisición aquellos que para permanecer en España se convirtieron⁴⁹.

a) La expulsión de los judíos

En 1492 los Reyes Católicos dictan la pragmática de expulsión de los judíos, amenazando con la pena de muerte y

⁴⁸ TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho español. 4º edición Tecnos, Madrid 1983. Págs. 175-176.

⁴⁹ TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho español. 4º edición Tecnos Madrid 1983. Págs. 176-178.

expropiación de todos sus bienes a los que la incumplieron, obligándoles a la venta de los mismos. Antes de las dificultades surgidas en la aplicación de la propia norma e incluso a acusa del posterior retorno de judíos al Reino, los mismos monarcas en 1499 dictarán una nueva pragmática en la que se determinaron las condiciones en las los judíos podrían retornar en España⁵⁰. Según ella, los judíos que desearon volver a la península deberían declarar previamente su conversión al catolicismo de forma pública, ante escribano y testigos. Requisitos que serán reiterados más tarde por Felipe II en 1588/⁵¹/⁵². La Iglesia en la Monarquía Católica era una institución diferente pero no separada del poder civil, que la servía y la utilizaba a la vez: la consecución del «máximo religioso» a finales del siglo XV, que justificó la expulsión de los judíos y el bautismo forzoso de los moriscos. A raíz de la expulsión de los judíos, la sinagoga fue ocupada por la Cofradía de la Purísima Sangre de Nuestro Señor Jesucristo. La topografía urbana actual es prácticamente la misma, manteniendo en su configuración el espíritu y tipismo que le dieron sus antiguos moradores. El barrio judío comprendía las calles de Antigons, Ramos, Segovia, Sangre Vieja -en donde estuvo ubicada la sinagoga-, Teatro Romano y Pedro Cartagena. Los judíos vivieron en esta aljama hasta su expulsión por los Reyes Católicos en 1492.⁵³ En este mismo año que expulsaron a

⁵⁰ V. El artículo 18.3. de la derogada Ley Orgánica 7/1985, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, que otorgaba ciertas preferencias a los sefardíes para la obtención y, en su caso, renovación del permiso de trabajo en España, o cuando pretendan realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta ajena. Asimismo, tendrán preferencia para trabajar en España, sobre otros extranjeros, conforme se establece en el artículo 18.3 y no vendrán obligados al pago de las tasas correspondientes por la expedición de permisos de trabajo. (art. 23) pero estas preferencias desapareció en la vigente Ley Orgánica 4/2000.

⁵¹ LOPEZ BAJA DE QUIROGA, Jacobo y otros. Códigos penales españoles (Recopilación y Concordancia) AKAL. SA. 1988. Pág.376.

⁵² En este sentido, SAINZ GUERRA, Juan. La Evolución del Derecho Penal en España. Pág. 87. Universidad de Jaén 1ª Edición. Marzo 2004. "en 1492 los Reyes Católicos dictan la pragmática de expulsión de los judíos"

⁵³ AYUNTAMIENTO DE SAGUNTO. Delegación de Turismo. Oficina de Turismo Plaza Cronista Chabret s/n. Sagunto (Valencia) España. 2004.

los judíos coincidía con el descubrimiento de América, en nombre de la corona, por Cristóbal Colón⁵⁴. En la península Ibérica se produce un nuevo acontecimiento que marcaba el destino de los judíos conversos de los próximos trescientos años. Me refiero a la expulsión primero, y luego la conversión forzosa de los judíos de Portugal. En 1492, cuando fue la expulsión de judíos de España, se calcula que un 30% de ellos emigró a Portugal, país vecino. Pensaban que al poco tiempo el Edicto de Expulsión sería revocado y podrían regresar a sus hogares. Es importante tener en cuenta la ideología de estos judíos. Eran aquellos que prefirieron dejar sus casas y trabajos en España, manteniéndose fieles a la fe de sus mayores. Eran firmemente creyentes en la ley de Moisés. Esto explica por qué, al ser forzados al bautismo, permanecían profesando su fe en secreto⁵⁵. La Iglesia en la Monarquía Católica era una institución diferente pero no separada del poder civil, que la servía y la utilizaba a la vez: la consecución del «máximo religioso» a finales del siglo XV, que justificó la expulsión de los judíos y el bautismo forzoso de los moriscos.⁵⁶ Posteriormente, ISABEL II (1843-1868) canceló en el año 1858 del Edicto de Expulsión de los judíos de 1492⁵⁷.

b) La expulsión de los moriscos

El origen de los llamados moriscos y la «Expulsión» es el término empleado por los historiadores para expresar la

⁵⁴ Prehistoria en la Península Ibérica. Obtenido de la página web de "[http:// es. Wikipedia.org/ wiki/Historia _de _ España](http://es.wikipedia.org/wiki/Historia_de_España), 15 agosto de 2007.

⁵⁵ PABLO A. CHAMI. Junio de 1999. Curso dictado en el CIDICSEF, Centro de Investigación y Difusión de la Cultura Sefardí: <http://www.pachami.com/Inquisición/America.htm>.

⁵⁶ La Iglesia, la enseñanza, la Inquisición, referencia recogida de la Web: [http://es.wikipedia.org/wiki/ Instituciones _españolas _ del_ Antiguo_ Régimen](http://es.wikipedia.org/wiki/Instituciones_españolas_del_Antiguo_Régimen).

⁵⁷ SUÁREZ FERNÁNDEZ, Luis (2001), La doctrina del máximo religioso, en la página oficial para la canonización de la Reina Católica: Artículo principal: Inquisición española. La Iglesia, la enseñanza, la Inquisición. Obtenido en enciclopedia wikipedia. "Instrucciones españoles del antiguo Régimen".

ejecución de la orden real de 1609: La palabra «expulsión» refuerza el concepto de «destierro», de lanzar fuera de su tierra, y de «exilio», instalación en un lugar alejado de ella⁵⁸». El 9 de abril de 1609, Felipe III de España decretó la expulsión de los moriscos (expulsión que no se lleva a cabo hasta el año 1616), descendientes de la población de religión musulmana convertida al cristianismo por la pragmática de los Reyes Católicos del 14 de febrero de 1502. La decisión de expulsar a los moriscos vino determinada por varias causas entre ellas, el intento de acabar con el pensamiento crítico que hacía tiempo corría por Europa sobre la discutible cristiandad de España por la permanencia de algunas minorías religiosas. Con esta decisión se acababa con el proceso homogeneizador que había comenzado con la expulsión de los judíos y ratificar la cristiandad de los reinos de España. Aunque esta no era la opinión popular que sólo la veía con cierto resentimiento por competencia de recursos y trabajo.⁵⁹ Los moriscos o musulmanes convertidos a la religión cristiana, sufrieron una importante marginación, en especial por su cultura particular, que les convertía en blanco de las asechanzas de una población, la cristiana, que siempre les tildó de falsos cristianos. El siglo XVI supuso para el morisco un confinamiento según el cual ninguno de ellos podía acceder al antiguo reino de Granada bajo severísimas penas. La obligación de emplear la lengua castellana, no pudiendo en modo alguno hablar o escribir en árabe, supuso también un importante desarraigo para este sector de la población. De igual modo, la obligación de vestir a la usanza de los cristianos viejos, abandonar las antiguas costumbres y ritos, equivalía a la disolución de una población morisca que,

⁵⁸ MÍKEL DE EPALZA. Los moriscos antes y después de la expulsión. Información recogida de <http://www.Cervantesvirtual.com>

⁵⁹ Historia de España, enciclopedia WIKIPEDIA, en <http://es.wikipedia.org>

finalmente, terminó siendo expulsados del reino a comienzo del siglo XVII⁶⁰.

La expulsión de los moriscos, es decir, de la minoría musulmana que vivía en España como legado de la España árabe, constituye uno de los temas capitales de la historia de España. La tolerancia religiosa que había caracterizado la Edad Media, expresada por el mozarabismo y el mudejarismo fue sustituida, con el advenimiento de los tiempos modernos, por la tendencia asimiladora de los Reyes Católicos y de los primeros Austrias. Al fracasar la asimilación ganó cuerpo la idea de la expulsión, decretada por Felipe III en 1609. Desde una perspectiva moral la expulsión de los moriscos fue un acto de barbarie e intransigencia religiosa, modelo de operación política cruel, de actitud al mismo tiempo defensivo e intransigente, y de eficacia burocrática en la ejecución de la voluntad soberana⁶¹. Aproximadamente, 112.000 personas fueron echados de su país por la sencilla razón de que eran diferentes: hablaban otra lengua, tenían otras costumbres y adoraban al mismo dios de forma distinta, constituyeron una comunidad cultural segregada, reducida y marginada⁶². La pérdida demográfica fue terrible y la repoblación tardó cerca de un siglo en llenar parcialmente aquel vacío. En el orden económico se vio privada la nación de la población más útil, productora y contribuyente⁶³.

Por extensión, se denomina también «moriscos» a los que fueron expulsados de España y a sus descendientes,

⁶⁰ SAINZ GUERRA, Juan. La Evolución del Derecho Penal en España. Pág. 87. Universidad de Jaén 1ª Edición. Marzo 2004.

⁶¹ TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho español. 4º edición Tecnos Madrid 1983. Pág.176

⁶² TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho español. 4º edición Tecnos Madrid 1983. Págs. 176.

⁶³ ORTOLÁ TOMÁS, Andrés. Artículo titulado "La expulsión de los moriscos". Telepolis.com. 1999.

especialmente en el Magreb. La palabra «moro» proviene del latín *maurus*, que designaba en época romana a los habitantes del Magreb central y occidental actuales (zonas costeras de Marruecos y de casi toda Argelia), las provincias romanas de la Mauritania Tingitana (capital: Tánger, en Marruecos) y Mauritania Caesariensis (capital: Cherchel, en Argelia). Pero las crónicas europeas medievales no suelen llamar «moros» a los musulmanes hasta las invasiones magrebíes en Al-Andalus de las dinastías beréberes de almorávides y almohades, en los siglos XI-XIII. La denominación «moro» pasará a calificar, desde esa época hasta nuestros días, a todo lo «no-cristiano», con cierta agresividad: los «moros y cristianos»; los «moros en la costa»; el niño «moro» o no bautizado, etc. El término «morisco» designa, por tanto, a los individuos de un grupo social muy determinado, en época moderna, para diferenciarlo de otros musulmanes, aunque su etimología ilumina el origen más complejo de esta palabra.

A principios del siglo XVII los moriscos constituían minorías de importancia considerable en Valencia, Aragón y Murcia. En la Corona de Aragón los moriscos constituían un porcentaje apreciable de la población total. Su expulsión supuso una disminución importante de la población activa, y de la mano de obra especializada en esos reinos, generando, al principio, reacciones contrarias a la expulsión. En Valencia, donde los moriscos eran muy abundantes, controlaban la actividad agraria de las comarcas de secano y de algunos regadíos, como los de Játiva y Gandía. A pesar de las protestas la expulsión se cumplió, con graves consecuencias para la economía y la población. Los moriscos (palabra que deriva de moro) fueron los españoles musulmanes bautizados tras la pragmática de los Reyes Católicos del 14 de febrero de 1502. En 1491 Boadil, último rey nazarí, capitula ante los Reyes Católicos y negocia la entrega de Granada el 25 de

noviembre. Inmediatamente después de la entrada de los Reyes Católicos en Granada comenzaron una labor de conversión por métodos pacíficos.

Durante la primera mitad del siglo XVI hubo cierta tolerancia. La autoridad reprobaba esta fidelidad al Islam que combatía mediante la Inquisición y la toleraba al mismo tiempo, esperando la conversión. Con el motivo del levantamiento de las Alpujarras, los cristianos aprovecharon para afirmar que los musulmanes habían quebrantado el pacto alcanzado en 1491; por ello dictaron la Pragmática de 14 de febrero de 1502, que ordenaba la conversión o expulsión de todos los musulmanes del reino de Granada, exceptuando a los varones de menos de catorce años y las niñas menores de doce, antes de abril del citado año. Esta Pragmática supuso un quebrantamiento de los compromisos firmados por los Reyes Católicos con el rey Boabdil en las Capitulaciones para la entrega de Granada, en las que los vencedores castellanos y aragoneses garantizaban a los musulmanes granadinos la preservación de su lengua, religión y costumbres. En 1566, Felipe II prohibió, aleccionado por Diego de Espinosa, el uso de la lengua árabe, de trajes y ceremonias de origen musulmán. Al tratar de aplicarse este decreto, se produjo la rebelión de la Alpujarra (1568-1571), bajo el mando de ABEN HUMEYA. Dominada la revuelta, los moriscos granadinos fueron deportados hacia La Mancha y Castilla la Vieja. A finales del siglo XVI, la población morisca en los reinos peninsulares ascendía a unas 275.000 personas. En varias ocasiones se pensó en decretar su expulsión, pero la medida se pospuso debido a las presiones de la nobleza aragonesa y valenciana, beneficiados de este régimen de semiesclavitud⁶⁴.

⁶⁴ La expulsión de los moriscos. La enciclopedia WIKIPEDIA.org.

Finalmente, Felipe III decretó la expulsión en 1609. La expulsión se lleva a cabo hasta el año 1616. En esa fecha, termina la existencia de los mudéjares en España pero no de los moriscos, que son expulsados o trasladados. El término *morisco* se impone de manera absoluta a partir de 1570. Antes existía todo un elenco de denominaciones: *crístianos nuevos de moro*, *crístianos nuevos de morisco*, simplemente *crístianos nuevos* o *nuevamente convertidos*.

3. LA EXPULSION DE EXTRANJEROS EN EL DERECHO PENAL CODIFICADO

- Consideraciones generales.

Como señala PUIG PEÑA⁶⁵ en un sentido amplio, "expulsión" es el lanzamiento obligado de una persona o cosa de un sitio determinado, por razones de molestia, conveniencia o peligrosidad. Constituye éste un fenómeno de reacción natural interna como defensa del propio órgano u organismo y encuentra su traducción en el Derecho de algunas interesantes instituciones que afectan sobre todo al campo penal y defensiva. En un primer momento y quizá por la índole de ese movimiento espontáneo de reacción defensiva del cuerpo social contra elementos que la dañan gravemente o intensamente le perturban, la expulsión tenía en el campo penalístico una amplitud extraordinaria, ya que podía comprender a cualquier persona, con independencia de su origen, naturaleza o condición.

Pero a partir de Edad Moderna y sobre todo de la época codificadora la expulsión queda reservada sólo para el extranjero. Para los nacionales no hay, en principio ninguna expulsión, y ello por la razón sencilla de que, si se admitiera, quedaría en ocasiones excluida la justa reparación de las víctimas y de se promoverían justas reclamaciones de las naciones fronterizas, Sobre el nacional, pues, no puede actuar aquel movimiento espontáneo y natural de alejar al ser

⁶⁵ PUIG PEÑA, Federico. Código. Penal anotado, Instituto Editorial Reus, Madrid, Pág. 196. En Nueva enciclopedia jurídica en la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros. Tomo IX. Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona 1958. p. 360 (La biografía sobre la expulsión de extranjeros no ha sido hasta ahora muy copiosa; pero en los últimos tiempos, ha sido más abundante como consecuencia del marcado interés que la cuestión suscita).

molesto o peligroso, y el Estado tiene que organizar la defensa desde otro punto de vista.

Tanta es la fuerza de estos principios que, aun en aquellos países como España que, todavía conserva en cierto sentido la pena de alojamiento del nacional del territorio de la península, se acude, PUIG PEÑA, haciendo referencia a SALDAÑA, a la ficción de suponer que el propio es extraño para tratarle, como un extraño. La pena de alejamiento se llama, en efecto, de extrañamiento y sólo a virtud de aquella ficción puede tener justificación el sistema de alejamiento más o menos intenso del nacional culpable o peligroso.

Sólo pues, tratándose de extranjeros, puede en puridad actualizarse este viejo instituto, el cual, no obstante, se ha sometido a fuerte diatriba y discusión en nuestros días. La polémica se ha producido porque, de una parte, no puede negarse el derecho de los Estados a decretar la expulsión que, en definitiva, no es más que el exponente de su posición soberana. Pero, por otra parte, los fenómenos de emigración en grandes masas, debidos sobre todo a las guerras civiles o exteriores, han puesto el problema sobre el punto humanitario y de cooperación social universal, restringiéndose todo lo posible el viejo y sagrado derecho de expulsión. Ha sido en todos los años inmediatamente anteriores a la guerra (Congreso de La Haya de 1937, de El Cairo de 1938, etc.) que el sentir de los penalistas y sociólogos se dejó oír con gran intensidad y desde entonces puede decirse que es éste un problema que preocupa hondamente.

Parece ser que de momento, hasta que el asunto entre una fase de solución definitiva, el pensamiento colectivo se inclina por seguir restando lógicamente el derecho de expulsión, pero restringiendo todo lo posible su ejercicio y

limitándose solo a los caso de gravedad por el peligro que pueda correr la economía o tranquilidad nacional, ante una emigración desorbitada o por el daño que pueden causar los extranjeros con su actividad o conducta ilícitas.

La cuestión sobre la expulsión de extranjeros apasiona al Derecho colectivo y tiene un alcance indudablemente internacional. A este respecto el Convenio de Montevideo de 1889, el Tratado de 1939. En relación con el primero es de recordar el artículo 5º, conforme al cual cualquiera de los Estados signatarios podrá expulsar, con arreglo a sus leyes, a los delincuentes asilados en su territorio siempre que, después de requerir a las autoridad del país dentro del cual se cometió alguno de los delitos que autorizan la extradición, no se ejercitarse por éstas acción represiva alguna. Respecto de los apátridas merece recordarse el protocolo firmado en La Haya en agosto de 1930⁶⁶.

⁶⁶ PUIG PEÑA, Federico. Código. Penal anotado, En Nueva enciclopedia jurídica en la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros. Tomo IX. Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona 1958. nota 2ª. Pág. 360,

A) LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN LOS ANTERIORES CÓDIGOS PENALES

- introducción

No era tan fácil encontrar referencias o comentarios sobre la expulsión de extranjeros en la primera fase de la codificación penal española dada la escasa atención que ha recibido la doctrina española en la actualidad -comentarios y manuales del Derecho penal- en que cuya referencia suele aparecer de forma muy breve. La dificultad que he tenido en esta Tesis doctoral se debe no solamente al tiempo dedicado a la búsqueda y investigación en aquel periodo tan lejano, sino, sobre todo, al castellano antiguo empleado entonces, puesto que, la expresión o el término de "expulsión" no se utilizaba en aquella época, sino que se usaba el verbo "espeler", y, además se escribía de forma distinta a como hoy utilizamos. El Código establecía "*el extranjero será espelido*" en lugar del término "expelido", aunque, éste, tampoco se suele utilizar en la actualidad.

Pero a pesar de todo, finalmente puede afirmarse que la expulsión o "Espelición" del extranjero se encuentra regulada en la legislación jurídico-penal española en el Código Penal de 1822 concretamente en los artículos 214 y 786 como se verá más abajo. A diferencia del Código penal de 1995, la expulsión en los anteriores Códigos que veremos a continuación, se consideraba como una sanción o pena que imponía el poder político, por medio de sus Órganos Jurisdiccionales a través de un proceso al culpable de una infracción criminal como retribución de la misma y para evitar nuevos delitos.

Aparece el término de expulsión como los siguientes: "extrañamiento, destierro y confinamiento son las tres

especies de penas restrictivas de la libertad que admitía nuestro Código penal. El extrañamiento consiste concretamente en la expulsión del territorio español por el tiempo de la condena (art. 86 del Código penal), pues, no hay que confundir esta expulsión, aplicable tanto a españoles como a extranjeros⁶⁷, con la expulsión de extranjeros que en ciertos casos se aplica como medida no pena⁶⁸. La pena de extrañamiento existía ya en los primeros Códigos penales españoles y hasta 1870 se dividió el extrañamiento en temporal y perpetuo (art. 112 del Código 1870). No obstante, este llamado extrañamiento perpetuo era en dicho Código una figura superflua, puesto que, no estaba señalado en ningún artículo del Código, ni especialmente ni como pena superior a otra determinada. El Código de 1928 prescindió completamente del extrañamiento, el cual reapareció en 1932, pero ya con la formulación que tiene en la actualidad, o sea, limitándose al extrañamiento temporal. Si las penas restrictivas de libertad han perdido terreno en las codificaciones penales, la de extrañamiento es quizá entre ellas la que resulta más criticada, y ello porque es difícilmente justificable que un Estado se desprenda de quienes han cometido un delito obligando a que se trasladen a un país distinto. Se considera que, en todo caso, tal medida sólo debería admitirse tratándose de delincuentes extranjeros o bien de delincuentes políticos. No obstante, hay que señalar que aun cuando nuestro Código penal siga admitiendo el extrañamiento hace del mismo escasa aplicación. La duración prevista en el Código de 1973 para el extrañamiento es la de doce años y un día a veinte años (art. 30), de acuerdo con el

⁶⁷ En cambio, VIZMANOS, Tomás María y MARTINEZ, Cirilo Álvarez, Comentarios al Código Penal. Tomo I. Establecimiento Tipográfico de J. González y A. Vicente Madrid 1848. Pág. 356, *"guiado por distintos principios el austriaco y el romano de 1832, solamente aplicaban la pena de destierro a los extranjeros"*

⁶⁸ Nueva enciclopedia jurídica en la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros. Tomo IX. Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona 1958. Págs. 425 y 426

criterio tradicionalmente seguido para el extrañamiento temporal. La ejecución podrá llevarse a término dando orden a la policía para que haga efectiva la expulsión.

1. EL CÓDIGO PENAL DE 1822

Por primera vez en España y en el mundo se habla de Código penal era "el primer Código Penal francés data de 1791"⁶⁹. En España, en el discurso preliminar de la Constitución de Cádiz (1812) hay párrafos que constituyen citas casi literales de Montesquieu y de Beccaria, respectivamente. Se entonces en ellos la trascendencia de la legislación penal; se califica de muy urgente la reforma de las leyes criminales, se anuncia la sustitución de las viejas leyes penales por un nuevo Código penal "que represente la imagen de dulzura, de libertad y beneficencia que corresponde a la generosidad y grandeza de la Nación española"⁷⁰. El Código Penal de 1822 fue el primer Código que se aprobó en España, fecha notablemente anterior a las de los otros Códigos liberales españoles^{71/72}. Esta anticipación deberá ser buscada retrocediendo a la segunda mitad del siglo XVIII y enlazar con el reformismo penalista de los ilustrados. Montesquieu (1748) hizo ver la conexión entre leyes políticas y leyes penales; trató de convencer a los monarcas europeos acerca de que "el espíritu de moderación" era el propio de un legislador ilustrado". Sostuvo la idea de que puesto que, las penas son el precio que cada ciudadano debe

⁶⁹ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Editorial EDISOFER SL MADRID 2000. Pág. 31 haciendo referencia a SALDAÑA (SALDAÑA, Quintiliano, "Adiciones...", Ob cit., Pág. 466).

⁷⁰ TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho español. 4º edición Tecnos Madrid 1983. Pág. 496

⁷¹ En el mismo sentido, CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 150. "El Código fue sancionado el 9 de julio de 1822"

⁷² En el mismo sentido TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho español. 4º edición Tecnos Madrid 1983. Págs. 493. aunque "la fecha no es muy temprana, pero sí notablemente anterior a las de los otros Códigos liberales españoles".

pagar por la defensa de su libertad y su seguridad, tales castigos deben guardar proporción con el peligro que cada delito constituya para la seguridad y libertad de los ciudadanos⁷³.

El primer Código penal que recogió los requisitos que, a partir de la Ilustración, fueron estableciéndose sobre la forma de un cuerpo legislativo moderno, fue el Código Penal francés, de la época napoleónica (por ello también es denominado Código penal napoleónico)⁷⁴, promulgado con la finalidad de dar coherencia a un sistema jurídico casi indescifrable por la multitud de normas dispersas que existían. La idea jurídica de la existencia de Códigos es típicamente burguesa y liberalista, dado que favorece los intercambios comerciales y de seguridad jurídica. Además, en el caso del Código penal, permite a los ciudadanos un mayor conocimiento de los delitos, y no ser enjuiciados por actos delictivos que podían desconocer. Más adelante la codificación penal se fue extendiendo por Europa (sobre todo por los países de derecho continental) y por todos los territorios bajo los cuales estos estados europeos tenían influencia.⁷⁵

El Derecho penal moderno nace en España, al igual que en el resto de Europa, a finales del siglo XVIII y principios del XIX, bajo las ideas de la Ilustración. El Derecho penal del Antiguo Régimen era fragmentario, cruel y poco definido. En España seguían en vigor la Novísima Recopilación, los Fueros y

⁷³ CODIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL. Normas y leyes penales españolas. Evolución histórica. Teorías. <http://www.altavista.com>.

⁷⁴ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 151. "En la formación de este Código influyeron los principios científicos entonces dominante y especialmente los consignados en el Código francés; hay en él algo del Fuero Juzgo y de las Partidas envuelto con el carácter del Código de Napoleón".

⁷⁵ SCHMIDT VERLEGUNG SIGMUND FEYRABENDS J. Constitutio Criminales Carolina. Frankfurt 1577. artículo publicado en la página web. Wikipedia, enciclopedia libre.

Las Partidas, pero en la práctica los Tribunales solían hacer gala de arbitrariedad, dejando de ceñirse a los textos escritos. Tras el fracaso de las primeras iniciativas debido a la reacción frente a la Revolución francesa la situación cambia decididamente con la Constitución de Cádiz de 1812, que establece la personalidad de las penas, proscribire el tormento, la pena de horca, la de confiscación y la de azotes, y dispone que los Códigos civil, criminal y de comercio fueran uno en todo el Reino. El regreso de Fernando VII supuso la derogación de la nueva normativa, pero el mismo Monarca ordenó la formación de un Código Criminal. Así, nació el primer Código español, el de 1822⁷⁶, y, con él, una nueva etapa en la evolución del Derecho Penal histórico español.

El Código Penal de 1822 tuvo una vigencia muy breve⁷⁷. Basado en las doctrinas de la Ilustración, particularmente en las de Bentham y Beccaria. Constaba de un Título Preliminar y dos Partes, la primera dedicada a los "Delitos contra la Sociedad" y la segunda a los "Delitos contra los Particulares"⁷⁸. Establece el principio de legalidad de los delitos y las penas, y en muchos aspectos ha sido seguido por los Códigos posteriores como la definición legal del delito, catálogos de atenuantes y agravantes, o la responsabilidad civil. Curiosamente, se atenía en el castigo de las "culpas" - o delitos culposos- al principio de excepcionalidad o concreción caso por caso, criterio abandonado posteriormente

⁷⁶ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980. Págs. 150. "el proyecto fue presentado en abril de 1821 que después de amplia discusión fue sancionado el primer Código criminal de España el 9 de julio de 1822"

⁷⁷ TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho español. 4º edición Tecnos Madrid 1983. Pág. 497. "quienes han estudiado en nuestros días el Código de 1822 han dudado acerca de si llegó a estar vigente antes de la nueva restauración absolutista realizada por Fernando VII en 1823".

⁷⁸ ALONSO Y ALONSO "De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822", en Revista de Estudios Penitenciarios, núm. 1. 1946.

hasta el Código de 1995⁷⁹. Cuando a principios del siglo XIX, se inicia la ardua tarea de la Codificación, la Legislación penal española, estaba constituida por la Novísima Recopilación, rigiendo como supletorio el Derecho de Las Partidas, fuentes éstas, de las que bebieron los legisladores decimonónicos⁸⁰.

Desde mediado el siglo XVIII, comienza a apreciarse un desarrollo importante en este sentido de la ciencia penal al tiempo que los contenidos jurídico penales en las fuentes descienden notablemente si son comparados con la relevancia cada vez mayor que cobran otras materias. Cada momento histórico manifiesta una concepción de la norma penal que en parte hereda de la precedente y que podía denominarse una teoría del delito. Esta concepción es fruto de una elaboración histórica que, en último término, refleja la protección de los bienes individuales y colectivos dominantes en un momento concreto, su reconocimiento por el Derecho penal y el castigo que debe imponerse a aquellos que los infringen⁸¹". La codificación refleja definitivamente la aspiración ilustrada de crear un texto penal en el que se plasmen de modo abstracto las conductas delictivas con las penas correspondientes, suprimiendo la imprecisión, el posible casuismo y buscando la seguridad jurídica de los ciudadanos⁸².

La Codificación penal española tiene su origen en las Cortes de Cádiz de 1812, que suponen el triunfo en España de

⁷⁹ ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL. Información recogida del libro de visita con acceso Canal de IRC. <http://es.wikipedia.org>. Edición en español de Wikipedia, iniciada en el 2001.

⁸⁰ ELADIO-José Mateo AYALA. El periodo de la codificación. Proyectos de Códigos penales y Códigos penales españoles en el siglo XIX. Págs. 1 al 3. Artículo publicado en VLEX. <http://vlex.com/vid/294714>. de fecha 26/7/2007.

⁸¹ SAINZ GUERRA, Juan. La Evolución del Derecho Penal en España. Universidad de Jaén 1ª Edición. Marzo 2004. Págs. 20 a 22.

⁸² SAINZ GUERRA, Juan. La Evolución del Derecho Penal en España. ob cit Pág. 32.

las ideas de la Ilustración. La Constitución nacida de las referidas Cortes disponía la vigencia del principio de personalidad de las penas, así como que el Código criminal fuese único para todo el territorio de la Monarquía. Sin embargo, los avatares políticos del momento malograron el fin perseguido, ya que el restablecimiento de la Monarquía Absoluta en la figura del Rey Fernando VII, supuso la disolución de todas las Comisiones de Codificación, incluida la Comisión especial de reforma legislativa para el Código criminal⁸³.

Ulteriormente, en 1819, y por Decreto de 2 de diciembre, el propio Rey Fernando VII, ordenó al Consejo de Castilla, la elaboración de un Código criminal, que quedó en mera intención, dado que en 1820 se produce el restablecimiento de la vigencia de la Constitución de 1812, iniciándose un período constitucional que habría de prolongarse hasta 1823. Como quiera que las Cortes en 1820 albergaban también la idea de elaborar un Código penal, se nombra una Comisión que prepara el Proyecto, que fue presentado a Cortes siendo promulgado el 9 de julio de 1822.

La constitución de 1812 ya había proclamado la necesidad de un Código penal, que había de superar el estado de la legislación penal del Antiguo Régimen. Pero la codificación, exigencia liberal, no se pudo llevar a cabo en lo penal inmediatamente, a causa de la Restauración, y hubo que esperar al "trienio liberal, para que se promulgar el primer Código penal, de 9 de julio de 1822. Decretado el inicio de su vigencia para el 1 de enero de 1823, la vuelta al absolutismo

⁸³ ELADIO-José Mateo AYALA. El periodo de codificación. Proyectos de Códigos penales y Códigos penales españoles en el siglo XIX. Artículo publicado en VLEX. Publishers Center. <http://vlex.com/vid/294714>. de fecha 26/7/2007.

determinó que Fernando VII anulara el 1 de octubre del mismo año lo realizado durante el trienio⁸⁴.

El Código Penal de 1822 era el texto punitivo español que más arbitrio que concedió a los Jueces para la determinación de la pena de todos los Códigos Penales españoles. Este Código agrupaba arcaísmos procedentes de la normativa penal preexistente con nuevas ideas punitivas, y en fin, desde una perspectiva ético social, la presencia de contenidos netamente liberales y personalistas contrasta con inercias de una España fuertemente centrada en un catolicismo contrarreformista, más rural que urbana, casi exclusivamente agrícola y apenas industrial, sin experiencia como estado liberal en su forma de monarquía constitucional y parlamentaria⁸⁵.

En principio, se observa que el Código Penal de 1822 no distinguía entre español o extranjero en su aplicación como se desprende del artículo 10 en cuyo tenor establecía que "*Todo español ó extranjero que dentro del territorio de las Españas cometa algún delito ó culpa, será castigado sin distinción alguna con arreglo á este Código,..., salvas las excepciones estipuladas en los tratados existentes con otras potencias*". Pues, el citado artículo no establecía diferencia alguna entre el español y extranjero al contrario de la legislación penal de los romanos que consideraban a los extranjeros como esclavos, así como la austriaca de 1832 que solamente se aplicaba la pena de destierro a los extranjeros⁸⁶. Pero en mi opinión, en determinados delito se desprende con toda claridad

⁸⁴ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Segundo Edición 1985. Edita. PPU. Promociones Publicaciones Universidades. SA. Pág. 13.

⁸⁵ BELESTÁ SEGURA, Luis. Antecedentes del artículo 66 del Código penal de 1995. [http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho Penal/1999-art66cp.html](http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/1999-art66cp.html). Septiembre 1999. Págs. 1 al 19

⁸⁶ Vid. VIZMANOS, Tomás María y MARTINEZ, Cirilo Álvarez, Comentarios al Código Penal. Tomo I. Establecimiento Tipográfico de J. González y A. Vicente Madrid 1848. Pág. 356

la distinción del extranjero frente al nacional y otra religión, por cuanto que, además de la pena impuesta, el extranjero se castigaba con la expulsión del territorio español como se verá más abajo.

Como señala PACHECO⁸⁷, "al hablar aquí de la legislación penal de los romanos, hablamos únicamente de la que dice relación a los hombres libres, ciudadanos de la Republica. Los extranjeros no eran casi nada en el concepto de aquel pueblo orgulloso, que tanto se sublimaba a si mismo: los esclavos eran cosas enteramente a merced de sus señores".

El Código de 1822, aplicaba a los que en España cometían alguno de los delitos establecidos en el art. 401, "falsedades de letras de cambio, libros, reconocimientos, póliza u otros instrumentos de comercio", sin hacer distinción de nacional o extranjero.

Al analizar el Código penal de 1822 hemos encontrado algunos artículos relacionados con la expulsión del extranjero tal como se desprende del artículo 214 al establecer que "*El extranjero que hallándose en territorio español incurriere en alguno de los delitos expresados en los artículos 210 y 212, perderá también todo los empleos, suelos y honores que obtenga en el reino, sufrirá una prisión de uno a tres años, y después será expelido para siempre de España*"⁸⁸.

El Código Penal de 1822, sin embargo, distingue el extranjero del español en cuanto a la aplicación del artículo 786. Se castigaba al español con la pena de cuatro meses a un año de reclusión, y si fuera extranjero el castigo será el de

⁸⁷ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Ob cit Pág. 59.

⁸⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo Y Otros. Códigos penales españoles. Recopilación y concordancia. Ob cit Pág.57.

ser expelido del territorio español. Igualmente, distinguía al extranjero católico del extranjero que pertenecía otra religión cuando de palabra o por escrito enseñaba o propagaba públicamente doctrinas o máximas contrarias a alguno de los dogmas de la religión católica romana, y persistía en ellas después de declaradas tales con arreglo a la ley y por la autoridad eclesiástica competente. Se castigaba con la pena de uno a tres años de reclusión, quedando sujeto por otro año más a la vigilancia especial de la autoridad. Si fuera extranjero no católico el que cometía este delito, se le imponía una reclusión o prisión de cuatro a diez años y ocho meses, y después era expulsado para siempre de España. (Art. 229).

Al propio tiempo amparaba al extranjero "residente en España" como podemos entender de lo que disponía el artículo 133, el cual establecía que *"el territorio español es un asilo inviolable para las personas y propiedades de los extranjeros que respeten la Constitución política y las Leyes de la Monarquía. Los que residen en España, y por delitos cometidos fuera de ella, serán reclamados por el Gobierno respectivo, no serán entregados a éstos sino en los casos y términos prescritos en los tratados existentes, los cuales en este punto se consideran como parte del Código, y se insertarán a continuación de él..."*. Al propio tiempo, el artículo 271, aplicaba la pena de deportación a cualquier funcionario público que hubiera entregado ilegalmente a un extranjero residente en España a otro Gobierno, según los términos establecidos en el artículo 133. No obstante, la pérdida de su empleo y además la prisión de uno a cuatro años, si a la persona entregada se le impusiere la pena de muerte de resultas de la entrega. El funcionario público que de esta manera ilegal hubiere procedido será deportado.

La expulsión, extrañamiento, deportación, confinamiento y destierro objeto de esta tesis doctoral en la fase del Derecho codificado se considera pena corporal, pues, el Código Penal de 1822 consideraba el destierro como "pena corporal", es decir, el acusado por un delito al que correspondiese la aplicación de esta sanción podía ser sometido a prisión preventiva mientras durara el proceso.⁸⁹

El Artículo 28 del Código de 1822⁹⁰ establecía (textualmente) que "a ningún delito, ni por ningunas circunstancias, "excepto"⁹¹ en los casos reservados á los fueros eclesiástico y militar, se aplicarán en España otras penas que las siguientes:

a) Penas corporales:

Primera: La muerte

Segunda: La de trabajos perpetuos.

Tercera: La de deportación.

Cuarta: La de destierro o estrañamiento⁹² perpetuo del territorio español.

Quinta La de obras públicas.

Sexta: La de presidio.

Séptima: La de reclusión en una casa de trabajo.

Octava: La de ver ejecutar una sentencia de muerte.

Novena: La de prisión en una fortaleza

Décima: La de confinamiento en un pueblo ó distrito determinado.

Undécima: La de destierro perpetuo ó temporal de un pueblo ó distrito determinado".

⁸⁹ SAINZ GUERRA, Juan. La Evolución del Derecho Penal en España. ob cit, nota 114 en la Pág. 329.

⁹⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo Y Otros. Códigos penales españoles. Recopilación y concordancia. Editorial AKAL. SA 1988. Pág. 21.

⁹¹ En la actualidad "Excepto".

⁹² En la actualidad "Extrañamiento".

En mi opinión, con arreglo a este Código Penal, se desprende que las citadas penas corporales antes señaladas se aplicaban a los delincuentes y culpables, y los que respondían de las acciones de otros, sin distinción alguna entre si eran o no españoles o extranjeros los que cometían algún delito o culpa dentro del territorio de las Españas, sin perjuicio de las excepciones establecidas en los tratados internacionales firmados por España con otras Potencias. Por lo que conduce a entender que las penas señaladas en el artículo 28, "Tercera, Cuarta, Décima, y Undécima, eran aplicables también a los extranjeros residentes en el territorio español. A continuación se examinará cada una de ellas:

b) La deportación:

El artículo 50 del Código Penal de 1822⁹³ establecía que: *"El reo condenado a deportación será conducido a una isla o posesión remota, de donde no pueda fugarse, y permanecerá en ella para siempre. El deportado será destinado en su deportación a los trabajos u ocupaciones que su jefe disponga, conforme a los reglamentos respectivos; pero podrá en los casos y términos de los artículos 144, 146, 147, 148 y 149 obtener en la isla o posesión algunos o todos los derechos civiles, y los empleos y cargos que el Gobierno quiera conferirle".*⁹⁴

Siguiendo la concepción romana, la deportación consiste en la reclusión de un delincuente en una isla o una posesión lejana dentro del territorio español a perpetuidad. La pena de deportación solamente se admite en el Código penal de 1822

⁹³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo Y OTROS. Códigos penales españoles. Ob. Cit. Pág. 25.

⁹⁴ Este artículo concuerda con el Artículo 102 del Código Penal de 1848.

(art. 50) y en el 1928 (art. 175)⁹⁵ e iba unida generalmente a la de trabajos forzados. En el Código de 1822, el destino de los deportados se desconocía, y en 1928 su destino se estableció en las posesiones españolas del Norte de África. "la condición de los deportados, según el texto liberal, era variable hasta el punto de que, si el Gobierno así lo disponía, podrían recuperar sus derechos civiles e incluso ocupar cargo públicos" ⁹⁶.

Los límites que contienen al deportado son los de la isla o región a donde se le destierra. Si tiene bienes y no quiere trabajar, nadie puede obligarle a ello. Si no los posee se dedicará a lo que su gusto o sus intereses le inspiren. La verdadera penalidad de este castigo consiste en vivir a millares de leguas de la patria, sin poder, mientras dure, tornar a ella⁹⁷. En el caso de fuga, el artículo 51 cuyo tenor literal establecía el siguiente: "*El que sentenciado á deportación, y habiéndole notificado la sentencia que cause ejecutoria, se fugare antes ó después de llegar a su destino, será condenado, si se le aprehendiere, á las obras ó trabajos mas penosos que haya en el lugar de la deportación por cuatro meses á un año, sin necesidad de mas proceso ni diligencia que el mero reconocimiento ó justificación de la identidad de la persona. Si después de la fuga cometiere otro delito de pena corporal, que no pase de doce años de obras públicas, ni sea caso de reincidencia, se le condenará otra vez á la deportación, y además de sufrir en ella la pena de la fuga, se*

⁹⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo Y OTROS. Códigos penales españoles. Recopilación y concordancia. Cit Pág. 749. El art. 175 del CP 1928 establecía que "*El condenado a deportación será conducido a las posesiones españolas del África Occidental o lugares que el Gobierno designe, fuera del territorio de la Península e islas adyacentes, donde permanecerá en libertad, bajo la vigilancia de la Autoridad, dedicándose al trabajo, con sujeción al régimen que los reglamentarios establezcan*".

⁹⁶ SAINZ GUERRA, Juan. La Evolución del Derecho Penal en España. ob cit Págs. 328 y 329.

⁹⁷ TELLEZ AGUILERA en PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Ob cit Pág. 455.

*le destinará á los trabajos mas graves del establecimiento, con proporción á la pena del nuevo delito, y por todo el tiempo de la misma...”*⁹⁸

No obstante, la pena podía ser rebajada por medio del arrepentimiento y de la enmienda. El condenado a trabajos perpetuos podría, después de haber permanecido en ellos diez años, pasar a la deportación. Por el mismo medio, el deportado podía obtener en su deportación, después de estar en ella diez años, algunos o todos los derechos civiles, y los empleos o cargos públicos que el Gobierno quisiera conferirle (art.144)⁹⁹. La rebaja de condena, su determinación y concesión en el caso del artículo 144, era competencia del Juez o Tribunal que hubiera pronunciado la sentencia, sin perjuicio de lo se prevenía en el artículo 149. (Art.146). Sin embargo, de la regla general establecida en el art. 146, los deportados podían solicitar y obtener a su tiempo, de la audiencia más inmediata al lugar de su deportación, la gracia de ejercer en él todos los derechos civiles o algunos de ellos. (art.149).

Sin embargo, he observado que el Código de 1822 -en el Capitulo IV del Titulo primero- limitaba el derecho de libertad individual únicamente de los españoles (arts. 242 y ss.) cuando establecía que *"El que impidiere o coartare a algún español el ejercicio de la facultad legítima que tiene para hablar, escribir..."*. Por otra parte, el artículo 243, castigaba *"al funcionario público que sin ejercer autoridad judicial competente impusiere a un español alguna pena fuera de los casos en que la Ley le autorice expresamente para ello,... (o) que hiciere sufrir a un español..."*. Así como la

⁹⁸ Los textos legales han sido recogidos de BARJA DE QUIROGA, Jacobo López Y Otros. Códigos penales españoles. Ob cit. Pág. 25.

⁹⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo Y Otros. Códigos penales españoles. Recopilación y concordancia. ob cit Pág. 45.

detención ilegal por la propia autoridad y sin ejercer alguna pública, arrestaba o prendía a alguna persona... (Art.245).

Del mismo modo, se castigaba solamente a los españoles, por los delitos contra la seguridad exterior del Estado (arts. 249 al 254) con las penas comprendidas en el artículo 28, entre ellas, la de deportación (art.251). De igual forma, son de aplicación, también, para los extranjeros, las disposiciones de los artículos 249 al 254 siempre que: "*los extranjeros se hallaren al servicio de España, aunque no hubieren obtenido carta de naturaleza. El extranjero de cualquier otra clase, que hallándose en España domiciliado o transeúnte en tiempo de guerra, cometiere alguno de los delitos expresados como casos de traición en los art. 251, 252 y 253, o promoviese o auxiliase la deserción de súbditos de España al enemigo, será tratado y castigado como espía*". (Art. 255).

c) El destierro:

El artículo 73 establecía que "*el reo condenado a destierro perpetuo o temporal de un pueblo o distrito determinado, será conducido fuera de él. Si volviere a entrar en el distrito prohibido antes de cumplir el tiempo de su condena, se le impondrá una reclusión de seis meses a dos años, la cual se podrá aumentar hasta un año mas, si no diere el reo fianza de su buena conducta. Si dentro del recinto que le esté prohibido cometiere otro delito que no sea de reincidencia, se le impondrá además el máximo de la pena señalada al nuevo delito, la cual se podrá aumentar hasta una "sesta" parte mas, y en todo caso cumplirá después su*

destierro; pero si hubiere reincidencia se observará lo prescrito en el capítulo quinto de este Título”¹⁰⁰.

La pena de destierro era *“una pena que suponía igualmente limitación de la libertad y que fue impuesta para numerosos delitos”*, tanto el derecho romano como el visigodo preveían esta pena que, en ocasiones, servía de sustitutivo de otras más graves, el derecho romano preveía la fuga de los reos que estaban condenados a pena capital para evitar que se les aplicara un castigo mayor. Se trataba de una especie de auto destierro por el que el reo rogaba indulgencia ante la autoridad expatriándose después. Esta sanción tuvo un carácter administrativo, pues la expulsión como pena provino de la prohibición de elegir domicilio impuesto por la autoridad. Castigo que recibió generalmente el nombre de exilio, abarcando las diferentes especies de destierro que se podían decretar”¹⁰¹.

El destierro se aplicaba únicamente sobre los hombres libres, pues los que no lo eran carecían del derecho a elegir su domicilio y la naturaleza del mismo dependía de la condición y fortuna del reo. La pena de destierro en las variantes mencionadas tenía un límite temporal que, sin embargo, no siempre fue cumplido por las autoridades como lo muestran diversas Constituciones que ordenan poner en libertad a los desterrados una vez cumplido el tiempo de la condena. La pena de destierro fue aplicada en alguna de las variantes mencionadas a los delitos de sacrilegio, homicidio del adúltero, robo y falsedad documental entre otros.

¹⁰⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo Y Otros. Códigos penales españoles. Recopilación y concordancia. Ob cit Pág. 21.

¹⁰¹ SAINZ GUERRA, Juan. La Evolución del Derecho Penal en España. ob cit Págs. 326, 3272 y 328.

El destierro según señalan VIZMANOS y MARTINEZ¹⁰², era guiado por distintos principios, tal como, el austriaco y el romano de 1832, solamente aplicaba la pena de destierro a los **extranjeros**; y si bien es cierto que cada nación debe la primera pena de dicha escala, para temer que haya frecuente necesidad de llegar a ella y aplicarla.

Para SAINZ GUERRA,¹⁰³ los fines de la pena han variado históricamente, unas veces ha predominado el interés de la familia o del estamento social y en otras ocasiones se ha hecho hincapié en el interés de las sociedades. Unas veces ha prevalecido el principio expiatorio y en otras el deseo de venganza. Otras veces se ha regido por la idea de intimidación y otras por un afán de evitar la reincidencia y por un deseo de regeneración". SAINZ GUERRA remite como referencia (1) a San Isidoro (Etimologías, 5, 27,2), el cual dice que "la palabra pena va siempre acompañada de un determinante; sin el mal no tiene sentido completo. Y así cuando, añadiéndolo <pena de cárcel>, <pena de destierro>, < pena de muerte>, le confiera todo sentido". SAINZ GUERRA, refiriéndose a las Etimologías de San Isidoro, que el derecho visigodo conoció tres clases de destierro o exilio: la relegación, la deportación y la proscripción.

1) La relegación consistía en expulsar al reo de los límites de su patria permitiendo que pudiera llevarse sus bienes.

2) La deportación se fundaba en la misma sanción agravada con prohibición de que el condenado pudiera llevarse sus bienes.

¹⁰² VIZMANOS, Tomás María y MARTINEZ, Cirilo Álvarez, Comentarios al Código Penal. Tomo I. Establecimiento Tipográfico de J. González y A. Vicente Madrid 1848. Págs. 356 y 357

¹⁰³ SAINZ GUERRA Juan. La Evolución del Derecho Penal en España. ob cit Pág. 268.

3) La proscripción consistía en el destierro del reo a un lugar determinado y lejano, públicamente escrito.

a. El destierro a perpetuidad, ya previsto en Las Partidas para el delito de violación de sepulturas (P.7, 9,12 y P 4, 18,2 y siguientes) o para falsedad (P.7, 7,6), según una norma posterior de los Reyes Católicos de 1497, se realizaba trasladando al desterrado a la Isla Española durante Diez años. Otra de las consecuencias jurídicas de esta pena (al igual que ocurría con la de trabajos forzosos a perpetuidad) era la de que el reo no podía ser instituido heredero (P.6, 3,4). Cuando el destierro no fuera a perpetuidad, el confinamiento en la Isla duraría la mitad del tiempo determinado por el Juez en su sentencia para que el reo estuviera "fuera de los nuestro Reynos".

Se aplicaba la pena de destierro perpetuo del lugar del delito y veinte leguas en contorno en los delitos de las heridas, ultrajes y malos tratamiento de obra establecidas en el artículo 642, si lo hiciere con alguna de las siete circunstancias -mencionadas en el mismo artículo- que constituyen asesinato, -el responsable- sufrirá la pena de doce años a veinte años de obras públicas, con infamia y con igual destierro. Figura también la pena de destierro por los delitos de riñas, pelas establecidas en el artículo 661, y el artículo 667.

b. El destierro temporal, se aplicó también a delitos como falsificación de medidas (P.7, 7,7), el de lesiones a oficiales de justicia o la participación en alborotos públicos. Los destierros temporales no se cumplieron con rigidez, en especial por la dificultad que las justicias tenían para realizar una vigilancia estricta sobre los condenados. Razón por la que en 1534 Carlos I encomendó a los

Jueces prestar particular atención para que los destierros cumplieran efectivamente la pena dejando de residir en la jurisdicción que el Juez les había prohibido al imponerles la sanción. También el destierro temporal se impuso a los jugadores, en particular a aquellos que se empleaban en juegos prohibidos o apostarán cantidades excesivas, si bien no parece que la norma tuviera eficacia en la práctica.¹⁰⁴

En todos estos supuestos, la doctrina diferenciaba dos tipos de destierro; el que se interpretaba a la sazón como una pena corporal y el que carecía de esa tipificación. El primero (deportatio) se equiparaba a la pena capital y se interpretaba como tal, pues suponía la expulsión de condenado del reino a perpetuidad. Mientras que el segundo (relegatio), más leve, consistía en expulsarle durante un cierto tiempo de la ciudad en la que habitaba, impidiéndole entrar en ella. En este segundo supuesto incurría, por ejemplo, la mujer que se amancebara con un clérigo que, según una pragmática de los Reyes Católicos, por ello "no ha de llevar pena corporal, sino de marcos y destierro. Este castigo de destierro llevaba como pena accesoria la privación del voto activo o pasivo en los órganos institucionales de la monarquía

Finalmente, según SAINZ, el destierro, considerado por el Código Penal de 1822 equivalente a la relegatio (arts. 28 y 52), es concebido por el Código Penal de 1848 como una pena leve, consistente en privar al condenado a entrar en aquellos lugares que indique la sentencia y en el radio y durante el tiempo que la misma señale (art.109), concepto que se reiteraba en los Códigos de 1850, 1870 (art. 116) y 1932 (art.91).

¹⁰⁴ SAINZ GUERRA, Juan. La Evolución del Derecho Penal en España. ob cit Págs. 268 y ss

El artículo 52 del Código penal de 1822 establecía que: *"El que sea condenado á destierro perpetuo ó extrañamiento del territorio español, será conducido hasta ponerle fuera de él. Si después se le aprehendiere en España, será deportado, sin más que reconocerse la identidad de la persona. Si después de haber quebrantado el destierro cometiere en España otro delito que merezca pena corporal menor de doce años de obras publicas, y que no constituya reincidencia, será deportado con la circunstancia de que no pueda obtener en su caso la gracia del articulo 144, sino después de estar en la deportación los diez años que señala dicho articulo, y otro tanto tiempo mas cuanto sea el de la pena del nuevo delito; pero si este mereciere mas de doce años de obras públicas, y menos de trabajos perpetuos, será castigado con esta última pena; y si mereciere trabajos perpetuos, se impondrá al reo la de muerte, observándose en caso de reincidencia lo dispuesto en el capitulo quinto de este titulo"* ¹⁰⁵

Según VOLTAIRE,¹⁰⁶ "el destierro por tiempo determinado o por toda la vida es una pena a la que se condena a los delincuentes, o a los que se trata que aparezcan como tales. No hace mucho tiempo desterraba el juez del territorio de su jurisdicción al ladronzuelo, al falsificador, al culpable de vías de hecho; y ese destierro traía por consecuencia que el desterrado se convertía en ladrón en gran escala y en asesino en otra jurisdicción. Obrar así era lo mismo que echar en el campo del vecino las piedras del nuestro".

¹⁰⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo Y Otros. Códigos penales españoles. Recopilación y concordancia. Ob cit Págs. 25 Y 26.

¹⁰⁶ VOLTAIRE. Diccionario filosófico [1764] Sempere, Valencia 1901 tomo III Pág. 173.

d) El extrañamiento:

El extrañamiento no es diferenciado de la deportación por el Código de 1822 (art.52) y es equiparado a la expulsión del territorio español por el Código de 1848 (art.103), el de 1850 (art.103), el de 1870 (art.112) y el de 1932 (art. 89)¹⁰⁷. La literatura jurídica de la época se mostró partidaria de la aplicación de esta pena, no solamente a los extranjeros, sino también a los nacionales, fundándose en la idea de que la comisión de determinados delitos no convierte a su autor en todas partes en un hombre perjudicial.¹⁰⁸ el extrañamiento equivale a la expulsión pero distinto de la relegación que consiste en transportar al penado a un punto distante de los dominios españoles, igualmente, a diferencia de la legislación comparada de aquella época como la romana y austriaca de 1832 que aplicaba la pena de extrañamiento únicamente a los extranjeros y a diferencia de la relegación¹⁰⁹

El artículo 324, establecía que *"El que de palabra o por escrito provocare con sátiras o invectivas a desobedecer alguna ley o al Gobierno u otra autoridad pública, sufrirá un arresto de quince días a dos meses o una multa..., pero si "es" un eclesiástico..., sufrirá una reclusión..., si denigrase con alguna de estas calificaciones al cuerpo legislativo, al Rey, o al Gobierno supremo de la Nación, será extrañado del reino para siempre, y se le ocuparán también las temporalidades"*.

¹⁰⁷ En el mismo sentido; NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA en la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros. Tomo IX. Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona 1958. Págs. 425 y 426

¹⁰⁸ SAINZ GUERRA, Juan. La Evolución del Derecho Penal en España. ob cit Pág. 329.

¹⁰⁹ En el mismo sentido, VIZMANOS, Tomás María y MARTINEZ, Cirilo Álvarez, Comentarios al Código Penal. Tomo I. Establecimiento Tipográfico de J. González y A. Vicente Madrid 1848. Pág. 357

El extrañamiento se extendía por la misma causa, además, al eclesiástico secular o regular de cualquiera clase y dignidad que sea, será "estrañado" del reino para siempre, o sufrirá una prisión de ocho a catorce años en alguna fortaleza de las islas adyacentes, ocupándosele además sus temporalidad en ambos casos (art.218).

e) El confinamiento:

El confinamiento es concebido por el Código de 1822 como pena consistente en obligar a vivir al condenado durante el tiempo que dure la condena en un determinado pueblo o ciudad sin poder salir de él sin permiso del Gobierno (art.72). Concepto que es reiterado en el Código Penal de 1848 y en del 1850, determinándose en el Código de 1870 el lugar del mismo en las Islas Baleares o las Canarias (art.116), enclaves que el Código de 1928 aumenta con las plazas del Norte de África (art.176), plazas que suprime el Código de 1932 (art.90).¹¹⁰

Según PACHECO¹¹¹, "El confinamiento impondrá al culpable la obligación de residir en el punto que se le designe dentro del distrito de su valle o provincia, a distancia por lo menos de seis millas del lugar de su domicilio, y del en que se cometió el delito" (art.24), mientras que "el reo sentenciado a confinamiento en un pueblo o distrito determinado, no podrá salir de éste y de sus arrabales, y tendrá obligación de noticiar a la autoridad local su habitación y modo de vivir". Añade PACHECO¹¹², que el artículo 28 de Código penal de 1822 establecía que a ningún delito, por ninguna circunstancia, excepto en los casos reservados a los fueros eclesiásticos y

¹¹⁰ SAINZ GUERRA, Juan. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL EN ESPAÑA. ob cit Pág. 330.

¹¹¹ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Ob cit Pág. 460.

¹¹² PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Ob cit Pág. 314.

militar, se aplica en España otras penas que las Corporales entre ellas la de deportación, el destierro o extrañamiento perpetuo del territorio español, la de confinamiento en un pueblo o distrito determinado y el destierro perpetuo o temporal de un pueblo o distrito determinante. La reacción política de 1823, que determinó la caída del régimen constitucional, derogó todas las disposiciones emanadas de las Cortes desde marzo de 1820 hasta 1º de octubre de 1823, y por consiguiente, también este Código. Se ha dicho que no llegó a tener vigencia, en cuyo caso a ser cierto, la Novísima Recopilación habría regido sin interrupción, más o menos modificada por la práctica o la arbitrariedad de los Tribunales, hasta el entrada en vigor del Código de 1848¹¹³.

2. EL CÓDIGO PENAL DE 1848-1850.

a) Antecedentes históricos

Como antecedentes del Código de 1848, existía el Código penal de Napoleón de 1810¹¹⁴, el cual se ve difundido por Europa durante el dominio napoleónico¹¹⁵. Pronto aparecieron numerosos Códigos penales muy influidos por éste, por el pensamiento del Reformismo Ilustrado, acogido y desarrollado por los revolucionarios franceses. Entre tanto, en España estaba vigente el Derecho penal de la Monarquía absoluta, modificado o sustituido en materias concernientes a los

¹¹³ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 152.

¹¹⁴ DERECHO PENAL ESPAÑOL. Codificación. Normas y leyes penales españolas. Evolución histórica. Teorías. Referencia recogida de la página web <http://www.altavista.com>.

¹¹⁵ Vid los antecedentes históricos del Código penal de 1822, como ya he indicado anteriormente que el primer Código penal en el mundo era el Código Penal francés de 1791, según señaló PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Editorial EDISOFER (SALDAÑA, Quintiliano, "Adiciones...", Ob cit., Pág. 466.

delitos de imprenta o de carácter político¹¹⁶. A partir de la Comisión General de codificación de 1843, presidida por Manuel Cortina, se reanudaron los trabajos para redactar un nuevo Código penal. Seijás es el autor del proyecto del Código penal que, tras ser ligeramente modificado por la Comisión, fue remitido al Gobierno en Diciembre de 1845. Nuestro Código, hecho con posterioridad al francés, al austriaco, al napolitano, incluso al brasileño, "debería tener en cuenta todos los anteriores para salir más perfecto y acabado que ninguno". En su articulado se intentó reunir de modo equilibrado la influencia de los citados Códigos "las teorías de los filósofos criminales modernos" y lo que pudiera ser aprovechable de nuestra jurídica y de la jurisprudencia de nuestros Tribunales. Así declaraba PACHECO, de quien son las anteriores frases, y así influencia mencionadas no impiden que nuestro Código tuviera "su propia línea" su fisonomía propia" como señala en nuestro días RODRÍGUEZ DEVESA^{117/118}.

b) El Proyecto del Código Penal de 1848

El proyecto de Código se sometió a la consideración del Senado el 13 de febrero de 1847 y el 16 de febrero de 1848 pasó a las Cortes, siendo discutido del 10 al 16 de marzo. El Código fue sancionado por su Majestad Isabel II por decreto fechado el 19 de marzo de 1848^{119/120}. El Código penal de 1848 se ha convertido, sin duda alguna, en el modelo punitivo sobre

¹¹⁶ En el mismo sentido, TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho español. 4º edición Tecnos Madrid 1983. Pág. 498

¹¹⁷ RODRIGUEZ DEVESA, José María. Derecho penal español. Parte General Décima edición. Editorial DYKINSON. Madrid 1986. Pág. 1023. Y TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho español. 4º edición Tecnos Madrid 1983. Pág. 499

¹¹⁸ En el mismo sentido TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho español. 4º edición Tecnos Madrid 1983. Pág. 499.

¹¹⁹ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Ob. cit. Págs. 34 y 41.

¹²⁰ DEL ROSAL, Juan, Tratado de Derecho Penal español. Parte General. Volumen I. 2ª Edición (M. COBO) Madrid 1976. Pág. 210

el que se han articulado los Códigos posteriores, y, muy especialmente, hasta el texto refundido de 1973, no habiendo faltado quien no sin razón, afirme que en España, y hasta el Código vigente, sólo existieron el Código de 1822, con su escasa aplicación, y el de 1848 con sus sucesivas versiones. Pero aun en el vigente Código de 1995 encontramos claras aportaciones que en su momento fueron hechas por aquél¹²¹.

Con la nueva reacción absolutista se restablece el Derecho Penal del Antiguo Régimen, que sólo desaparece definitivamente cuando, después de algunos Proyectos fallidos, la Comisión General de Códigos, redacta el Proyecto que acaba convertido en el Código Penal de 1848. Se trata de un texto liberal y autoritario, acoge la clasificación tripartita de las infracciones penales y respecto a la culpabilidad se basa en el principio del "versari in re ilícita" o responsabilidad por el resultado. La reforma de 1850 supuso un mayor endurecimiento, castigándose con carácter general la conspiración y proposición para delinquir, y prescindiendo del principio de la legalidad de las penas, lo cual constituye un caso único en la Codificación española¹²². El Código de 1848, señala PACHECO¹²³, fue antecedido por otras intentonas codificadoras de la legislación penal, de las cuales, como bien sabemos, sólo fructificó el Código de 1822. en este sentido, y dejando aparte el conocido como "Anteproyecto de Lardizábal" de 1977, el siglo XIX ofrece el Proyecto de Figuera de Vargas en 1811, un Proyecto absolutamente terminado en 1830 y, un año después, el 31 de mayo de 1831, el Proyecto de Pedro Sáinz de Andino.

¹²¹ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Ob cit. Pág. 41

¹²² ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL. referencia recogida con Acceso al Canal de IRC <http://es.wikipedia.org>. C3.B101. Edición en español de Wikipedia, iniciada en el 2001.

¹²³ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Ob cit. Pág. 31.

c) Consideración general del Código de 1848 y su reforma

La Constitución de 1845 se promulgó el Código penal de 19 de julio de 1848,¹²⁴ influido en algunos puntos por el anterior, suele considerarse la base de todos los Códigos posteriores. Tras la reforma de 1850, de signo autoritario por las agitaciones revolucionarias de 1848, no hubo nuevo Código hasta 1870, se debió a la Revolución de 1868 y a la Constitución de 1869, más liberal que las anteriores. El sistema de penas del Código penal hunde sus raíces en el siglo pasado, procede en su mayor parte de los Códigos de 1848 y 1870. Sobre esta base se han operado ciertas modificaciones de importancia¹²⁵.

El Código de 1848, fue muy bien acogido, y a pesar de las reformas que el texto ha experimentado, continúa siendo la base del Código penal vigente hoy. Pese a su reconocida calidad técnica, hay que señalar la extremada dureza en muchas materias (lo más cruel y repugnante que hay después de la pena de muerte es el ceremonial que la precede)¹²⁶. En suma, podríamos concluir que el código penal de 1848 es un texto técnicamente muy correcto, cuya estructura se ha respetado en los posteriores códigos españoles hasta la actualidad y que en muchos preceptos revela la rigurosa severidad de un estado liberal moderado, que lo utiliza como instrumento eficaz para defender el orden establecido, con especial rigor punitivo en

¹²⁴ DEL ROSAL, Juan. Tratado de Derecho Penal español. Parte General. Volumen I. 2ª Edición (M. COBO) Madrid 1976. Pág. 211

¹²⁵ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Segundo Edición 1985. Edita. PPU. Promociones Publicaciones Universidades. SA. Págs. 13.

¹²⁶ TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho español. 4º edición Tecnos Madrid 1983. Pág. 499

materias concernientes a la defensa de la religión, del propio poder, y de las bases socioeconómicas.¹²⁷

El Código Penal de 1848, ha sido considerado por la doctrina como de "liberal moderado, liberal por cuanto acaba con el arbitrio judicial y defendía los derechos individuales, pero moderado por su excesiva dureza en algunos aspectos, como los delitos contra la religión católica o contra el Estado, al igual que en la vigencia de algunas penas como son la de la argolla y en el rigorismo en la regulación del modo de ejecutar la pena de muerte". La estructura y contenido ya se parece más a nuestro Código Penal de 1973. Divide todas la penas en tres grados, tal y como se recoge en la tabla demostrativa del artículo 83¹²⁸. Mientras que, en el Código Penal de 1822, se consideran penas corporales, entre otras, la deportación, el confinamiento que podría llevar consigo aparejada la prisión del reo durante la sustanciación de la causa, mientras que el Código Penal de 1848 no difiere en gran medida de la clasificación contemplada por su predecesor aunque separa las penas aflictivas, antes llamadas corporales, de las correccionales y las accesorias. Dentro de las aflictivas se consideraba una escala de penas que iban desde la pena de muerte hasta el confinamiento, considerando dentro de este grado la pena de inhabilitación para el ejercicio de un cargo público, profesión u oficio¹²⁹.

En este Código VIZMANOS/MARTINEZ¹³⁰, afirman la existencia de la sustitución de la pena de muerte, cuya aplicación era

¹²⁷ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Ob cit. Pág. 34.

¹²⁸ BELESTÁ SEGURA, Luis. Antecedentes del artículo 66 del código penal de 1995. [http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho Penal/1999-art66cphtml](http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/1999-art66cphtml). Septiembre 1999. Págs. 1 al 19

¹²⁹ SAINZ GURRA, Juan. La Evolución del Derecho Penal en España. Universidad de Jaén 1ª Edición. Marzo 2004. Pág. 272.

¹³⁰ VIZMANOS, Tomás María y MARTINEZ, Cirilo Álvarez, Comentarios al Código Penal. Ob cit. Madrid 1848. Pág. 226

escasa, como alternativa por otras graves que sirvan para reprimir los mayores delitos, como sucedía respecto de las penas perpetuas destinadas a reemplazar en muchos casos a la de muerte. También la sustitución del la pena de muerte por la perpetuidad del trabajo forzado en los casos en que, según las leyes anteriores, era este el castigo prescrito¹³¹,

d) Clasificación de las penas

La clasificación de las penas que pueden imponerse con arreglo al artículo 24 del Código Penal de 1848 y sus diferentes clases, son según la escala general como Penas aflictivas: entre ellas, las siguientes:^{132/133}

Relegación perpetua	[4º lugar]
Extrañamiento perpetúo.	[5º lugar]
Relegación temporal	[8º lugar]
Extrañamiento temporal.	[9º lugar]
Confinamiento mayor.	[12º lugar]
Confinamiento menor.	[19º lugar]

Como penas Correccionales: entre ellas se encueraba la pena de destierro y se ocupaba entre las demás penas el 3º lugar. Las penas graves con carácter de perpetuidad -en este Código- seguían con las mimas destituidas de esta condición: la cadena temporal, la reclusión, la relegación, el extrañamiento temporal aplicables a delitos menos graves, o por su naturaleza, o por las condiciones que les acompañaban¹³⁴.

¹³¹ VIZMANOS, Tomás María y MARTINEZ, Cirilo Álvarez, Comentarios al Código Penal. Ob cit. Madrid 1848. Pág. 350

¹³² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y Otros. Códigos penales españoles. Recopilación y concordancia. Ob cit. Págs. 204 y 206.

¹³³ VIZMANOS, Tomás María y MARTINEZ, Cirilo Álvarez, Comentarios al Código Penal. Ob cit. Madrid 1848. Pág. 221

¹³⁴ VIZMANOS, Tomás María y MARTINEZ, Cirilo Álvarez, Comentarios al Código Penal. Ob cit. Madrid 1848. Pág. 227

1. La Relegación

El artículo 102 establecía que "Las penas de relegación perpetua y temporal se cumplirán en Ultramar en los puntos para ello destinados por el Gobierno. Los relegados podrán dedicarse libremente, bajo la vigilancia de la autoridad, a su profesión ú oficio de radio a que se extiendan los límites del establecimiento penal".

La condena de relegación, ha sido definida por la relegación consistía en hacer vivir al condenado en una posesión ultramarina lejana de su anterior domicilio, y sin permitirle volver a éste¹³⁵. VIZMANOS y MARTINEZ¹³⁶ señalan que, la relegación perpetúa o temporal a que en otros Códigos y en el nuestro de 1822 se dio el nombre de deportación, con más propiedad acaso puesto que ha de sufrirse en Ultramar, consiste únicamente en permanecer en un punto destinado al efecto por el Gobierno. Este punto podría ser las islas Marianas, distantes de la península según conviene para un establecimiento penal de esta clase, y en donde la evasión de los delincuentes no sería muy fácil, lo cual no debe perderse de vista cuando los relegados, según el párrafo segundo del artículo 102, pueden dedicarse libremente a su profesión u oficio dentro del radio a que se extiendan los límites del establecimiento penal. La relegación, muy pocas veces aplicada por el Código, y deseaban que cuyo uso mas frecuente disminuyendo el de otras penas, considerando indispensable el determinar que se sufra en una isla de poca estancia, situada a mucha distancia de la metrópoli, por eso, proponen las islas Marinas, como ya se propuso al discutirse el Código de 1822, y

¹³⁵ TELLEZ AGUILERA, Abel, en PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Ob cit. Págs. 453 al 455.

¹³⁶ VIZMANOS, Tomás María y MARTINEZ, Cirilo Álvarez, Comentarios al Código Penal. Ob cit. Madrid 1848. Pág. 357

creen que convenía al intento ni las islas Filipinas, ni la Habana y Puerto Rico, por razones muy obvias que no necesitaron exponer.

En este artículo encontramos explicada la naturaleza de la relegación o deportación, en esta pena no hay encierro, ni trabajo forzoso, ni beneficio del Estado. Los límites que contiene al deportado son los de la isla o región a donde se le destierra. Si tiene bienes y no quiere trabajar, nadie puede obligarle a ello. Si no los posee se dedicará a lo que su gusto o sus intereses le inspiren. La verdadera penalidad de este castigo consiste en vivir a millares de leguas de la patria, sin poder, mientras dure, tornar a ella". El artículo no señala a qué parte de Ultramar se ha de dirigir los deportados. En esta libertad que deja al Gobierno y a los Tribunales se encierra naturalmente un elemento poderoso de distinción que el uno y los otros podrán hacer, la verdadera penalidad de este castigo consiste en vivir a millares de leguas de la patria, sin poder, mientras dure, tornar a ella¹³⁷. La duración de la pena de relegación temporal -al igual como el extrañamiento- era desde doce hasta veinte años¹³⁸.

2. El Extrañamiento

El extrañamiento consiste en arrojar al penado de todo el territorio español, cerrándole también las puertas, para que no torne a pisarlo. Esta pena se imponía frecuentemente en nuestra legislación pasada contra los eclesiásticos que faltaban a lo prevenido en las leyes reales: hoy se le ha dado un uso más común; y seguramente, aún lo deberá tener mayor en

¹³⁷ TELLEZ AGUILERA, Abel, en PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Ob cit. Págs. 454

¹³⁸ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Ob cit. Pág. 327.

los delitos políticos, cuando no se tema que esa expulsión del reino se ha de convertir en una posición revolucionaria. Luego que deje de haber emigrados y pretendientes, el extrañamiento ha de ser una pena más usual y más estimable.

Para VIZMANOS Y MARTINEZ¹³⁹, el extrañamiento, así como la relegación consiste en trasportar al penado a punto distante de los dominios españoles, el *estrañamiento* es la **expulsión** fuera del territorio español para siempre o por cierto tiempo según la condena. Esta pena se hallaba establecida en la mayor parte de los Códigos modernos en aquel tiempo, y se aplicaron también en las leyes españoles en algunos casos, singularmente respecto a ciertos delitos cometidos por eclesiásticos, que es cuando la imponía el nuevo Código: creémosla sin embargo capaz de mayor aplicación, como muy propia para ciertos delitos políticos, según proponían escritores notables y han hecho algunos Códigos modernos.

El artículo 103 del Código de 1848 al igual como su reforma no distinguía entre nacional y extranjero a diferencia del Código austriaco y romano de 1832, como señalan VIZMANOS Y MARTINEZ, se aplicaba solamente a los extranjeros razonando que cada nación debe cuando consulta su utilidad no dañar a la de sus vecinas, y por esta razón no debe enviar a otros Estados la peste que quiere apartar de su propia casa, los autores opinaron que el extrañamiento no debe imponerse sino por ciertos delitos políticos o encaminando a turbar la tranquilidad interior del Estado, no hay temor de causar daño al vecino, ni necesidad de establecer la restricción consignada en esos Códigos respecto de extrañamiento, así como no comprendieron el porqué se haya de imponer la marca al

¹³⁹ VIZMANOS, Tomás María y MARTINEZ, Cirilo Álvarez, Comentarios al Código Penal. Tomo I. Establecimiento Tipográfico de J. González y A. Vicente. Madrid 1848. Págs. 357 y 358

delincuente extranjero que es desterrado, según prescribe el artículo 22 del Código Penal austriaco.

Para PECHCO¹⁴⁰, "el artículo 24 comprende la escala general de las penas admitidas por el Código. Es ciertamente numerosa esa escala: son ciertamente variados esos castigos. La ley se ha propuesto seguir al delito en su diversidad cuando le es posible, y señalar muchos y distintos males como consecuencia de su mal tan múltiples y tan diversificado... la relegación, el extrañamiento, el confinamiento, la prisión, el destierro, el arresto, la sujeción a la vigilancia de las autoridades, recaen principalmente sobre esa misma libertad, de la cual nos despojan, ora temporal, ora perpetuamente, ora en el alguna parte, ora en la plenitud de nuestros deseos, añade, alguna palabra también, sobre los cuatro órdenes de penas, la cadena perpetua, la reclusión perpetua, la relegación perpetua, y el extrañamiento perpetuo, que siguen a la muerte en el artículo. Más claro, algunas reflexiones sobre lo que las caracteriza y hay en ellas de común, a saber la perpetuidad".

La pena de extrañamiento se aplicaba al español que apostataba públicamente de la religión católica, apostólica, romana (art.136)¹⁴¹. Este artículo coincide con el artículo 233 del Código de 1822. También sufría pena de destierro el marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer la mataba en el acto a ésta o al adúltero, o les causaba lesiones graves (art.339); igualmente, la manceba que se encontraba dentro o fuera de la casa conyugal, con escándalo, era castigada con la pena de destierro (art. 353).

¹⁴⁰ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y comentado. Ob cit. Pág. 317.

¹⁴¹ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y comentado. Ob cit. Pág. 536.

Para PACHECO "ninguna otra pena de las señaladas en el artículo" 24 del Código Penal de 1848, le "parece que merezca ahora un examen especial; si bien respecto de algunas podremos decir pocas palabras cuando se las defina o se las explique". Añade que, "lo que sí ocurre desde este instante, o por mejor decir desde que se lee la escala que constituye el artículo, es la duda y la cuestión siguiente: ¿no hay en efecto otras penas que se puedan y se deban emplear para la represión de los crímenes, más que las comprendidas en esta escala? ¿Es completa y suficiente la recapitulación y elección de ellas que ha hecho nuestro Código? ¿Ha tenido razón en descartar, en abandonar, en proscribir algunas de las que se usaban antes?¹⁴²"

En mi opinión, por una parte, no he observado ningún cambio entre la redacción del artículo 24 del Código Penal de 1848 y la de 1850, ya que ambos Códigos conservaban las mismas clasificaciones del mismo artículo 24, así como su ubicación en el Capítulo II. A diferencia del Código Penal de 1822, estas penas estaban incluidas en el artículo 28 dentro del Capítulo III con el siguiente orden: las Penas corporales eran -entre otras-... La Tercera, era la de deportación. La Cuarta, la de destierro o extrañamiento perpetuo del territorio español. La Décima, la de confinamiento en un pueblo ó distrito determinado. La Undécima, la de destierro perpetuo ó temporal de un pueblo ó distrito determinado. El Extrañamiento perpetuo y temporal clasificado como pena aflictiva en el artículo 24 del Código Penal de 1848, ocupaba el quinto y el noveno lugar en la escala general, que tenía el siguiente tenor literal: "Las penas que pueden imponerse con arreglo a

¹⁴² PACHECO, Joaquín Francisco, Estudios de Derecho Penal, Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840, 2da, edición. Madrid 1854.

este Código, y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente:

5ª, Extrañamiento perpetuo; y
9ª, Extrañamiento temporal".

Por otra parte, como podemos observar, el artículo que examinamos, por un lado, no distingue en su aplicación entre el nacional y el extranjero y por otro, el extrañamiento, tanto perpetuo como temporal, se clasificaba como pena corporal, no como medida de seguridad tampoco como medida alternativa sustitutiva de la pena.

El artículo 24¹⁴³ establecía las penas en que incurrían los que quebrantaban las sentencias; entre ellas, el extrañado perpetuamente del reino que quebrantaba la sentencia era condenado a reclusión perpetua, la cual cumpliría en el mismo punto de la relegación. Y los sentenciados a extrañamiento o relegación temporal eran condenados a prisión correccional, y cumplida ésta, extinguiría la anterior. Los sentenciados a confinamiento mayor o menor eran condenados a prisión correccional, imponiéndoseles a los primeros del grado medio al máximo, y a los segundos del mínimo al medio, y cumplidas estas condenas, extinguirían la de confinamiento. El desterrado era condenado a confinamiento por el tiempo de destierro. ¹⁴⁴

¹⁴³ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y comentado ob cit Págs. 229.

¹⁴⁴ He de recordar que con arreglo al párrafo 3º del artículo 89 del vigente Código penal: "el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad".

"Encontramos natural en este caso" -dice PACHECO¹⁴⁵- "que se tomen nuevas medidas contra el que ha quebrantado su condena. Al que se le extraña del reino, y vuelve, es necesario mudarle la pena, o añadirle alguna otra; porque si sólo se le torna a extrañar, tornará de seguro a volver. Pero no encontramos que la nueva pena decretada -la relegación- sea oportuna para semejante propósito. Al que abusa de la libertad en que se le deja, se le debe imponer como correctivo otra pena en que no tenga libertad. El que, extrañado, rompió su extrañamiento, no respetará su relegación, relegado, lo natural sería que al reo de quien aquí se habla se pusiese preso por un tiempo de tres o cuatro años, y se le volviese a extrañar después, aumentando la misma prisión, caso de que tornara. Este recurso sería eficaz, cuando el adoptado nos tenemos mucho que no lo sea".

En cambio, la redacción originaria del apartado 2º del artículo 89 del Código Penal de 1995, en este caso, el extranjero que fue expulsado, si regresare antes del plazo fijado, cumplirá las penas que le haya sido sustituida. Pero este texto ha sido modificado con la mera su devolución como se examinará en su momento.

El artículo 26 del Código Penal de 1848 establecía la duración de la pena de extrañamiento temporal de doce a veinte años, mientras que el destierro correccional duraba de siete meses a tres años. PACHECO¹⁴⁶ puntualiza: "una lista inversa de la duración de las penas nos pondrá mejor de manifiesto el sistema seguido por el Código". PACHECO criticó la duración de la penas -entre ellas- el extrañamiento temporal (de 12 hasta 20 años), "la escala" -en general- como dice "es ya

¹⁴⁵ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y comentado. Ob cit. Pág. 486.

¹⁴⁶ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y comentado. Ob cit. Págs. 326 y 327.

prolongadísima, por no decir inconmensurable". Y añade que "después de ese límite, después de sus grados temporales, tenemos aún sus nuevas fases, que centuplican seguramente la agravación por la nueva calidad que las distingue; el extrañamiento perpetuo... veinte años es según este artículo, el máximo de las penas temporales. Sin que en esto haya naturalmente ninguna regla fija, ni más que prudentiales apreciaciones. Concluyendo que no le parece bien ese plazo".

El artículo 28, no fijaba en ninguna de sus disposiciones el día en que empezarían a correr las penas personales que decretaba, pero la práctica, que por necesidad tenía obligación de suplir en alguna suerte aquellos defectos, la práctica había adoptado un sistema racional y prudente, comenzando a contar todas las condenas desde el instante mismo en que se notificaban al reo como ejecutorias. Los Tribunales, con su prudencia, son los que han de fijar el tiempo de su duración, además, según comenta PACHECO, solo son indivisibles entre las penas que como principales se imponen, (entre ellas) el extrañamiento porque su naturaleza impide la división, porque dura toda la vida.

De acuerdo con el artículo 94, *"la pena de cadena perpetua se sufrirá en cualquiera de los puntos destinados a este objeto en África, Canarias o Ultramar. Mientras que "la pena de cadena temporal se sufrirá en uno de los arsenales de la misma, o en obras de fortificación, camino y canales, dentro de la Península e islas adyacentes"* (art.95, pues según PACHECO¹⁴⁷, "de aquí las definiciones de las dos penas que siguen a la de muerte en la primera de las escales graduales, de la cadena perpetua, y de la cadena temporal. Además de lo que como accesorio llevan consigo (artículos 52 y 55), ellas

¹⁴⁷ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Ob cit. Págs. 444 al 447.

de por sí producen las penalidades que en estos otros, 94, 95 y 96, acabamos de considerar... Observamos que estas penalidades son de las más altas; y se comprenderá si es necesario que sean graves y terribles. Si no lo fuesen, la consecuencia sería multiplicar de un modo inconveniente la pena capital".

El artículo 103¹⁴⁸ del Código Penal de 1848 al igual como su reforma de 1850, establecía que **"El sentenciado a extrañamiento será expulsado del territorio español para siempre, si fuere perpetuo; y si fuere temporal, por el tiempo de la condena"**. El citado artículo era similar al artículo 52 del Código Penal de 1822, el cual disponía que **"El que sea condenado a destierro perpetuo o extrañamiento del territorio español, será conducido hasta ponerle fuera de él. Si después se le aprehendiere en España, será deportado, sin más que reconocerse la identidad de la persona..."**.¹⁴⁹

Ha habido algún Código que sólo ha impuesto esa pena a los extranjeros, no queriendo sin duda que sus súbditos propios fuesen a infestar otros países. Ese escrúpulo nos parece un error. No se ha de creer que el que comete cierta clase de delitos deba ser siempre y por todas partes un hombre perjudicial. Quitándole del país en que los cometió, sacándole de su patria, puede ser persona muy apreciable. Solo los facinerosos de oficio lo son siempre y en donde quiera. Pero a éstos no se les extraña: a éstos se les encadena, o se les pone en presidio cuando menos. Los extrañados por nuestro Código no han de ir a robar, a incendiar, ni a asesinar a los países circunvecinos¹⁵⁰.

¹⁴⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA Jacobo. RODRIGUEZ RAMOS, Luis Y OTROS. (Coods). Códigos penales españoles. Recopilación y concordancia. Ob cit. Pág. 224.

¹⁴⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/ RODRIGUEZ RAMOS, Luis Y OTROS. (Coods). Códigos penales españoles. Recopilación y concordancia. Ob cit. Pág. 25.

¹⁵⁰ vid. VIZMANOS, Tomás María y MARTINEZ, Cirilo Álvarez, Comentarios al Código Penal. Ob cit. Madrid 1848. Págs. 357 y 358, se han manifestado que

La duración de las penas del extrañamiento temporal era de doce a veinte años. El Confinamiento mayor, de siete a doce años. Confinamiento menor, de cuatro a siete años. El destierro, de siete meses a tres años. Lo dispuesto en el artículo anterior no tiene lugar respecto a las penas que se imponen como accesorias de otras; en cuyos casos tendrán las penas accesorias la duración que respectivamente se halle determinada por la ley (art.27). La duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día que la sentencia condenatoria quede ejecutada¹⁵¹. (art.28)

En mi opinión, el actual artículo 89 del Código Penal nada dice al respecto, ha de observarse que el cómputo de la expulsión establecido en el apartado 3º del artículo 89, proceda solamente cuando el extranjero intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a España, en este caso, -como se verá en la parte que correspondiente al apartado 3º del citado artículo- el plazo de prohibición de entrada empezará a contarse de nuevo en su integridad. En el caso del artículo 89 el condenado permanecerá -privado de su libertad- en un centro penitenciario hasta que la autoridad gubernativa tramita su expulsión, este periodo, en mi opinión, deberá dada en cuenta, ya que aunque el extranjero no estuviera todavía expulsado pero, eso si, esta privado de libertad y cumplimentando la condena una vez que sea firme la sentencia.

esta pena aplicaba solamente a los extranjeros por los principios austriaco y romano de 1832.

¹⁵¹ PACHECO, Joaquín Francisco El Código Penal comentado y concordado, 3era. Edición, Madrid Tomo I. 1867.

3. El Confinamiento

El artículo 107¹⁵² disponía que "*Los sentenciados a confinamiento mayor serán conducidos a un pueblo o distrito situado en las islas Baleares o Canarias, o a un punto aislado de la Península, en el cual permanecerán, en plena libertad, bajo la vigilancia de la autoridad*", mientras que el sentenciado a confinamiento menor residirá precisamente en el punto que se le señala en la condena, del cual no podrá salir durante ésta sin permiso del Gobierno por justa causa. El lugar del confinamiento distará al menos diez leguas del en que se hubiere cometido el delito, y de el de la anterior residencia del sentenciado. El confinado estará objeto a la vigilancia de la autoridad.

Las diferencias entre el confinamiento menor y el mayor, son las siguientes: 1.^a De tiempo: el primero dura de cuatro a seis años, y el segundo de siete a doce. 2.^a De lugar: el primero puede ser próximo al domicilio del reo, con tal que esté diez leguas, y el segundo debe ser remoto, hasta en las islas Baleares o Canarias 3.^a De facilidad de salir: en aquél puede concederla el Gobierno por justa causa, y en éste no le es permitido. 4.^a De efectos complementarios: el segundo sujeta al que lo padece a la vigilancia de la autoridad, y el primero no le sujeta. 5.^a De una especial consecuencia, que tiene el confinamiento mayor, y que no se encuentra en otra pena alguna; la de autorizar al Gobierno para que destine al servicio de las armas a los que le sufren, cuando concurren en ellos las circunstancias apreciables que el artículo indica, la ley ha dejado a los Tribunales plena facultad para señalar el sitio a donde el reo merecedor de esta pena haya de ser confinado. Pero eso no quiere decir que no deba haber regla ni

¹⁵² PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y comentado. Ob cit. Págs. 460 y 461.

límite ninguno para tal designación. Los Tribunales deben considera qué clase de persona es a la que sentencia, qué modo de vivir tiene, en qué oficio o profesión se ocupa, para destinarle sino a donde puede encontrar recursos y ocuparse útil y fructuosamente. Lo contrario sería una inhumanidad, una injusticia. Confinar un artista o un abogado a una población pobre y subalterna, fuera, no confinarlos, sino condenarlos a perecer. ¹⁵³

Ha de observar la figura de la sustitución de la pena por otra medida como señalaba el párrafo segundo del citado artículo 107, el cual permitía que los condenados a confinamiento mayor que fueren útiles por su edad, salud y buena conducta, podrán ser destinados por el Gobierno al servicio militar si fueren solteros y no tuvieren medios con que subsistir. ^{154/155}

4. El Destierro

El artículo 109 establecía que *"El sentenciado a destierro quedará privado de entrar en el punto o puntos que se designen en la sentencia y el radio que en la misma se señale, el cual comprenderá una distancia de cinco leguas al menos, y quince a los más, del punto designado"*. Ha de recordar que la relegación, el extrañamiento, el confinamiento y el destierro forman casi toda la escala tercera de las penas graduales: el destierro es el menor castigo ciertamente entre ellos todos. Si se priva al reo de residir en un punto y en el círculo de algunas leguas en derredor de él, déjasele toda la anchura de

¹⁵³ En el mismo sentido. COBO DEL ROSAL M. Y VIVES ANTON, T.S. Derecho penal. Parte general. 2ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia 1987. Pág. 62.

¹⁵⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/ RODRIGUEZ RAMOS, Luis Y Otros. Código penal comentado. Ob cit. Pág. 226.

¹⁵⁵ Observase que en este Código existía también, la sustitución de las penas por otras medidas bajo ciertas condiciones. Tal sustitución tenía carácter facultativo para el Gobierno.

la monarquía, para que fije su domicilio donde más le convenga, y pueda atender mejor a sus intereses. De seguro es un mal el que se causa, y por eso es por lo que se le impone; pero entre ese mal y el confinamiento la distancia es inconmensurable. Para el confinado no hay más mundo que un pequeño distrito; el desterrado tiene todo el mundo abierto para sí, menos el pequeño distrito que se le cierra. Una y otra pena son desgraciadamente necesarias.

e) La reforma del Código Penal de 1850

La misma ley de 19 de marzo de 1848 que autorizó al gobierno a publicar el Código Penal le facultaba para que en caso de urgencia pudiese realizar "por si cualquier reforma", dando cuenta de ella "a posteriori" a las Cortes. En uso de estos poderes hubo varios Decretos que introdujeron pequeñas reformas en el articulado del Código Penal de 1484. las más importante de todas fue la contenida en el Decreto de 30 de junio de 1450, por el cual publico una edición oficial reformada de Código, con notorias aunque no trascendentales diferencia respecto al texto inicial¹⁵⁶, a no ser la de considerar punible en toda clase de delitos la conspiración y la proposición y penar más gravemente los de desacato y atentado contra la autoridad y los desórdenes públicos¹⁵⁷. El Código Penal de 1850 no aporta ninguna novedad con respecto al anterior. Su artículo 74 es una copia literal del artículo 74 del Código Penal de 1848. También el catálogo de circunstancias modificativas es idéntico, con la única modificación de añadir en el de 1850 lo que debe entenderse por habitualidad en la atenuante de embriaguez y por la matización que se hace en la agravante de noche o despoblado"

¹⁵⁶ TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho español. 4º edición Tecnos Madrid 1983. Pág. 500

¹⁵⁷ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 153.

(art. 15.10). En cambio, para TÉLLEZ AGUILERA¹⁵⁸ la reforma efectuada en 1850, no puede ser calificada de baladí. Se modifican cerca de un centenar de artículos, se agravan aún más las penas (para algunos delitos), se introducen nuevas figuras delictivas, se extiende, como sabemos, la punición de la conspiración y proposición a todo tipo de delitos¹⁵⁹, pero dicha reforma no afecta lo que se refiere el tema que nos interesa en esta tesis doctoral.

La vinculación entre Derecho constitucional y Derecho penal se puso de manifiesto no solo en la reforma de 1850 sino de un modo patente con ocasión de la mucho más importante modificación de 1870. La libertad de cultos garantizada e la Constitución obligaba a un nuevo tratamiento de los delitos religiosos; del mismo modo, la amplia declaración de derechos individuales contenidos en la Constitución de 1869 hacía necesaria la eliminación de algunos tipos delictivos del Código Penal de 1848; por otra parte, las reformas introducidas en 1850 merecían ser eliminadas, sobre todo a la luz de un nuevo enfoque más auténticamente liberal. A estas cuestiones se redujo principalmente la reforma, así como también a la inclusión dentro del Código de los posibles delitos cometidos por medio de la imprenta, materia que había dado lugar hasta entonces a abundantes y contradictorias leyes especiales¹⁶⁰.

¹⁵⁸ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Editorial EDISOFER SL Madrid 2000. Pág. 39.

¹⁵⁹ BELESTÁ SEGURA, Luis. Antecedentes del artículo 66 del código penal de 1995. [http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho Penal/1999-art66cph.html](http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/1999-art66cph.html). Septiembre 1999. Págs. 1 al 19

¹⁶⁰ TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho español. 4ª edición Tecnos Madrid 1983. Pág. 500 y 501.

3. EL CODIGO PENAL DE 1870

Casi veinte años transcurrieron sin modificaciones ulteriores, hasta que sobrevino la importante reforma decretada por la ley de las Cortes Constituyentes de 17 de junio de 1870, de la cual salió el Código que cerca de sesenta años ha estado vigente¹⁶¹, las modificaciones por él introducidas, eran de dos clase; unas de tipo político, consecuencia necesaria de los cambios introducidos en las leyes fundamentales de reino; otras que pudieran denominarse científicas, proviniendo del progreso realizado en las disciplinas penales. El espíritu y el contenido esencial de este Código son los mismos del Código de 1848.¹⁶² En relación con los delitos, se introdujeron algunos nuevos, que no son objetos de esta tesis doctoral. En cuanto a las penas que fueron suprimidas, entre ellas, el confinamiento mayor y menor que fueron refundidas bajo el nombre de pena de confinamiento, que tenía un contenido algo distinto; subsiste, aunque con modificaciones de la posibilidad de trueque de esta pena por el alistamiento al servicio militar. Desaparecen, salvo en supuesto de excepción, las penas perpetuas, pues, se establecía el indulto de las mismas cuando hubieran transcurrido 30 años, "a no ser que por su conducta o por otras circunstancias graves, no fuesen dignos del indulto, a juicio del Gobierno."¹⁶³

¹⁶¹ TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho español. 4º edición Tecnos Madrid 1983. Pág. 501 se ha manifestado que "El Código de 1870 "Código de verano" como lo calificó SILVELA, Código provisional según las Cortes, estuvo vigente cincuenta y ocho años, es decir desde el verano de 1870 hasta finales de 1932 (con una breve interrupción debida a la vigencia del Código Penal de 1928).

¹⁶² CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 153.

¹⁶³ LÓPEZ BAJA DE QUIROGA, Jacobo y otros. Códigos penales españoles (Recopilación y Concordancia) AKAL. SA. 1988. Págs. 489 y 490.

La expulsión, al igual como los anteriores Códigos se encuentra también en este Código penal de 1870, concretamente en el artículo 112, el cual establecía que **<El sentenciado a extrañamiento será expulsado del territorio español para siempre, si fuese perpetuo; y si fuese temporal, por el tiempo de la condena>**.

Este artículo concuerda con el artículo 52 que decía el que sea destinado a destierro perpetuo o extrañamiento del territorio español, será conducido hasta ponerle fuera de él.¹⁶⁴ El mismo texto era también idéntico del artículo 103¹⁶⁵ del Código Penal de 1848 al igual como su reforma de 1850, y era similar al artículo 52 del Código Penal de 1822, e igual como el artículo 86 del Código Penal de 1973 el cual decía que "El sentenciado a extrañamiento será expulsado del territorio español por el tiempo de la condena"¹⁶⁶.

GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERRA, se han manifestado negando la pena del extrañamiento, la cual debía ser eliminada del Catálogo general, aunque su aplicación estaba limitado a pocos delitos, dudosa su utilidad y aun combatida su justicia, ninguna necesidad había de aumentar con ella la ya larga lista de nuestro castigo. Algunos Códigos sólo castigaban con esta

¹⁶⁴ GROIZARD, Alejandro Y GOMEZ DE LA SERNA. El Código Penal de 1870 Concordado y Comentado. Tomo II. TIMOTEO Arnaiz. Burgos 1872. Pág. 495, concuerda también con "el art. 32 del Código francés, 22 del austriaco, 13 del napolitano, 50 de brasileño y 36 del Código penal bávaro". Éste último, la pena de extrañamiento no podrá ser aplicable a los súbditos del reino. Los extranjeros, por el contrario, serán desterrados no solo en el caso determinado en el artículo 31, sino además todas las veces que hubieran sufrido una condena criminal y serán remitidos a sus Gobiernos siempre que esto puede tener lugar".

¹⁶⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. RODRIGUEZ RAMOS, Luis Y OTROS. (Coods). Códigos penales españoles. Recopilación y concordancia. Ob cit. Pág. 224.

¹⁶⁶ Ha de observar que, en el Código Penal de 1973 redactaba el mismo texto en el artículo 86, que sin duda afecta los derechos fundamentales de los españoles por su posible constitucionalidad conforme con los artículos 11.2 y 19 de la Constitución.

pena a los extranjeros¹⁶⁷. El extrañamiento, o se aplica sólo a los delitos *políticos* o se aplica también a los delitos *comunes*. En el primer caso la pena no es análoga al delito y además es ineficaz y contraproducente a su objeto. El emigrado vive de recuerdos y de esperanzas. Desde la tierra extraña se consagra todo a la idea de volver a su patria. La conspiración para derribar al Gobierno que le ha lanzado de ella es su ordinaria ocupación. Si triunfa la rebelión la pena acaba, el extrañamiento se convierte en merecimiento, el castigo en recompensa. De aquí que para el reo político la menos temible de todas las penas sea la de extrañamiento. Tanto, que frecuentemente los conspiradores se la imponen voluntariamente, para desde el extranjero, con toda seguridad, dirigir sus tiros contra las instituciones que se proponen derribar.

En cuanto a los delitos comunes, es una cosa peor; es pena que los estados no tienen derecho a imponer. La noción del delito común, no es como la noción del delito político, circunstancial, dependiente de las condiciones contingentes y variables de las formas de Gobierno, es por el contrario, su sentimiento universal, como se apoya y surge inmediatamente de la idea absoluta de justicia. Ahora bien: la sociedad que tiene el deber de castigar los delitos por medio de la pena, no cumple con este deber haciendo sólo cambiar de teatro al autor de un delito común. Arrojar de la patria a un criminal, como pena podrá compadecerse con el principio de utilidad y de seguridad. Pero no con la justicia y la conveniencia general, bases sobre que hoy se levanta el derecho penal. Por ineficaz

¹⁶⁷ GROIZARD, Alejandro Y GOMEZ DE LA SERNA. El Código Penal de 1870 Concordado y Comentado. Tomo II. TIMOTEO Arnaiz. Burgos 1872. Pág. 497. como el Código Penal portugués, el artículo 36 establecía que "la pena de expulsión del reino obliga a los criminales a salir del territorio portugués, con prohibición de no volver a entrar. Esta pena puede ser por toda la vida o temporal, desde tres hasta once años".

tratándose de delitos políticos y como perjudicial tratándose de delitos comunes, debe suprimir el extrañamiento.

En mi opinión, si es esta la mentalidad avanzada de los autores en aquel tiempo, creo que la mentalidad del legislador en la actualidad y en tiempo que vivimos, no ha cambiado, ya que hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, existía la pena de extrañamiento, y hasta la fecha de hoy existe la expulsión del extranjero en Código Penal moderno de 1995 con la idea de considerarla como medida de seguridad o sustitutoria. Efectivamente, como dicen los autores criticando la expulsión del extranjero por la vía pena en el año 1870, con la misma opinión, afirmo y ratifico que la pena de expulsión no es análoga al delito y además es ineficaz y contraproducente a su objeto, y se debe aplicarse exclusivamente a los delitos *políticos*, y si fuere preciso, será aplicable por la vía administrativa o gubernamental y alejada del Código Penal.

El artículo 112 no determinaba la nacionalidad del sentenciado por lo que debe entenderse que la condena se aplicaba de forma común sea nacional sea extranjero. Al contrario. Sin embargo, se desprende que el artículo 140 tenía clara distinción entre el nacional y el extranjero en los delitos contra la seguridad exterior del Estado (delitos de traición), se castigaba al extranjero residente en territorio español con una pena inmediatamente inferior a la señalada al español. "Salvo lo establecido por tratados o por el derecho de gentes acerca de los funcionarios diplomáticos". Del mismo modo, el artículo 124 del Código de 1973, recogía el mismo espíritu del artículo 140 al distinguir entre al nacional y el extranjero en los delitos de tradición pero sin distinción de la pena impuesta, y *"sin perjuicio de las medidas de policía que puedan adoptarse respecto a dicho culpable extranjero"*,

éste, "podrá ser condenado, además de la pena señalada a aquél a la de pérdida de la nacionalidad española" (art. 141). El extrañamiento y destierro tenían lugar respecto a los señores que trataban con crueldad a sus siervos¹⁶⁸.

Conviene recordar también que el Código de 1822 consideraba penas corporales, entre otras, la deportación y el confinamiento, mientras que el Código de 1848, no difiera en gran medida de la clasificación contemplada por su predecesor aunque separa las penas aflictivas, antes llamadas corporales, de las correccionales y las accesorias. El Código de 1870 marca una reforma decidida en esta materia pues, aunque conserva la misma clasificación que el texto del Código 1848.

Igualmente, en este Código el apartado 3º del artículo 116 conservaba el contenido del mismo texto del artículo 107 del Código de 1848/1850, por cuanto a la posibilidad de la sustitución de la pena de confinamiento por el alistamiento en el servicio militar a los fueren útiles por su edad, salud, y buena conducta, etc.^{169/170}, pero dicha posibilidad desapareció a partir del Código Penal 1928 (art.176).

La clasificación de las penas según la escala general establecida en el artículo 26¹⁷¹ eran las siguientes:

¹⁶⁸ Vid la expulsión en el periodo de Fuero Jugo. Existía esta pena en la época de Fuero Juzgo "Ley 13, Tít., 5, Lib.6. y se aplicaba a los señores que mataban sus siervos.

¹⁶⁹ En este sentido BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. RODRIGUEZ RAMOS, Luis (coods). Código penal comentado. ob. Cit. Pág. 226.

¹⁷⁰ En el mismo sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/RODRIGUEZ RAMOS, Luis (Coords). Código penal comentado. Editorial. AKAL. SA. 1990. Pág. 226. El Código Penal de 1870 (art. 116, párrafo tercero) mantuvo la misma posibilidad de sustituir la pena de confinamiento por el alistamiento en el servicio militar, pero exigía la "ausencia" del condenado.

¹⁷¹ LÓPEZ BAJA DE QUIROGA, Jacobo y Otros. Códigos penales españoles (Recopilación y Concordancia) ob cit. Pág. 508.

Penas aflicticias, entre ellas:

El Extrañamiento perpetuo: 5º Lugar.
El Extrañamiento temporal: 9º Lugar.
El Confinamiento: 12º Lugar.

Las penas correccionales, entre ellas:

El Destierro: 3º Lugar.

Existía la pena de relegación, el relegado ha de ser conducido a Ultramar, y allí, en el punto designado por el Gobierno, dentro del radio del establecimiento penal y bajo la vigilancia de la autoridad, vivir en toda la plenitud de sus derechos naturales. La pena de relegación se aplicaba poco en el Código. En lo porvenir era una de las penas más usadas. Entre la relegación y el confinamiento hay grandes analogías. Ambas penas consisten en la traslación del culpable a un punto fuera de la Península¹⁷². El destierro, en este Código, grado inmediato y pena análoga a la del confinamiento, también tiene como carácter determinante el apartamiento del lugar del delito o del domicilio del reo. El mal que llevaba en si es, sin embargo, mucho menor que el del confinamiento. Para el desterrado sólo había una prohibición, la de entrar en el punto designado en la sentencia¹⁷³.

La sustitución de la pena existía en Derecho penal español, se encuentra en el Código de 1870 que llevaba **la sustitución de grandes penas aflictivas como la pena de muerte, y la de cadena por el alejamiento perpetuo o temporal**

¹⁷² GROIZARD, Alejandro Y GOMEZ DE LA SERNA. El Código Penal de 1870 Concordado y Comentado. Tomo II. TIMOTEO Arnaiz. Burgos 1872. Pág. 509.

¹⁷³ GROIZARD, Alejandro Y GOMEZ DE LA SERNA. El Código Penal de 1870 Concordado y Comentado. Tomo II. TIMOTEO Arnaiz. Burgos 1872. Pág. 511.

de los culpables de la madre patria y su traslación a lejanas colonias penitenciarias¹⁷⁴.

El artículo 29 determinaba la duración de las penas, "*Los condenados..., a la de Extrañamiento perpetuo será indultados a los treinta años de cumplimiento de la condena, a no ser que por su conducta o por otras circunstancias graves, no fuesen dignos del indulto, a juicio del Gobierno*"... El extrañamiento temporal durará de doce años y un día s veinte años..., el confinamiento durará de seis años y un día a doce años... el destierro durará de seis meses y un día a seis años". La duración de las penas de extrañamiento, confinamiento y destierro no empezará a contarse sino desde el día en que el reo hubiese empezado a cumplir la condena. Cuando el reo entablare recurso de casación, y fuere desechado, no se le abonará en la pena el tiempo transcurrido desde la sentencia de que recurrió hasta la sentencia que desechó el recurso" (art.31). La pena de extrañamiento perpetuo llevará consigo la misma que la reclusión perpetuo (la de inhabilitación perpetua absoluta) (art.56). El extrañamiento temporal llevara consigo la de inhabilitación absoluta temporal en toda su extensión. (art.60).

El Código Penal de 1870¹⁷⁵ pretendió adaptar el texto de 1850 a las exigencias de la Constitución de 1869, surgida de la revolución liberal de 1868, aunque se tramitó con carácter de urgencia y entró en vigor de forma provisional, mientras las Cortes elaboraban un texto definitivo, tuvo en realidad una larga vigencia que, salvo el intervalo del Código de 1928, se prolongó hasta el Código de 1932. Estaba dividido en tres Libros y su inspiración política es liberal, lo que se

¹⁷⁴ GROIZARD, Alejandro Y GOMEZ DE LA SERNA. El Código Penal de 1870 Concordado y Comentado. Tomo II. TIMOTEO Arnaiz. Burgos 1872. Pág. 494

¹⁷⁵ WIKIPEDIA, la enciclopedia libre, Edición en español, iniciada en el 2001. Pág. 678

manifiesta en la inclusión de delitos contra los derechos individuales; en los delitos contra el libre ejercicio de los cultos, y en la suspensión de la pena de muerte como única para determinados delitos. La conspiración y la proposición se castigan sólo cuando se prevé expresamente y se recoge de nuevo el principio de legalidad respecto a los delitos y las penas.

MIR PUIG.¹⁷⁶ Señala que "El Código de 1870 siguió en vigor hasta 1928, en que se constituyó por el llamado Código de la Dictadura por haberse promulgado durante la Dictadura de Primo de Rivera. De aportó este Código de la tradición iniciada en 1848. Por una parte fue más autoritario y por otra pretendió introducir instituciones modernas como las medidas de seguridad. Mas rigió sólo hasta el advenimiento de la Segunda República, que determinó de inmediato la vuelta al Código de 1870, hasta que en 1932 se reformó, dando lugar al llamado Código de 1932. En la realidad no era más que otra versión del viejo Código de 1870, que incorporó algunas novedades impuestas por el tiempo", añade MIR PUIG que el confinamiento en el Código Penal de 1870 debía tener lugar necesariamente en Baleares o Canarias, aunque se preveía la posibilidad de que el reo sustituyera dicha pena alistándose en el servicio militar.¹⁷⁷

En el mismo sentido opina BELESTÁ SEGURA¹⁷⁸ que el Código Penal de 1932 es prácticamente una copia del de 1870 si bien en su exposición se aclara que "se ha tocado la médula del Código y se ha ensanchado sobremanera el libre arbitrio de los

¹⁷⁶ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Segundo Edición 1985. Edita. PPU. Promociones Publicaciones Universidades. SA. Pág. 14.

¹⁷⁷ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. nota. nº 6. Segundo Edición 1985. ob cit. Pág. 647.

¹⁷⁸ BELESTÁ SEGURA, Luis. Antecedentes del artículo 66 del código penal de 1995.<http://noticias.juridicas.com/articulos/55-DerechoPenal/1999-art66cp>. Html.septiembre 1999. Págs. 1 al 19

jueces. Esta modificación tiene un doble designio: hacer menos rígido y más humano el Código de 1870 y ofrecer a los jueces coyuntura para que demuestren ser merecedores de que el nuevo Código por venir les otorgue en plenitud la facultad de escoger las penas apropiadas al caso concreto y al delincuente vivo y efectivo.

El artículo 140 del Código Penal de 1870, relacionado con los delitos de traición, cuyo tenor literal establecía que *<El extranjero residente en territorio español que cometiere alguno de los delitos comprendidos en los artículos anteriores, será castigado con la pena inmediatamente inferior a la señalada en éstos...>*^{179/180/181}. Se establecía la pena de confinamiento los que cometerían delito contra las Cortes y sus individuos, y contra al Consejo de Ministros (art.168, 174 y 179). La misma pena a los que intentaban penetrar en el Palacio de cualquier de los Cuerpos Colegisladores para presentar en persona y colectivamente, mientras la tentativa en persona individualmente se castigaba con el destierro. (art.171). Ha de observar que entre las modificaciones de carácter técnico fue la sustitución de del confinamiento mayor y menor por la de confinamiento¹⁸².

En mi opinión, el Código Penal de 1870 respetaba las garantías constitucionales cuando aplicaba al principio de

¹⁷⁹ Ha de observar que el término empleado en el artículo 89.1 del Código de 1995 en cuanto a la "residencia" del extranjero en el territorio español, se encuentra en el artículo 140 del Código Penal de 1870, relacionado con los delitos de traición.

¹⁸⁰ Texto recogido de: LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/RODRIGUEZ RAMOS, Luis (Coords). Código penal comentado. Editorial. AKAL. SA. 1988. Pág. 540.

¹⁸¹ El artículo 141 del Código Penal de 1973 condenaba al extranjero naturalizado responsable de algunos de los delitos sancionados en este Título, podrá ser condenado, además de la pena señalada a aquel a la pérdida de la nacionalidad española. Véase también el art. 124 del mismo CP de 1973.

¹⁸² CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimotava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 154. "No obstante la supresión del confinamiento mayor, imponíase, seguramente por descuido, en el art. 279 de este Código".

igualdad ante la Ley, como desprende del artículo 215, el cual castigaba con las penas de suspensión de sus grados mínimo y medio y multa de 125 a 1.250 pesetas al funcionario bíblico que entraba, o registraba los papeles, en el domicilio de un español o "extranjero" sin su consentimiento. Igualmente se aplicaba la misma pena a la autoridad judicial. (art.216 y 217) o expropiarse de sus bienes (art.228). Se aplicaba la pena de confinamiento mayor y multas al funcionario público que deportaba o extrañaba del Reino a un ciudadano, a no ser en virtud de sentencia firme (art. 222). También, el Código respetaba el libre ejercicio de los cultos y penaba "el que escarneciere públicamente alguno de los dogmas o ceremonias de cualquiera religión que tenga prosélitos en España" (art.240.3).

La vinculación entre Derecho constitucional y Derecho penal se puso de manifiesto, no solo en la reforma de 1850, sino de un modo patente con ocasión de la mucha más importante modificación de 1870. La nueva reforma del Código penal obedeció, en 1870 "a la necesidad de acomodar el orden penal a los principios básicos de la Constitución". La libertad de culto garantizada en la Constitución obligaba en un nuevo tratamiento de los delitos religiosos; del mismo modo, la amplia declaración de derechos individuales contenidos en la Constitución de 1869 hacia necesaria la eliminación de algunos tipos delictivos del Código penal de 1848; por otra parte, las reformas introducidas en 1850 merecían ser eliminadas, sobre todo a la luz de un nuevo enfoque más auténticamente liberal.

Se discute sobre si el Código de 1870 es nuevo texto legal o una simple reforma del de 1848, nos referimos a él como a un nuevo Código, pero su estructura proviene del de 1848. Posee, al mismo tiempo, gran categoría por su extensión e insuperabilidad de escritura. Las modificaciones de 1870 son

políticas, de tendencia liberal, introduciendo o reforzando principios propios de Derecho penal liberal; legalismo, principio de legalidad, individualismo y humanitarismo, son algunos de los principios introducidos en el nuevo texto de 1870. Reduce además la posibilidad de arbitrio judicial rebajando el poder de los jueces y siendo estos pasados a ser considerados como simples mecanismos. Se crea una revolucionaria vía de graduación de las penas mediante una aritmética penal, siempre cumpliendo con el principio de legalidad.

4. EL CÓDIGO PENAL DE 1928

Como podemos observar más adelante, el artículo 89 del Código Penal de 1995, ha recogido algunos términos y preceptos que estaban redactados en este Código de 1928, que examinamos ahora, como se verá a continuación:

El Código Penal de 1928 fue aprobado por Real Decreto-Ley de 8 de septiembre de 1928, entro en vigor el 1 de enero de 1929. Conservaba una estructura análoga a la del Código de 1870,¹⁸³ en efecto, este Código dio entrada a las medidas de seguridad al lado de las penas simplificando éstas, y, ampliando el arbitrio judicial, admitió la sentencia indeterminada para los delincuentes habituales o incorregibles. Según JARAMILLO¹⁸⁴, el Código de 1928 atendió las orientaciones modernas en la lucha contra el delito, creando unas medidas de seguridad de un triple carácter: unas encaminadas a defender a la Sociedad, otras a evitar futuras infracciones y otras a reformar el delincuente. Todas ellas

¹⁸³ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimotava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 157.

¹⁸⁴ JARAMILLO GARCIA, A. Novísimo Código Penal. Comentado y Cotejado con el de 1870. Volumen I- Libro I. Imp. De Silvestre Ferreira. Salamanca 1928. Pág.239

fueron impuestas por la ley taxativamente, o eran permitidas en su imposición a los Tribunales Judiciales. La medida de seguridad representa, al menos en su mayor parte, una manifestación del Derecho preventivo y protector, cuando ya un mal se ha ocasionado¹⁸⁵. Contra este Código se elevaron poco después de su publicación numerosas protestas, que culminaron en el acuerdo del Colegio de Abogados de Madrid de 12 de abril de 1930 solicitando de los poderes públicos la desaparición del nuevo Código y el restablecimiento del de 1870. No obstante, el Código penal de 1928 estuvo vigente hasta la llegada de la II republica¹⁸⁶.

El código penal de 1928, llevado de su doctrinarismo al estilo de imperante a la sazón tendencia política-criminal de LISZT, adoptó la formula del "estado peligroso", y como corolario del mismo (art.71 en que se define en qué consiste este estado) unas medidas de seguridad adoptadas a la mayor o menor peligrosidad del sujeto¹⁸⁷.

a) La diferencia entre las medidas de seguridad y las penas.

Jamás debe confundirse la pena con la medida de seguridad, no las dos grandes finalidades del orden punitivo: represión y prevención. DEL ROSAL¹⁸⁸, se ha llegado al resultado siguiente:

¹⁸⁵ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 157. en cuanto a "la pena y las medidas de seguridad, sus clases, su duración y efectos, aplicación y ejecución, etc., que por primera vez hicieron su aparición en nuestra legislación penal".

¹⁸⁶ TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho español. 4º edición Tecnos Madrid 1983. Pág. 503

¹⁸⁷ DEL ROSAL, Juan, Tratado de Derecho penal español. Parte General Volumen II Ediciones Darro Madrid, MCMLXXII.1969. Pág.571

¹⁸⁸ DEL ROSAL, Juan, Tratado de Derecho penal español. Parte General Volumen II Ediciones Darro Madrid, MCMLXXII.1969. Pág. 556

1) La pena se gradúa en atención a la culpabilidad del delincuente. La medida por la peligrosidad del autor. Valoración ética-jurídica, la primera; cálculo de probabilidad, la segunda. Concepción cultural, la una; concepción natural, la segunda.

2) La pena se determina legalmente, conforme a cálculos diversos, dejando en manos de los Tribunales de justicia su concreción, dentro de determinados límites; en tanto que la medida se indican límites amplios. Es, en una palabra, indeterminada, dependiendo su duración de que cese o no su estado personal.

3) La pena se modula de acuerdo con la acción realizada; respuesta a una idea realista del delito; mientras que la medida obedece a una contemplación sintomática del delito fundamentándose su aplicación en razón a la personalidad de delincuente.

En mi opinión, el legislador, en la redacción del artículo 89 del Código penal de 1995, se ha optado por la aplicación de la medida de seguridad en razón a la personalidad del delincuente, no por su peligrosidad sino su nacionalidad y la situación de ilegalidad de residencia. Se ha reunido juntamente a las dos, la pena y la medida, es decir, como pena; no ha negado la culpabilidad del extranjero delincuente, ya que, se acuerda primeramente la condena en sentencia y luego no deja en manos de los Tribunales su aplicación, por la imperativa aplicación de la medida de expulsión.

La Comisión redactora del Proyecto del Código Penal, establecía la diferencia entre las medidas de seguridad y las

penas; según JARAMILLO¹⁸⁹ "Son prevenciones o disposiciones que los Tribunales han de adoptar en unos casos preceptivamente o potestativamente en otros, como complemento o efectos especiales de las penas". Para unos penalistas las diferencias son ilusorias: ambas presuponen un hecho peligroso, las dos defienden a la Sociedad y ambas reafirman el poder del Estado. Para otros, la diferencia es notoria, pues mientras la pena se impone como consecuencia de delito, la medida de seguridad se funda en la temibilidad del autor de aquél y no tiene como fin imponer un sufrimiento moral. Para otros, en fin, las diferencias son menos notables, pues muchas de las medidas de seguridad van unidas a la naturaleza de la pena y del delito. Para VON LISZT¹⁹⁰, "en los casos en que la adaptación de las medidas de seguridad, no está unida a la comisión de un hecho punible, va más allá del concepto de la pena. Pero cuando la medida de seguridad está unida a la comisión de un hecho punible, entonces puede asumir la naturaleza de la pena, aun desde el punto de la teoría de la retribución. Y cuando ésta admita para la pena los fines de corrección y de seguridad. Ambas instituciones jurídicas son como dos círculos secantes. La pena puramente retributiva y la pura medida de seguridad están en oposición, pero en terreno que les es común, puede la medida de seguridad entrar en lugar de la pena y viceversa". Lo cierto es que las medidas de seguridad son el resultado de la defensa social en la lucha contra el liberalismo individual.

En mi opinión, la redacción de los artículos 89 y 108 del Código Penal vigente, han adoptado los criterios planteado por Jaramillo, la primera de ellos, es que ambos artículos son

¹⁸⁹ JARAMILLO GARCIA, A. Novísimo Código Penal. Comentado y Cotejado con el de 1870. Volumen I- Libro I. Imp. De Silvestre Ferreira. Salamanca 1928. Pág. 139

¹⁹⁰ LISZT, "Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Pág. 252. en JARAMILLO GARCIA, A. Novísimo Código Penal. Comentado y Cotejado con el de 1870. cit Pág. 239.

preceptivos obligatorios para los Tribunales. La expulsión del extranjero en ambos artículos, ha sido redactada a consecuencia de una póliz criminal que reafirma el poder del Estado con el fin de defender a la Sociedad contra la inmigración ilegal, el segundo, que la medida de seguridad se funda en la temibilidad del autor y no del delito. El tercero; que la diferencia entre la imposición de la pena y la expulsión como medida de seguridad radica en la naturaleza del delito, puesto que, la procedencia de la expulsión dependería de la naturaleza del delito que justifica el cumplimiento de la pena o la expulsión del autor extranjero. En fin, el legislador a lo largo de la historia de España - como se verá en la parte correspondiente a la ley especial- ha venido a recoger las diferentes opiniones planteadas por Jaramillo sobre la naturaleza y la finalidad de la medida de seguridad, es como dice JARAMILLO "el resultado de la defensa social en la lucha contra el liberalismo individual", y en la actualidad, como el caso que examinamos, es contra la delincuencia de la inmigración ilegal en España.

El artículo 89 del Código de 1928 se consideraba las penas graves, además de la de muerte, aquellas cuya duración era superior a seis años,, y la multa que exceda de 25.000 pesetas, y menos graves las demás, excepto el arresto y la multa inferior a 1.000 pesetas, que eran leves. Para JARAMILLO¹⁹¹, la simple clasificación legal de las penas atendiendo a su duración e importancia, que se armoniza con la clasificación de los delitos del artículo 28, en delitos graves, menos graves y faltas. En comparación de este precepto con el artículo 108, puede servir de guía para determinar la calidad del delito o infracción y la gravedad de las penas.

¹⁹¹ JARAMILLO GARCIA, A. Novísimo Código Penal. Comentado y Cotejado con el de 1870. Volumen I- Libro I. Imp. De Silvestre Ferreira. Salamanca 1928. Pág.238

Pues, dejamos de lado los delitos con sus respectivas penas y centraríamos solamente en los delitos y sus penas relacionados con el tema objeto de esta tesis doctoral:

El cuadro de calificación determinaba los delitos y la duración de las penas según su gravedad como la siguiente:

Delitos y penas graves:

Deportación	de más de seis años
Confinamiento	de más de seis años
Destierro	de más de seis años

Delitos y penas menos graves:

Deportación	de seis años
Confinamiento	hasta seis años
Destierro	hasta seis años

Por tanto, eran penas graves las que tendían a la restauración de un derecho importantísimo o esencial. Menos graves, las que tendían a restaurar un derecho importante o esencial. Según JARAMILLO, en el nuevo Código (1928) hay penas graves y menos graves de idéntica naturaleza, evitando con ello el gran inconveniente notado al Código anterior de que las calificadas de correccionales resultan aflictivas muchas veces y viceversa. Mucho se ha elevado la pena de multa en relación con el Código de 1870, no es de extrañar la elevación, ya porque esta pena se destina en muchos casos a sancionar hechos que antes se castigaban con pena de privación de libertad, y sería ridícula la sustitución de una pena de este índole, por corta que fuera por 150 pesetas de multa.

b) La expulsión de extranjeros como medida de seguridad complementaria a la pena

Como ya hemos comprobado, los Códigos penales de 1848 y 1850 (art.107.2ª), así como, el artículo 116.3º del Código de 1870, constituían la posibilidad de sustituir la pena de confinamiento por el alistamiento en el servicio militar, pero exigían la "ausencia" de los condenados a pena de confinamiento mayor que fueren útiles por su edad, salud y buena conducta, si fueren solteros y no tuvieran medios con que subsistir, pero a partir del Código de 1928 (art.176), desaparece la indicada posibilidad. En el Código de 1932, tampoco aparece la sustitución señalada, pues concretamente en la base 12 (de la Ley de Base de 8 de septiembre de 1932), ya se ordenaba que el confinamiento no podrá ser "conmutado" por el servicio militar¹⁹².

El apartado 4º del artículo 90 del Código Penal de 1928^{193/194}, recogía dentro del catálogo de las medidas de seguridad, "la expulsión de extranjeros"¹⁹⁵, una vez que hubieran extinguido la condena. Así, el mismo Código, en la Sección relativa a la extensión y efectos de las medidas de seguridad, añadía: "La expulsión de los extranjeros, decretada por los Tribunales como medida de seguridad, será comunicada a las Autoridades gubernativas del lugar en que el reo deje extinguida la condena que la haya sido impuesta, o de aquel en

¹⁹² LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/RODRIGUEZ RAMOS, Luis. Código Penal Comentado. Editorial. AKAL. SA. 1990. Pág. 226.

¹⁹³ El artículo 90 del Código Penal de 1928 establecía que "*las medidas de seguridad que como consecuencia de los delitos o faltas o como complemento de pena, podrán acordarse con arreglo a este Código, son las siguientes: entre ellas en el número 4º "la expulsión de extranjeros"*"

¹⁹⁴ JARAMILLO GARCIA, A. Novísimo Código Penal. Comentado y Cotejado con el de 1870. Volumen I- Libro I. Imp. De Silvestre Ferreira. Salamanca 1928. Pág.242

¹⁹⁵ Sirve como antecedente de la sustitutiva penal o penal sustitutiva del artículo 89 y 108 del actual Código Penal.

que residiere, para que se lleve a efecto en el plazo que el Tribunal fije para ello" (art.130 CP de 1928).^{196/197}

Como afirma JARAMILLO¹⁹⁸, los Tribunales pueden acordar la expulsión de extranjeros del territorio nacional cuando lo consideren oportuno y desde luego. "En los casos en que, *si fuere español*, habría de exigirse caución". JARAMILLO planteó ciertos interrogatorios al respecto; ¿Pues qué distinción puede haber entre españoles y extranjeros para la aplicación de la ley penal, dado que el Código presupone la imposición de pena, la comisión de infracción por lo tanto, y la aplicación de la ley penal en su consecuencia? ¿Es que se quiere indicar que el extranjero no puede prestar caución? ¿Por qué no ha de poder prestar en fianza personal en hipoteca o en pignoración de bienes muebles, sin que por esto pierda su condición extraña? La respuesta del autor era "la duda aparente". Pero si tenemos en cuenta que la caución no es ni puede ser impuesta obligatoriamente (porque al que no tiene bienes ni solvencia económica, mal se le puede obligar a prestar fianza metálica o de otra clase), y al no serlo, se sanciona la no prestación con una verdadera pena de destierro (párrafo cuatro del artículo 129), y por ende, pudiera suceder que al extranjero se le señalaría un plazo para la prestación de la fianza, el cual dejaría transcurrir, se marcharía bonitamente a su país, o sino se marchaba le dice que no podría vivir uno, dos o tres años en un radio de 220 o 300 kilómetros a contar del punto donde viva el agraviado, cuya medida le causaría

¹⁹⁶ DEL MORAL GARCIA, Antonio/SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (Coords) Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo I, Comares. Granada 2002. Pág. 1031.

¹⁹⁷ En el mismo sentido SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (Coord) Código penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia).Comares. Granada 1999. Pág. 750 y DEL MORAL GARCIA Antonio/SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. (coords) Código Penal (Comentarios u Jurisprudencia) Granada 2002 ob cit. Pág. 1032.

¹⁹⁸ JARAMILLO GARCIA, A. Novísimo Código Penal. Comentado y Cotejado con el de 1870. Volumen I- Libro I. Imp. De Silvestre Ferreira. Salamanca 1928. Pág.258.

gran contentamiento de su corazón para así poner leguas por medio y abandonar la tierra extraña; si tenemos en cuenta esto, decimos, queda justificado el precepto del artículo 96: de la justicia y de la ley nadie debe sonreírse.

Habría o pudiera haber extranjeros a quienes le doliera como a un español el apartamiento del lugar de la víctima de su delito, ya porque en ese lugar español tenga su hacienda y a él se haya aclimatado aunque sin el tiempo preciso ni las condiciones necesarias para ganar la nacionalidad española; pero ante una caución de efectos problemático y un tiempo limitado y relativamente corto de destierro si no se presta la fianza, y una expulsión de defensa social segura, bien, muy bien está, que el Código haya optado por la última para sancionar el hecho cometido por el extranjero, sin perjuicio de la pena pertinente. A juicio de JARAMILLO, lijando está, desgraciadamente, el instante digno de señalarse con letras de oro en que los hombres vivan en una vasta confederación de pueblos unidos por la paz, por la religión, la fraternidad y la fusión universal; y más lejos está todavía el momento en que la palabra extranjero se borra de la literatura legal. Por eso en España, como en todos los países, existe legislación que, hasta la aparición del Código permitía únicamente la expulsión de los extranjeros de una manera gubernativa, como cuestión de orden público en sentido restringido, defendiendo a los nacionales de los elementos extraños.

En mi opinión, el Código de 1928 utilizó el término "*habitante*" en su artículo 10, al decir "Las leyes penales, así como las de policial y las de Seguridad Pública, obligan a todos los que *habiten* en territorio español". Al propio tiempo, distinguió, con toda claridad entre españoles y extranjeros que cometían infracción criminal en el territorio español, aunque tal distinción, en mi opinión, tenía el mismo

resultado en cuanto a su aplicación tal como desprendía del artículo 11 que establecía que *<A los españoles o extranjeros que cometan infracción criminal en territorio español..>*, del mismo modo, concertó la igualdad ante la ley en el artículo 18 en cuyo tenor establecía que *"Las leyes penales españolas se aplicarán sin distinción de nacionalidad a todos los individuos que ejecutaren un hecho punible en territorio español..."*.

Se puede afirmarse que, el artículo 89 del Código penal de 1995, se encuentra su origen histórico también en el artículo 90.4ª del Código de 1928 que ahora examinamos, al igual como en el artículo 214 del Código de 1822, la diferencia entre los dos Códigos penales se reside en que la expulsión o la expedición del extranjero se consideraba como una pena por haberse cometido un delito de los expresados en los artículos 210, 212 y 786 del Código de 1822, mientras que la expulsión contemplada en el Código de 1928 se consideraba la expulsión como una medida de seguridad, pero no tenía carácter sustitutiva sino complementaria de la pena.

En la Disposición general (Capítulo Primero del Título III) el artículo 86 disponía que "No se reputarán penas: entre otras... 2ª. Las medidas de seguridad". En el Capítulo III titulado "de las medidas de seguridad y sus clases", el artículo 90 cuyo tenor literal establecía que: [Las medidas de seguridad que, como consecuencia de los delitos o faltas, o como complemento de pena, podrán acordarse con arreglo a este Código, son las siguientes:... 4ª LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS]¹⁹⁹. Conviene analizar el citado artículo como siguiente:

¹⁹⁹ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/RODRIGUEZ RAMOS, Luis. (Coords).Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancia. Ob cit Pág. 720.

1º.- Como ya hemos observado, no era la primera vez que fue empleado el término "EXPULSION", puesto que, en esta fase de codificación que estudiamos, el mismo término fue utilizado en todos los anteriores Códigos, el artículo 103 del Código de 1848 y 1850, y el artículo 112 del Código de 1870, también en el Código de 1822. Pero en éste último, utilizaba el término o el verbo "expeler"²⁰⁰, como disponía en el artículo 214 del Código de 1822²⁰¹ al establecer que "*El extranjero que hallándose en territorio español incurriere en alguno de los delitos expresados en los artículos 210 y 212..., será espelido para siempre de España*". Así como, disponía el artículo 786 del Código de 1822.

2º.- La expulsión -al contrario del extrañamiento o deportación- era dedicada solamente a los extranjeros.

3º.- La expulsión en este Código no se reputaba como una pena sino como una medida de seguridad complementaria a la pena impuesta al extranjero a consecuencia de delito o falta.

4º.- La aplicación de esta medida de expulsión no era obligatoria sino discrecional a los Jueces o Tribunales por haber empleado el termino facultativo "PODRAN".

5º.- La expulsión redactada en el artículo 90.4º, coincidía con lo establecido en el Proyecto de la Ley Orgánica del Código penal de 1994²⁰² en cuanto a la numeración del artículo, siendo los dos fueron apuntados con el número 90.

²⁰⁰ El termino espeler actualmente poco frecuente su utilización, fue sustituido por expeler al igual como decía "extranjero" en el Código de 1822.

²⁰¹ Textos obtenidos del libro de LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y Otros. Códigos penales españoles. Recopilación y concordancia. Editorial AKAL. SA 1988. Pág.57.

²⁰² Proyecto de la Ley Orgánica del Código penal. Secretaria General Técnica. Centro de Publicación. Madrid 1994. Pág. 50.

6º.- El artículo 96.3, 2 del Código penal de 1995 establece que "1. Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad., y en apartado 3º dispone que; "Son medidas no privativas de libertad: "La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España". Pues, el citado artículo concuerda en este sentido con el artículo 86.2 del Código Penal de 1928, el cual establecía que "no se reputarán penas" (la expulsión del extranjero), sino, "medidas de seguridad", precepto fue concordado con lo establecía el artículo. 90.4ª del Código de 1928. Ya que, la expulsión de extranjeros en este Código se consideraba como medidas de seguridad como consecuencia de los delitos o faltas o como complemento de la pena.

7º.- El artículo 91 del Código de 1928, exigía a los Tribunales, además de la pena correspondiente al delito o falta cometido, acordarán "en sus sentencias", ciertas condiciones, al igual como sucede en el vigente artículo 89.1 del Código Penal de 1995, en el cual exige también que la expulsión del extranjero del territorio español (la sustitución de las penas por la expulsión) serán sustituidas "en la sentencia". En ambos textos la decisión judicial ha de ser constada en sentencia de forma imperativa. Igualmente, el artículo 99 establecía que; los Tribunales "en sus sentencias" decretarán la expulsión del extranjero del territorio nacional, además de imponerles la pena correspondiente, en los mismos casos en que, si el delincuente fuese español, habrán de exigirle caución; y podrán asimismo acordarla en los demás casos que estimen oportuno.

8º.- El artículo 130 de Código de 1928 establecía que "La expulsión de los extranjeros, decretada por los Tribunales

como medida de seguridad, será comunicada a las autoridades gubernativas del lugar en que el reo deje extinguida la condena que le haya sido impuesta, o del en que residiere, para que se lleve a efecto en el plazo que el Tribunal haya fijado para ello".²⁰³

En mi opinión, por una parte, en el citado artículo 130 del Código Penal de 1928 -en comparación con el artículo 89 del actual Código de 1995- la expulsión decretada por los Tribunales fijaba el lugar y el plazo para llevar a cabo la expulsión del extranjero, mientras que, el artículo 89 del Código de 1995, no fija ni el país destinado a la expulsión (puede ser el país de origen, el de residencia cuando proceda o tercer país), tampoco fija el plazo para que se lleve a efecto la expulsión. Pero este olvido ha tenido su respuesta,

²⁰³ Lo que fue establecido en el artículo 130 del Código Penal de 1928, es similar a los establecidos en los siguientes artículos: según el artículo 64. 2 de la Ley Orgánica 4/2000 [Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre] "La ejecución de la resolución de expulsión se efectuará a costa del extranjero si tuviere medios económicos para ello. Caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país, a los efectos oportunos".

Artículo 60.4. La detención de un extranjero a efectos de retorno será comunicada al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país.

Artículo 62. 4. La incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente de expulsión del extranjero serán comunicadas al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país.

Artículo 26. 4. de la Ley 7/1085. establecía que "La incoación y la resolución de los expedientes de expulsión de extranjeros serán comunicadas oportunamente, en todo caso, al Ministerio de Asuntos Exteriores y al Consulado del respectivo país.

Artículo 33. 2. "La ejecución de la orden de expulsión, tanto en el caso de procedimientos sumarios como ordinarios, se efectuará a costa del extranjero expulsado si tuviere medios económicos para ello. Caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país, a los efectos oportunos".

El artículo 133 de Real Decreto 2393 2004 de 30 de diciembre por el que se aprueba el reglamento de la ley orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. "La incoación del expediente, las medidas cautelares de detención y de internamiento y la resolución de expulsión serán comunicadas a la embajada o consulado del país del extranjero y se procederá a su anotación en el Registro Central de Extranjeros de la Dirección General de la Policía. Esta comunicación se dirigirá al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación cuando no se haya podido notificar al consulado o éste no radique en España".

como se verá después, en la Disposición Adicional Decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2.003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la cual dispone que:"(...)la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial". Por otra parte, la expulsión de los extranjeros, decretada por los Tribunales en el artículo 130 no era como una medida de seguridad sustitutiva de la pena, sino complementaria a la misma, cuando el extranjero deje extinguida la condena que le haya sido impuesta, inversamente de lo establecido en el artículo 89.1 del vigente Código Penal, los Jueces o Tribunales imperativamente sustituirán la pena privativa de libertad, por la expulsión del extranjero del territorio español, en ciertas condiciones que se analizamos en su momento.

c) El procedimiento para la expulsión de extranjeros

El procedimiento para la expulsión del extranjero conforme a lo establecido en el artículo 130, una vez firme la sentencia en que se acuerda la expulsión del reo extranjero - teniendo en cuenta que las medidas de seguridad sólo se pueden imponer como consecuencia de delitos o faltas o como complemento de pena, según el artículo 90- se deducirá testimonio del particular pertinente por el Secretario del Tribunal ejecutor de la resolución, y juntamente con el correspondiente oficio, se remitirá al Gobernador de la Provincia o al Director general de Seguridad según que se haya

cumplido la pena en provincias o en Madrid, respectivamente. La autoridad gubernativa deberá acusar el oportuno recibo y dar cuenta del cumplimiento de la ejecutoria, cuyo oficio y todos los dimanantes del mismo asunto, se unirán a las diligencias de su razón. El Código se refiere a las autoridades gubernativas del lugar en que el reo deje extinguida la condena o del en que residiere. La diferencia es clara si se tiene en cuenta que el extranjero puede haber sido condenado a pena restrictiva o privativa de libertad, pero también a pena de multa que no requiere ni lugar ni tiempo legal para ser pagada, sino prudencial, al arbitrio de los Tribunales. El reo acompañará la policía gubernativa hasta la frontera que se designe y desde este momento queda cumplida la disposición judicial, el extrañamiento de los no nacionales²⁰⁴.

El artículo 218 cuyo tenor disponía que *<El extranjero residente en territorio español que cometiere alguno de los delitos comprendidos en los artículos anteriores (refería a los 215,216 y 217 relacionado con los delitos contra la seguridad exterior del Estado), será castigado con la pena inmediatamente inferior a la señalada en los éstos, salvo lo establecido por tratados o por el derecho de gentes, acerca de los funcionarios diplomáticos>* las penas impuestas en los citados artículos, para los españoles, eran de quince años de reclusión a muerte.²⁰⁵

Ha de tener en cuenta que el artículo 218 cuando habla de extranjeros empleó el término "residentes en territorio español", pues del citado texto ha de observar también las siguientes consideraciones:

²⁰⁴ JARAMILLO GARCIA, A. Novísimo Código Penal. Comentado y Cotejado con el de 1870. Volumen I- Libro I. Imp. De Silvestre Ferreira. Salamanca 1928. Págs.304 y 305.

²⁰⁵ V. los artículos 124 y 141 del derogado Código Penal de 1973.

1ª.- La expresión del artículo 218 del Código de 1928, ha sido recogida en el artículo 89.1 del Código Penal de 1995, el cual, también utiliza el termino "residente" cuando determina la situación del extranjero que se encuentra en España al expresar <El extranjero no "residente" legalmente en España>.

2ª.- También; en el vigente Código utiliza el verbo imperativo "será", al igual como establecía el artículo 218 "El extranjero residente en territorio español...será". La Ley Orgánica 7/1985, (vigente entonces a la entrada en vigor del Código de 1995) la cual empleaba únicamente el termino de "el extranjero" sin expresar la situación de su legalidad de residencia o no en España, como podemos comprobar en los artículos 12, 17, 18, 21²⁰⁶ y 26, de la mencionada Ley Orgánica. Sin embargo, se aparece de nuevo, en la Ley Orgánica 4/2000, al igual como el actual Código de 1995, empleando el mismo termino "residente" en los articulo 17, 21.2, 23²⁰⁷, y 40 etc., que desarrollamos cada uno de ellos en su correspondiente lugar.

²⁰⁶ Artículo 21.2 de la LO 7/1985 establecía que " Cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro Ordenamiento Jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si esta incurso en alguno de los supuestos del artículo 26.1. Si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el juez o tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquel, su expulsión del territorio nacional como substitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta. Art. 26.1. "Los extranjeros podrán ser expulsados de España, por resolución del director de la seguridad del estado, cuando incurran en alguno de los supuestos siguientes".

²⁰⁷ El artículo 23,d) de la LO 4/2000, determina la residencia del extranjero según estable "extranjero residente legalmente en España".

d) El quebrantamiento de la expulsión

Como se puede observar, el quebrantamiento de la decisión judicial de expulsión del extranjero que haya sido expulsado del territorio español se encuentra recogida en el artículo 506 del Código Penal de 1928 cuyo tenor establecía que *"El extranjero, cuya expulsión hubiere sido decretada con carácter de medida de seguridad, que fue de nuevo hallado en el Reino, será castigado con prisión de dos meses y un día a seis meses y multa de 1.000 a 5.000 Pesetas"*.

El tercer párrafo del artículo 89 del Código de 1995, establece que; *"El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad"*. Los dos artículos son idénticos por cuanto a la existencia o la posibilidad de que el extranjero vuelva de nuevo a España, pero son distintos en la respuesta legal frente a este quebrantamiento.

En el caso del artículo 506, el castigo era privativo de libertad por quebrantar una medida de seguridad, la prisión y además, una multa que en su día era considerable, pero, el referido artículo no determinó si procedería o no la devolución o el retorno del extranjero que fue expulsado, cuando haya cumplido la condena y liquidado la multa. El artículo 89.3 del Código de 1995, en este caso, de quebrantar una decisión judicial se conforme con la mera devolución del extranjero por la autoridad gubernativa al país de destino, teniendo presente que el artículo 89.3 no se trata de quebrantamiento de una medida de seguridad sino de una condena sustituida por la expulsión.

La deportación, Confinamiento y, Destierro existía igualmente en el Código de 1928 como los Códigos anteriores, el artículo 108 determinaba la extensión de la pena de deportación por un periodo de seis a treinta años. Y la inhabilitación absoluta del penado durante la condena (art.119). La de Confinamiento, Destierro e inhabilitación absoluto o especial, de dos meses y un día a treinta años, aplicable tanto al extranjero como al español. El tiempo de la pena de deportación se contaba desde que el reo se constituía a disposición de la autoridad superior del lugar que se le haya sido asignado para cumplirla. (art.112). La duración de las penas de confinamiento y destierro se contaba desde que el condenado a ellas se presentaba a la Autoridad superior Gubernativa... (art.113).

Entre las penas y sus clases que pueden imponerse con arreglo al artículo 87 del Código de 1928²⁰⁸, se encuentra la pena de deportación en el 4º Lugar. Confinamiento en el 5º y Destierro en el 6º. Se observa la desaparición de la pena de extrañamiento. El condenado a deportación será conducido a las posesiones españoles del África Occidental o lugares que el Gobierno designa, fuera del territorio de la Península e islas adyacentes, donde permanecerá en libertad, bajo la vigilancia de la autoridad dedicándose al trabajo, con sujeción al régimen que los reglamentos establezcan. (art.175). los condenados a confinamiento serán conducidos al punto o localidad de la Península, Islas Baleares, Canarias Norte de África... (art.176). el sentenciado a destierro quedará privado de entrar y residir en el lugar en que cometiere el delito. El Código de 1928 dejó de ser ley al advenimiento de la

²⁰⁸ Los contenidos de textos de los artículos citados han sido recogido del libro de LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. RODRIGUEZ RAMOS, Luis y OTROS. (Coods). Códigos penales españoles. Recopilación y concordancia. Editorial. AKAL. SA. 1988.

República, por Decreto de 15 de abril de 1931, que declaró en vigor el Código de 1870. El 5 de noviembre de 1932 se promulgó un nuevo Código penal que entró en vigor el 1º de diciembre de 1932. Su estructura, su espíritu y casi la totalidad de su contenido son los del Código de 1870^{209/210}.

5. EL CÓDIGO PENAL DE 1932

El proyecto del Código de 1932 fue presentada a las Cortes en forma de Proyecto de ley de bases. El debate parlamentario obre dicho Proyecto se realizó el 6 de septiembre de 1932. Se aprobó el Proyecto, se desarrolló la Ley de Bases en el correspondiente texto articulado, el nuevo texto del Código fue publicado el 5 de noviembre de 1932 y entró en vigor el 1 de diciembre del mismo año. La reforma de 1932 se redujo a tres clases de modificación: las impuestas por la nueva Constitución. Las consistentes en corregir errores técnicas del viejo Código y en la instrucción de preceptos hasta entonces contenidos en leyes penales complementarias. Las debidas al propósito de humanización de Derecho penal, pero sin duda la reforma más importante fue la supresión de la pena de muerte y de los castigos perpetuos. Sin embargo, la pena capital fue reintroducida en el ordenamiento jurídico para los delitos de terrorismo y robo por ley especial de 11 de octubre de 1934 a raíz de los sucesos revoluciones de Asturias, y que esta reincorporación parcial atenúa el abolicionismo; pero aun así conviene destacar el sincero propósito de humanización llevado a cabo por medio de la República de 1932²¹¹.

²⁰⁹ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 158.

²¹⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/RODRIGUEZ RAMOS, Luis. Códigos Penales españoles. Recopilación y concordancias. Ob cit. Pág. 667.

²¹¹ TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho español. 4º edición Tecnos Madrid 1983. Pág. 504.

El Código Penal de 1932 era prácticamente una copia del de 1870²¹², si bien en su exposición se aclara que "se ha tocado la médula del Código y se ha ensanchado sobremanera el libre arbitrio de los jueces. Esta modificación tiene un doble designio: hacer menos rígido y más humano el Código de 1870 y ofrecer a los jueces coyuntura para que demuestren ser merecedores de que el nuevo Código por venir les otorgue en plenitud la facultad de escoger las penas apropiadas al caso concreto y al delincuente vivo y efectivo²¹³. Proclamada la Segunda República el Gobierno provisional derogó inmediatamente el Código Penal de 1928, con lo que se volvió al Código de 1870. Tomando a éste como punto de partida, se elaboró seguidamente el Código de 1932.

La clasificación tripartita es sustituida por la bipartita. La orientación humanitaria del nuevo texto se manifiesta en la supresión de la pena de muerte, en la disminución del número de agravantes y en instituciones como la condena condicional y la libertad condicional. Complemento del nuevo Código fue la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 que preveía para determinados estados peligrosos medidas de seguridad tanto postdelictuales como predelictuales²¹⁴. El 5 de noviembre de 1932 se promulgó el nuevo Código que entró en vigor el 1 de diciembre del mismo año. La estructura, espíritu y la casi totalidad del contenido de este nuevo Código era análoga a la del Código de 1870. Para evitar repetición innecesaria remitimos al Código Penal de 1870. no era sólo una reforma del texto punitivo de 1870 sino una ideología penal en

²¹² CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 159. "puede decirse que en realidad, este cuerpo legal, salvando las modificaciones introducidas, era el mismo de 1870, con su mismo contenido, idéntico plan, el mismo espíritu y las mismas ideas directrices".

²¹³ BELESTÁ SEGURA, Luis. Antecedentes del artículo 66 del código penal de 1995. septiembre 1999. ob cit Págs. 1 al 19.

²¹⁴ CODIGO PENAL DE ESPAÑA. Fuente: <http://es.wikipedia.org>. modificada por última vez el 12:39, 26 jul 2007.

cuanto a la dualismo de un Código represivo (pena) y otro preventivo (medidas) se logró con la vigencia de la ley de vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933 antes mencionada²¹⁵.

En el Código de 1932, sin embargo, se desapareció la expulsión del extranjero como medida de seguridad que preveía el artículo 90 del Código de 1928, así como cualquiera mención de extranjeros, únicamente he podido encontrar la mención de la expulsión como cumplimiento de las penas en el artículo 89 según el cual establecía que "*El sentenciado a extrañamiento será expulsado del territorio español por el tiempo de la condena*", ello, sin determinar la nacionalidad del sentenciado. Igualmente se desapareció la pena de deportación.

Igualmente, regulaba la situación del extranjero en los delitos relacionados con la traición en el artículo 89 de Código Penal de 1932, el cual era idéntico del artículo 140 del Código de 1870 que establecía que *<El extranjero residente en territorio español que cometiere alguno de los delitos comprendidos en los artículos anteriores, será castigado con la pena inmediatamente inferior a la señalada en éstos...>*²¹⁶.

En el Código Penal de 1822 figuraban tanto la pena de deportación como la de destierro o extrañamiento perpetuo del territorio español; y en Códigos posteriores encontramos la pena de *extrañamiento* como pena restrictiva de la libertad, consistente en la expulsión del condenado del territorio español por el tiempo de la condena..., pero "en España la

²¹⁵ DEL ROSAL, Juan. Tratado de Derecho penal español. Parte General Volumen II Ediciones Darro Madrid, MCMLXXII.1969. Págs. 571 y 572.

²¹⁶ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y Otros (Coords). Códigos penales españoles. Recopilación y concordancia. Ob cit. Pág. 540.

expulsión de extranjeros no ha estado prevista como pena en los Códigos Penales²¹⁷.

En cuanto a la clasificación de las penas, eran las comprendía en el artículo 27, manteniendo las penas de extrañamiento, confinamiento y el destierro como penas graves en la escala general, al igual que los anteriores Códigos.

El artículo 89 del Código Penal de 1932 establecía que el "*sentenciado a extrañamiento será expulsado del territorio español por el tiempo de la condena*". Pues, éste artículo era idéntico del artículo 86 del Código de 1973²¹⁸. Sin embargo, en el Código de 1870 (art.112) la expulsión del territorio español del condenado a extrañamiento era para siempre, si fuese perpetuo; y si fuese temporal, por el tiempo de la condena. El artículo 90 fijaba el lugar donde el sentenciado cumpla su condena²¹⁹, mientras que, el artículo 91 prohibía la entrada en el lugar que designaba en la sentencia²²⁰. La duración de las citadas penas no empezaba a contarse sino desde el día que reo haya sido empezado a cumplir la condena. (art.32).

El artículo 127 disponía que *<El extranjero residente en territorio español que cometiere alguno de los delitos comprendidos en los artículos anteriores (refería a los 123 y ss relacionado con los delitos contra la seguridad exterior*

²¹⁷ MONCLÚS MASÓ, Marta. Scripta Nova. La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona [ISSN 1138-9788] N° 94 (34), 1 de agosto de 2001. . Migración y cambio social. Número extraordinario dedicado al III Coloquio Internacional de Geocrítica.

²¹⁸ El artículo 86 del Código de 1973, establecía que "*El sentenciado a extrañamiento será expulsado del territorio español por el tiempo de la condena*"

²¹⁹ el artículo 90 establecía que "Los sentenciados a confinamiento serán conducidos a un pueblo o distrito situado en la península o en las islas Baleares o Canarias..."

²²⁰ El sentenciado a destierro quedará privado de entrar en el punto o puntos que se designen en la sentencia... (art. 91).

del Estado), será castigado con la pena inmediatamente inferior a la señalada en los éstos, salvo lo establecido por tratados o por el derecho de gentes, acerca de los funcionarios diplomáticos> este precepto era idéntico del texto establecido en artículo 218 del Código de 1928²²¹.

La aplicación de la ley penal, según la condición de las penas, el artículo 25²²² establecía que las leyes penales son aplicables igualmente a todas las personas, cualquiera que sea su condición, y salvo la inviolabilidad del Rey, con las siguientes excepciones:... 2. ^a A los extranjeros empleados de planta en las Legaciones, los cuales, cuando delinquieren, serán puestos a disposición de sus Gobiernos respectivos.

6. EL CODIGO PENAL DE 1944

La sustitución de la Republica por el régimen del general Franco, a consecuencia de la Guerra Civil, condujo al Código de 1944, llamado oficialmente "texto refundido" de 1944, sólo era ciertamente una reforma del Código anterior, el texto del 44 ha sufrido múltiples modificaciones²²³. La Guerra Civil dio lugar a una legislación penal especial, autoritaria y acorde a las nuevas condiciones, y la reforma del Código de 1932 se retrasó hasta 1944, promulgándose un nuevo Código acorde con el Derecho Penal autoritario en auge en Europa, restableciéndose la pena de muerte, con penas más severas y mayor protección al Estado, a la familia y a los intereses sociales. El drástico cambio de régimen político, consistente en esta ocasión en el paso de un Estado democrático a otro totalitario, implicó una alteración profunda de Derecho penal

²²¹ V. los arts. 124 y 141 del Código Penal de 1973.

²²² LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y otros (Coords). Códigos penales españoles. Recopilación y concordancia. Ob cit Pág. 693.

²²³ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Segundo Edición 1985. Edita. PPU. Promociones Publicaciones Universidades. SA. Pág. 14.

y, más en concreto, del Código en cuanto ley principal en este sector del ordenamiento²²⁴, sin embargo se mantiene el principio de legalidad y prohibición de la analogía.²²⁵

El proyecto del texto refundido de 1944, fue sometido a revisión de una comisión formada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y cierto número de funcionarios del Cuerpo Fiscal. Fue promulgado por Decreto de 23 de diciembre de 1944 y entró en vigor el 3 de febrero de 1945. Se le designó oficialmente "Código Penal reformado, texto refundido 1944". Este Código, lo mismo que los de 1870 y 1932, tuvo el carácter de Ley provisional y de reforma parcial limitada. Se creó la nueva pena de pérdida de la nacionalidad española aplicable a extranjeros naturalizados y se concedió mayor arbitrio a los Tribunales en aplicación de las penas²²⁶. El Código Penal de 1944, era un duro Código dirigido a proteger exacerbadamente las retrogradadas ideas políticas, religiosas y sociales de una determinada clase social..., tiene su base en el Código de 1932, que era una reforma del de 1870, y éste a su vez partía del Código de 1848, lo que queda patente lo anticuado de su técnica y su alejamiento en muchos extremos de la realidad social a la que impone²²⁷.

Lo que nos ocupa en esta este Código, como los anteriores, la situación del extranjero, y su expulsión del territorio español. La expulsión de extranjeros no contemplaba expresamente en el Código de 1944, al igual como el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el

²²⁴ TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho español. 4º edición Tecnos Madrid 1983. Pág. 505.

²²⁵ ENCICLOPEDIA WIKIPEDIA. Antecedentes del Derecho Penal español, "El Código Penal de 1944". Edición en español. Acceso <http://es.wikipedia.org>.

²²⁶ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimotava edición. Bosch. Barcelona 1980. Págs. 158 y 160.

²²⁷ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/RODRIGUEZ RAMOS, Luis. (coords) Códigos penales españoles, Recopilación y concordancia. Ob cit. Págs. 1176 y 1177.

Código penal, pero se puede entender de lo establecía en el artículo 27, entre las penas graves, la pérdida de la nacionalidad española que aplicaba solamente a los extranjeros naturalizados (art. 141 del CP 1973), y se le privó de la cualidad de español a los responsables de los delitos comprendidos en el Título primero del libro segundo del mencionado Código (art. 34) Los delitos a que se refiere son los delitos de traición establecidos en los artículos 120 al 125. Según el artículo 124 *"El extranjero que cometiere alguno de los delitos comprendidos en este Título, si se hallare en España o se hubiere su extradición, será castigado por Tratados o por el Derecho de gentes acerca de los funcionarios diplomáticos, y sin perjuicio de las medidas de policía que puedan adoptarse respecto a dicho culpable extranjero"*. (También el art. 124 del CP 1973).

La pena de pérdida de la nacionalidad española únicamente es aplicable a extranjeros naturalizados, no a los españoles de origen. Así declaran el artículo 34 CP y el artículo 11,2 de la Constitución..., pero siempre (se aplicaba dicha pena) con carácter facultativo, como posibilidad del Tribunal puede o no hacer uso. En caso de que se imponga, se añadiría a las penas por lo demás señaladas al delito de que se trata. Según MIR PUIG²²⁸ "el art.86 <el sentenciados a extrañamiento será expulsado del territorio español por el tiempo de la condena>. Ello entrará no solo el traslado inicial fuera de España, sino también la prohibición de volver a entrar en territorio español durante el tiempo de la condena. La duración de ésta será de doce años y un día a veinte años (art.30) ²²⁹.

²²⁸ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Segundo Edición 1985. ob cit. Pág. 646.

²²⁹ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Segundo Edición 1985. ob cit. Págs. 650.

En cualquier caso, era una pena que tenía carácter accesorio, siendo facultativa del Tribunal, como se desprende del contenido del artículo 4 del propio Código Penal, al señalar que "el extranjero naturalizado en España, responsable de alguno de los delitos sancionados en este título, podrá ser condenado, además de la pena señalada a aquel, la pena de pérdida de la nacionalidad española²³⁰".

Se desaparece del Código penal de 1944, la pena de deportación, al igual como los Códigos de 1848, 1850, 1970 y 1932, así como la de relegación del mismo modo de los Códigos de 1822 y 1932, manteniendo las demás penas tradicional como todos los anteriores Código como las de extrañamiento, confinamiento y destierro. La duración de las citadas penas no empezaba a contarse sino desde el día que reo haya sido empezado a cumplir la condena. (art.32), del mismo modo del también el artículo 32 del Código de 1932.

El artículo 86 establecía que "El sentenciado a extrañamiento será expulsado del territorio español por el tiempo de la condena". (art.89 del CP de 1932 y el art. 86 del CP de 1973). El artículo 124 (los delitos contra la seguridad exterior del Estado) disponía que *<El extranjero que cometiere alguno de los delitos comprendidos en este Título, si se hallare en España o no se hubiere conseguido su tradición, será castigado con la pena señalada al delito cometido,...>*, era similar al artículo 218 del Código de 1928 y el artículo 127 del Código de 1932 y idéntico del artículo 124 del Código de 1973. El artículo 127 del Código de 1932 concretaba al extranjero residente en territorio español, pero este termino fue omitido y quedó redactado condicionalmente, por el siguiente: "el extranjero..., si se hallare en España". De forma

²³⁰ ALONSO PÉREZ, Francisco. Régimen Jurídico del extranjero en España. 2ª Edición. DYKINSON 1997. Pág. 35.

idéntica, el contenido del artículo 141 en ambos Código 1932 y 1973, como ya hemos examinado anteriormente.

7. EL CODIGO PENAL DE 1973

El Código penal de 1973, como señala MIR PUIG²³¹, con todas sus modificaciones, mantiene (en su vigencia) las paredes maestras del Código penal de 1848, fue éste el segundo de los Códigos españoles, tras el de discutida y a lo sumo fugaz aplicación de 1822. DEL ROSAL/VIVES ANTON²³², señalan que el Código penal de 1973 conservaba las penas de extrañamiento, confinamiento y destierro. El extrañamiento -según señalan- consiste en la expulsión del territorio español durante el tiempo de la condena (artículo 86). El confinamiento, en la conducción a un pueblo o distrito en la península o Islas Canarias o Baleares, en el que el reo permanece en libertad bajo vigilancia de la Autoridad, (artículo 87)²³³. El Destierro, en la privación de entrar en el punto o puntos que se señalan en la sentencia y en el radio que en la misma se establezca y que ha de ser de 25 Km. al menos y de 250 Km. como máximo (artículo 88).²³⁴

Sin embargo, encontramos penas que recaen sobre derechos distintos de la vida, la integridad física, la salud o libertad de movimientos, es la pena privativa o restrictiva de derechos, como la pérdida de la nacionalidad española, según el artículo 34 del Código penal, será totalmente aplicable a los extranjeros naturalizados, privándose de la calidad de

²³¹ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Segundo Edición 1985. ob cit. Pág. 13.

²³² DEL ROSAL/VIVES ANTON. Derecho penal. Parte general. 2ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia 1987. Pág. 623.

²³³ Este párrafo del artículo 87 de Código Penal de 1973 era idéntico del primer párrafo del artículo 116 del Código Penal de 1870.

²³⁴ En el mismo sentido MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Ob cit. nota nº 6. Pág. 647.

español cuando se hagan responsables de alguno de los delitos contra la seguridad exterior del Estado (Título I del Libro II). El artículo 141 del Código penal precisa que la imposición de tal pena es facultativa. La restricción de la aplicación de esta pena a los extranjeros nacionalizados concuerda con lo establecido en el artículo 11.2 de la C.E., según el cual "ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad". Sin embargo, no se compagina bien con el derecho a la igualdad ante la Ley establecido en el artículo 14 de la Constitución. Tal vez por eso, así como por su nula utilidad, no se incluyó en P.L.O.C.P (1980) ni se contiene en la propuesta de 1983.²³⁵

Según dispone los preceptos citados, los Tribunales, al señalar el punto en que deba cumplirse el confinamiento han de tener en cuenta el oficio, profesión o modo de vivir del penado con la finalidad de que pueda atender a su subsistencia. Y, también, que entre los puntos objetos del destierro habrán de figurar, si se solicita, el lugar en que el reo delinquiró y el de residencia habitual del mismo y del perjudicado y sus parientes más próximos.²³⁶ El extrañamiento, confinamiento y destierro, estas sanciones innominadas e indeterminadas en cuanto a su duración reúne todas las características de una pena de destierro. La norma se introduce en el Código penal, texto refundido de 1944, incorporando al mismo, con algunas modificaciones que aumenta su ámbito de aplicación.

La ilegalidad de tal disposición es palmaria, pues la Ley de autorizaciones de 19 de julio de 1944 sólo permitía al Gobierno insertar en el texto del nuevo Código penal las

²³⁵ En el mismo sentido; LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/RODRIGUEZ RAMOS, Luis (Coords). Código penal comentado. Ob cit. Pág. 364.

²³⁶ En el mismo sentido; LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/RODRIGUEZ RAMOS, Luis. Código penal comentado. Ob cit Págs. 224 a 226.

disposiciones legislativas dictadas con posterioridad a 1870 y "que hayan sido establecidas o expresamente aceptadas por el nuevo Estado". Ninguna de dichas condiciones concurre en la norma estudiada, pero lo que se trata de un precepto inculminador procedente del Decreto de 23 de Diciembre de 1944, norma carente de rango suficiente para establece penas. En consecuencia los Tribunales no deben aplicarla. Si lo hicieran, tal aplicación entraría en conflicto con el artículo 25.1 de la CE.

En cuanto a la duración de las penas, eran:

El extrañamiento de doce años y un día a veinte años;

El confinamiento de seis años y un día a doce años;

El destierro de seis meses y un día a seis años.

Según MIR PUIG²³⁷, las penas restrictivas de libertad no suponen el internamiento en una institución penitenciaria, sino la expulsión del territorio español (pena de extrañamiento, de una duración de doce años y un día hasta veinte años), la obligación de residir en un pueblo o distrito que se determine (pena de confinamiento; de una duración de seis años y un día) o prohibición de entrar en el punto o puntos geográficos que se señalen (pena de destierro, de una duración de seis meses y un día a seis años) (arts. 86 a 88, en relación con el art. 30 CP). Todas éstas son penas graves (art. 27). MIR PUIG²³⁸, manifiesta que la modalidad más grave es la pena de *extrañamiento*, seguida de la de *confinamiento* y del menos grave de *destierro*. Todas ellas, sin embargo, se consideran por el CP como "penas graves", es decir, únicamente señaladas a "delitos" no a "faltas" (art. 27 en relación con el art. 6 CP. El autor analiza en su libro la

²³⁷ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Ob cit Págs. 617.

²³⁸ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Ob cit Págs. 646.

diferencia de cada uno de ellos como los siguientes:

1- Según el artículo 86, "el sentenciado o *extrañamiento* será expulsado de territorio español por el tiempo de la condena". Ello entraña no solo el traslado inicial fuera de España, sino también la prohibición de volver a entrar en el territorio de español durante el tiempo de la condena. La duración de ésta será doce años y un día a veinte años. (Art. 30 CP). MIR PUIG criticó el citado texto legal por no haber determinado los modos y detalles del cumplimiento de la pena ni la autoridad que debe decidirlos. Como dice DEL TORO, señala MIR PUIG, "el órgano judicial deberá decidir 1.º la elección del lugar en que deba producirse la expulsión y el país extranjero a que se trasladará al penado".²³⁹

2- La pena de confinamiento consiste en la conducción "a un pueblo o distrito situado en la Península o en las islas Baleares o Canarias, en el cual permanecerán en libertad, bajo vigilancia de la autoridad"... , la duración de la pena es de seis años u un día a doce años. (Art. 30 CP).

3- La pena de destierro se configura por el artículo 88 CP en los términos siguientes: " el sentenciado a destierro quedará privado de entrar en el punto o puntos que se designen en la sentencia y en el radio que en la misma se señale, el cual comprenderá una distancia de 25 kilómetros al menos y 250 a lo más del punto o puntos designados, entre los que se comprenderá, sí el ofendido lo pidiese, el lugar en el que el reo delinquirió y el de residencia habitual del mismo y del perjudicado y sus parientes próximos." La duración de esta

²³⁹ En el actual Código penal - como veremos más adelante- desaparece las penas de extrañamiento, confinamiento y la expulsión quedando ésta última limitada a los extranjeros no residentes legalmente en España con la prohibición de volver a entrar en el territorio español durante un plazo fijo de diez años para todos los delitos.

pena es de seis meses y un día a seis años.

4- Según el artículo 32 de Código Penal "la duración de las penas de extrañamiento, confinamiento y destierro no empezará a contarse sino desde el día en que el reo hubiere empezado a cumplir condena". Respecto al extrañamiento -según MIR PUIG- ello se ha interpretado en el sentido de que no se inicia el cómputo hasta que el reo abandona el país, por lo que no debería computarse el tiempo durante el cual el sujeto haya sido detenido previamente para facilitar o realizar la expulsión. En cuanto al confinamiento, es discutible si ha de empezar a correr la condena desde el momento en que se inicia la conducción del sujeto, o bien cuando éste llega al lugar de destino. Por último, la pena de destierro empezará a cumplirse desde que sea firme la sentencia, si el condenado no se hallare en el lugar prohibido, o bien, en otro caso, cuando abandone el mismo, lo que debería hacer dentro de los tres días siguientes al de la firmeza de la sentencia.

5- La importancia de las penas restrictivas de libertad en el conjunto del sistema punitivo del Código Penal es bien escasa. El extrañamiento sólo se impone en el artículo 149 y el confinamiento en otros preceptos contenidos en la misma sección, destinados a delitos contra las Cortes, de índole puramente política. El destierro se aplica, además de a delitos de la misma naturaleza, a algún otro como el de injurias, pero alcanza mayor importancia por otras vías indirectas: a través de la peculiar medida del art. 67, antes examinada, y a través de lo dispuesto en el art. 44 y en el 112,4.º. El art. 44 último párrafo establece que si el condenado a la pena de caución no la diere, "incurrirá en la pena de destierro por el mismo tiempo que se hubiere fijado para caución". Por su parte, el art. 112. 4º, señala que en caso de indulto, "será aplicable al indultado, por el tiempo

que a no haberlo sido debería durar la condena, lo dispuesto para el desterrado sobre lugares de entrada prohibida".

El cuadro de penas establecidas en el artículo 27 de CP 1973, ha sufrido una sucesiva serie de restricciones, desde un redacción en el CP de 1484, que se recogía nada menos que 35 penas distintas, hasta la reforma de la LO 8/83 de 25 de junio, que ha suprimido la pena de muerte, cumpliendo así lo proveniente en el art. 15 de la Constitución..., el artículo además de una enumeración de las penas legales, contiene su clasificación en graves y leves, distinción que sirve para diferenciar formalmente los delitos de las faltas. El autor critica el art. 27; que no contiene una escala de las penas ordenadas por su gravedad sino por su naturaleza idéntica, por su respectiva duración, por ejemplo -dice el autor- que las penas de extrañamiento o inhabilitación sean menos graves que la de arresto mayor, solo porque sean citadas posteriormente en aquella enumeración²⁴⁰.

El tercer párrafo del artículo 32 contiene la regla referente al incumplimiento de las penas de extrañamiento, confinamiento y destierro, la que se encierra una tautología: la duración de cumplimiento estas penas comenzará a contarse "desde el día en que el reo hubiere empezado a cumplir la condena". Ello equivale a decir, y así debería haberse precisado, que día inicial en el extrañamiento será aquel en que abandone el país; en la de confinamiento, cuando llegue al lugar señalado para quedar confinado, y en la de destierro, cuando se aleja la distancia establecida del término del que haya sido desterrado²⁴¹.

²⁴⁰ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/RODRIGUEZ RAMOS, Luis (Coords). Código penal comentado. Ob cit Págs. 160 y 161.

²⁴¹ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/RODRIGUEZ RAMOS, Luis (Coords). Código penal comentado. Ob cit Pág. 166.

Conforme con el artículo 46 "El extrañamiento y confinamiento llevarán consigo la de inhabilitación absoluta el tiempo de la condena". LOPEZ BARJA²⁴² considera que la inhabilitación absoluta, que acompaña como accesoria..., tiene aquí el contenido que para la pena principal de inhabilitación fijan los artículos 35 y 41, pero no su duración, ya que ésta se fija para la accesoria en los mismos términos en que se señala en la sentencia para la principal a que acompaña, sin que sea aplicable, en esta hipótesis, la tabla demostrativa de la duración de las pena divisibles del vigente artículo 78 (STS de 26 de noviembre de 1884 y 3 de febrero de 1885). La única pena accesoria que puede imponerse es la que señala la ley, por lo que se excede el Tribunal que impone además otra pena no fijada en el artículo (SJM de 17 de marzo de 1943), para la pena de interdicción civil impuesta como accesoria a una de reclusión menor). Según tabla del artículo 77, la duración de la pena de extrañamiento es de doce años y un día a veinte años como tiempo que comprende toda la pena. De doce años y un día a catorce años y ocho meses (grado mínimo). De catorce años, ocho meses y un día a diecisiete años y cuatro meses (grado medio). De diecisiete años, cuatro meses y un día a veinte años (grado máximo). Con arreglo a lo establecido en el artículo 86, cuyo tenor era "El sentenciado a extrañamiento será expulsado del territorio español por el tiempo de la condena". El autor señala que numerosos son los problemas que plantea la pena de extrañamiento frente a su escasez de uso teórico, y práctico. Actualmente sólo es pena prevenida para los delitos determinados en los artículos 149 y 160 bis del CP. Los problemas afectan fundamentalmente a su posibilidad constitucional, su naturaleza jurídica y su ejecución.

²⁴² LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/RODRIGUEZ RAMOS, Luis (Coords). Código penal comentado, ob cit. Págs. 175 y 176.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA²⁴³ plantea la inconstitucionalidad de esta pena antes estudiada apuntando su criterio como el siguiente: el artículo 11.2 de la CE ordena que ningún español de origen puede ser privado de su nacionalidad; por otra parte el artículo 19 párrafo primero, declara que <los españoles tienen derecho a... circular por el territorio nacional>. La imposibilidad de que el legislador establezca la de pérdida de la nacionalidad (al menos con relación a españoles de origen) es patente. Ahora bien, ¿puede establecerse la pena de privación de estar en el territorio nacional? En principio parece problemático. En su opinión, la Constitución establece unos derechos inviolables inherentes a la persona (Art. 10 CE). Salvo la posibilidad de derechos absolutos (por ejemplo la nacionalidad de origen), puede decirse que éstos admiten restricciones por colisión con derechos de otras personas... de manera que la propia Constitución al permitir privar de un derecho en determinadas condiciones, deja la posibilidad de la existencia, no ya de la pena *in genere* sino de la pena concretada en la privación de esos bien jurídico. Concluido que, la cuestión estriba en determinar si la Constitución permite que el Estado prive a un nacional de su derecho a estar en el territorio nacional. La contestación afirmativa nos parece -según dice- más que dudosa.

El Autor hace referencia al artículo 10.2 CE y los Tratados, Acuerdos internacionales ratificados por España y en particular el art. 3 del Protocolo IV adicional al Convenio ERDHLF que dispone que <1.Nadie puede ser expulsado, en virtud de una medida individual o colectiva, del territorio del Estado de cual sea ciudadano> ... <2. Nadie puede verse privado del derecho de entrar en el territorio del Estado de cual sea

²⁴³ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/RODRIGUEZ RAMOS, Luis (coods). Código penal comentado, ob cit. Págs. 224 y 225.

ciudadano>. A su juicio, se conceptuó que el catalogo del artículo 27 se trata de una pena grave.

Ahora bien, cuando se trata de extranjeros, la expulsión (no se denomina extrañamiento) de alguno de éstos no se considera pena sino medida de policía. El artículo 86 determina que el extranjero "será expulsado"; en el artículo 190 del Código se castiga al que "deportare o extrañare"; pero, junto a ello, la Ley Orgánica 7/85 de 1 de junio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su Reglamentario de ejecución de 26 de mayo de 1986, hablan de expulsión de extranjeros, y la conceptúan medida de seguridad (cfr., por ejemplo, art. 74 Reglamento citado). Desde el punto de vista estrictamente penal, No cabe duda su naturaleza de pena. El estudio de su posibilidad actual, como medida de seguridad aplicable a extranjeros no puede ser desarrollado aquí, por lo que simplemente se deja apuntada esta <incoherencia>, que afecta a la pena de extrañamiento.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA sucinta tres cuestiones son las que afectan a la ejecución de esta pena: lugar, cómputo y territorio.

a) Lugar: el cumplimiento de la pena de extrañamiento supone la resolución por el Tribunal sentenciador de tres hechos fundamentales: <la elección del lugar en el que se producirá la expulsión, lo que implica en todo caso, la determinación del país extranjero en cuyo territorio resultará depositado el penado>. En segundo lugar, <el deber de proveer al penado de la necesaria habilitación para la salida administrativa del territorio nacional> ingreso y circulación por el extranjero. Y en tercer lugar, proveer al <transporte del reo hasta el lugar destinado para la expulsión>. Evidentemente el Tribunal sentenciador recabará el auxilio

administrativo pertinente. Ahora bien, el problema va a plantearse cuando el país extranjero se niegue a recibir al penado. En este caso conforme al artículo 81, la pena no puede ser ejecutada en forma distinta a la dispuesta en la ley, y si el país extranjero no admite al condenado, la pena resulta de imposible cumplimiento, no cabiendo la sustitución de una pena por otra (Art.181 CP).

b) Cómputo: Dos cuestiones plantea, por una parte el abono de la prisión preventiva y, por otra parte, la determinación de la fecha inicial de cumplimiento. El párrafo tercero del artículo 32 dispone que "la duración de las penas de extrañamiento, confinamiento y destierro no empezarán a contarse sino desde el día en que el reo hubiese empezado a cumplir condena". De aquí deduce que el tiempo de detención necesario para realizar físicamente la expulsión "no influirá en la duración de la pena". El artículo 33 del CP señala que el tiempo de prisión preventiva sufrida durante la tramitación de la causa <se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualquiera que sea la clase de pena impuesta>. Con arreglo a este precepto la prisión preventiva sufrida por el condenado a extrañamiento también ha de computarse. No hay razón para que dicho tiempo de prisión preventiva no le sea de abono en la duración de la pena. Igualmente ha de computarse el tiempo de la detención o prisión sufrida, ya condenado, acordada para la ejecución de la pena. Efectivamente no se computa desde que la sentencia fue firme sino desde que se produzca la expulsión, pero ello no excluye que en la liquidación de la condena se le abone el tiempo de detención o prisión preventivas que haya sufrido el condenado²⁴⁴.

²⁴⁴ V. MARTÍNEZ PARDO, Vicente, Detención e Internamiento de Extranjeros. Thomson Aranzadi. Navarra, Marzo, 2006. Págs. 39 y ss.

c) Territorio nacional: la nación de territorio nacional ha de reducirse al efectivo de nuestras fronteras. A este concepto, pues no puede acudirse a ficciones como los buques, las aeronaves, etc., la tesis de que los navíos de guerra constituyen una prolongación de la territorialidad del Estado "ha sido abandonada y sustituida por la del exclusivo ejercicio de la jurisdicción de la nación a que pertenecen.

Los Códigos penales de 1848 y 1850 (art.107, 2º) y el Código Penal de 1870 (art.116,3º) establecían que la pena de confinamiento mayor podrá ser sustituida por el alistamiento en el servicio militar. En Código de 1973, sólo era aplicable a los delitos señalados en los artículos. 150, 153, 157 y 160 bis.²⁴⁵. El artículo 190 establecía que "El funcionario público que deportare o extrañare del territorio de la nación a cualquier persona, fuera de los casos previstos por las leyes, será castigado con la pena de confinamiento y multa de 1.000.000 a 1.000.000 de pesetas". Para LOPEZ BARJA DE QUIROGA²⁴⁶; el extrañamiento es concepto técnico definido en el art. 86. La deportación en cambio ha de ser interpretada como destierro a lugar remoto y aislado. De este modo, el artículo 190 entra con el artículo 189 en relación de género a especie, siendo ley preferente aquél. También en la interpretación de este artículo ha de tenerse en cuenta que en el Estado democrático de Derecho la regla general es que el ejercicio de los derechos individuales sólo puede limitarse cuando sea imprescindible hacerlo.

²⁴⁵ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/RODRIGUEZ RAMOS, Luis (coods). Código penal comentado, ob cit. Pág. 226.

²⁴⁶ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/RODRIGUEZ RAMOS, Luis (coods). Código penal comentado, ob cit. Pág. 431. El Autor cita la sentencia del Tribunal Supremo (STS de 10 de diciembre de 1984), que declaró la nulidad del acuerdo de expulsión de una ciudadana extranjera, que participó en la convocatoria de una manifestación estudiantil no autorizada, por tratarse de "una medida desproporcionada, por excesiva, al rebasar lo necesario en una sociedad democrática para mantener la seguridad pública, la defensa del orden público o la protección de los derechos o libertades ajenos.

El Código contiene una serie de preceptos (como medidas) en los se previene sanciones no coinciden con las penas previstas en la escala general del artículo 27, tal como la mediada equivalente a destierro es la prevista en el artículo 67,..., la finalidad preventiva, si las circunstancia lo aconseja, sustraer al autor a un ambiente que pudiera generar tensiones criminógenas, en él y en el mundo circundante. El mismo carácter revise, sin duda, la prohibición al *indultado* de entrar en determinados lugares, como si hubiera sido desterrado de ellos (art.112,4º párrafo segundo)²⁴⁷. FLORES MENDOZA²⁴⁸, cita como antecedentes jurídica recientes de la expulsión jurídica-penal, "el Código penal derogado (Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre), no incluía la expulsión entre sus alternativas a las penas privativas de libertad impuesta a extranjeros. No obstante, contaba con una pena que recuerda mucho a ésta, el extrañamiento, el cual no estaba destinado exclusivamente a los extranjeros". Finalmente, es conveniente también hacer una referencia a la posición jurídica de los extranjeros en la Constitución española que contemplaban alguno de sus aspectos, como la de 1845 remite a la ley la determinación de "*los derechos que deberán gozar los extranjeros que obtengan carta de naturaleza o hayan ganado vecindad*" (art. 1); las de 1869 y 1876 regulaban únicamente, y de forma además muy parecida, la posibilidad de que los extranjeros pudieran ejercer "industria", "profesión" o "cargo" (arts. 25 y 27.2, por un lado, y por otro); finalmente, la de 1931 se contentaba la prohibición de "la extradición de delincuentes políticos"

²⁴⁷ RODRIGUEZ DEVESA, José María. *Derrocho penal español*. Parte general Décima edición. Editorial DYKINSON. Madrid 1986. Pág. 1023.

²⁴⁸ FLORES MENDOZA, Fátima. *Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate)* LAURENZO COPELLO Patricia (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Pág. 98.

(art. 30), a diferencia de las Constituciones anteriores, la Constitución actual contempla los tres aspectos fundamentales que articulan la posición jurídica de los extranjeros en un Estado: la forma en que gozan de los derechos y libertades reconocidos a los nacionales, la extradición y el asilo. Ninguna de las Constituciones históricas españolas había llegado a tanto²⁴⁹.

B. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN LOS PROYECTOS DEL CÓDIGO PENAL

La procedencia más lejana de la expulsión de los extranjeros, sin determinación de la situación de la legalidad, del territorio español se encontraba como afirma JARAMILLO²⁵⁰, en el Proyecto de 1885, el cual, admitía esta expulsión como pena especial. Los primeros antecedentes de la sustitución de las penas privativas de libertad del artículo 89 del Código Penal, según MANZANARES SAMANIEGO²⁵¹, "se encuentra, por lo que se refiere a los trabajos prelegislativos desde el proyecto de 1980, en el borrador de 1990 (art.84), previéndose sólo para la pena privativa de libertad inferior a seis años y exigiéndose la instancia del Fiscal, la audiencia del penado y el aseguramiento en todo caso de la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiera lugar.

El anteproyecto de 1992 (art. 88) extendió la previsión a las penas superiores a seis años, pero con la condición de que

²⁴⁹ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. Artículo publicado en la revista electrónica Sinopsis nº 13 en Diciembre 2003 obtenido de la Web; <http://www.congreso.es>

²⁵⁰ JARAMILLO GARCIA, A. Novísimo Código Penal. Comentado y Cotejado con el de 1870. Volumen I- Libro I. Imp. De Silvestre Ferreira. Salamanca 1928. Pág.258

²⁵¹ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis [CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO [Director]]. Código penal. Doctrina y jurisprudencia. Trivium SA. Primera Edición. Febrero 1997. Madrid. Págs. 1288 al 1292.

tal supuesto se hubiese cumplido las tres cuartas partes de la condena. Mayor complejidad ofreció el Proyecto de 1992 (art. 89). En este texto se distingue entre las penas no superiores a dos años, las que excediendo de esa duración no lleguen a los seis, y las iguales o superiores a seis años. En el primer supuesto la sustitución es imperativa, pero sólo cabe a instancia del Fiscal, en el segundo la expulsión, también a instancia del Fiscal, es potestativa, y en el tercero, y amén de la repetida instancia y de la audiencia del penado, se exige para la sustitución potestativa el previo cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena. De otro lado, se introduce por primera vez la matización de que el extranjero no sea "residente legalmente en España". Después, el Anteproyecto de 1994 (art. 89) mantuvo aquella propuesta en sus propios términos. Por su parte, el Proyecto de 1994 (art. 90) se contentó con "oír" al Fiscal en el primer supuesto, en lugar de obrar a su "instancia". El número 3 del artículo 89 del Código Penal, tiene su origen en el párrafo segundo del artículo 451 del Proyecto de 1992, donde por primera vez se incluye, en el precepto tipificador del quebrantamiento de la expulsión.

En mi opinión, el quebrantamiento de la decisión judicial de expulsión del extranjero que haya sido expulsado del territorio español se encuentra recogida en el artículo 506 del Código Penal de 1928 cuyo tenor establecía que "*El extranjero, cuya expulsión hubiere sido decretada con carácter de medida de seguridad, que fue de nuevo hallado en el Reino, será castigado con prisión de dos meses y un día a seis meses y multa de 1.000 a s.5.000 Pesetas*". Así como, en el apartado 3 del artículo 13 del Reglamento de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, aprobado por Decreto 1144/1971 de 13 de mayo, que regulaba el supuesto de quebrantamiento de la expulsión "Si antes de transcurrido el plazo de cinco años el

sujeto declarado peligroso volviese al territorio nacional, será puesto a disposición del Juez, que promoverá el correspondiente juicio de revisión"

En la redacción anterior del artículo 89.2 del Código Penal que disponía que si el expulsado regresara antes de este término, "cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas". Este texto "se trata de una previsión presente ya en el Borrador de 1990 (art. 84.2) y mantenido luego hasta el texto definitivo de 1995. Ha desaparecido, por el contrario, la referencia de que ello será "sin perjuicio" de lo dispuesto en otro artículo del Código Penal sobre la tipificación de tal conducta como delito contra la Administración Judicial (art.88.2 y 442 del Anteproyecto de 1992, art. 89.3 y 451 del Proyecto de 199, art. 89.2 y 450 del Anteproyecto de 1994, y art. 90.3 y 449 del Proyecto de ese mismo año).

Con el Código Penal de 1995, el recurso a la expulsión del extranjero como alternativa a la ejecución de las consecuencias jurídico-penales impuestas por la comisión de una infracción penal se trasladó de la legislación penal especial al Código Penal. Sin embargo, esta incorporación al principal texto penal ya constituía la intención del legislador desde el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980. Al menos por lo que respecta a la expulsión como alternativa a las medidas de seguridad. Este Proyecto de 1980, al incorporar las medidas de seguridad al Código Penal, incluyó entre ellas la expulsión del extranjero, presentándose en esta ocasión, a diferencia de lo que ocurría en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, como medida de seguridad sustitutiva de las medidas de seguridad correspondientes al estado peligroso del delincuente

extranjero²⁵². El artículo 135 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980, establecía como décimo-primer medida de seguridad "la "expulsión de extranjeros del territorio nacional. El sujeto a esta medida no podrá volver entrar en España durante el plazo que se señale, sin que pueda exceder de quince años". Al respecto el artículo 138 del Proyecto que señalaba: "Si el sujeto fuera extranjero, el órgano jurisdiccional podrá acordar, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las demás medidas de seguridad que le fueren aplicables, sin perjuicio de cumplir en su caso, la pena que le hubiere sido impuesta".²⁵³

La Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983, con una redacción similar al Proyecto de 1980, mantiene la expulsión del extranjero como medida de seguridad sustitutiva de las medidas de seguridad aplicadas al delincuente extranjero. En el artículo 84.3.4.º se introduce entre las medidas de seguridad no privativas de libertad "La expulsión de extranjeros del territorio nacional". En el artículo 106 se establece: 1. Si el sujeto fuere extranjero, el Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquel, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las demás medidas de seguridad que fueren aplicable, sin perjuicio de cumplir, en su caso, la pena que le hubiere sido impuesta. 2. El sujeto a esta medida no podrá volver a entrar en España durante el plazo que se señale, sin que pueda exceder a quince años²⁵⁴.

²⁵² FLORES MENDOZA, Fátima, *Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate)* PATRICIA LAURENZO COPELLO (Coorda). Pág. 101. Tirant lo blanch. Valencia 2002. "Nota 15" se manifiesta que algunos autores como GARCIA ALBERO y SANCHEZ YLLERA han considerado que los supuestos contenidos en el Código Penal ya estaban incluidos en la Ley de Extranjería.

²⁵³ FLORES MENDOZA, Fátima, *Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate)* ob.cit. Pág. 101. Nota 15/16.

²⁵⁴ FLORES MENDOZA, Fátima, *Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate)* Patricia LAURENZO COPELLO (Coorda). Tirant lo blanch, Valencia

Fue con el Proyecto de la Ley Orgánica del Código Penal 102/1992, de 23 de septiembre, cuando se introdujo por primera vez la expulsión del extranjero no residente legalmente en España, como alternativa a determinadas penas privativas de libertad, en su artículo 89. Hasta ese momento, la expulsión del extranjero como alternativa a la ejecución de las penas privativas de libertad tan sólo se hallaba regulada en la Ley de Extranjería de 1985. Asimismo, el Proyecto de 1992 mantuvo en el artículo 111 la expulsión del extranjero en sustitución de las medidas de seguridad que le correspondiesen". Como afirma FLORES MENDOZA²⁵⁵, en el Proyecto de 1992, ya se introdujo, en el supuesto de que la pena sustituible sea de prisión igual o superior a los seis años se exige además que el extranjero no residente legalmente en España haya cumplido las cuartas partes de su condena. No se requiere, sin embargo, como en tratamientos anteriores, que el sujeto haya satisfecho sus responsabilidades civiles, como así exigía el artículo 21.2, párrafo segundo de la Ley 7/1985.

En mi opinión, el proyecto del Código Penal de 1994, ha introducido el término de "extranjero no residente en el territorio español que se contemplaba en el párrafo 1º del artículo 90 (art. 89 del Código Penal de 1995). Este término fue empleado por primera vez en el artículo 218 del Código Penal de 1928,²⁵⁶ el cual disponía que "*El extranjero*

2002. Págs. 102. Nota 21. El artículo 111 señalaba: "1. Si el sujeto fuere extranjero, el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le fueren aplicables. 2 El sujeto a esta medida no podrá volver a entrar en España durante el plazo que se señale, sin que pueda exceder de diez años".

²⁵⁵ FLORES MENDOZA, Fátima, *Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate)* PATRICIA LAURENZO COPELLO (Coorda). Tirant lo blanch, Valencia 2002. Págs. 102 y 122.

²⁵⁶ En sentido similar, vid: SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (Cood) *Código penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, ob cit. Pág.750, y DEL MORAL

"residente en territorio español" que cometiere alguno de los delitos..., será castigado...etc.," aunque éste no distinguía la situación de la legalidad "o no" de la residencia del extranjero en territorio español. El artículo 13 de la Ley Orgánica 7/1985, -vigente en la fecha que entró en vigor el artículo 89 del Código de 1995- concretaba la situación en la que el extranjero puede encontrarse legalmente en España, como la definía por "estancia", "residencia" o "permanecía", mientras que, el artículo 65 del Reglamento de ejecución de la citada Ley se ocupaba entonces de las demás situaciones del extranjero, como la de "Tránsito", "visitas turísticas" etc., por lo que, en mi opinión, la expresión de "residente" empleado en el artículo 89 del Código Penal no tiene sentido de ilegalidad, sino, más bien tiene efecto adquisidor de residencia tácitamente consentida por la autoridad administrativa por haber dejado el extranjero a residir en España de forma legal, aunque tal situación no llegó a lograrse documentalmente. Por ello, el término más adecuado que debería emplear es el de "permanecía" en vez de "residencia" o "... encontrarse ilegalmente en territorio español", ya que para residir es preciso tener autorización previa de la autoridad administrativa²⁵⁷.

El término "residente" fue criticado también por MAPELLI CAFFARENA²⁵⁸, por cuanto que este término "... obliga a entender la residencia en un sentido coloquial y no jurídico ya que no hay residentes ilegales, sino habitantes ilegales, igualmente, la calificación de la expulsión como medida sustitutiva carece del sentido estricto, ya que, el Proyecto

GARCIA, Antonio/SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. (coords) Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia), ob cit. Pág. 1032.

²⁵⁷ SÁNCHEZ RIBAS, Javier/FRANCO PANTOJA, Francisco, Guía para orientación legal en inmigración (2ª ed.). Editorial Lex Nova. Abril 2008. Págs. 168-212.

²⁵⁸ MAPELLI CAFFARENA, Borja. Curso sobre el proyecto de Código Penal de 1994, ob cit. Págs. 40 y ss.

del 1994 no contempla entre las penas la expulsión del territorio. Se trata de una combinación de suspensión de pena y aplicación de la medida de seguridad de expulsión del territorio nacional recogida en la Ley de Peligrosidad (art. 5.12) y en el propio Proyecto (art. 95) que se endurece considerablemente. Por tanto su ubicación mas correcta es dentro de la sección 1ª de este Capitulo, a juicio de MAPELLI, la similitud entre lo dispuesto en este artículo 90 (del PCP) y la expulsión contemplada en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y en la Ley sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y la frecuencia con que se menciona al extranjero en el Proyecto para establecer sobre él un trato mas grave justifican sobradamente detenerse en ese concepto. Según MAPELLI CAFFARENA²⁵⁹, el artículo en cuestión recogía tres supuestos distintos:

a. "Se breve la sustitución de las penas de prisión de hasta dos años por la expulsión del territorio nacional de los condenados extranjeros no residentes.

b. Si el extranjero fuera condenado a una pena de prisión inferior a seis años la sustitución será potestativa y deberá instarse por el Ministerio Fiscal.

c. La sustitución puede ampliarse incluso a penas superiores a los seis años cuando el penado haya cumplido la tres cuartas partes de la conde siempre que -como en el supuesto anterior- sea solicitado por el Ministerio fiscal".

Los tres supuestos del artículo 90 PCP señalados han sido criticados por MAPELLI CAFFARENA, por cuanto a: el primer supuesto señala que: "la sustitución no es potestativa por lo

²⁵⁹ MAPELLI CAFFARENA, Borja. Curso sobre el proyecto de Código Penal de 1994, ob cit. Págs. 41 y ss.

que no es preciso valorar ni las circunstancias del hecho ni del autor, ni la no habitualidad, ni tampoco se establecen excepciones para los supuestos, por Ej., en los que el extranjero pueda ser perseguido por razones político en su país y, el hecho de que la sustitución sea preceptiva, que no interesa las circunstancias personales, familiares o sociales del extranjero ni el tiempo que pueda llevar en nuestro país, ni el tipo de delito, ni si es o no reincidente nos da idea de que también los fundamentes son distintos"²⁶⁰. In fin, a su juicio, tal medida "deben buscarse en otros ordenes" añade que "este primer supuesto es superfluo porque se encuentra todo él recogido en el segundo salvo en lo referente a que se concede a instancia del Ministerio Fiscal". El autor plantea la dudosa constitucionalidad de esta disposición y, según dice, casa mal con la declaración constitucional de reconocimiento a los extranjeros de las libertades públicas (art.13) entre las que se encuentra el derecho a la igualdad.

En el segundo supuesto, la sustitución potestativa de las penas inferiores a seis años a instancia del Ministerio Fiscal, "desde el punto de viste preventivo general es preocupante el escaso efecto de contención de una simple medida de expulsión frente..., a los delito tan grave como agresiones sexuales (art.173), detenciones ilegales (art.159) o lesiones con ensañamiento (art.148) añade que, "con razón ha criticado el CGPJ²⁶¹ el obstáculo procesal a la actividad jurisdiccional que establece el texto al exigir que sea a instancia del Ministerio Fiscal la sustitución. Además la previa audiencia del interesado es ineludible para lograr una tutela judicial efectiva", criticando, también, tal medida

²⁶⁰ V. LAFONT NICUESA, Luis, Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal, Revista de derecho migratorio y extranjería, Universidad de la Rioja; ISSN 1695-3509, N°. 10, 2005.

²⁶¹ V. CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO [Director]. Código penal. Doctrina y jurisprudencia. Trivium SA. Primera Edición. Madrid, Febrero 1997. Pág. 1289.

por desigualdad en el caso de un nacional que comete el mismo delito "no podrá disfrutar de esa alternativa a la prisión.

El tercer supuesto, la sustitución puede ampliarse incluso a penas superiores a los seis años cuando el penado haya cumplido las tres cuartas partes de la condena siempre que - como en el supuesto anterior- sea solicitado por el Ministerio fiscal.

En estos tres supuestos, el extranjero no podrá volver a España como mínimo en un plazo de tres años desde la expulsión o por un tiempo equivalente al triplo de la duración de la pena impuesta, si plazo resulta mayor. Esta desproporción entre el tiempo de la pena impuesta y la expulsión es particularmente rigurosa en comparación con otras afines que contempla el propio Proyecto de 1994... el régimen común de la remisión condicional aplica una proporción de 1 por 2, mientras que aquí se aplica 1 por 3 sin que nunca pueda bajar de tres años lo que resulta en extremo desproporcionado en caso de penas leves de arresto fin de semana". Si regresare (el extranjero) antes de dicho termino, cumplirá las penas que le hubieren sido sustituidas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 449 de este Código. (art.90.3), pues, el proyecto debe criminarse como un supuesto específico del delito de quebrantamiento de condena (art.449) ²⁶², que sin duda explicación lógica merecerá una pena superior al mismo delito cometido por un nacional (art.445).

²⁶² El artículo 449 del proyecto de la Ley Orgánica del Código Penal establecía que "El extranjero que quebrantare una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años. No obstante, si el extranjero fuere detenido en la frontera, podrá ser expulsado por la autoridad gubernativa".

El artículo 90 del Proyecto del Código Penal de 1994, establecía²⁶³ los supuestos en los que permiten la expulsión del territorio nacional de los extranjeros que cometieren delitos en España. Eran tres motivos concretos:-

1- Si el extranjero no residente legalmente en España fuere condenado a una pena privativa de libertad no superior a dos años serán sustituidas, oído el Ministerio Fiscal, por su expulsión del territorio nacional.

2- Si la pena de prisión inferior a seis años, la sustitución por la expulsión del territorio nacional podrá ser sustituida a instancia del Ministerio Fiscal.

3- Igualmente, si el extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas de la condena. También, a instancia del Ministerio Fiscal,

El prelegislador exigía en los tres supuestos anteriores la intervención del Ministerio Fiscal, en el primer supuesto, bastará con el simple pido del Ministerio Fiscal por la

²⁶³ El artículo 90 del proyecto del Código Penal de 1994 establecía el siguiente:

1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las penas privativas de libertad no superior a dos años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas, oído el Ministerio Fiscal, por su expulsión del territorio nacional.

2. Al extranjero condenado a pena privativa de libertad superior a dos años e inferior a seis se le podrá sustituir dicha pena, a instancia del Ministerio Fiscal, por la expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, y previa audiencia del penado, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años , siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena.

3. El extranjero no podrá regresar a España, como mínimo, en un plazo de tres años desde la fecha de la expulsión, o del triplo de la duración de las penas privativas de libertad que le fueron impuestas, si este plazo es mayor. Si regresare antes de dicho termino, cumplirá las penas que le hubieren sido sustituidas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 449 de este Código.

expulsión del extranjero del territorio nacional, siempre cuando la pena no excede a dos años, como lo que parece en este caso, los juicios de falta. Era una alternativa como la remisión condicional lo que hacía el artículo 92 del anterior Código Penal, que confería a los Tribunales la atribución de otorgar motivadamente por sí o de aplicar por el Ministerio de la Ley la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de la pena, así como las condiciones necesarias para que los Jueces puedan proceder a la suspensión de la ejecución de la pena del artículo antiguo 93, pues la novedad en el proyecto del CP era en lugar de la suspensión proceda la sustitución de la pena por la expulsión del extranjero condenado si fuera condenado con pena no superior a dos años, mientras que, los otros dos supuestos, la sustitución era potestativa y debía instarse por el Ministerio Fiscal.

El proyecto de Ley de 1994 preveía en su artículo 90 un desdoblamiento de la regulación en una expulsión preceptiva (para penas no superiores a dos años, oído el Ministerio Fiscal, sin mencionar expresamente una audiencia al penado; art. 90.1 P 1994) y en otra facultativa ("a instancia del Ministerio Fiscal"; la audiencia al penado se establecía, aparentemente, con carácter exclusivo para los supuestos de expulsión con posterioridad al cumplimiento de tres cuartas partes de la pena; art. 90.2 P 1994), para penas de dos a seis años". El apartado 3 del art. 90, establecía que *<el extranjero no podrá regresar a España, como mínimo, en un plazo de tres años desde la fecha de la expulsión, o del triple de la duración de las penas privativas de la libertad que fueron impuestas, si este plazo es mayor>*, al igual como establecía el art. 36.1 de la LO. 7/1985, y el RD 1119/1986, de 26 de mayo, que fijaban la prohibición de entrada en España

por un tiempo mínimo de tres años, sin fijar el tiempo máximo²⁶⁴.

El apartado 3 del artículo 90 de Proyecto de 1994, establecía que "... Si regresare (el extranjero expulsado) antes de dicho término (los tres años), cumplirá las penas que le hubieren sido sustituida, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 449 de este Código". Este texto se ha desaparecido del actual Código. El texto de 1995 prescinde de la tipificación autónoma del quebrantamiento de la "decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español²⁶⁵" (por utilizar las palabras del artículo 449 del Proyecto de 1994).

El Tribunal Supremo, (STS nº 901/2004, de 8 de junio), se señala que "al respecto debemos recordar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de Ley Orgánica, ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba -y así está en la actualidad- respecto de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas, acordar o no la expulsión, argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento que justificara la excepción, debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado «olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir y que el TEDH valora la circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al art. 3 del Convenio Europeo

²⁶⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel/MARAVÉR GÓMEZ, Mario. EL DERECHO PENAL ESPAÑOL ANTE LA INMIGRACIÓN: Un estudio político-criminal. REVISTA CENIPEC.25.2006. Febrero-Diciembre. Referencia 126. ISSN: 0798-9202. Pág. 92.

²⁶⁵ CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO [Director]. Código penal. Doctrina y jurisprudencia. Trivium SA. Primera Edición. Febrero 1997. Madrid. Pág. 1292.

de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión». El mismo sentido STS. 7 de junio de 2005. Sala II de lo Penal, Sección 1.

El Proyecto del Código Penal de 1994 conservaba buena parte de los preceptos introducidos en los anteriores proyectos de 1980 y 1992, de una declaración sobre el principio de igualdad, que el artículo 5.1 del proyecto de 1980 formaba en los siguientes términos: *<Las leyes penales se aplican por igual a cuantos las infrinjan>* aunque puede desde luego estimarse suficientemente operativo el artículo 14 CE.

Conviene en esta Tesis doctoral hacer referencia del Proyecto de la Constitución española de 1869, cuyo artículo 25 intentó asimilar los extranjeros con los nacionales, el cual establecía que; *"Todo extranjero podrá establecer libremente en territorio español, ejercer en él su industria o dedicarse a cualquier profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedido por las autoridades españolas."* Este artículo presentó el primero intento serio de constitucionalizar la situación jurídica, en el ámbito de los derechos privados, de los extranjeros en España, y fue además clara muestra de la actitud positiva que los liberales siempre han tenido hacia los extranjeros por razones ideológicas, filantrópicas y también económicas. La Constitución promulgada el 30 de junio de 1876 tenía unos planteamientos que se pueden calificar de liberales atenuados, que se manifiestan sobre todo en la gran intervenciones del Monarca en el poder legislativo. El artículo 2 del proyecto original de esta Constitución decía del siguiente modo. *"Los extranjeros podrán establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria o dedicarse a cualquier profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas. Los que no estuvieren naturalizados*

no podrán ejercer en España cargo alguno que tenga aneja autoridad o jurisdicción.”²⁶⁶. El citado artículo es idéntico al art. 25 de la Constitución española de 1869 con la adición de limitar los cargos públicos a los extranjeros nacionalizados. La constitución española de 1978, viene a proclamar como orientación de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, (en nuestro caso la expulsión) la reducción y reinserción social del condenado (art.25.), pues el caso de la sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión es similar al caso de los beneficios penitenciarios en los que define MARCEDES GARCIA ARÁN²⁶⁷, por cuanto a la orientación constitucional de las penas privativas de libertad evita una concepción puramente segregacionista de la prisión, permite el principio de humanidad de las penas y recoge la finalidad preventivo especial que permite renunciarse a la pura retribución y proporciona fundamento constitucional a instituciones por las que se evita la prisión o se mitiga la dureza de su cumplimiento, preparando para la libertad, como es el caso de los beneficios penitenciarios.

En los diversos Proyectos anteriores, la expulsión de extranjeros no residente legalmente en España ha sido un punto de mira, en mi opinión entiendo aconsejable suprimir el artículo 89 del Proyecto de Reforma del Código Penal de 2006²⁶⁸.

²⁶⁶ IRIARTE ÁNGEL, José Luis. Los derechos civiles de los extranjeros en España. La Ley 1988. Pág. 52.

²⁶⁷ GARCIA ARÁN, Mercedes. La Concepción de la pena en el proyecto de Código Penal de 1994. Curso del proyecto de Código Penal de 1994. Tomo I. UIMP Valencia junio 1995. Pág. 15.

²⁶⁸ DAUNIS RODRIGUEZ, Alberto, El Derecho penal y la Nueva Sociedad. SANZ MULAS, Nieves, [coord]. Comares. Granada 2007. Pág. 148. se manifiesta que “entendemos altamente aconsejable, por tanto, la incorporación del artículo 89 CP en el Proyecto de Reforma del Código penal de 2006”.

LA SEGUNDA PARTE

II.- LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN LA LEGISLACION PENAL ESPECIAL Y EN LA LEGISLACION ADMINISTRATIVA

A. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN LA LEGISLACION PENAL ESPECIAL.

Como ya hemos comprobado en los anteriores Códigos Penales, la expulsión de los extranjeros figuraba como pena en el Código penal de 1822 y como medida de seguridad en el Código de 1928, según este orden, se examinará a continuación la procedencia de la expulsión de extranjeros en las Leyes penales especiales:

En España, como en todos los países, dice JARAMILLO GARCIA²⁶⁹, existe legislaciones que, hasta la aparición del Código, permitía únicamente la expulsión de los extranjeros de una manera gubernativa, como cuestión de orden público en sentido restringido, defendiendo a los nacionales de los elementos extraños, ya exigiendo condiciones para la convivencia con los indígenas ya matriculado en los Registros públicos a los extranjeros, ya requerido la matricula en los Consulados respectivos, negándoles en otro caso los derechos que les reconoce el artículo 17 del Código civil y otros preceptos del Estatuto Municipal y aún del Código de Comercio, respecto a la vecindad administrativa y al ejercicio de actos mercantiles.

El origen de la expulsión de extranjeros se encuentra regulado, por las Leyes especiales penales y Decretos, tal como sigue: Real Orden de 28 de abril de 1852, Decreto de extranjería de 17 de noviembre de 1852, Reales Órdenes de 14 de enero de 1853 y 12 de junio de 1858, la Ley de vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933, ley de Responsabilidades

²⁶⁹ JARAMILLO GARCIA, A. Novísimo Código Penal. Comentado y Cotejado con el de 1870. Volumen I- Libro I. Imp. De Silvestre Ferreira. Salamanca 1928. Pág.259

Políticas de 9 de febrero de 1939, Ley de 30 de julio de 1959, Ley 16/1970, de 4 de agosto, de peligrosidad y rehabilitación social, Reglamento de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social aprobado por Decreto 1144/1971 de 13 de mayo, Decreto 522/1974, de 14 de febrero, Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero sobre Protección de Seguridad Ciudadana.

La expulsión como medida de seguridad, según señala PUIG PEÑA²⁷⁰, "va ganado muchos adeptos en la doctrina científica la tesis de organizar la expulsión de extranjeros como una propia *medida de seguridad* en base a la tendencia políticocriminal en que se inspiran las leyes represivas de nuestros días²⁷¹. En tal respecto son ya muchas leyes que describen el alcance de la peligrosidad del extranjero: las causas y facetas de la misma, el alcance de la expulsión y las sanciones graves para caso de incumplimiento. La ley belga de 1930, la alemana de 1933, la checa de 1935, la venezolana de 1939, la uruguaya de 1941, la francesa de 1955, etc., son bien claras y precisas en este respecto".

La expulsión como medida administrativa, ésta existe en la mayoría, por no decir en la totalidad de los Estados, y aunque, no se discuten hoy día los derechos soberanos de los países en tales aspectos, sin embargo, tanto del alcance de la opinión pública en general como del texto de algunas leyes modernas en particular se desprende que la expulsión de extranjeros como medida administrativa debe reunir *ciertas condiciones de fondo y ciertos requisitos de forma*. En cuanto a aquélla se exige que el extranjero sea o se halle

²⁷⁰ PUIG PEÑA, Federico. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros, tomo IX. Barcelona. Editorial Francisco Seix, S.A. 1958, Págs. 361 y 362

²⁷¹ En este sentido V. MELIÁ, Manuel, *el Derecho penal Español ante la inmigración; Un estudio políticocriminal*. En *Derecho penal y política transnacional*. primera edición Edit. Atelier 2005. Págs 343-411.

transformado en un *elemento indeseable* para la nación que le da cobijo, o se encuentra ésta en una guerra, o exista *peligro* para la seguridad nacional. Y en orden a los segundos que exista un *aviso previo* de expulsión y *la posibilidad de ser aquél oído* por las mismas autoridades o por comisiones creadas al efecto.

En España, la expulsión de extranjeros ha tenido una larga historia, diversas Disposiciones anteriores ha venido a marcar la ruta tradicional que España ha seguido con los extranjeros, entre ellas: Decreto de las Cortes de 28 de septiembre de 1820; Código de Comercio de 1829; Real Orden de 13 de noviembre de 1841; Constitución de 1845, artículo 1º; Real Decreto de 17 de noviembre de 1852: se suprime luego el fuero de extranjería por el Decreto-Ley de unificación de fueros de fecha 6 de diciembre de 1868; Constitución de 1876, artículos 2º, 4º, 6º y 11º.²⁷² Las cuestiones de extranjería suscitaron gran interés en el periodo inmediatamente posterior a 1868 cuando se elaboraba la Ley de Extranjería en las Provincias de Ultramar, pero fue discutible, ya que los artículos de la nueva Ley tenía en muchos puntos gran similitud con el Real Decreto de 1852²⁷³. También los extranjeros "establecidos" podían ser sometidos a expediente gubernativo que terminase con la declaración de indeseable y la consiguiente expulsión del territorio nacional, en el caso que observasen una "conducta contraria al orden público, mezclándose en actos perturbadores del mismo". También estaba prevista la expulsión del "extranjero peligroso", como medida de seguridad basada en la ideología de la defensa social, en la Ley de vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933.

²⁷² ARJONA COLOMO, Miguel. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros. Tomo IX. Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona 1958. Págs. 405 a 412

²⁷³ IRIARTE ÁNGEL, José Luis. Los Derechos Civiles de los extranjeros en España. La Ley Editorial 1988. Pág. 51.

Posteriormente la expulsión del extranjero continuó regulada en normativas de orden público, como la Ley de 30 de julio de 1959 y el Decreto de 14 de febrero de 1974.²⁷⁴

La expulsión de extranjeros fue regulada por el Decreto de extranjería de 17 de noviembre de 1852, en la Ley de asilo territorial de 4 de diciembre de 1855, en algunos tratados consulares, en varias Reales Decretos del Ministerio de la Gobernación (28 abril 1852, 14 enero 1853, 26 junio 1858), en la Ley de orden público de 28 de julio de 1933. Conforme a estas disposiciones se puede decretar la expulsión de los extranjeros²⁷⁵, también existían otras disposiciones regulaba la entrada, salida, residencia, asilo y registro, de los extranjeros en España, por orden de fecha se examinará como siguiente:

1) Real Decreto de 14 de agosto de 1825

Este Real Decreto regulaba la organización de los extranjeros residente en España, que practicaba un registro de extranjeros con el objeto de controlarlos, especificando los pormenores de origen, vínculos familiares etc.

2) La Costumbre internacional

Por costumbre internacional se atribuye finalmente el Gobierno la facultad de expulsar a todo extranjero que atente de modo manifiesto a los *deberes de hospitalidad*. La vieja Ley

²⁷⁴ MONCLÚS MASÓ, Marta, Scripta Nova. La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona [ISSN 1138-9788] N° 94 (34), 1 de agosto de 2001. . Migración y cambio social. Número extraordinario dedicado al III Coloquio Internacional de Neocrítica.

²⁷⁵ PUIG PEÑA, Federico. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros, tomo IX. Barcelona. Editorial Francisco Seix, S.A. 1958, Págs. 361 y 362

francesa de 3 de diciembre de 1849 desarrollaba detenidamente esta cuestión.

3) Real Decreto de 17 de noviembre de 1852. (Decreto de Extranjería)

JARAMILLO GACIA²⁷⁶ señala que el artículo 13 de este Real Decreto, establecía que el extranjero contraventor de las disposiciones que establecía que se introdujese en España sin presentar el pasaporte podrá ser castigado con la multa de 100 a 1000 reales y **expulsado** además del territorio español, si el Gobierno así lo determinaba en vista de lo que la Autoridad civil informa al Ministerio de la Gobernación; la eficacia de este precepto se negó por la Real orden de 3 de octubre de 1895, por no amoldarse a la legislación entonces vigente.

De igual manera, cuando algún extranjero llegue a un puerto o pueblo de la frontera sin el correspondiente pasaporte, será detenido por las autoridades españolas, que deberán inmediatamente dar cuenta al Gobierno por el Ministerio de la Gobernación expresado las circunstancias del extranjero y si es vago o busca auxilio contra los procedimientos de sus jueces naturales. El Gobierno determinará en su caso la expulsión del extranjero, designará el punto de su residencia o dispondrá lo que juzgue más conveniente²⁷⁷. La expulsión se hallaba en el citado Decreto de extranjería de 17 de noviembre de 1852, como medida

²⁷⁶ JARAMILLO GARCIA, A. Novísimo Código Penal. Comentado y Cotejado con el de 1870. Volumen I- Libro I. Imp. De Silvestre Ferreira. Salamanca 1928. Pág.259.

²⁷⁷ PUIG PEÑA, Federico. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros, tomo IX. Barcelona. Editorial Francisco Seix, S.A. 1958, Pág. 361.

sancionadora, el cual que expulsaba a los extranjeros indocumentados, los vagos y los que huyen de la justicia²⁷⁸.

Las Reales Órdenes de 28 de abril de 1852, 14 de enero de 1853 y 12 de junio de 1858, así como algunos tratados consulares, permitían que la autoridad gubernativa expulsase al extranjero si "resultare que es un vago o viene con objeto de mendigar". Como señala ARJONA COLOMO²⁷⁹, la legislación española referente a los extranjeros, se contiene en diferentes artículos del Código Civil, Código de comercio, Ley de enjuiciamiento civil, Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley de enjuiciamiento criminal y sobre todo, en el Real Decreto de extranjería de 17 de noviembre de 1852, que es, por así decir, la pieza jurídica de la legislación española, en la que se regula esta materia, aparte de las disposiciones de carácter administrativo. De la definición de extranjero, se encarga el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852; considerar como extranjeros:

- 1) Todas las personas nacidas de padres extranjeros fuera de los dominios de España.
- 2) Los hijos de padre extranjero y madre española nacidos fuera de estos dominios, si no reclama la nacionalidad de España.
- 3) Los que han nacido en territorio español de padres extranjeros o de padre extranjero y madre española si no hacen aquella reclamación.

²⁷⁸ MONCLÚS MASÓ, Marta, Scripta Nova. La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona [ISSN 1138-9788] N° 94 (34), 1 de agosto de 2001. . Migración y cambio social. Número extraordinario dedicado al III Coloquio Internacional de Neocrítica.

²⁷⁹ ARJONA COLOMO, Miguel, Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros, tomo IX. Barcelona. Editorial Francisco Seix, S.A. 1958, Págs. 412 a 419.

- 4) Los que han nacido fuera del territorio de España, de padres que han perdido la nacionalidad española, y
- 5) La mujer española que contrae matrimonio con extranjero.

El Real Decreto de 1852 clasificaba a los extranjeros en domiciliados y transeúntes. Se consideran domiciliados para los efectos legales, aquellos que se hallen establecidos con casa abierta o residencia fija o prolongada por tres años y bienes propios o industria y modo de vivir conocido en territorio de la monarquía, con el permiso de la autoridad superior civil de la Provincia (art. 4º)²⁸⁰. Se considera transeúntes, los extranjeros que no tengan su residencia fija en España (art. 5º). La clasificación de los extranjeros en domiciliados y transeúntes ha sido recogida en disposiciones posteriores, sustituyendo el término "domiciliados" por el de "residente", como se deduce del artículo 17 del Decreto de 4 de octubre de 1935, sobre tránsito y residencia en España, la autorización de residencia. Ésta se les concede por dos años, siendo renovable y precisando para su obtención la manifestación concreta del objeto de su estancia en España, la inscripción en el consulado de su país y la garantía de dos ciudadanos españoles. En caso de residir en España para ejercer una profesión u oficio, es condición previa estar en posesión de la "tarjeta de identidad profesional" que el Ministerio de Trabajo expide a los trabajadores extranjeros.

Por lo que respecto a la salida de los extranjeros, el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, en su artículo 17, decía que: *"Todos los extranjeros, así vecindados como transeúntes, tendrán derecho de entrar y salir libremente de los puertos y poblaciones de España y de transitar con igual*

²⁸⁰ IRIARTE ÁNGEL, José Luis, Los Derechos Civiles de los extranjeros en España, La Ley Editorial 1988. PágS. 44 y 45

libertad en su territorio, sujetándose a las reglas establecidas por las leyes para los súbditos españoles, así como, a los reglamento de puertos y policía". Por razones lógicas, y al igual que en todos los países, este derecho está sometido a las mismas restricciones que la entrada en el país: el extranjero que pretenda salir, sea por vía aérea, terrestre o marítima, está obligado a llevar su pasaporte. El Ministro de la gobernación está facultado para suspender por el tiempo que estime oportuno la entrada o salida de nacionales o extranjeros del territorio nacional, aunque, estén en posesión de sus respectivos pasaportes, cuando lo aconsejen las circunstancias o se teman graves alteraciones de orden público. Múltiples disposiciones viene a regular las causas de expulsión de los extranjeros, porque el Estado, en virtud de su soberanía, puede expulsar de su territorio a aquellos súbditos de otro país que considera indeseables, retirándoles la autorización de residencia y obligando al extranjero a salir del territorio antes de expirar el plazo de validez del visado.

El Real Decreto de 1852 estipulaba también en su artículo 9 que en los Gobiernos civiles de todas las provincias se formaran y llevaran matriculas o registros en que se asienten los nombres y circunstancias de los extranjeros que residen o vinieren a residir en el Reino, con separación de las dos clases de transeúntes y domiciliados. No tendrá derecho a ser considerados como extranjeros en ningún concepto legal, aquellos que no se hallen inscritos en las clases de transeúntes o domiciliados en las matrículas de los gobierno de las provincias y de los cónsules respectivos de sus naciones. La inscripción se renovará en el caso de pasar el extranjero de la clase de transeúnte a la de domiciliados (art. 12).

Las obligaciones que el Estado español imponía a los extranjeros eran principalmente las siguientes: a) Sumisión al orden público y a las leyes penales, por lo tanto, el Real Decreto de 1852 establecía que "los extranjeros domiciliados y transeúntes están sujetos a las leyes de España y a los Tribunales españoles por los delitos que cometen en el territorio español y para el cumplimiento de las obligaciones que contraigan en España o fuera de España, siempre que sean a favor de súbditos españoles" (art. 29). El Código civil puntualiza aún más: "Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que habiten en territorio español" (art.8. °). b) Son también obligaciones del extranjero las de carácter fiscal. No obstante, el artículo 26 del citado Real Decreto establecía que, "Los domiciliados, como los transeúntes y sus hijos, cuando no hayan optado por la nacionalidad española, están exentos del servicio militar...", ese precepto del Real Decreto ha sido recogido por el Reglamento de reclutamiento y reemplazo del Ejército (Decreto de 6 abril 1943).

Los extranjeros pueden entrar al territorio español con ciertas limitaciones, tienen el derecho de entrar y salir libremente de puertos y poblaciones de España y transitar libremente, sujetándose a los reglamentos, dicha entrada y circulación estaba limitada por el régimen de pasaportes y la prohibición respecto a vagabundos o indigentes, los cuales regresan a sus respectivos países. Se prohíbe la entrada en España de leprosos extranjeros. Para ARJONA COLOMO²⁸¹, España (entonces) no siendo país de inmigración, no utiliza el procedimiento de contingencia en la admisión de extranjeros a su territorio, hay, sí, medidas restrictivas y de exclusión,

²⁸¹ ARJONA COLOMO, Miguel, Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros, tomo IX. Barcelona. Editorial Francisco Seix, S.A. 1958, Pág. 413.

pero que responden a un lógico criterio de orden público y de protección a los súbditos nacionales. Fúndase el régimen de pasaportes en un indiscutible derecho del Estado para no admitir personas desconocidas o de mal vivir, sirviendo no sólo para el ingreso de extranjeros, sino también para circulación en España. Establecidos los pasaportes por el Real Decreto 1852, "para ingresar en territorio español deberá todo extranjero presentar, en el primer puerto o pueblo fronterizo donde llegue, el pasaporte visado por el agente del Gobierno español a quien corresponda" (art. 6º).

4) Los Reales Decretos del Ministerio de la Gobernación

La expulsión de extranjeros se encontraba también regulada en varias Reales Ordenes del Ministerio de la Gobernación tal como las Reales Orden de 28 de abril de 1852, de 14 de enero de 1853 y de 26 de junio de 1858, en ellas se practicaba la expulsión de extranjeros cuando lleguen a España *grupos o cuerpos de emigrados* hasta que el Gobierno designe punto de depósito y lo demás que juzgue conveniente, sin perjuicio de que, desde luego, *entreguen las armas* los que se hubieren presentado armados (R. O. de 23 julio 1887, 26 junio de 1858)²⁸².

5) Real Orden de 14 de marzo de 1853

Según la Real Orden de 14 de marzo de 1853, podría ser expulsado el que cometiere delito político e hiciera propaganda política. El artículo 130 de la citada Real Orden

²⁸² PUIG PEÑA, Federico. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros, tomo IX. Barcelona. Editorial Francisco Seix, S.A. 1958, Pág. 362

regulaba el procedimiento para asegurar la efectividad de esta medida de seguridad²⁸³.

6) Los Tratados con los países limítrofes

Los Tratados firmados por España con Francia y Portugal determinan que, si el extranjero es indocumentado o vago y *viene con el objeto de mendigar*, se les obligará a regresar a su país con arreglo a lo dispuesto en las Reales Ordenes de 28 de abril de 1852 y 14 de enero de 1853.

7) Ley de Asilo territorial de 4 de diciembre de 1855

El artículo 5 de la Ley de *asilo territorial*, si los extranjeros refugiados en España, abusando del asilo, *conspirasen o trabajasen para destruir o modificar sus instituciones* o para alterar de cualquier modo la tranquilidad pública, podrá el Gobierno decretar su salida de la nación, dando cuenta a las Cortes de los motivos que para ello tuviere²⁸⁴.

8) Real Decreto de 12 de marzo de 1917

JARAMILLO²⁸⁵ ha definido el Real Decreto de 12 de marzo de 1917 como es una verdadera medida de previsión para evitar la entrada en el reino de personas sospechosas que pudieran comprometer la paz y tranquilidad del mismo en los momentos más angustiosos de la configuración europea. Recuerda

²⁸³ JARAMILLO GARCIA, A. Novísimo Código Penal. Comentado y Cotejado con el de 1870. Volumen I- Libro I. Imp. De Silvestre Ferreira. Salamanca 1928. Pág. 259

²⁸⁴ PUIG PEÑA, Federico. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros, tomo IX. Barcelona. Editorial Francisco Seix, S.A. 1958, Págs. 361 y 362

²⁸⁵ JARAMILLO GARCIA, A. Novísimo Código Penal. Comentado y Cotejado con el de 1870. ob cit. Pág. 259

disposiciones casi dadas al olvido sobre inscripciones de extranjeros, prohibiendo la entrada en otro caso. La expulsión quedaba autorizada si el extranjero era vago o no tenía domicilio conocido, o si no se dedicaba al objeto que se propuso e hizo constar en la matrícula.

9) Real Decreto de 12 de mayo de 1917

Se desapareció la diferencia entre domiciliados y transeúntes, exigiendo la inscripción a todos los extranjeros en la Dirección de Seguridad, gobierno civil y alcaldía, los vagabundos o indigentes se presentarían a sus cónsules, y si éstos no los reconocían como compatriotas o si, reconociéndoles, no les auxiliaban, quedarían a cargo de los alcaldes, que cuidarían de su sustento, a cambio de la prestación personal. De modo definitivo en artículo primero del Real Decreto de 12 de mayo de 1917, regulaba, la entrada de los extranjeros en territorio español, los cuales, debían traer pasaporte que acredite su personalidad, así como los españoles que regresaban a la patria. Según establecía el artículo 3º, el pasaporte, será presentado a las autoridades o agentes de las fronteras o puertos, a la Dirección de Seguridad, gobierno o alcaldías, dentro de las cuarenta horas a su llegada, mientras que el artículo 4º, no permitía en España a los que carecen del pasaporte, inscribiéndose a los refugiados políticos sin pasaporte. Conforme al artículo 5º "de introducirse serán detenidos, después de pagar la multa que se les impusiere o cumplir el arresto supletorio se les expulsará a coste del armador, si viviere por mar"²⁸⁶.

²⁸⁶ ARJONA COLOMO, Miguel. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros, tomo IX. Barcelona. Editorial Francisco Seix, S.A. 1958, Pág. 414.

10) Reglamento sobre Población y Términos Municipales de 2 de julio de 1924

El Reglamento consideraba al extranjero cabeza de familia, con residencia en un término municipal, asimilado a los vecinos, a los domiciliados, los dependientes de un cabeza de familia, con residencia habitual en el término, y por último, asimilados a la categoría de transeúntes, en el caso de tener solamente residencia accidental. La Ley de bases del régimen local de 17 de julio de 1945, modificó este criterio, disponiendo se considere "domiciliado" el extranjero que resida habitualmente en un término. Como además, se indica que para la inscripción como vecino se requiere la cualidad de español. Parece que se vuelve al criterio del Decreto de 1952, de considerar a los extranjeros en España como domiciliados o transeúntes, entendiéndose que los residentes han de ser forzosamente domiciliados, sin la alterativa de poder ser considerados vecinos.

11) Decreto de 16 de enero de 1931

Por este Decreto iniciaba en España la regulación del trabajo de los extranjeros, derogado posteriormente ese Decreto (Decreto de 8 septiembre 1932 y Ordenes de 25 oct. 1931 y 8 julio 1933), la regulación vigente (entonces) arrancaba del Decreto de 29 de agosto de 1935, pieza importante ésta por su trascendencia en materia de condición de los extranjeros en España (completado por Ordenes de 5 enero y 6 septiembre 1938). El Decreto de 29 de agosto de 1935, regulaba la colocación de los trabajadores extranjeros, fijando el procedimiento a seguir en la concesión y renovación de las cartas de identidad profesional en forma que no perjudique la situación de los nacionales, a los cuales se les asegura eficazmente el derecho a colocarse con referencia a

los extranjeros, prohibiéndoles el acceso a determinados cargos principalmente técnico, salvo el caso en que faltare personal especializado.

12) Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933

La expulsión de extranjeros se encuentra también en la Constitución de la II República Española que, para evitar la aplicación de tal medida de forma ilimitada y arbitraria, dispuso en su artículo 31 que "*una ley especial determinará las garantías para la expulsión de extranjeros del territorio español*". Sin embargo, esa ley no llegó nunca a promulgarse. La que sí se aprobó fue la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933, que autorizaba la expulsión del territorio español, previa declaración de indeseables, de los extranjeros "no establecidos" cuando no hayan cumplido los requisitos que para permanecer en el mismo que señalen las leyes de policía²⁸⁷.

En los artículos 24 y 26 de esta disposición se autorizaba en el "*estado de prevención*" la expulsión del territorio español de los extranjeros no establecidos, "sin más formalidades", cuando "no haya llenado todos los requisitos que para permanecer en el mismo señalen las leyes especiales y reglamento de policía" (art. 241) "A estos extranjeros no establecidos que, al acordarse el estado de prevención no cumplieren las medidas que la autoridad gubernativa considere necesarias para el mantenimiento del orden público, se les podrá impedir la permanencia en territorio español, previa

²⁸⁷ MONCLÚS MASÓ, Marta Scripta Nova. La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona [ISSN 1138-9788] N° 94 (34), 1 de agosto de 2001. Migración y cambio social. Número extraordinario dedicado al III Coloquio Internacional de Geocrítica (actas del coloquio).

declaración de indeseables. (art.25)"²⁸⁸. Incluso el extranjero establecido, si observa una conducta contraria al orden público, mezclándose en actos perturbadores del mismo, podrá ser sometido a expediente gubernativo, que podrá terminar "cuando ello esté justificado con la declaración de "indeseable", que llevará anexa para el así calificado la expulsión del territorio español" (art. 26).

13) Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933

La expulsión de extranjeros para PUIG PEÑA²⁸⁹, era como medida CUASIPENAL, mas concretamente como *medida de seguridad* al amparo de la política criminal de carácter defensiva. En este sentido rige en España la Ley de vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933, conforme a la cual los extranjeros en "estado peligroso" será sometidos a la medida de seguridad consistente en su expulsión del territorio nacional (art.4.º 4.ª) y en caso de quebrantamiento de la orden de expulsión serán internados en un establecimiento de custodia por un año (artículo 6.º, 9.º). La expulsión acordada por esta Ley es consecuencia de un procedimiento judicial y decretado por esta autoridad.

14) Decreto de 4 de octubre de 1935 (Decreto de la Republica)

Se disponía que a los extranjeros a quienes se ha otorgado autorización de residencia, si se dedicaran sin manifestarlo previamente a *actividades distintas* de la que expresaron a la autoridad que les concedió el permiso para residir, podrá

²⁸⁸ PUIG PEÑA, Federico. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros, tomo IX. Barcelona. Editorial Francisco Seix, S.A. 1958, [nota 7], Págs. 361 y 362.

²⁸⁹ PUIG PEÑA, Federico. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros, tomo IX. Barcelona. Editorial Francisco Seix, S.A. 1958, Págs. 361 y 362

serle éste anulado y ser requerido el extranjero para salir del territorio nacional en el plazo de ocho días. Por Decreto de 24 de enero de 1934 se autorizó también la expulsión de extranjeros de las islas Baleares. JOAQUIN TOMAS²⁹⁰, ha sostenido que la clasificación de los extranjeros en domiciliados y transeúntes ha sido recogida en disposiciones posteriores, sustituyendo el termino "domiciliado" por el de "residente" como se deducía del artículo 17 del Decreto de 4 de octubre de 1935, sobre transito y residencia en España.

Este Decreto__establecía en su artículo 14 y 17, el derecho a acceso al territorio implica el subsiguiente de residir en el mismo, condicionando al plazo de validez otorgando por el visado, a su prórroga discrecional por las autoridades y, en su caso a la obtención de la autorización de residencia²⁹¹. El gobierno español puede también ordenar el internamiento de los súbditos extranjeros que residan en puntos fronterizos a petición de sus gobiernos respectivos, alejándose de las fronteras (Ley de asilo territorial, 4 de diciembre 1855). La obligación de hacer cumplir el régimen de extranjería corresponde a los jefes superiores de policía y, en su defecto, a los gobernadores civiles de las provincias. Los extranjeros vienen obligados a exhibir sus pasaportes, autorización de residencia, carta de identidad profesional, etc., cuando sean requeridos para ello por cualquier

²⁹⁰ TOMAS, Joaquín en ARJONA COLOMO, Miguel. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros, tomo IX. Barcelona. Editorial Francisco Seix, S.A. 1958, Pág. 413.

²⁹¹ Según la Disposición Adicional Única de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. *"Todas las referencias al término permiso incluidas en la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, serán sustituidas por el término autorización"*.

funcionario del Estado, provincia o municipio, que ostente el carácter de gente de la autoridad²⁹².

15) Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939

Esta Ley tenía efectos retroactivos hasta 1934, la cual que imponía sanciones económicas (perdida total de bienes, pago de cantidad fija o perdida de bienes determinados) y de restricción de libertad de residencia (extrañamiento, relegación a las posesiones africanas, confinamiento y destierro). Para los funcionarios públicos preveía además la inhabilitación absoluta y la inhabilitación especial. Las familias de los huidos tuvieron que soportar todo tipo de acosos y padecimientos, desde las rutinarias palizas e interrogatorios, hasta la confiscación de los pocos bienes que poseían y su confinamiento o destierro²⁹³.

16) Decreto de 2 de marzo de 1944

Por este establecía que un documento nacional de identidad, se exige a los extranjeros, después de los tres meses y antes de los seis, de hallarse con residencia en España. Quedan exceptuados los funcionarios del cuerpo diplomático, agentes consulares acreditados en el país y aquellos otros extranjeros con cuya nación exista convenio de

²⁹² El artículo 11. Ley Orgánica 1 1992 de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (*BOE núm. 46, de 22 de febrero*), en su redacción dada por la Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre, del Tribunal Constitucional, por la que se declaran nulos determinados preceptos (*BOE núm. 295, de 10 de diciembre*), por la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto (*BOE núm. 186, de 5 de agosto*) y por la Ley 10/1999, de 21 de abril (*BOE núm. 96, de 22 de abril*). Establece que "Los extranjeros que se encuentren en territorio español están obligados a disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España, con arreglo a lo dispuesto en las normas vigentes. No podrán ser privados de esta documentación salvo en los mismos supuestos previstos para el Documento Nacional de Identidad".

²⁹³ fuente: http://es.geocities.com/su_biografia/destierro.htm

reciprocidad sobre la materia²⁹⁴. Dicho decreto constituía limitaciones a la permanencia de extranjeros en territorio español, la medida de expulsión, que puede decretarse: Contra los extranjeros peligrosos. Contra los extranjeros que incumplieran los requisitos del Real Decreto de 12 de marzo de 1917.

17) Ley de 22 de diciembre de 1949

Por la Ley de 22 de diciembre de 1949, figuraba expresamente la penalidad de los extranjeros en que incurrirán aquellos que entren clandestinamente en territorio español²⁹⁵.

18) Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social

Esta ley fue modificada por leyes 43/74, de 28 de noviembre, y 77/78, de 26 de diciembre, por la que se derogan determinados supuestos de peligrosidad, aun cuando no es una ley propiamente penal, pues no define delitos ni establece penas, tomando en cuenta estados de peligrosidad y aplicando

²⁹⁴ El artículo 2. Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por la ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre y por la ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre excluye del ámbito de su aplicación: a) Los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares que, en virtud de las normas del Derecho internacional, estén exentos de las obligaciones relativas a su inscripción como extranjeros y a la obtención de la autorización. de residencia. b) Los representantes y delegados, así como los demás miembros y sus familiares, de las Misiones permanentes o de las Delegaciones ante los Organismos intergubernamentales con sede en España o en Conferencias internacionales que se celebren en España. c) Los funcionarios destinados en Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares, a quienes los Tratados en los que sea parte España eximan de las obligaciones mencionadas en el párrafo a) de este artículo.

²⁹⁵ ARJONA COLOMO, Miguel. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros, tomo IX. Barcelona. Editorial Francisco Seix, S.A. 1958, Pág. 414.

medidas de seguridad, estable medidas de esta clase para determinaos delincuentes^{296/297/298}.

La expulsión del extranjero se encontraba regulada, como medidas de seguridad, en el apartado 12 del artículo 5 < Capitulo II de las medidas de seguridad> el cual establecía que la *"Expulsión del territorio nacional cuando se trata de extranjero. El sujeto a esta medida de seguridad no podrá volver a entrar en España durante el plazo de tres años"*. Sin embargo, la expulsión del extranjero establecida en el art. 5 era potestativa, ya que *"Si los declarados peligrosos fueren extranjeros, el Juez podrá imponerles medidas del articulo procedente que les correspondan, o la de expulsión del territorio nacional, sin perjuicio de aplicarse, además, las que sean compatibles con dicha expulsión y figuren en cada supuesto de peligrosidad"*. (Art.7).

El Reglamento de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, aprobado por Decreto 1144/1971 de 13 de mayo, regulaba en el artículo 13 la ejecución de la expulsión del territorio nacional acordada judicialmente de los extranjeros declarados peligrosos, el Juez quien acordaba la expulsión comunicaba al Gobernador civil de la provincia, o en Madrid al Director general de Seguridad para llevar a efecto la expulsión. La expulsión y las medidas a las que fueron sustituidas se notaban en la Dirección General de Seguridad a efecto de comunicación de sus servicios.

²⁹⁶ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 182.

²⁹⁷ DERECHO PENAL. Repertorios de legislación. La Ley. Madrid 1986. Págs. 123, 125 y 140.

²⁹⁸ FLORES MENDOZA, Fátima. INMIGRACION Y DERECHO PENAL (Bases para un debate) PATRICIA LAURENZO COPELLO (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Págs. 98 y ss.

El apartado 3 del artículo 13, regulaba el supuesto de quebrantamiento de la expulsión *"Si antes de transcurrido el plazo de cinco años el sujeto declarado peligroso volviese al territorio nacional, será puesto a disposición del Juez, que promoverá el correspondiente juicio de revisión"* por haber quebrantado el peligroso cualquiera de las medidas a que hubiere sido sometido. (art.30.3 LPRS). *"En el juicio de revisión sólo podrá acordarse nuevamente la expulsión sustitutiva cuando las circunstancias del peligroso permitan suponer fundamentalmente que no habrá de producirse un nuevo quebrantamiento de la medida"* (apartado 4º del art.13). Sin embargo, según el apartado 6º del mismo artículo, *"La expulsión sustitutiva no podrá llevarse a efecto mientras el extranjero afectado tenga pendiente cualquier responsabilidad por delito que exija su presencia en el territorio nacional"*, aunque, en el supuesto del art. 13, el peligroso expulsado, en el juicio de revisión, podrá ser autorizado temporalmente a regresar al territorio nacional (art.13.7).

La expulsión del extranjero del territorio nacional era medida restrictiva de libertad, el artículo 5,12ª revistió una finalidad asegurativa de orden preventivo o bien represivo-preventivo, pero que en todo caso afectaba a la libertad de residir en un determinado lugar. Con carácter más apropiado a la restricción de la libertad y, por tanto, de minimización de la capacidad jurídica de la persona eran las 10ª y 11ª del artículo 5º, en que se imponía la obligación de declarar su domicilio o de residir en un lugar determinado o la prohibición de residir en un lugar o territorio, o prohibición de visitar establecimientos o lugares determinados.²⁹⁹ La Ley 16/1970, tenía naturaleza penal, contemplaba un sinfín de "medidas" de esta clase (predelictuales), con lo que, en

²⁹⁹ DEL ROSAL, Juan, Tratado de Derecho penal español. Parte General Volumen II Ediciones Darro Madrid, MCMLXXII. 1969. Pág. 575.

principio, se les otorgaba no sólo una relativa cobertura legitimadora, sino además la apariencia de instrumento "penal", la citada Ley "asociaba, por tanto medidas de seguridad a supuestos de mera peligrosidad "social" o de "peligrosidad sin delito" creando un sistema pernicioso que confundía "peligrosidad criminal" con "peligrosidad social" y hacía de las medidas "predelictuales" su verdadera centro de gravedad", a diferencia del Código Penal de 1973, "la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social sí recogía la expulsión del extranjero en su catálogo de medidas de seguridad"³⁰⁰,. Sin embargo, en comparación con el artículo 108 del nuevo Código Penal de 1995, la expulsión del extranjero se establecía como una medida de seguridad principal y alternativa a las correspondientes medidas de seguridad recogidas en cada caso para el delincuente peligroso"³⁰¹.

19) Decreto 522/1974, de 14 de febrero

El artículo 29 establecía que, "El director de la Seguridad del Estado por propia iniciativa o propuesta de otras autoridades o dependencias policial, podrá acordar la expulsión del territorio nacional de los extranjeros cuando, por su forma de vida, actividades que desarrollen, conducta que observen, antecedentes penales o policiales, relaciones que mantengan u otras causas análogas, así resulte procedente", también podría adoptar la medida de expulsión cuando los extranjeros se hallen implicados en actividades contraria al orden público o la seguridad del Estado o una vez extinguida la responsabilidad criminal, cuando hayan sido condenados por delitos de esta naturaleza.

³⁰⁰ GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antonio. Introducción al Derecho penal. Cuarta edición. Editorial Universitaria Ramón Areces. Pág. 138

³⁰¹ MARELLI CAFFARENA, Borja. El proyecto de CP de 1994. Tomo I. Curso UIMP Valencia. Junio 1995. Págs. 40 al 43.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1985, ALONSO PÉREZ³⁰² señala que, "la posibilidad de detención de un extranjero a efecto de su expulsión del territorio nacional venía contemplada en el Decreto 522/1974, de 14 de febrero, señalando la inconstitucionalidad del artículo 29 del citado Decreto por la facultad dada a las autoridades administrativas "ope legis" para detener a un súbdito extranjero sometido a una medida de expulsión y su posterior ingreso en prisión, sin que los motivos que pueden mover a aquélla se encuentren tasados de una forma clara y concreta, según manifiesta el autor.

20) Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Expulsión y de Sitio:

Contempla en el apartado 2º del artículo 23 que; quienes contravinieren las normas o medidas que se adopten, o actuaren en connivencia con los perturbadores del orden publico, podrán ser expulsados de España, salvo que sus actos presentaren indicios de ser constitutivos de delito, en cuyo caso se les someterá a los procedimientos judiciales correspondientes. De igual modo, encontramos la expulsión de los extranjeros refugiados contemplada en el art. 19.1³⁰³, de la Ley 5/1984, de

³⁰² ALONSO PÉREZ, Francisco, Régimen Jurídico del extranjero en España. 2ª Edición. DYKINSON 1997. Págs. 249 y ss

³⁰³ El artículo 2.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificado por la Ley 9/1994, de 19 de mayo El derecho de asilo reconocido en el art. 13.4 de la Constitución es la protección dispensada a los extranjeros a los que se reconozca la condición de refugiado y que consiste en su no devolución ni expulsión en los términos del art. 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y en la adopción de las siguientes medidas durante el tiempo en que subsistan las circunstancias que motivaron la solicitud de asilo.

Artículo 17. 1. La inadmisión a trámite o la denegación de la solicitud de asilo determinarán el rechazo en frontera o la salida obligatoria o expulsión del territorio español, según los casos, del extranjero si careciera de alguno de los requisitos para entrar o permanecer en España de acuerdo con la legislación general de extranjería.

3. En todo caso, el rechazo o la expulsión del interesado no podrá determinar el incumplimiento de la obligación establecida en el apartado 1

26 de marzo, reguladora del Derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificado por la Ley 9/1994, de 19 de mayo³⁰⁴.

21) Ley Orgánica 1/1992 de 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana,

La Exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/1992 señala que las Cortes Generales han aprobado, entre otras Leyes Orgánicas Generales como la de 1 de junio de 1981, de los Estados de alarma, excepción y sitio; la de 1 de julio de 1985, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España, o la de 13 de marzo de 1986, de Fuerza y Cuerpos de Seguridad. Asimismo, se han aprobado Leyes Especiales, como la Ley orgánica 1/1992 de 21 de febrero sobre protección de la seguridad ciudadana, con la finalidad de proteger la seguridad ciudadana, en espectáculos; documentación personal de nacionales y extranjeros en España; así como regular ciertas actividades de especial interés y responsabilidad para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como la expedición del pasaporte o documento que lo sustituya, y se establece, por otra parte, el deber de identificación de los extranjeros que se hallen en España, sin que puedan ser privados de esta

del art. 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, ni suponer el envío a un tercer Estado en que carezca de protección efectiva contra la devolución al país perseguidor, con arreglo a la citada Convención.

Artículo 19. 1. Los extranjeros refugiados podrán ser expulsados del territorio español en los términos previstos en los arts. 32 y 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados.

2. El Ministerio del Interior comunicará la expulsión al interesado, haciéndole saber los recursos que proceden contra la expulsión, así como que si los ejercita en el plazo de diez días quedará en suspenso la misma, sin perjuicio de otras medidas de seguridad que puedan adoptarse en este caso.

3. En todo caso, se concederá al expulsado un plazo razonable para buscar su admisión legal en otro país.

- En cualquier caso, según la Exposición de motivos, la expulsión de un extranjero nunca se realizará al país perseguidor, salvo casos de extradición formalmente acordada (artículo 19.1).

³⁰⁴ LEY DE EXTRANJERIA Y LEGISLACION COMPLEMENTARIA. Edición preparada por FERNANDEZ ROZAS, José Carlos y FERNANDEZ PEREZ, Ana. editorial TECNOS ANAYA, S.A. Madrid 2002. Págs. 612 al 624.

documentación, salvo en los mismos supuestos previstos para el Documento Nacional de Identidad. (Art.11). Conforme con lo establecido en el párrafo 3º de Art. 28, podrán sustituir las infracciones graves o muy graves por la expulsión del territorio español, cuando los infractores sean extranjeros, de acuerdo con lo previsto en la Legislación sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

El artículo 28.3 de la Ley Orgánica determina la posibilidad de acordar la expulsión de los extranjeros que encuentran en infracciones graves o muy graves previstas en los artículos 23, 24 y 25 de dicho texto legal, amabas leyes orgánicas (1/1992 y 4/2000), están de acuerdos, de una parte, en la Ley 4/2000, la expulsión podrá imponerse, según el artículo 54. a), a los extranjeros que hayan cometido infracciones muy grave de la ley de Seguridad Ciudadana, o las infracciones incluidas en el apartado d) del artículo 53, que son precisamente la que se refiere a la comisión de infracciones graves de la citada Ley Orgánica 1/1992³⁰⁵.

El párrafo f) del artículo 53 de la LO. 4/2000, hace una remisión a la LO. 1/1992, del siguiente modo, "La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana" Este precepto resulta redundante, puesto que el artículo 8.1 del Código Civil dispone que *las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español*, siendo la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana una clara norma de seguridad pública, la única razón para esta inclusión en la Ley Orgánica 4/2000 es la de poder

³⁰⁵ LOPEZ, Miguel-MUÑIZ GOÑI. La Nueva Ley de extranjería, 2ª Edición. Editorial COLEX 2001. Págs. 883 y 879.

aplicar a este tipo de infracción la expulsión, conforme dispuesto el artículo 57.1 de la propia LO 4/2000³⁰⁶.

MIR PUIG³⁰⁷, distingue la pena y la medida de seguridad, "la pena constituye el medio tradicional que caracteriza al Derecho penal y sigue siendo su arma fundamental", mientras "las medidas de seguridad tiene otra naturaleza. No suponen la amenaza de un mal para el caso de que cometa un delito, sino un tratamiento dirigido a evitar que un sujeto peligroso llegue a cometerlo". Conceptualmente las medidas de seguridad no presuponen la comisión de un delito previo, sino el peligro de un delito futuro. Así el Derecho español se ha caracterizado durante largo tiempo por prever un amplio elenco de medidas de seguridad predelictuales... se contenía primero en la ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto 1933 y luego en su continuadora, la Ley de peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970. Estas medidas sólo pueden imponerse cuando el sujeto ha demostrado su peligrosidad mediante la efectiva comisión de un delito previo".

A juicio de GARCIA-PABLO DE MOLINA³⁰⁸, la medida de seguridad *predelictuales* o *antedelictuales* son ya historia. El Tribunal Constitucional, en tres conocidas sentencias (159/1985, de 27 de noviembre, 23/1986, de 14 de febrero y 21/1987, de 19 de febrero) había advertido los serios reparos que merecen desde las exigencias garantistas derivadas de *nullum crimen*. Y aun cuando la Ley de peligrosidad y Rehabilitación social permaneció en vigor hasta su derogación formal por el Código Penal de 1995, lo cierto es que en la

³⁰⁶ LOPEZ, Miguel-MUÑIZ GOÑI. La Nueva Ley de extranjería, 2ª Edición. Editorial COLEX 2001. Pág. 821.

³⁰⁷ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Segundo Edición 1985. Edita. PPU. Promociones Publicaciones Universidades. SA Págs. 3 y 4.

³⁰⁸ GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antonio. Introducción al Derecho penal. Cuarta edición. Editorial Universitaria Ramón Areces. Pág. 136.

praxis no se aplicaba. GARCIA-PABLO DE MOLINA³⁰⁹ señala que "un sector minoritario de la doctrina española, sin embargo, atribuía naturaleza penal a las medidas de seguridad *predelictuales*, así entre otros MIR PUIG y OCTAVIO DE TOLEDO" ya que, según señalan "para MIR PUIG, las medidas predelictuales pertenecen al Derecho Penal. A esta conclusión llega el autor rechazando, primero, las dos objeciones clásicas que invoca la doctrina dominante: la quiebra del principio de la legalidad y la imposibilidad de distinguir las medidas de carácter administrativo de las penales, si se incluyen en Derecho Penal las de carácter predelictual... en el sentido semejante se pronuncia OCTAVIO TOLEDO, para quien las medidas de seguridad predelictuales tiene naturaleza penal, por cuanto el presupuesto de las mismas es la peligrosidad "criminal". Cualquiera que sea su formal ubicación legal, se imponen en relación al delito (siquiera sea futuro) y existen en razón a prevenir la comisión de delitos, luego pertenecen al Derecho Penal...".

Por último, he encontrado como procedencia del 2º inciso del artículo 89.1 del Código Penal de 1995, que establece la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que el extranjero condenado se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, como se puede comprobar más abajo. Como dice SANCHEZ GALIANO³¹⁰, "no se agotan ahí todas las leyes penales. Al margen del proceso codificado se han ido dictado normas penales reguladoras de aspectos tanto sustantivos como penitenciarios. Son esas las recogidas a continuación" pues,

³⁰⁹ GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antonio. Introducción al Derecho penal, ob cit. Págs. 140 y 141.

³¹⁰ SANCHEZ YLLERA, Ignacio. (Director). Código de Leyes Penales. 4ª Edición 1994. Actualidad Editorial. SA. Págs. 100 y 102

de su libro destacamos el texto del artículo 63, inciso 3º, del Real Decreto 120/1981, de 8 de mayo por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (modificado por RD 787/1984, 28 de marzo) que establece que:

“Si el penado propuesto para libertad condicional fuera un extranjero con residencia fuera de España, se recabará del Juez de Vigilancia autorización para que aquél pueda cumplir el periodo de libertad condicional en el país de su residencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo dispuesto por los tratados internacionales sobre la materia suscritos por el Estado español” (art. 63). “En el caso de que el extranjero fuese un extranjero sujeto a una medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena, se habrá de notificar la fecha previsible de licenciamiento definitivo a la Dirección de la Seguridad del Estado con una antelación de tres meses, a fin de que por aquélla se provea sin dilación a la expulsión del liberado” (art. 68).

El artículo 197 del Reglamento Penitenciario, prevé que en el caso de interno extranjero no residente legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, el autor se plantea posible colisión con las normas reguladoras de la libertad condicional en artículo 89.1 y el art. 197 del Reglamento penitenciario³¹¹, El Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, se refiere expresamente en cuatro ocasiones a los penados extranjeros. En la primera de ellas, contenida en el artículo 26, se alude a la posibilidad de expulsar a una

³¹¹ VIVES ANTON, Tomas S. (Coord.) Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I. Tirant lo blanch. Valencia. 1996. Pág. 506.

persona extranjera que haya cumplido su condena. En la segunda, a la sustitución de penas impuestas a extranjeros por la medida de expulsión del territorio nacional. En la tercera, a la libertad condicional. En la cuarta, a la obligación de las autoridades penitenciarias de informar a los penados extranjeros de, entre otras posibilidades, solicitar la expulsión de territorio como medida sustitutiva del cumplimiento de la pena³¹².

22) Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

La Ley Orgánica 2/1986, ha venido a establecer la distribución material de competencias en su artículo 12, en cuyo tenor dice: Serán ejercidas por el Cuerpo Nacional de Policía: a. 2) El control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros. 3) Las previstas en la legislación sobre extranjería, refugio y asilo, extradición, expulsión, emigración e inmigración. De acuerdo con la Ley de Seguridad Ciudadana, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, son competentes para la detención del extranjero que se encuentra indocumentado clandestinamente o por estar en situación de estancia irregular en España o por haberse cometido un delito o falta, mientras que la competencia para tramitar el expediente administrativo es de la Oficina de Extranjeros, y Brigadas o Grupos de Extranjería y Documentación y con resolución motivada del Delegado o Subdelegado del Gobierno que acordara la expulsión.

³¹² GARCIA CATALAN, José Manuel. Delincuencia Extranjera e Investigación Policial. Atelier serie mayor. 2003. Pág. 337.

B. LA EXPULSION DE EXTRANJEROS EN LA LEGISLACION ADMINISTRATIVA

1. LA LEY ORGÁNICA 7/1985, DE 1 DE JULIO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.

Desde el momento en que la Constitución española declara que "los extranjeros gozarán en España de las libertades bíblicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley" (art.13.1)³¹³, hay base normativa para sostener que el régimen jurídico de los extranjeros en España es un régimen estatutario tal y como señala sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de mayo de 1995, entendiéndose por tal el que es aplicado a concretos sujetos frente al que rige con carácter general. (STC 115/1987). La Ley de extranjería se rige por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en relación a los otros órdenes, partiendo para ello siempre de la regla general deducible del artículo 1,1 de la Ley jurisdiccional en relación con lo prevenido en el artículo 9,4 de la LOPJ, normas que fijan como ámbito del orden contencioso-administrativo el enjuiciamiento de actos y reglamentos sujetos a Derecho administrativo. Los roces, más teóricos que prácticos, con el orden penal pueden darse respecto del ejercicio por parte de la Administración de su potestad sancionadora tanto en lo relativo a la integración de determinadas conductas a efectos sancionadores en los tipos previstos en los apartados c) y f) del artículo 26.1,³¹⁴ también por razón de la incidencia que tenga la prohibición o autorización del Juez de instrucción al internamiento de un extranjero respecto de la suspensión cautelar del acto

³¹³ CIRCULAR 1/1994, de la Fiscalía General del Estado, "La Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, se promulga en cumplimiento de un mandato constitucional y por la necesidad de una norma básica de carácter general que no existía en nuestro ordenamiento".

³¹⁴ ³¹⁴ CALVO ROJAS, Eduardo, "El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares". Reflexiones sobre la nueva ley de Extranjería. Cuaderno de Derecho Judicial, VIII-2001. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2002, Págs. 176-212.

administrativo o la incidencia que tenga la decisión del Tribunal contencioso-administrativo respecto del extranjero sujeto a causa penal o en los casos de sustitución de pena.³¹⁵ Se produce, en estos casos, la concurrencia de dos órdenes sancionadores, el penal y el administrativo previsto en la Ley Orgánica 7/1985, que atribuye el Juez, con audiencia del Fiscal, la resolución de conflicto. Sobre éstos últimos supuestos, se concentramos a examinar en esta parte de la presente tesis doctoral³¹⁶.

La Ley 7/1985, se elaboró meses antes de la incorporación de España a la UE, Esta Ley estableció unos criterios de entrada en España prácticamente imposibles de alcanzar, los permisos de trabajo y residencia eran de corta duración y casi inexistentes, no se preveía la reagrupación familiar, se recortaban algunos derechos fundamentales y se negaba a veces a los inmigrantes las prestaciones sociales que les correspondían por sus cotizaciones. La persecución policial y el riesgo a ser expulsado del país era una constante en la vida de los inmigrantes. Pero, afortunadamente, los tribunales de justicia, tanto los nacionales (Tribunal Supremo y Constitucional) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ampliaron los derechos de los inmigrantes respecto de los reconocidos legalmente, ya que las masivas expulsiones realizadas no tenían los resultados pretendidos, pues el volumen de flujos de inmigrantes no se veía reducido, y la solución que tomaba el Gobierno ante este hecho eran las regularizaciones extraordinarias, que son la más visible prueba del fracaso de esta regulación. Tras el reconocimiento de que esta Ley no se ajustaba a los criterios establecidos en

³¹⁵ REQUERO IBAÑEZ, José Luis. Extranjería y Refugio: Practica Contencioso-Administrativa. La Ley-Actualidad. Madrid 1997. Págs. 26, 183 y 184.

³¹⁶ MARTÍNEZ PARDO, Vicente, Detención e Internamiento de Extranjeros. Thomson Aranzadi. Navarra, Marzo, 2006. Págs. 35 y ss.

el marco comunitario, y además no conseguía los fines pretendidos, ya que España se había convertido en tierra de inmigrantes, y eso, no iba a cambiar con una Ley de extranjería tan restrictiva, se decidió hacer una reforma de la misma. De este modo surge la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social³¹⁷.

La Disposición derogatoria de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España derogó las anteriores Leyes de 118/1969, de 30 de diciembre, y la Ley 58/1980, de 15 de noviembre. El mandato constitucional (art.13), según prescribía el Preámbulo de la citada Ley 7/1985, era "la razón primera por la que se hace necesaria una regulación que concrete su alcance, a lo que responde la presente Ley Orgánica. El Ordenamiento Jurídico ha carecido, desde el Real Decreto de 17 de Noviembre de 1852, de una norma que, con pretensión de generalidad, recoja, formule y sintetice los principios que deban informar la situación de extranjería, en si misma y en sus aspectos mas importantes, y que evite la proliferación de disposiciones de distinto rango, que hasta ahora han venido regulando esta materia"³¹⁸.

La Ley Orgánica 7/1985, diferenciaba con absoluta claridad las situaciones de legalidad de las de ilegalidad respetando los derechos y las garantías de los extranjeros que se hallaban legalmente en España, al igual como el artículo 89.1 del Código Penal que excluye de su ámbito de aplicación aquellos extranjeros residentes legalmente en España. Sin embargo la expresión empleada de "residencia" del extranjero en términos "no legal" en España, no es adecuadamente

³¹⁷ VILLENNA RODRÍGUEZ, María; Demografía, mercado de trabajo y política de inmigración, accesible en eumed.net/cursecon/librería. María 2004, Pág. 50.

³¹⁸ ALONSO OLEA, Manuel y Otros. Legislación sobre extranjeros. Editorial Civitas 1ª Edición. Madrid 1994. Pág. 153.

apropiada, aunque, tanto la derogada Ley como el artículo 89.1 adoptan las medidas necesarias para impedir la permanencia irregular del extranjero en España, cualquiera que sea su calificativa lingüística. Según establecía el Preámbulo de la Ley Orgánica 7/1985, "La residencia debe ser independiente de la estancia, a fin de que ésta no se configure, necesariamente, como un paso previo y no se acepte, por tanto, como hecho consumado la presencia de los extranjeros en nuestro país como medio para acceder a la condición de residentes". Por otra parte, el concepto de "extranjero no reside legalmente en España" según SERRANO BUTRAGUEÑO,³¹⁹ "es un concepto jurídico, que de acuerdo con la llamada Ley de Extranjería (L.O. 7/1985, 1 Jul.), se produce cuando una persona de otra nacionalidad se encuentra en nuestro país sin cumplir alguno de los siguientes requisitos, muy bien sintetizados por SANCHEZ YLLERA³²⁰: "Que exista sobre ella prohibición de entrada; que no posea la documentación necesaria; que no disponga de los medios económicos necesarios para subsistir, o que no hubiera entrado a España por el lugar destinado al efecto".

La cita Ley Orgánica 7/1985, distinguía dos causas de expulsión de extranjeros del territorio nacional: gubernativa y judicial. Por otra parte, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, contempla también otro supuesto de expulsión en caso de declaración de estados de excepción y de sitio. (art. 23)³²¹, según prescribía en el su Preámbulo, esta Ley concedía "un tratamiento preferencial en favor de los iberoamericanos, portugueses,

³¹⁹ SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. Código Penal de 1995, (Comentarios y Jurisprudencia). Comares. Granada, 1999. Pág. 751.

³²⁰ V. SANCHEZ YLLERA, Ignacio. [TOMAS S. VIVES ANTON (Coord.)] Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I. Tirant lo blanch. Valencia. 1996. Págs. 508 al 510.

³²¹ ALONSO PEREZ, Francisco. Régimen Jurídico del extranjero en España. DYKINSON 1997. Pág. 243

filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, sefardíes y de los originarios de la ciudad de Gibraltar, por darse en ellos los supuestos de identidad o afinidad cultural, que les hacen acreedores a esta consideración". Pero tal tratamiento preferencial desapareció en la vigente Ley de Extranjería. Finalmente, conviene recordar que la Ley que examinamos estaba vigente en la fecha que entró en vigor el Código Penal de 1995, hasta que fue sustituida por la actual Ley Orgánica 4/2000, del 4 de febrero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

En esta Tesis doctoral, nos centramos únicamente en los artículos 21.2 y 26.1³²², a los efectos de la expulsión como

³²² El artículo 21.2 Cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro Ordenamiento Jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si esta incurso en alguno de los supuestos del artículo 26.1. Si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el juez o tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquel, su expulsión del territorio nacional como substitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta.

Art. 26.1 Los extranjeros podrán ser expulsados de España, por resolución del director de la seguridad del estado, cuando incurran en alguno de los supuestos siguientes:

a. Encontrarse ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido la prorroga de estancia o, en su caso, de permiso de residencia, cuando fueren exigibles.

b. No haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuente con permiso de residencia valido.

c. Estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países.

d. Haber sido condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados.

e. Incurrir en demora u ocultación dolosas o falsedad grave en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior, las circunstancias relativas a su situación, de acuerdo con el artículo 14.

f. Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales.

2. Declarado inconstitucional por STC 115/1987, de 7 de julio.

procedencia inmediatamente anterior a la entrada en vigor del artículo 89 del vigente Código Penal, dado su carácter penal lo que nos interesa de esta Ley.

Son distintas las opiniones de la mayoría de Autores sobre la procedencia histórica inmediatamente anterior a la entrada en vigor del artículo 89 del Código Penal de 1995³²³, Pues, una mayor parte³²⁴ se considera que las únicas referencias que regulaba la expulsión del extranjero en la legislación Jurídico-penal, la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social y la derogada Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. Algunos, se consideran que el artículo 89 del Código Penal viene a ampliar de forma importante el ámbito objetivo de la regulación anterior de la comentada Ley de Extranjería 7/1985³²⁵. Otros³²⁶, se refieren

3. En los supuestos de extranjeros sometidos a expedientes de expulsión, en trámite de instrucción o de ejecución, a los cuales se hayan instruido diligencias por la comisión de delitos cometidos con posterioridad a la incoación de dichos expedientes, el juez acordara lo que proceda sobre su situación personal, conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si se acordara la libertad provisional del extranjero, el Juez o Tribunal podrá autorizar su expulsión, cuando se trate de delitos menos graves, atendiendo a las circunstancias del caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 de esta Ley.

³²³ PERIS RIERA, Jaime/Madrid CONESA. Comentarios al Código Penal (dirigidos por MANUEL COBO DEL ROSAL) Tomo III EDERSA 2000. p. 1203. Se ha manifestado que, "la denominada Ley de extranjería (7/1985) conocía esta variedad de sustitución para las penas impuestas en medida igual o inferior a la vieja prisión menor (con el consiguiente límite de los seis años), que la podía aplicar a todos los extranjeros".

³²⁴ Entre ellos, MARELLI CAFFARENA, Borja. El proyecto del Código Penal de 1994. Tomo I. Curso UIMP Valencia, Pág. 40., FLORES MENDOZA, Fátima. INMIGRACION Y DERECHO PENAL (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. 1995. Pág. 98.

³²⁵ SANCHEZ YLLERA, Ignacio/ VIVES ANTON, Tomas S. (Coord.) Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I. Tirant lo blanch. Valencia. 1996. Pág. 504. En el mismo sentido: PRATS CANUT, Josep Miquel. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir).FERMIN MORALES PRATS (cood)], 2ª Edición. Aranzadi 2001. Pág. 496 y ss. Idéntico sentido: PRATS CANUT/TAMART SUMALLA. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir).FERMIN MORALES PRATS (cood)], 3ª Edición. THOMSON Aranzadi 2004. Pág. 520. En el mismo sentido, PERIS RIERA, Jaime /Madrid CONESA. Comentarios al Código Penal (dirigidos por COBO DEL ROSAL, Manuel) Tomo III EDERSA 2000. Págs. 1203 y 1207. También, CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. (dira) Posición del extranjero en el proceso contencioso-

sólo a la Ley de Extranjería 7/1985 como referencia, y una grande parte se refieren juntamente a los Proyectos anteriores del Código Penal y a la Ley de Extranjería 7/1985³²⁷.

Según MELIÁ/MARAVÉR GÓMEZ,³²⁸ el primer antecedente relevante para la actual institución de la expulsión de ciudadanos extranjeros en Derecho penal español está en una norma ubicada fuera del Código penal, el artículo 21.2 párrafo

administrativo. Pág. 330. Cuaderno de Derecho Judicial XXIII- 2005. Consejo General del Poder Judicial. Las normas contenidas hoy en el artículo 57.7 LOEx,... resulta similar a la comprendida en el art. 21.2 de la derogada Ley Orgánica 7/1985. MELIÁ, CANCIO/MARAVÉR GÓMEZ, EL DERECHO PENAL ESPAÑOL ANTE LA INMIGRACIÓN: Un estudio Político-criminal. Revista CENIPEC. 25.2006. enero-diciembre. ISSN: 0798-9202. Pág. 82.

³²⁶ LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio. Comentarios al Código Penal. [GONZALEZ RODRIGUEZ MOURULLO (Director) y AGUSTIN JORGE BARREIRO (Coord.)] CIVITAS, S.A. Primera edición 1997. Págs. 290 y ss.

³²⁷ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis {CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido [Director]}. Código penal. Doctrina y jurisprudencia. Trivium SA. Primera Edición. Febrero 1997. Madrid Págs. 1288 y ss. Y FLORES MENDOZA, Fátima. INMIGRACION Y DERECHO PENAL (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord). Tirant lo blanch. Valencia 2002. 1995, Pág. 98. Plantea como antecedentes jurídicos de la expulsión jurídico-penal: La Ley 16/1970 de 4 de agosto, la Ley 7/1985, el Proyecto del Código Penal de 1994 y los anteriores, de 1980 102/1992.

³²⁸ CANCIO MELIÁ, Manual/MARAVÉR GÓMEZ, Mario, EL DERECHO PENAL ESPAÑOL ANTE LA INMIGRACIÓN: UN ESTUDIO POLÍTICO-CRIMINAL. REVISTA CENIPEC.25.2006. enero-diciembre. ISSN: 0798-9202. Pág. 82. El primer párrafo del art. 21.1 LOEx 1985 contemplaba una medida de sustitución del proceso penal: "Cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si está incurso en alguno de los supuestos del artículo 26.1."; esta posibilidad subsiste en el momento actual en el art. 57.7 LOEx 4/2000, reformado por LO 8/2000: "7. Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida del territorio español, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si ésta resultara procedente de conformidad con lo previsto en los párrafos anteriores del presente artículo, previa sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador. No serán de aplicación las previsiones contenidas en el párrafo anterior cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código penal. En el supuesto de que se trate de extranjeros no residentes legalmente en España y que fueren condenados por sentencia firme, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal. 8. Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518 del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad."

2º de la primera Ley de Extranjería (L.O. 7/1985), que estableció la siguiente regulación para la expulsión como sustitutivo de la pena "Si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta". La expulsión de extranjeros fue incorporada, en un segundo paso, al articulado del Código Penal de 1995 en el artículo 89, con una regulación materialmente más amplia³²⁹, con la excepción de que la regulación se limitó a partir de entonces a los extranjeros sin residencia legal.

La Ley Orgánica 7/1985, fue la primera Ley que reguló formalmente los derechos y libertades de los extranjeros en España que fue desarrollada reglamentariamente, en un principio, por el RD 1119/1986, de 26 de mayo, y, luego, por el RD 155/1996, de 2 de febrero, así como por el RD 766/1992, de 26 de junio, sobre la entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas, rectificado posteriormente por los Reales Decretos 737/1995, de 5 de mayo y 1710/1997, de 14 de noviembre. Hasta aquel momento no había ninguna norma específica y sistemáticamente que regula los derechos de los extranjeros; solo existían normas reglamentarias relativas al régimen de entrada, permanencia, trabajo y salida de los extranjeros del

³²⁹ Téngase en cuenta que, a pesar de que la pena a la que se remite el art. 21.2 LOEx 1985 -prisión menor podía alcanzar hasta los seis años de reclusión, la regulación de la LOEx 1985 se refería a la pena en abstracto y ello dentro del sistema de penas del Código TR 1973, cuyas penas nominales diferían -en virtud de la aplicación de determinados beneficios penitenciarios, como es sabido- notablemente de las actuales en cuanto a su efectiva ejecución.

territorio nacional³³⁰. También, la denominada Ley de extranjería conocía esta variedad de sustitución para las penas impuestas en medida igual o inferior a la vieja prisión menor (con el consiguiente límite de los seis años), que la podía aplicar a todos los extranjeros.³³¹

Durante el periodo de quince años, hasta la publicación de la Ley Orgánica 4/2000, la L.O. 7/1985, regulaba la expulsión decretada por la autoridad gubernativa contra el extranjero y determinaba los supuestos de carácter penal en los que podían acordarse por la autoridad judicial³³². Conforme con lo establecía en el párrafo 2.º del art. 21 de la citada Ley Orgánica, por resolución del Director de la Seguridad del Estado, podrá expulsar al extranjero cuando incurra en alguno de los supuestos señalados en el art. 26.1,d), en el caso del extranjero que haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en España delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados. Si el extranjero fuese condenado por delito menos grave en sentencia firme, el Juez o Tribunal, previa audiencia del Fiscal, podrá acordar la expulsión del extranjero como medida sustitutiva de la condena impuesta al extranjero, en consecuencia, la acción penal queda en suspenso. Mientras que el art. 26.1, 3 de la misma Ley preveía que el Juez podrá autorizar la expulsión cuando al tiempo de incoarse el procedimiento penal contra el extranjero y éste se encuentre

³³⁰ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. Artículo nº 13 publicado en la Revista Sinopsis en diciembre 2003.

³³¹ PERIS RIERA, Jaime/Madrid CONESA. Comentarios al Código Penal (dirigidos por MANUEL COBO DEL ROSAL) Tomo III EDERSA 2000. Pág. 1203.

³³² V. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valencia, (S.685 de 13/6/1998), Sala de lo Contencioso administrativo. Sec. 2ª, R. 909/96, así como, ante la Sec. 2ª. Sentencia nº 207/01 de 28 de febrero de 2001. R. 2768/98. del Juzgado de Instrucción nº 2 de Sagunto (Auto 12/8/1999). Actuaciones realizadas por el doctorado con resultado favorable.

sometido a expediente de expulsión en trámite de instrucción o de ejecución, en ambos casos la expulsión del extranjero por vía gubernativa precisa previamente la autorización judicial, salvo, la expulsión de carácter preferente, que dejamos de lado. En cambio, el artículo 89 del Código Penal ha venido a establecer la sustitución de la pena privativa de libertad inferior a seis años por la medida de expulsión antes de su cumplimiento, ni exige que el extranjero fuera condenado fuera de España para sustituir la condena.

La ley 7/1985, previa distintos supuestos en los que se requiere la intervención del Juez penal para proceder a la expulsión de extranjeros. Pero conviene advertir que la utilización de la expresión "Juez penal" no se hace en el sentido de "juez de lo penal", sino como sinónimo de la autoridad judicial competente del orden penal, cualquiera que sea, para autorizar o no la expulsión del extranjero del territorio nacional.

Los supuestos eran variados, tenían un distinto alcance y contenido y responden a finalidades diversas, como son: a) La autorización judicial para la salida voluntaria. El artículo 21.2 de la citada norma establecía la necesaria intervención del Juez penal que está conociendo de un procedimiento por delito menos grave contra un extranjero, para autorizar su salida voluntaria del territorio nacional. b) La expulsión judicial sustitutiva de la condena. En el artículo 21.2 párrafo segundo de la Ley se previa que el Juez o Tribunal puedan acordar la expulsión del territorio nacional, en sustitución de la pena impuesta, cuando el extranjero fuere condenado por delito menos grave y la sentencia sea firme. c) La llamada "autorización judicial de expulsión en sustitución del procedimiento". Tal autorización operaba como requisito previo a la expulsión del extranjero encartado en un

procedimiento por delitos menos graves. Este último supuesto según señala CÓRDOBA CASTROVERDE³³³, ha generado, no sólo problemas procesales, sino también cierta confusión en torno al alcance, contenido y efectos de dicha autorización judicial de expulsión que plantea importantes problemas.

El Tribunal Constitucional (STC 1ª 94/1993, de 22 Marzo, y STC 1ª A 3 Oct. 1997. R. 3019/1997), establece que "los extranjeros carecen del derecho a residir en España, salvo lo que establezcan los tratados y la ley, por lo que es lícito subordinar su derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones³³⁴. En consecuencia no infringe el precepto constitucional el ap. d) art. 26.1 LO 7/1985, que permite la expulsión de todo extranjero que hubiera sido condenado, «dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a 1 año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados», ni su ap. f), que la autoriza por «carecer de medios lícitos de vida". A juicio de GARCIA CATALAN³³⁵, la expulsión -en este caso- necesita una serie de condiciones o requisitos que se examinarán en la parte correspondiente a la vigente Ley de Extranjería 4/2000.

La Ley Orgánica 7/1985 al igual como la vigente Ley Orgánica 4/2000, permitía -previa autorización judicial- la sustitución del procedimiento penal por la expulsión del extranjero, sea residente o no legalmente en España, la

³³³ CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego, Consideraciones sobre la autorización judicial de expulsión como sustitutiva del proceso penal. Tribunales de justicia. Revista mensual de jurisprudencia, doctrina y práctica procesales. LA LEY-ACTUALIDAD, N° 4, abril 1998. Pág. 397.

³³⁴ MAGRO SERVET, Vicente. El problema del sometimiento al art. 98 LOPJ. Referencia recogida de la Web [http:// atún. La ley. net.](http://atún.laley.net) 2005.

³³⁵ GARCIA CATALAN, José Manuel. Delincuencia Extranjera e Investigación Policial. Atelier serie mayor. 2003. Pág. 343.

Fiscalía General del Estado³³⁶, ha venido a concretar los requisitos necesarios de los supuestos que permitía la expulsión antes de dictar sentencia, que: El extranjero ha de hallarse «encartado» en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados con pena igual o inferior a prisión menor, precepto relacionado con las disposiciones de la LO 7/1988, de 28 de diciembre, si las actuaciones se encontraran ya a disposición del Juez de lo Penal, único competente para conocer de los delitos castigados con penas menos graves, (artículo 792.1 LECrim) éste será el competente y en los demás casos, anteriores a ese momento procesal, lo será el de Instrucción. Cuando no medie expediente gubernativo previo de expulsión. Que el extranjero se encuentre imputado en un proceso penal por delito menos grave. Queda pues, condicionada la adopción de la medida de expulsión al acto formal del «encartamiento», no previsto de forma expresa en la Ley Orgánica 7/1988, en cuyo ámbito debe resolverse la expulsión. Si no pudiera determinarse la naturaleza del delito en el trámite de imputación contemplado en el art.789.4 de la LECrim. deberá agilizarse la tramitación de las diligencias, y en el momento que sea posible la determinación del delito y en todo caso en el escrito de acusación se solicitará la autorización de la medida de expulsión, salvo que concurran circunstancias singulares que lo desaconsejen. También en este supuesto el Juez competente para autorizar la expulsión es el de Instrucción, pues ante él se formulan los escritos de acusación (art.790.1. LECrim).³³⁷

La Ley Orgánica 7/1985 (ahora L.O. 4/2000) condicionaba la visibilidad de la solicitud de expulsión al encartamiento por delito menos grave, un vez que el extranjero haya adquirido la condición de imputado, ya puede resolverse sobre la petición

³³⁶ CONSULTAS 5/1987 y 2/1990 de la Fiscalía General del Estado.

³³⁷ CIRCULAR 15-2-1994, Núm. 1/1994 de la Fiscalía General del Estado.

de expulsión en el mismas Diligencias Previas. Para GARCIA CATALAN³³⁸, el termino "encartado" ha sido sustituido por el de "procesado" o inculpado, de modo que queda absolutamente reforzada la idea de que sólo puede expulsar al extranjero contra quien existe imputación de responsabilidad referenciada en un procedimiento judicial ya abierto o iniciado, ya se trata de un asunto tramitado por el procedimiento ordinario, donde el procesamiento supone una declaración formal por la cual el órgano jurisdiccional atribuye o imputa provisionalmente a una persona la comisión de una conducta presuntamente delictiva, ya de uno tramitado de conformidad con el procedimiento abreviado.

La anterior redacción del artículo 89.1 del Código Penal, exigía la previa audiencia del penado *«En ambos casos será necesario oír previamente al penado»*, y, sólo, permitía al Juez sustituir las condenas por delitos menos graves por la expulsión del territorio nacional, derogando el contenido del art. 21.2.párrafo 2º de la L.O. 7/1985³³⁹, el cual disponía que *«si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, **previa audiencia de aquél**, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueran aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta»*.

³³⁸ GARCIA CATALAN, José Manuel. Delincuencia Extranjera e Investigación Policial. Atelier serie mayor 2003. Pág. 347.

³³⁹ SANCHEZ YLLERA, Ignacio. VIVES ANTON, Tomas S. (Coord.) Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I. Tirant lo blanch. Valencia. 1996. Pág. 504.

Según razona LLORCA ORTEGA³⁴⁰ el término "penado" utilizado por el legislador "parece dar que dicha audiencia habrá de celebrarse con posterioridad a la sentencia condenatoria y a la fecha de su firmeza, ya que, hasta ese instante no se puede hablar propiamente de "penado, y así lo confirma (entonces) el art. 21.2, párrafo 2º de la Ley y el art. 106.2 del Reglamento (si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme). LLORCA ORTEGA, sin embargo, señala, que POZA CISCENTEROS, "no considera momento adecuado para ello el trámite final de la vista oral, esto es del derecho del acusado a decir la última palabra, estima que podrá habilitarse un trámite específico al concluir el juicio, al objeto de recoger en sentencia la sustitución, todo ello se entiende, como es lógico, para el supuesto de inciso primero del art. 89.1.

En mi opinión, el artículo 21.2.2 de la Ley Orgánica 7/1985, conservaba las garantías procesales del extranjero encartado o procesado en un procedimiento penal conforme a lo establecido en la Constitución y las leyes, (art.29.1 L.O.7/1985), y respetaba, en cualquier caso, la audiencia del extranjero enjuiciado en la forma que preveía el artículo 31.2, del mismo texto legal, actualmente, en cambio, según establece el artículo 89.1 del Código Penal, ya no es necesario oír previamente al penado por la modificación dada por la Ley Orgánica 11/2003. El artículo 89, en comparación con el artículo 21 y 26 de la anterior L.O. 7/1985, ha venido a ampliar la posibilidad de sustituir la pena de hasta seis años de privación de libertad por la expulsión, omitir la audiencia del penado y la exigencia de la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar con la

³⁴⁰ LLORCA ORTEGA, José. Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995. 5º Edición. Tirant lo blanch. Valencia 1999. Págs. 281 y ss.

limitación de su aplicación a los extranjeros no residentes legalmente en España. Sobre el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, el Tribunal Constitucional ha pronunciado al respecto (STC 242/1994, de 20 de julio), la cual señala que "no procede la expulsión de extranjero en sustitución de condena por delito menos grave, otorgando el amparo solicitado y anulando la medida de de expulsión del territorio nacional al haber existido vulneración de los artículos 19 y 24.1 CE, puesto que únicamente se concedió al extranjero la audiencia del artículo 739 de la LECrm. dirigida defenderse del hecho punible, pero no la audiencia del artículo 21.1 de la Ley Orgánica 7/1985, que habría tenido lugar con posterioridad a la sentencia y cuyo objeto habría sido la de valorar los perjuicios e inconveniente de la medida de expulsión como sustitutiva de la pena privativa de libertad" ³⁴¹.

La expulsión recogida de la L.O 7/1985 era potestativa tanto para la administración como para los Jueces o Tribunales tal como se desprende de la previsión contenida en los artículos 21 y 26 de la citada Ley al emplear el verbo "podrán", (el Juez podrá autorizar...,³⁴² el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como medida sustitutiva de las penas que le fueren aplicables al extranjero). La redacción originaria del artículo 89 Código Penal, ha venido a conservar el mismo término potestativo a los Jueces o Tribunales para que las penas privativas de la libertad "podrán" ser sustituidas por la expulsión del extranjero del territorio nacional hasta la entrada en vigor la L.O.11/2003 que modificó la sustitución de las penas de forma obligatoria.

³⁴¹ PEREZ FRANCISCO, Alonso. Régimen Jurídico del extranjero en España. margen 1. DYKINSON 1997. Pág. 243

³⁴² V. la Redacción originaria del artículo 89 del Código Penal, la facultad otorgada al juez y la audiencia previa del extranjero para adoptar la sustitución del procedimiento por la expulsión del territorio nacional era similar a la redacción originaria del artículo 89 del Penal.

La expulsión judicial del extranjero procedía conforme a la anterior Ley de Extranjería, si el extranjero fuese incurso en alguno de los supuestos señalados en el apartado 2º del artículo 21, cuyo tenor literal establecía que: "Cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si está incurso en alguno de los supuestos del artículo 26.1. Si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta".

Asimismo, el artículo 26. 1, apartado d) disponía que, "Los extranjeros podrán ser expulsados de España, por resolución del Director de la Seguridad del Estado, cuando incurran en alguno de los supuestos siguientes: "Haber sido condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados". "En los supuestos de extranjeros sometidos a expedientes de expulsión, en trámite de instrucción o de ejecución, a los cuales se hayan instruido diligencias por la comisión de delitos cometidos con posterioridad a la incoación de dichos

expedientes, el Juez acordará lo que proceda sobre su situación personal, conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si se acordara la libertad provisional del extranjero, el Juez o Tribunal podrá autorizar su expulsión, cuando se trate de delitos menos graves, atendiendo a las circunstancias del caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 de esta Ley".(art.26.3)³⁴³.

BAEZA AVALLONE,³⁴⁴ se ha manifestado que, la Jurisprudencia, en ocasiones, crea Derecho, y para ello -se entienda-, nada mejor, que acudir a la propia Jurisprudencia. Se expone diversos grupos de resoluciones judiciales, que permite apreciar lo que se afirma, uno de ellos, versará sobre el delito continuado, como demostración de la creación "ex novo" de genero de sustratos típicos, por parte de la Jurisprudencia, sin respaldo alguno de tipo legal, hasta que en 1983, el legislador introdujo, en el Derecho escrito, la figura del delito continuado.

En mi opinión, puede afirmarse que, antes de la figura del artículo 89 del Código Penal de 1995, la Jurisprudencia penal, ha tenido escasa atención respecto a la sustitución de las penas por la expulsión del extranjero del territorio nacional durante la vigencia de las normas que establecía la LO.7/1985, al atender que, según la declarado el Tribunal Supremo, "*el marco penal abstracto del delito por el que ha sido condenado*" entre otras ATS del 2/11/1993, por lo que no ha sido posible encontrar resoluciones judiciales que pueden servir de jurisprudencia al destinatario del Derecho penal sobre la expulsión establecida entonces en la ley de extranjería. A

³⁴³ En este sentido; ESTRADA CARRILLO, Vicente, Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de Extranjería. Trivium, 2ª Edición, abril 1993. Págs, 266 y ss.

³⁴⁴ BAEZA AVALLONE, Vicente. La jurisprudencia como fuente del derecho Penal. Anales del Centro de Alzira de la UNED, 1992. Pág. 6

partir del año 1995 es cuando el legislador introdujo en el Código Penal la figura de la sustitución de las penas por la expulsión del extranjero del territorio español, pues, a mi entender, la regulación más inmediata sobre la expulsión de extranjeros sistematizaba en la Ley de Extranjería 7/1985 fue creadora o fuente del Derecho penal, como veremos a continuación:

El artículo 21.2 de la citada L.O. 7/1985 establecía la posibilidad de sustituir el proceso penal por la expulsión del extranjero que se contemplaba paralelamente como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad, también contemplaba la expulsión del extranjero cuando fuere condenado en virtud de sentencia firme por delito menos grave. Tras la reforma del artículo 14 de la LECrim. por la LO.7/1988, de 28 de diciembre. Se trataba de doble competencia: la primera era lo contencioso-administrativo, al revisarse las resoluciones gubernativas de expulsión de un extranjero por los Tribunales en marco de las normas establecidas en la Ley 62/1978³⁴⁵. La segunda era el orden jurisdiccional penal, cuando a un extranjero se le imputa por un delito de los llamados menos graves, puede estar incurso, a la vez, en una causa de expulsión. Se produce, en estos casos, la concurrencia de dos órdenes sancionadores, el penal y el administrativo previsto en la LO. 7/1985, que habilitaba al Juez, con audiencia del Ministerio Fiscal, resolver sobre la sustitución del proceso penal por la expulsión del extranjero infractor cuando se encuentra encartado por en un proceso penal o el seguimiento del proceso hasta sentencia.

Igualmente, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2.º del citado artículo 21.2, si el extranjero fuese condenado por

³⁴⁵ APRAIZ MORENO, Fernando, Derecho de Extranjería, Tomo II. J.M BOSCH Editorial. Barcelona 1998. Págs. 822 y ss.

delito menos grave en sentencia firme, el Ministerio Fiscal puede solicitar su expulsión como medida sustitutiva de la condena impuesta, salvo que la excepcionalidad de las circunstancias concurrentes sugieran lo contrario.

En los supuestos de expulsión regulados en derogados artículos 21,2 párrafo primero y 26.3 de la Ley, el informe del Fiscal era preceptivo y previo a la autorización judicial para la expulsión gubernativa del extranjero, pero estos supuestos debían relacionarse, para su correcta interpretación, con el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y los artículos 24 y 124 de la Constitución. En cuanto al artículo 21.1, no existía previamente un expediente administrativo de expulsión, por una infracción previa e independiente del hecho condenado, sino que, la expulsión, se plantea, como pena alternativa, a instancia del Ministerio Fiscal, bien en su calificación o Escrito de Acusación, bien posteriormente, a resultas del contenido normativo y de firmeza de la sentencia penal. El momento procesal en que debía adoptarse la autorización para la expulsión del extranjero debía ser antes de la sentencia³⁴⁶, ya que el precepto (arts. 21.2 y 26.3) debía relacionarse con las disposiciones de la LO 7/1988 de 28 de diciembre, que introdujo el procedimiento Abreviado conforme con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al tratarse de un procedimiento por delito menos grave³⁴⁷.

Cabe destacar, por encima de cualquier otra resolución, la sentencia del Tribunal Constitucional (STC 115/1987, de 7 de julio), dictada en relación con la inconstitucionalidad de

³⁴⁶ En este sentido, FLORES MENDOZA, Fátima. INMIGRACION Y DERECHO PENAL (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. 1995. Pág. 114.

³⁴⁷ APRAIZ MORENO, Fernando. Derecho de extranjería. Tomo II. J.M.BOSCH Editor. Barcelona 1998. Págs. 868 al 880.

determinados artículos de la Ley Orgánica 7/1985. El Tribunal Constitucional declarando la inconstitucionalidad y, por tanto, la nulidad, de la obligación de solicitar autorización administrativa para el ejercicio de reunión por los extranjeros (art.7), de la posibilidad de suspensión gubernativa de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros (art.8.2) y de la exclusión de la posibilidad de suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros (art.34). Además, el Tribunal Constitucional estableció la interpretación conforme a la Constitución del artículo 26.2 relativo a la detención preventiva y cautelar en espera de la sustanciación del expediente de expulsión³⁴⁸.

La Ley de Extranjería de 1985 también recogía la expulsión, pero esta vez como alternativa a la ejecución de las penas establecidas para delitos graves. Ello permitía recurrir a la expulsión del extranjero cuando éste hubiese sido condenado en sentencia firme por un delito menos grave, que se correspondía con todos aquéllos castigos con pena igual o inferior a la prisión menor, lo que actualmente representaría una pena de prisión igual o inferior a los seis años. Asimismo, establecía la expulsión como sanción administrativa para determinadas infracciones establecidas en la Ley, entre las que se encontraba la de que el extranjero hubiese sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituyese en nuestro país delito sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año, o como alternativa al procedimiento por delitos menos graves, en virtud del principio de oportunidad³⁴⁹".

³⁴⁸ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. Artículo 13 publicado en la Revista electrónica Web. Sinopsis. Diciembre 2003.

³⁴⁹ FLORES MENDOZA, Fátima. INMIGRACION Y DERECHO PENAL (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord). Tirant lo blanch. Valencia

Para algunos Autores, existía una disonancia entre el Código Penal y la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España³⁵⁰. Un grupo opina sobrante el contenido del artículo 89 del Código Penal³⁵¹. Mientras que, otros, recogen el contenido del auto dictado por el Tribunal Constitucional de 17 de abril de 1997³⁵², como una dimensión constitucional que justifique la expulsión de extranjeros conforme a la Ley de Extranjería 7/1985, vigente, entonces, a la entrada en vigor del Código Penal (art. 89)³⁵³, a continuación matizamos la opinión de cada uno ellos:

2002. 1995. Págs. 99 y 100. En este sentido PERIS RIERA, Jaime/Madrid CONESA Comentarios al Código Penal. Ob cit. Pág. 1203.

³⁵⁰ LLORCA ORTEGA, José. Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995. 5ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia 1999. Pág. 281.

³⁵¹ Entre ellos: SANCHEZ YLLERA, Ignacio. [VIVES ANTON, Tomas S. (Coord.)] Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I. Tirant lo blanch. Valencia. 1996. Págs. 504 y ss.

³⁵² El Tribunal Constitucional (ATC de 17 de abril de 1997. (Fj. II), ha declarado que el artículo 89.1 del nuevo Código Penal, "ha venido a derogar la disposición contenida en el artículo 21.2.2. de la L.O. 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades del extranjero en España, a cuyo tenor «si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueran aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta». Así se desprende de la previsión contenida en el apartado 2 de la Disposición derogatoria única del Código Penal de 1995 -«quedan también derogadas cuantas normas sean incompatibles con lo dispuesto en este Código»-, toda vez que el art. 89 del nuevo C.P. viene de un lado a ampliar las posibilidades de sustitución de la pena de hasta seis años de privación de libertad impuesta a un extranjero por la medida de expulsión del mismo del territorio nacional, ya que no se exige para ello que se asegure el cumplimiento de las responsabilidades civiles, y de otro lado la restringe, en comparación con el modelo anterior de la L.O. 7/1985, a los extranjeros no residentes legalmente en España".

³⁵³ SANCHEZ MELGAR, Julián. [Coord.] Código Penal. Comentarios y jurisprudencias. 2ª edición. Sepín Editorial Jurídica. Madrid 2006. Pág. 577.

PERIS RIERA/Madrid CONESA³⁵⁴, se han manifestado que el artículo 89 del Código Penal "se ha estructurando un mecanismo que complementa, ampliándose y agravándose, el contenido del artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio. Ley que a estos efectos ve derogado el párrafo segundo de este mismo artículo 21.2, a la vez que perviven su párrafo, el 21.4 y el artículo 26.3", del mismo sentido SANCHEZ YLLERA³⁵⁵, "el artículo 89 deroga lo dispuesto en el artículo 21.2 párrafo 2º de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. Este nuevo precepto, previsto como forma sustitutiva de la pena privativa de libertad, viene a ampliar de forma importante el ámbito objetivo de la regulación anterior ya que ésta sólo permitía al Juez sustituir las condenas por delitos menos graves por la expulsión del territorio nacional previo aseguramiento de las responsabilidades civiles a que hubiera lugar, y con prohibición de regreso a España. Sin embargo, reduce su ámbito subjetivo al equiparar al extranjero que reside legalmente en España con el nacional, y excluirle de la aplicación de este precepto". Para SANCHEZ YLLERA, vigente estaba la LO. 7/1985 a la entrada en vigor del Código de 1995, se mantenía vigente las normas que contenía los artículos 21.2º, párrafo primero y 21.4º, así como el artículo 26.3º de la citada Ley que prevea la sustitución del proceso penal por los delitos menos graves por la expulsión judicial, la posibilidad de que el Ministerio de Justicia e Interior acuerda impedir la salida de un extranjero de España, y la posibilidad de que cometido un delito una vez iniciado un expediente de expulsión, el Juez de Instrucción podría renunciar al proceso acordando la expulsión del extranjero. SANCHEZ YLLERA opina que era innecesario

³⁵⁴ PERIS RIERA, Jaime/Madrid CONESA, Comentarios al Código Penal. Ob cit. Pág. 1203.

³⁵⁵ SANCHEZ YLLERA, Ignacio. [VIVES ANTON, Tomas S. (Coord.)] Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I. Págs. 504 y ss. Tirant lo blanch. Valencia. 1996.

mantener en el Código Penal una regulación como ésta, más propia de la Ley reguladora del "status" de los extranjeros o de la Ley General Penitenciaria",³⁵⁶ el Autor argumentando su criterio, según dice, porque la concordancia con preceptos semejantes de ambas leyes no es fácil, además la derogación que se hace es parcial con lo que la regulación completa no es fácil de conocer al hallarse dispersa por varios preceptos, en ocasiones difícilmente compatible entre sí.³⁵⁷ Otra cuestión se plantea el Autor sobre relacionado con la Ley Orgánica 7/1985 como consecuencia del artículo 13 del mandato constitucional, concluyendo que "era obligado por tanto fijar legalmente (los términos establecidos en el art. 13 CE) en los cuales se produciría la no discriminación.

Por lo que, tratándose de infracciones castigadas con penas menos graves, parece más sencillo utilizar la vía prevista al efecto en la Ley de Extranjería, sin perjuicio de la tutela judicial efectiva y del escrupuloso respecto a los derechos fundamentales que nos merece toda persona³⁵⁸. El artículo 89 del Código Penal "viene a derogar el que regulaba la vía judicial penal de expulsión en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (art.21.1, párrafo 2.º) (ATC 106/1997). Sigue abierta en dicha Ley Orgánica la expulsión administrativa por la condena por delitos dolosos a pena superior a un año de privación de libertad [art.26.d]. Las diferencias de la regulación que comentamos en la derogada son varias: la condena inicialmente sustituible pasa de la correspondiente a

³⁵⁶ Opinión que comparto íntegramente, poniéndome los argumento que sostiene mi opinión en la parte correspondiente de la situación del artículo 89 en Código Penal en evitación de reptación innecesaria.

³⁵⁷ Al contrario de lo que opina FLORES MENDOZA, Fátima. INMIGRACION Y DERECHO PENAL (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. 1995. Pág. 98.

³⁵⁸ SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia). Comares. Granada, 1999. Pág. 752.

un delito menos grave a la inferior a seis años; la sustitución inicial se restringe a los extranjeros no residentes legalmente; ya no se condiciona la suspensión al aseguramiento de la satisfacción de las responsabilidades civiles³⁵⁹. Pese a la falta de mención expresa en la disposición derogatoria única del párrafo 2.º del artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, continúan vigentes, sin embargo, otros preceptos de aquella (así el párrafo primero del artículo 21.2 y el art. 26.3). Según el párrafo primero del artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, "el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida (la del encartado en un procedimiento por delito menos grave), siempre que cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión si está incurso en alguno de los supuesto del artículo 26.1". Conforme al artículo 26.3, la libertad provisional por delito menos grave cometido con posterioridad al expediente de expulsión permite al Juez o Tribunal autorizar ésta. Se trata de posiblemente de evitar el fraude de Ley consistente en retrasar la expulsión mediante la comisión de delitos menores³⁶⁰.

Existe una disonancia entre el Código de 1995, por una parte, y la Ley de Extranjería de 1985 y su Reglamento de 1996, por otra. En efecto, tanto la Ley (artículo 21.2 pf. 2º) como el Reglamento (artículo 106.2) contemplaba la posibilidad de sustituir la pena por la expulsión, pero, a diferencia del Código Penal, no se fijan en la cuantía de la pena impuesta efectivamente al extranjero, sino en la naturaleza del delito objeto de la condena, pues exigen que se trata de delito menos grave, lo que equivale a adoptar el criterio de la pena en

³⁵⁹ LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio. Comentarios al Código Penal. [GONZALEZ RODRIGUEZ MOURULLO (Director) y AGUSTIN JORGE BARREIRO (Coord.)] CIVITAS, S.A. Primera edición 1997. Págs. 290 y 291.

³⁶⁰ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, [CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Director)]. Código penal. Doctrina y jurisprudencia. Trivium SA. Primera Edición. Febrero 1997. Madrid. Pág. 1290.

abstracto. Como, además, el Código Penal de 1995 califica como pena grave la de prisión superior a los tres años, en cuanto a la expulsión, con el artículo 89, es el que ha de prevalecer. Repito, hay que estar a la pena concreta, esto es a la realmente impuesta. En cuanto a la tramitación, la postulación de la expulsión, hay que distinguir según que la pena privativa de libertad no alcance los seis años o alcance o supere esta cifra. En el primer caso, sobre este punto inciden, con normativas encontradas, el Código de 1995 y el Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería, de 2 de febrero de 1996, en efecto, el primero, en su artículo 89, nada dice al respecto, (por el contrario, tratándose de pena igual o superior a seis años de prisión, exige la instancia del Ministerio Fiscal), en tanto que en segundo, en su artículo 106.2, establece que "cuando un extranjero fuese condenado por delito menos grave en sentencia firme, el Ministerio Fiscal solicitará su expulsión. A juicio LLORCA ORTEGA³⁶¹, aun reconociendo que no existe la armonía conveniente entre el Código Penal en vigor y la Ley y el Reglamento de Extranjería, y entiende que, impuesta pena privativa de libertad no superior a seis años, procederá dar cumplimiento al art. 106.2 del Reglamento, pues en su propio texto se hace referencia al art. 21.2 de la Ley, el cual, a su vez, al referirse a los delitos menos graves, hace la siguiente aclaración: "entendiéndose por tales los castigos en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o superior a prisión menor.

Finalmente, el Tribunal Constitucional he tenido la oportunidad de pronunciar favorablemente sobre la constitucionalidad del artículo 26.1.d) de la Ley 7/1985,

³⁶¹ LLORCA ORTEGA. José. Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995. 5ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia 1999. Págs. 281 y ss.

(Auto 2/1992 de 13 de enero (Fj. II.1))³⁶², en cuyo tenor dice que «No ha habido violación de la presunción constitucional de inocencia (art. 24.2), pues es patente que el recurrente no niega la veracidad de los hechos que se le imputaron en el procedimiento administrativo de expulsión, ni aduce en su defensa la falsedad del informe evacuado por la INTERPOL, sino que se limita a alegar la falta de idoneidad de este medio probatorio. Quiere decirse, por tanto, que no se niega la existencia de hasta cinco resoluciones condenatorias por diversos delitos, y en las que se le impusieron penas privativas de libertad por períodos superiores al año, ni tampoco la efectiva presencia de unos antecedentes penales no cancelados; condenas y circunstancias que justifican sin duda, como así lo entendieron los Tribunales ordinarios, la aplicación del motivo de expulsión prevenido en el art. 26.1 d) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, consistente en «haber sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituye en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados».

La potestad sancionadora de la expulsión administrativa ha de estar inspirada en los principios y característicos del Derecho Pena³⁶³, tal y como refleja la Constitución (art. 25, principio de legalidad), y muy reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre muchas, (STS de 8 de junio de 1981), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, exigiendo en

³⁶² LOPEZ, Miguel- MUÑIZ GOÑI. La Nueva Ley de Extranjería 2ª Edición. Editorial COLEX 2001. Pág. 796.

³⁶³ ALONSO PEREZ, Francisco. "Régimen Jurídico del extranjero en España. DYKINSON 1997. Pág. 205. El Capítulo I del Título IX de la Ley 30/1992, regula en los artículos 127 a 132 los principios por los que ha de regirse la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas: legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad y prescripción".

el campo sancionatorio administrativo el cumplimiento de los requisitos constitucionales de la legalidad formal y tipicidad, como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano^{364/365}.

³⁶⁴ ALONSO PEREZ, Francisco. Régimen Jurídico del extranjero en España. DYKINSON 1997. Pág. 205.

³⁶⁵ En el mismo sentido; STS 29 de marzo de 1990.

2. LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL

1. Introducción

Lo que nos interesa analizar en esta Ley, solamente el artículo 57 -al igual como el artículo 21.2 en conexión con el artículo 26 de la derogada Ley Orgánica 7/1985- relacionado a medida de expulsión del extranjero por la vía administrativa por causa penal, como medida sustitutiva del procedimiento penal por la expulsión, y en los casos que el extranjero haya cometido dentro o fuera de España algún delito, cuando el extranjero haya cumplido la condena en España -conforme con los requisitos establecidos en el 2º inciso del artículo 89.1 del Código Penal- en los casos excepcionales que no permitía la sustitución de la pena por la expulsión antes del cumplimiento de la pena y la expulsión del extranjero por haber sido condenado en los delitos señalados en el último apartado núm. 4 del artículo 89 del Código Penal.

2. Los aspectos legales, política de inmigración y la evolución de la Ley 4/2000.

Antes de analizar la expulsión gubernativa por causa penal es conveniente previamente examinar, en síntesis, los aspectos legales, política de inmigración y la evolución de la vigente Ley de extranjería española

La Ley 8/2000 de 22 de diciembre ha cambiado el signo de la política inmigratoria seguida por la anterior Ley 7/1985, estableciendo claras diferencias entre los inmigrantes regulares o irregulares, y el régimen de derechos que a cada grupo se reconocen, y rompiendo la plena equiparación de derechos entre españoles e inmigrantes que reconocía la anterior Ley, que lo hacía sin distinción alguna entre inmigrantes "con" o "sin papeles". Es una Ley que únicamente

se centra en el control de los flujos de inmigrantes³⁶⁶, y en el establecimiento de vías de expulsión de los que se encuentran residiendo ilegalmente en España, cerrando así las posibilidades que la anterior Ley les concedía para regularizar su situación. La última gran reforma realizada en la Ley de extranjería, es la llevada a cabo en 2003, Ley 14/2003 de 20 de noviembre a la que se le añade, por tratar fundamentalmente sobre la expulsión de los inmigrantes ilegales, la Ley Orgánica sobre medidas de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración de los extranjeros, de marzo de 2003. Esta reforma se realiza con los propósitos de control de los flujos de inmigrantes y la integración de los mismos. Destaca en ella, el reforzamiento de los medios sancionadores para luchar contra la inmigración ilegal, y el tráfico de personas, la habilitación del acceso a la información de las Administraciones públicas por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y la habilitación de acceso a la información ofrecida por el Padrón Municipal a favor de la Dirección General de la Policía, una modificación en las condiciones del derecho a la reagrupación familiar y en las posibilidades de regularización individual por la vía de arraigo³⁶⁷. Esta Ley es, una vez más, es reflejo de una política inmigratoria que sólo persigue el control de la entrada de inmigrantes en España, y las restricciones a los mismos, más que la real integración social. Es una Ley que recorta aún más los derechos de los inmigrantes establecidos ilegalmente en España, y que impide casi por completo la posible regularización de los que no han tenido medios para llegar a España regularmente, y han entrado sin haber conseguido previamente el permiso de trabajo necesario para

³⁶⁶ V. GARCÍA ESPAÑA, Elisa; INMIGRACION Y DERECHO PENAL, (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Págs. 15 y ss.

³⁶⁷ V. MARTÍNEZ PARDO, Vicente, Detención e Internamiento de Extranjeros. Thomson Aranzadi. Navarra, Marzo, 2006. Págs. 105 y ss.

acceder dignamente al mercado de trabajo español y conseguir así una plena integración social.

También existen algunos cambios en lo referente a las medidas de expulsión, devolución y retorno contenidos en la Ley Orgánica sobre medidas de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración de los extranjeros, de marzo de 2003. Estas reformas también están destinadas fundamentalmente a evitar la inmigración ilegal, y además, al leer el preámbulo de dicha Ley, parece que identifica inmigrante con futuro delincuente. Entre ellas podemos destacar la imposibilidad de solicitar la residencia legal por parte de un persona que tiene iniciada una orden de expulsión (cuando antes esto ocurría sólo en el caso de tener ya resuelta esa orden de expulsión), ya que se la inadmitirán a trámite (esto además va en contra de la presunción de inocencia, ya que la orden de expulsión no está aún resuelta); tampoco tiene derecho a solicitar la autorización de trabajo y residencia cualquier extranjero condenado a una pena privativa de libertad, sea cual fuere dicha pena. Por otro lado está la facultad que tiene el Juez de sustituir cualquier pena no superior a 6 años, sea una pena por un delito grave o leve, por la expulsión (así, un extranjero en un proceso penal, está prácticamente destinado en cualquier caso a la expulsión del país, en vez de ser esta posibilidad algo extraordinario, se ha convertido en la regla general, imposibilitando así la reinserción de ese extranjero), de este modo se trata por igual al que ha cometido un delito como puede ser un robo con intimidación, que al que ha cometido solamente una injuria a una persona; en el caso de personas que no han delinquido, pero que sí han sido detenidas por encontrarse residiendo de manera irregular en España, se establece la orden de devolución a su país, y como habitualmente no hay posibilidad inmediata de viajar al mismo, en el periodo de tiempo

transcurrido hasta poder salir del país, se le encierra en un centro de internamiento, en el que se la trata como a un delincuente, ya que las condiciones de estos centros son prácticamente como las de las cárceles³⁶⁸.

Estas son, entre otras, las formas que tiene la actual Ley de integrar a los inmigrantes en España. Es una Ley únicamente de represión y control de los inmigrantes ilegales, no de integración de los extranjeros, como dice su título. En esta Ley es en la que se apoya la L.O. 14/2003 para la consecución del objetivo de la rápida disminución del sector de población de inmigrantes irregulares que existe en España³⁶⁹.

Como norma general, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, contiene dos formas para llevar a cabo la expulsión del extranjero del territorio español, la primera es de carácter administrativo sancionador³⁷⁰, como consecuencia de determinadas infracciones administrativas cometidas por el extranjero³⁷¹, que dejamos de lado por ser ajena de esta Tesis doctoral, la otra forma es de carácter penal, es cuando el extranjero hubiese sido condenado en sentencia firme o procesado en un procedimiento penal como se examinará a continuación. El legislador otorgó amplia facultad a la citada Ley para llevar a efecto la expulsión en diversos supuestos de

³⁶⁸ En este sentido; MARTÍNEZ PARDO, Vicente, *Detención e Internamiento de Extranjeros*. Thomson Aranzadi. Navarra, Marzo, 2006. Págs. 62 y ss.

³⁶⁹ VILLENNA RODRÍGUEZ, María; *Demografía, mercado de trabajo y política de inmigración*, accesible en eumed.net/cursecon/librería. María 2004, Págs. 51-55.

³⁷⁰ V. APARIICO WILHELMI, Marco; *La última reforma de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 14/2003): un análisis crítico a la luz de su falta de eficacia y de eficiencia*. Revista de derecho migratorio y extranjería, ISSN 1695-3509, N.º. 6, 2004, Lex nova. Págs. 31-54.

³⁷¹ MELÓN MUÑOZ, Alfonso. *La expulsión del territorio nacional en el ámbito de la extranjería*. Extranjería, Manuales de formación continuada, Consejo General del Poder Judicial, n.º 39. Madrid 2007. Págs. 75-118.

carácter penal, y se extiende además, no solo al extranjero no residente legalmente en España, sino también, aquellos extranjeros legalmente residen en España. La diferencia entre la expulsión gubernativa y la judicial consiste en que la expulsión acordada por la aplicación del artículo 89.1 del Código Penal sería expulsar a un extranjero delincuente por haberse cometido algún delito, mientras que, la expulsión decretada a consecuencia de un expediente administrativo sería meramente por haber cometido alguna infracción administrativa³⁷². En ambos casos la expulsión llevará consigo la prohibición de regresar a España³⁷³.

3. Planteamiento general

La expulsión gubernativa -también- al igual como establece el párrafo 4º del artículo 89.1 de Código Penal, conlleva en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado (artículo 57.4). Asimismo, Toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años y máximo de diez (artículo 58.1). En el artículo 89.2 del Código Penal el plazo era igual de tres a diez años, actualmente esta fijado en diez años para toda la expulsión, esta fijación, ha tenido fuerte crítica por ORTS

³⁷² CALVO ROJAS, Eduardo, El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares. Reflexiones sobre la nueva ley de Extranjería. Cuaderno de Derecho Judicial, VIII-2001. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2002, Págs. 176-212.

³⁷³ ALONSO PÉREZ, Francisco. Expulsión administrativa de extranjeros, Innovaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre. LA LEY. Revista jurídica de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Año XXV. Núm. 6053, viernes 2 julio de 2004. Págs. 2010-2017.

BERENGUER³⁷⁴, ya que, según dice; "en la redacción anterior del artículo 89.2 del Código Penal se establecía un plazo de tres a diez años durante el cual el extranjero no podía regresar a España, debiéndose concretar el término exacto en atención a la duración de la pena impuesta. Pues bien, ese marco se ha sustituido por un plazo único de diez años, aplicable con independencia del delito cometido, plazo que puede resultar excesivo cuando la expulsión se acuerda por una pena privativa de libertad de corta duración, de manera que resultaba más adecuada la previsión anterior de adecuar la prohibición de regreso a la gravedad de la condena impuesta".

La expulsión del extranjero en la legislación administrativa como consecuencia jurídico-penal y sus efectos criminógenos se halla regulada en el artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social³⁷⁵. ESTEBAN SOLA RECHE³⁷⁶, afirma que es la vigente norma básica reguladora de la condición jurídica de extranjeros en nuestro Ordenamiento en la versión resultante tras la importante reforma por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre^{377/378}.

³⁷⁴ ORTS BERENGUER, Enrique y Otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. ediciones Alfa Delta Digital 2005. Pág. 91.

³⁷⁵ V. la expulsión del extranjero en el ámbito de la Ley de Extranjería; MELÓN MUÑOZ, Alfonso. La expulsión del territorio nacional en el ámbito de la extranjería. Extranjería, Manuales de formación continuada, Madrid 2007. ob cit. Págs. 75-118.

³⁷⁶ SOLA RECHE, Estafan. INMIGRACION Y DERECHO PENAL (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord). Tirant lo blanch. Valencia 2002. 1995. Pág. 346.

³⁷⁷ El mismo sentido. FLORES MENDOZA, Fátima. INMIGRACION Y DERECHO PENAL (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO Patricia (Coord). Tirant lo blanch. Valencia 2002. 1995. Pág. 125. "La sustanciación del procedimiento administrativo para proceder a la expulsión viene previsto en la Ley Orgánica 4/2000, en su nuevo artículo 57, conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000".

³⁷⁸ Ha de observar la nueva modificación dada "posteriormente" por las Leyes Orgánicas 11/2003 y 14/2003.

La nueva redacción del apartado 4º del artículo 57 de la vigente Ley de Extranjería, según expone en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, se mejora el texto anterior, aclarando que la expulsión³⁷⁹, además de conllevar «en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España de la que fuese titular el extranjero expulsado», implicará también «el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España». Texto repetido textualmente en el apartado 4º del actual artículo 89.1 del Código Penal.

El precedente legal del actual artículo 57.2 LOEx, según CADENAS CORTINA³⁸⁰, cuya redacción proviene de la Ley Orgánica 8/2000, se encuentra en la infracción administrativa tipificada en el artículo 26.1. de la derogada Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. De modo que la Ley Orgánica 8/2000 resucita tan polémica medida sancionadora, impuesta al margen de la condena penal, que lleva aparejada la comisión de la infracción penal expresada en el seno del procedimiento administrativo tramitado al efecto³⁸¹. para LOPEZ- MUÑIZ GOÑI³⁸², la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, publicada al día siguiente, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, de igual título que la anterior Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, salvo que en la

³⁷⁹ V. GARCÍA ESPAÑA, Elisa; INMIGRACION Y DERECHO PENAL, (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Págs. 15 y ss.

³⁸⁰ CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. Posición del Extranjero en el Procedimiento-Administrativo. Consejo General del Poder Judicial. Cuaderno de Derecho Judicial. XXIII. 2005. Pág.326

³⁸¹ ³⁸¹ CALVO ROJAS, Eduardo, "El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares". Reflexiones sobre la nueva ley de Extranjería. Cuaderno de Derecho Judicial, VIII-2001. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2002, Págs. 176-212.

³⁸² LOPEZ- MUÑIZ GOÑI Miguel. La nueva Ley de extranjería 2ª Edición. Editorial COLEX 2001. Págs. 8 y 9.

actual se añadido "y su integración social", ha puesto de rabiosa actualidad el tema, máxima cuando su texto se ha visto profundamente modificado por la también Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, absolutamente necesaria dadas las inconcreciones y poco sentido de la realidad de la Ley 4/2000, añade que, el hecho de que la mayor parte de ellas hayan sido dictadas bajo el imperio de la Ley de 1985 no les hace perder valor si su doctrina es aplicable a los hechos actuales.

ESTRADA CARRILLO³⁸³ señala que "la expulsión de extranjeros puede conceptuarse como una de las quiebras o limitaciones de la libertad de circulación y fijación de residencia", el autor hace referencia a DE LA MUELA, que defina la expulsión como "la intimación hecha por una autoridad administrativa a un extranjero para que abandone el territorio, dentro del plazo perentorio que se le señale y acompañada o no de su conducción hasta la frontera". No obstante, la expulsión del extranjero es factible por resolución judicial. En cualquier caso, la expulsión de extranjeros del territorio nacional es una medida que encuentra su verdadera naturaleza en el ámbito del Derecho Administrativo³⁸⁴. ROBERTO BERGALLI.³⁸⁵, estima que el procedimiento de expulsión de extranjeros como "un ejemplo paradigmático de lo que se ha denominado un derecho penal administrativo, un derecho que, obviando las garantías propias del procedimiento penal, afecta a derechos y libertades

³⁸³ ESTRADA CARRILLO, Vicente, Extranjería, Legislación, comentarios y análisis preactitos. 2ª Edición, Editorial Trivium 1993. Pág., 292.

³⁸⁴ TORRUBIA DAVID, Francisco José, "La extranjería desde el punto de vista de la Administración Periférica del Estado: Autorizaciones y sanciones administrativas en materia de extranjería". Extranjería. Manuales de formación continuada, N°. 39, Consejo General del Poder Judicial. 2006, Págs. 119-210

³⁸⁵ BERGALLI, R. (Cood. Y Colab.) Sistema penal y problemas sociales. Valencia: Tirant lo blanch 2003, Pág.192

fundamentales y establece sanciones que son similares, en su esencia, a las penas³⁸⁶.

Se valora también la dignidad de la persona expulsada, así señala REQUERO IBÁÑEZ³⁸⁷, que, dentro de la categoría de derechos constitucional de la persona está, obviamente, el derecho a la vida y la integridad física. Pocas sentencias se han dictado al respecto, citando la Sentencia de 23 de noviembre de 1993, que declaró que *"No implica ser sometido a un trato inhumano o degradante el hecho de que en el expediente administrativo se hagan constar las diligencias penales a que ha estado sujeto el extranjero, ya que no procedía a su expulsión "por delincuente" sino por carecer de permiso de residencia"*. La Comisión Española de Ayuda al Refugiado³⁸⁸, ha aprobado un documento en el que se analiza la reforma de los artículos 57 y 62.1, de la Ley 4/2000.

La Audiencia Provincial de Cádiz (S.9 de mayo de 2002 (Fj.2º b)), señala que el término inculpado utilizado por el artículo 57.7 de la L.O. 4/2000 ha de ser entendido con toda la flexibilidad que le es propia, de modo que tan pronto se concrete la inculpación en fase de diligencias previas, mediante la citación del extranjero ante el juez de instrucción en calidad de imputado (art. 789.4 LECrim) quedará expedita la vía para autorizar judicialmente la expulsión gubernativa, tal y como reconoce expresamente el Tribunal Constitucional en su Sentencia 24/2000, de 31 de enero (Fj

³⁸⁶ V. NAVARRO CARDOSO, Fernando, Expulsión "penal" de extranjeros: una simbiosis de derecho penal "simbólico" y derecho penal del "enemigo". BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (DIR), Iustel.Com, RGDP, N° 2, noviembre 2004, y Revista de derecho penal y criminología, n° 17-2006. Págs. 153-182.

³⁸⁷ REQUERO IBÁÑEZ, José Luis, Extranjería y Refugio. La Ley-Actualidad 1997. Pág. 23.

³⁸⁸ LA COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO. Artículo dictado el 18/07/2003. publicado en la Pág. Web cear. es.

5.º) y se apuntó en su día en la Circular 1/1994, reiterándose en la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado.

4. La expulsión gubernativa del extranjero por causa penal

a) La expulsión gubernativa del extranjero condenado dentro o fuera de España

El artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, dispone que: "*constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados*".³⁸⁹ MUÑIZ GOÑI³⁹⁰ afirma que "esta causa de expulsión fue suprimida en la L.O 4/2000, lo que provocó que durante el año de vigencia de dicho texto legal se anularan en sede jurisdiccional las expulsiones basadas en esta causa, por aplicar el principio de retroactividad de las normas más beneficiosas, sirviendo como ejemplo la sentencia de la Sección Primera de la Sala de Madrid de 13 de febrero de 2001", así como sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, entre ellas (SSTS 15 y 22 de diciembre de 1988 y 28 de noviembre de 1991, 5 de diciembre de 1997, 21 de septiembre y 18 de diciembre de 1998). Según MUÑIZ GOÑI, "dicho principio ha venido a ser positivizado en el artículo 128.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, según el cual "*las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor*". En primer lugar, es uno de los supuestos en que se

³⁸⁹ V. GONZÁLEZ, Jaime I, Política de extranjería. Extranjeros y derecho penal. Cuaderno de Derecho Judicial, [MARTÍN PALLÍN, José Antonio (dir)]. Consejo General del Poder Judicial. IV-2003. Madrid 2004. Págs. 11-33

³⁹⁰ MUÑIZ GOÑI, Miguel López. La Nueva Ley de Extranjería 2ª Edición. Editorial COLEX 2001. Págs. 883 y 884.

aprecia los efectos supranacionales de una condena penal, puesto que habrá de tenerse en cuenta la pena impuesta, no solo en España, sino en cualquier país del mundo. En segundo lugar, que el delito ha de ser doloso, sin que pueda aplicarse en caso de culpa o negligencia. En tercer lugar, que la pena que pueda imponerse por este delito en el Código Penal español sea superior a un año, es decir, un año y un día. En cuarto lugar, que el extranjero haya sido condenado por un delito de tal clase, es decir, doloso y penable con pena de más de un año, aunque al interesado se le haya aplicado una pena inferior, si el Código lo permite. Por último, que los antecedentes penales que aquel delito hubiera producido no hayan sido cancelados".

Según MONCLÚS MASÓ³⁹¹ el artículo 57.2, no exige la comisión de una infracción sino que constituye una "causa de expulsión". Establece el mencionado precepto que constituirá causa de expulsión "que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados", (art.57.2 LOE), subrayado la ambigüedad de este supuesto y del texto del citado artículo por su posible interpretación al menos de tres formas, de modo que constituye un ejemplo de irracionalidad lingüística de la técnica legislativa.

No debe confundirse la expulsión como sustitución de la pena de prisión, con la contemplada en el artículo 57.2 de la L.O. 4/2000, conforme a su redacción dada por la L.O. 8/2000, que permite la expulsión tras el cumplimiento de la condena.

³⁹¹ MONCLÚS MASÓ, Marta, Cripta Nova. La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona [ISSN 1138-9788] N° 94 (34), 1 de agosto de 2001.

La doctrina ha acogido favorablemente la reforma del artículo 89 del Código Penal en ese aspecto³⁹². Ello se debe a la reforma operada por la L.O. 8/2000 en el artículo 57.2 de la citada L.O. 4/2000, que contempla como causa de expulsión la condena, dentro o fuera de España, por un delito doloso que conforme a nuestra legislación penal se castigue con pena privativa de libertad superior a un año, con la salvedad de que los antecedentes hubieran sido cancelados. Esta causa de expulsión ha sido valorada negativamente por la doctrina³⁹³. En mi opinión, hay que añadir, además, como causa administrativa de expulsión, el supuesto prevenido de la Ley de extranjería como es, la expulsión, tras el cumplimiento íntegro de la pena privativa de libertad, prevista en el número 8 del artículo 57 de la L.O. 4/2000, cuya aplicación se extiende a los extranjeros, residentes o no, que hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los arts. 312, 318 bis, 515.6 ó 517 y 518 del Código Penal, teniendo en cuenta que la sustitución de las penas de éstos delitos están excluidos expresamente en virtud del apartado 4º del artículo 89 del Código Penal³⁹⁴.

La dualidad de castigo administrativo-penal por incumplir los requisitos que la legislación de extranjería impone a la estancia del extranjero en España no puede ser confundida con una pena, de la que le separan el fundamento y los fines que persigue, la pena de prisión impuesta en el marco de la

³⁹² V. RODRÍGUEZ MESA, Mª José/RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. Inmigración y Sistema Penal. Pág. 276. Editorial Tirant lo blanch. "La multiculturalidad es el reto y el sistema penal no debería aparecer como un factor de contención".

³⁹³ ARROYO ALFONSO, Soledad. Tendencias del derecho penal. Análisis de las reformas legislativas operadas en derecho penal. Págs. 565-615.

³⁹⁴ ASÚA BATURRITA "Política criminal y política de extranjería. La expulsión como sustitutivo de la respuesta punitiva ordinaria", en AP, XLII-2001; Tendencias del Derecho penal. Págs. 2,19 y 74.

política criminal del Estado³⁹⁵, mientras que la expulsión del territorio nacional acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes³⁹⁶, por lo que el hecho de haber cumplido la pena impuesta por la comisión de un delito, extinguiendo la responsabilidad criminal declarada por la previa sentencia condenatoria, no guarda relación ninguna con el dato cierto de que su conducta delictiva ha ocasionado la pérdida del derecho a residir en España, a tenor de la norma con rango de Ley que regula ese derecho de residencia (TC 2.ª S. 234/1991 de 10 Dic., LA LEY, 1992-2, 36). (TC 1.ª A 3 Oct. 1997. R.3019/1997)³⁹⁷.

La medida de expulsión gubernativa por delito doloso del artículo 57.2 de la L.O. 4/2000, y el artículo 138, de su Reglamento, señala CADENAS CORTINA³⁹⁸, "no puede ser estimada una mera sanción administrativa, y así lo avala el artículo 138 REx al tramitar el expediente administrativo sancionador dirigido a su imposición por el procedimiento sancionador ordinario³⁹⁹, La finalidad del precepto es, sin duda, impide la residencia en España de quienes han perpetrado aquellos ilícitos penales por meras razones de política criminal y de extranjería, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 31.4, inciso primero, de la Ley de Extranjería, el cual exige la ausencia de antecedentes penales para la concesión de la autorización de residencia temporal a los extranjeros, e

³⁹⁵ V. GONZÁLEZ, Jaime I, Política de extranjería. Extranjeros y derecho penal. Cuaderno de Derecho Judicial, [MARTÍN PALLÍN, José Antonio (dir)]. Consejo General del Poder Judicial. IV-2003. Madrid 2004. Págs. 11-33

³⁹⁶ En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2007.

³⁹⁷ MAGRO SERVET. Vicente. El problema del sometimiento al artículo 98 LOPJ. Referencia recogida de la Web <http://atún.laley.net>. 2005.

³⁹⁸ CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. Posición del Extranjero en el Procedimiento-Administrativo. Consejo General del Poder Judicial. Cuaderno de Derecho Judicial. XXIII. 2005. Pág. 326

³⁹⁹ el mismo sentido, GARCIA CATALAN, José Manuel. Delincuencia Extranjera e Investigación Policial. Atelier serie mayor. 2003. Pág. 349.

inciso segundo, donde se posibilita la concesión del tal autorización, excepcionalmente, a extranjeros condenados por la comisión de un delito, cuando hubieran cumplido la condena impuesta, hubiesen sido indultados o se hallaren en situación de remisión condicional de la pena, limitándola a aquellos supuestos no contemplados en el artículo 57.2 de la Ley 4/2000, es decir a aquellos casos en que la condena penal no tuviera por causa la comisión de delito doloso sancionado con pena privativa de libertad superior a un año"⁴⁰⁰.

El fundamento de la expulsión del extranjero establecido en el artículo 57.2, como dice GARCIA CATALAN⁴⁰¹, "no parece como una infracción a la Ley, sino que simplemente se inserta en el corpus legal como una circunstancia que puede permitir la determinación de un status ilegalidad de quien ha sido ya condenado en vía penal y, consecuentemente, expulsarlo del territorio nacional español...", a su juicio, "se incumple el principio *non bis in idem* si se pretende la expulsión de un extranjero condenado penalmente tomando como causa eficiente precisamente tal condena"^{402/403}, así como, la sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo (STS de 22 de mayo de 2000), "aunque la expulsión del territorio nacional de un extranjero haya sido conceptuado como sanción y que por eso queda sometido a la garantía del artículo 25.1 CE, sin embargo dicha expulsión por incumplir los requisitos que la legislación de extranjería impone a su estancia en España, no puede ser

⁴⁰⁰ En este sentido; GONZÁLEZ, Jaime I, Política de extranjería. Extranjeros y derecho penal. Cuaderno de Derecho Judicial, [MARTÍN PALLÍN, José Antonio (dir)]. Consejo General del Poder Judicial. IV-2003. Madrid 2004. Págs. 11-33

⁴⁰¹ GARCIA CATALAN, José Manuel. Delincuencia Extranjera e Investigación Policial. Atelier serie mayor. 2003. Págs. 340 al 342.

⁴⁰² V. PUERTA, Luis Román: Duplicidad sancionadora, administrativa y penal, "non bis in idem". Extranjeros y derecho penal. ob cit. Madrid 2004. Págs. 35-63.

⁴⁰³ En sentido similar; ESTRADA CARRILLO, Vicente, comentarios A LA LEY ORGÁNICA Y REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA. Editorial Trivium, Madrid 1989. Págs. 288 y ss.

confundida con una pena, de la que le separan el fundamento y los fines que persigue (TC242/1994, Fj 4ª), añade que, "la opinión de que se produce una vulneración del principio, no ya de *non bis in idem*, toda vez que, según se lee en anterior sentencia, el fundamento de la sanción es diferente, sino del de legalidad". Pues, "¿Cómo se explica que pueda sancionarse con la expulsión una conducta que no constituye infracción contra la Ley de Extranjería?"⁴⁰⁴. GARCIA CATALAN plantea unas cuestiones relativas con el artículo 57.2 son: la duda de si es posible tramitar un expediente sancionador en el caso de que el condenado tenga suspendida la ejecución de una pena privativa de libertad de más de un año y menos de tres..., " la segunda cuestión que plantío es "si es posible instruir un expediente de sanción si al condenado a una pena privativa de libertad de más de un año y menos de dos le ha sido sustituida por otro tipo de pena..., una tercera cuestión, si existe algún plazo de prescripción para la eventual tramitación de un expediente de sanción relacionado con este precepto". En su opinión, "debe suprimirse esta posibilidad de sanción o, en su caso, introducirse como infracción, si es que realmente no atenta contra el principio de no concurrencia de sanciones, como reo".

El principio *non bis in idem*, sin embargo, no se considera vulnerado según afirma CADENAS CORTINA⁴⁰⁵, se funda su opinión en base a la jurisprudencia que establece que "el principio *non bis in idem* no impide que una condena penal por delito doloso pueda ser considerada también como causa de expulsión de un extranjero del territorio nacional" y cita "la jurisprudencia (SSTS,3ª, de 29 de noviembre y 21 de diciembre

⁴⁰⁴ En sentido contrario; V. Sentencia del Tribunal Constitucional STC de 7 de noviembre de 2007.

⁴⁰⁵ CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. Posición del Extranjero en el Procedimiento-Administrativo. Consejo General del Poder Judicial. Cuaderno de Derecho Judicial. XXIII. 2005. Págs. 326 y 327.

de 2004, recurso de casación 4215 y 6018 de 2001; de 21 de junio de 2002, recurso de casación 8311/98; de 19 de noviembre de 2002, recurso de casación 4995/98, y de 1 y 2 de marzo de 2003, recurso de casación 5495 y 5235 de 2001), pues según establece el Auto del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 1997, la expulsión del territorio nacional de un extranjero como sanción responde a fines y fundamentos diferentes a las penas por la comisión de delitos, ya que éstas se impone en el marco de la política criminal del Estado. Mientras que aquella se acuerda en el marco de la política de extranjería⁴⁰⁶. Siendo estos dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferente"⁴⁰⁷.

b) La sustitución del procedimiento judicial penal por la expulsión gubernativa del extranjero procesado

Conviene advertir que la autorización judicial acordada a instancia de la autoridad gubernativa es confusa y variada, dependerá del motivo de la autorización judicial solicitada, y de la situación en la que se encuentra el extranjero objeto de expulsión. La decisión judicial objeto de este estudio, se concentra únicamente en la autorización judicial instada por la autoridad gubernativa del Juez penal con el fin de solicitar la sustitución del proceso penal por la expulsión del extranjero procesado en un procedimiento penal por delito o falta, dejando de lado la autorización judicial de internamiento por su carácter administrativo.

⁴⁰⁶ En este sentido, MELÓN MUÑOZ, Alfonso. La expulsión del territorio nacional en el ámbito de la extranjería. Extranjería, Manuales de formación continuada, Madrid 2007. ob cit. Págs. 75-118.

⁴⁰⁷ V. GARCÍA ESPAÑA, Elisa; INMIGRACION Y DERECHO PENAL, (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Pág. 15. "el marco legal que ha regulado el fenómeno migratorio durante la década de los 90. y los aspectos estructurales que influyen en el proceso de criminalización de este colectivo".

Desde el punto de vista administrativo, la expulsión del territorio nacional del extranjero procede cuando se encuentra irregularmente en España careciendo de la correspondiente autorización de residencia⁴⁰⁸, al mismo tiempo, procedería también, como medida sustitutiva del proceso penal, con independencia de su situación de regularidad o irregularidad de su residencia, en teoría entendemos que la sustitución establecida en el artículo 89.1 del Código penal no supone una medida más restrictiva del derecho de los extranjero o más limitadora de sus prerrogativas a la vista de la situación ilegal del extranjero en España. Como adviertan COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTON⁴⁰⁹ "La relaciones entre el Derecho administrativo y el penal son extraordinariamente problemáticas, la administración ejerce una potestad sancionadora por medio de la que tutela sus propios intereses o los intereses de la comunidad".

1) Análisis de la sustitución administrativa del proceso penal por la expulsión

El artículo 57.7 a) de la L.O 4/2000, establece que; *"Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia*

⁴⁰⁸ NAVARRO CARDOSO, Fernando, Expulsión "penal" de extranjeros: una simbiosis de derecho penal "simbólico" y derecho penal del "enemigo". BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (DIR), Iustel.Com, RGDP, N° 2, noviembre 2004, y Revista de derecho penal y criminología, n° 17-2006. Págs. 153-182. "El artículo 89 del Código Penal español es Derecho penal "simbólico" por los fines expresivo-integradores -ilegítimos- que persigue, a la par que una manifestación del Derecho penal del enemigo, en tanto esa finalidad ilegítima pretendida se materializa en la "expulsión" de la comunidad del extranjero "sin papeles"".

⁴⁰⁹ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTON. Derecho Penal. Parte General. Tirant lo Blanch. Valencia 1987. Pág. 35.

del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación".

El párrafo 7º del artículo 57 fue modificado por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, quedando actualmente igualado como el artículo 89.1 del Código Penal, en el sentido de que la sustitución en ambos artículos es la norma general, imperativa a los Jueces, y la denegación es la excepción motivada⁴¹⁰, ya que, antes de la reforma la sustitución del proceso penal era potestativa a los Jueces al emplear el termino "podrá autorizar la salida del extranjero del territorio español al igual como la redacción originaria del artículo 89.1 CP. El contenido del artículo 57.7 de L.O. 4/2000, es similar al párrafo 2º del artículo 21 de la anterior L.O. 7/1985⁴¹¹, ésta texto era menos agravante que el párrafo a) del vigente artículo 57.7, ya que, la autorización judicial era para la salida de España del extranjero procesado en un procedimiento por delitos menos graves, descartando las faltas, así como, las penas de otra naturaleza de su aplicación.

⁴¹⁰ En este sentido, la Audiencia Provincial de Valencia en sentencia 115 /2001 del 19 de noviembre. Sec.3ª, Sala de lo Civil-Penal, dispone que "Es necesario que el juez justifica su denegación de la referida autorización, apreciando la existencia de las circunstancias excepcionales del extranjero procesado exigida, aunque el artículo 57.1, (a, no determina las características de estas circunstancias, tampoco, las circunstancias del procesado, ya que corresponde al juzgado examinar, en cada caso, los supuestos permitidos por la Ley, tanto extranjería como penal, para tomar su disección, teniendo en cuenta que, según el citado artículo, la norma general es la concesión y la denegación es la excepción, es decir que la actuación del juez es limitada a conceder la autorización sin la necesidad de fundamentar su concesión conforme a la ley".

⁴¹¹ El párrafo 2º del artículo 21 de la derogada LO 7/1985, establecía que: "Cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si está incurso en alguno de los supuestos establecidos en el Artículo 26.1."

Para CADENAS CORTINA⁴¹², la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003 al artículo 57 de la Ley 4/2000, permite superar las dudas que suscitaba la interpretación de se redacción anterior, acerca de si era aplicable la medida de expulsión ante la imputación de delitos castigados con pena no privativa de libertad..., no resulta novedosa esta figura jurídica, pues la norma contenida hoy en el artículo 57.7 de la citada Ley, se recogía, con anterioridad a las Leyes Orgánicas 8/2000 y 11/2003, en el artículo 53.4 de la Ley Orgánica 4/2000, y resulta similar a la comprendida en el artículo 21.2 de la derogada Ley Orgánica 7/1985⁴¹³.

Ha de observar que la autorización judicial dictada por el Juez penal, en si misma no lesiona directamente a los derechos del extranjero procesado por ser acordada según la facultada dada por la ley de extranjería (artículo 57.7 LOE), y éste no condiciona que la autorización sea motivada por el Juez penal cuando conceda la autorización de expulsión solicitada por la autoridad gubernativa, pero eso sí, en el caso contrario, la Ley exige tal condición si el juez deniega dicha autorización. Pues, la cuestión estriba en analizar la naturaliza de la decisión judicial (la autorización) en el procedimiento penal y su efecto jurídico en el caso de impugnar el auto que autoriza la expulsión.

⁴¹² CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. Posición del Extranjero en el Procedimiento-Administrativo. Consejo General del Poder Judicial. Cuaderno de Derecho Judicial. XXIII. 2005. Págs. 228 y 330.

⁴¹³ ALONSO PÉREZ, Francisco. Expulsión administrativa de extranjeros, Innovaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre. LA LEY. Revista jurídica de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Año XXV. Núm. 6053, viernes 2 julio de 2004. Págs. 2010-2017.

El criterio sostenido por la Fiscalía General del Estado⁴¹⁴, señala que, ni la anterior ley Orgánica 7/1985, ni la actual Ley Orgánica 4/2000, no se mencionan las penas pecuniarias, ni los supuestos en que se aplica la multa conjuntamente con la privativa de libertad, la L.O. 7/1985, se hace referencia únicamente a la pena principal de privación de libertad mientras que la Ley Orgánica 4/2000, ha fijado el procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años y Podría pensarse que la pena de multa no está incluida, y que por consiguiente en los supuestos de delitos castigados conjuntamente con pena de prisión menor y multa quedarían excluidos por ser ésta de menor gravedad que la prisión menor⁴¹⁵.

El artículo 57.7, exige, como presupuesto previo a la solicitud de la autorización sustitutiva, la constancia o sustanciación previa del *"hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión"* pues cabe entenderse, que la inculpación judicial ha de ser previa para justificar la autorización judicial de expulsión, es decir que el expediente gubernativo objeto de autorización debe ser fundado previamente del hecho delictivo cometido por el extranjero procesado en el procedimiento penal para justificar la autorización su expulsión para que el juez penal compruebe la preexistencia del mismo hecho causante y objeto de la decisión administrativa de expulsión. En este caso, GARCIA CATALAN⁴¹⁶, señala que, "cuando la policía, que ha iniciado un expediente de sanción administrativa, remite el atestado al Juez éste,

⁴¹⁴ CONSULTA 5/1987 y la Circular 15-2-1994, Núm. 1/1994 Fiscalía General del Estado.

⁴¹⁵ V. MELÓN MUÑOZ, Alfonso. La expulsión del territorio nacional en el ámbito de la extranjería. Extranjería, Manuales de formación continuada, Madrid 2007. ob cit. Págs. 75-118.

⁴¹⁶ GARCIA CATALAN, José Manuel. Delincuencia Extranjera e Investigación Policial. Atelier serie mayor. 2003 Págs. 348 y 349.

entre otras consideraciones, deberá atender a lo establecido en el artículo 504 bis 2 de la LECrm", el autor señala al artículo 136.4 del Reglamento de Extranjería relativo a la intervención del Ministerio Fiscal y su obligación, en el supuesto del artículo 57.7 contra el extranjero implicado el que se hubiese adoptado resolución sancionadora de expulsión.

A juicio de CADENAS CORTINA,⁴¹⁷ "a los efectos expuestos, "según prevé el artículo 142 REX, constará acreditado en el expediente administrativo de excusión la existencia de procesos penales en contra del expedientado, cuando sea el propio interesado quien lo haya acreditado documentalmente, o cuando haya existido comunicación judicial o del Ministerio Fiscal a los organismo policiales. El artículo 57.1, no determina la calidad del extranjero procesado si es autor o partícipe, pero, en todo caso, incurrirán en la responsabilidad administrativa establecida en el artículo 51 de la L.O. 4/2000, quienes sean autores o participen en cualquiera de las infracciones tipificadas en el citado artículo, a criterio de MUÑIZ GOÑI⁴¹⁸, el texto legal no especifica cuál pueda ser esta participación, ya que "En algunas ocasiones, la infracción no solo la comete una persona, sino que es necesario la intervención de otra u otras: es decir, utilizando la terminología del artículo 27 del Código Penal, serán responsables no sólo los autores sino también los cómplices".

En mi opinión, la intervención administrativa en el procedimiento penal no tiene mayor rango que el poder judicial, por cuanto a la sustitución de un procedimiento

⁴¹⁷ CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. Posición del Extranjero en el Procedimiento-Administrativo. Consejo General del Poder Judicial. Cuaderno de Derecho Judicial. XXIII. 2005. Pág. 328.

⁴¹⁸ LOPEZ Miguel - MUÑIZ GOÑI. La nueva Ley de extranjería 2ª Edición. Editorial COLEX 2001 Pág. 798.

puramente de idoneidad penal por la expulsión, pero la autorización judicial, en este caso, reviste la forma de la legalidad a las actuaciones administrativas amparadas por la Ley. Igualmente, el Juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la LECrim. (Artículo 57.7, b), ya que, la Ley de Extranjería posibilita también la expulsión una vez que el extranjero haya adquirido la condición de procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta, nada impide que pueda resolverse sobre la petición de expulsión en las mismas diligencias previas toda vez que el extranjero sea oído en declaración como imputado, y previa audiencia del Ministerio Fiscal, el Juez de Instrucción puede autorizar su expulsión.⁴¹⁹ La razón que justifica la intervención del Juez penal "autorizando la expulsión", no se trata de convertirlo en Juez contencioso-administrativo, de forma transitoria, pero que enjuicie hechos ajenos al ámbito penal, sino de que valore si la salida obligatoria de territorio español del extranjero encartado resulta provente desde la perspectiva penal que le corresponde enjuiciar⁴²⁰.

La autorización judicial tiene naturaleza sustitutiva o suspensiva a consecuencia de la paralización o la clausura del proceso penal por la expulsión, a diferencia del artículo 89.1 CP, que exige la sustitución de la condena ya impuesta en sentencia por la expulsión del extranjero condenado. La diferencia entre la sustitución del proceso penal por vía administrativa y la sustitución de las penas del artículo 89.1, se halla en que la Ley de Extranjería no exige la residente ilegal del extranjero por la generalidad del texto

⁴¹⁹ Vid STC, Sec. 1ª de 31 enero 2000. R. 1543/1997.

⁴²⁰ CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego. Consideraciones sobre la autorización judicial de expulsión como sustitutiva del procedimiento penal. Revista TRIBUNALES de justicia nº 4- abril 1998. LA LEY-ACTUALIDAD. Pág.406.

legal "Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial..., etc.", mientras que la aplicación del artículo 89.1 CP, se limita a los extranjeros no residentes legalmente España.

Según la Exposición de motivos de la L.O.11/2003, de 29 de septiembre, el ordenamiento jurídico proporciona una respuesta penal frente a los extranjeros no residentes legalmente en España cuando cometen delitos, fortaleciendo el artículo 89 CP, exigiendo a los Jueces o Tribunales, como regla general dentro del marco penal, la sustitución de la pena impuesta por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España. Al propio tiempo, la citada Ley orgánica modificó la L.O. 4/2000, la que fue modificada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, mediante la reforma de los apartados 4º y 7º del artículo 57 y del artículo 62.1, ha mejorado la regulación en materia de expulsión para lograr una coordinación adecuada cuando se produce la tramitación simultánea de procedimientos administrativo y penal. A este tenor, la citada Ley Orgánica 11/2003, al modificar el artículo 57.7º, trata de hacer frente a los problemas que se derivan de los supuestos en que los extranjeros se encuentran sujetos a uno o varios procesos penales. Francisco. Asimismo, las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre ha venido a introducir innovaciones a la Ley 4/2000 al respecto⁴²¹. La solución que se adopta consiste en prever que cuando un extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta castigado con una pena privativa de libertad inferior a seis años, si existe orden de expulsión, debidamente dictada, se autorice judicialmente la sustitución del procedimiento penal por la

⁴²¹ ALONSO PÉREZ, Francisco. Expulsión administrativa de extranjeros, Innovaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre. LA LEY. 2004, ob cit. Págs. 2010-2017.

expulsión, el artículo 57.7º, establece un procedimiento especialmente ágil y urgente para ello, la autoridad gubernativa puede solicitar la autorización judicial para llevar a cabo la expulsión acordada en un expediente administrativo cuando el extranjero se encuentre incurso en un procedimiento penal⁴²².

La autoridad gubernativa someterá al Juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, la expulsión del extranjero, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, salvo que de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación. En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior. (art.57.7, a). La modificación dada por la L.O.11/2003, de 29 de septiembre, se ha creado un mecanismo jurídico "administrativo penal" en materia de extranjería para tratar de plasmar y coordinar una tramitación simultánea del procedimiento, tanto penal como gubernativa, cuando aparece el extranjero procesado en un proceso penal o como infractor de una norma de la Ley de extranjería o su reglamento para llevar a cabo a su expulsión. En ambas medidas, se trata de impedir la permanencia ilegal de los extranjeros delincuentes en España⁴²³.

⁴²² En sentido similar; DE LA ROSA CORTINA, José Miguel; La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003, LA LEY, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Año XXV. Número 6042. Jueves, 17 de junio de 2004. Págs. 1917-1927.

⁴²³ En este sentido, NAVARRO CARDOSO, Fernando, Expulsión "penal" de extranjeros: una simbiosis de derecho penal "simbólico" y derecho penal del "enemigo". BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (DIR), Iustel.Com, RGDP, N° 2, noviembre 2004, y Revista de derecho penal y criminología, n° 17-2006. Págs. 153-182.

Lo establecido en el referido artículo 57.7 a), merece especial atención en el supuesto de que la expulsión resultase procedente de acuerdo con lo previsto en el mencionado artículo 57.7, dado que, este precepto permite al Juez interrumpa el curso uniforme del proceso penal para autorizar la autoridad gubernativa la sustitución del procedimiento penal por la expulsión del extranjero del territorio nacional con el archivo de las actuaciones penales por la imposibilidad de continuar el proceso penal. Según CADENAS CORTINA⁴²⁴, "esta medida de expulsión, que supone una verdadera renuncia por parte del Estado al ejercicio de la acción penal frente al extranjero procesado o inculcado en las circunstancias expresadas y responde a meras razones de oportunidad,..., la autora recoge la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2000, de 31 de enero, que le atribuye la naturaleza propia de una sanción administrativa, no de una pena, donde la autorización judicial resulta ser un requisito necesario para que pueda llevarse a cabo por la Administración la expulsión, negándose que el extranjero obtente derecho alguno a que, en lugar del expediente de expulsión, se siga el procedimiento judicial hasta su culminación.

Otros autores estiman que esta posibilidad de expulsión plantea especiales polémicas debido a que constituye una contradicción con el resto del ordenamiento jurídico español. Según PALOMO DEL ARCO⁴²⁵, sería un caso de irracionalidad jurídico-formal de acuerdo con los niveles de racionalidad

⁴²⁴ CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. Posición del Extranjero en el Procedimiento-Administrativo. Consejo General del Poder Judicial. Cuaderno de Derecho Judicial. XXIII. 2005. Pág. 329 y 330.

⁴²⁵ DEL ARCO, Palomo, 2000:139-207. Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona [ISSN 1138-9788] N° 94 (34), 1 de agosto de 2001. MIGRACIÓN Y CAMBIO SOCIAL Número extraordinario dedicado al III Coloquio Internacional de Geocrítica (Actas del Coloquio) presentada por Monclús Masó, Marta.

analizados; es decir, este supuesto constituye una contradicción respecto de principios básicos del ordenamiento jurídico, como son el de prevaecía de la jurisdicción penal sobre la potestad sancionadora de la administración y el principio de legalidad e indisponibilidad de la acción penal. En concreto, tal expulsión implica una renuncia del *ius puniendi* para dar paso a la ejecución de una resolución administrativa, infringiendo gravemente al principio de preeminencia de la actividad jurisdiccional frente a la actividad administrativa sancionadora. Además, significa la introducción de criterios de oportunidad en el proceso penal, que son absolutamente extraños a nuestro ordenamiento jurídico. Otros autores interpretan o criticaran esta posibilidad de expulsión como una discriminación positiva en favor del extranjero, aunque señalan que realmente lo que prima es el interés preválete del mantenimiento del orden público.⁴²⁶

El Tribunal Constitucional, ha declarado que, en el caso, no se está todavía ante una orden de expulsión, sino ante una resolución judicial que resulta necesaria para que la Administración pueda llevar a efecto la expulsión de un extranjero «encartado», de conformidad con el artículo 21.2.1 LO 7/1985, de 1 julio (Derechos y Libertades de los Extranjeros en España), de modo que si la Administración decreta finalmente la expulsión, ésta surta efectos inmediatos, al no resultar necesario esperar a la celebración del juicio penal. Tal autorización de expulsión, por tanto, no puede ser calificada como una «sanción» sustitutiva de la sanción penal, a diferencia de lo que sucede con la expulsión

⁴²⁶ En este sentido, SEQUEROS SAZATORNIL, 2000:843-863. Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona [ISSN 1138-9788] N° 94 (34), 1 de agosto de 2001. MIGRACIÓN Y CAMBIO SOCIAL Número extraordinario dedicado al III Coloquio Internacional de Geocrítica (Actas del Coloquio) presentada por Monclús Masó, Marta.

del extranjero «condenado», prevista en el artículo 21.2.2, que ha de entenderse modificado por el artículo 89.1 CP 1995, medida que tampoco es una pena, sino una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello (Cfr. TC S 242/1994 de 20 Jul.), y sin que el extranjero ostente derecho alguno a la sustitución de la pena privativa de libertad por la medida de expulsión prevista en el artículo 21.2.2 LO 7/1985 (Cfr. TC S 203/1997 de 25 Nov. y TC A 33/1997 de 10 Feb.), ni viceversa; es decir, tampoco tiene derecho a que, en lugar del expediente de expulsión, se siga el procedimiento judicial hasta su terminación por sentencia. El artículo 21.2.1 contempla el supuesto de que el juez penal autorice la expulsión del extranjero encartado en un procedimiento penal por delitos menos graves –castigados con penas inferiores a 6 años–, cuando esté incurso en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 26.1 de la misma Ley, y ponderando las circunstancias del caso. En este procedimiento, pues, se sustituye la tramitación del proceso penal hasta su conclusión por la autorización judicial de expulsión, que habilita a la autoridad gubernativa para decretar dicha expulsión⁴²⁷.

El Tribunal Constitucional, (STC. 24/2000), declaró con claridad refiriéndose a un supuesto de autorización de expulsión adoptada por un Juez de Instrucción, vigente entonces la L.O 7/1985, señalando que; *"El Juez penal competente debe examinar la propuesta administrativa de expulsión, y sólo si la autoriza, comprobando que el extranjero encartado por delitos menos graves está incurso en alguno de los supuestos de expulsión, y atendiendo a las*

⁴²⁷ MAGRO SERVER, Vicente. La especialización de los Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales en la Ley Contra la Violencia de Género: El problema del sometimiento al artículo 98 LOPJ.

circunstancias del caso (arts. 21.2 párrafo primero, y 26.1 y 3 de la Ley de Extranjería)". Según señala SAP Rioja de 14 de marzo de 2001 que el Tribunal Constitucional considera que, el extranjero no tendrá derecho alguno a la sustitución de la pena privativa de libertad por la medida de expulsión prevista en el artículo 21.2, de la citada LO 7/1985 (STC 203/1997, de 25 de noviembre, y ATC 33/1997, de 10 de febrero), ni viceversa; es decir, no tiene derecho a que, en lugar del expediente de expulsión, se siga el procedimiento judicial hasta su terminación por sentencia.⁴²⁸

2) La fase procesal en la que pueda admitir la sustitución del proceso penal por la expulsión del extranjero procesado

El momento en que la autoridad gubernativa puede solicitar la autorización de expulsión -como medida sustitutiva del proceso penal del extranjero procesado- supone que en cualquier momento mientras dura el procedimiento y antes de dictar sentencia, ya que el texto legal no ha fijado cual es la fase procesal permitida ni la jerarquía competente para solicitar tal autorización, pero han de ser entendidas⁴²⁹.

Si las actuaciones se encontraran ya a disposición del Juez de lo Penal (artículo 792.1 LECrim) éste será el competente y en los demás casos anteriores a ese momento procesal, lo será el de Instrucción. Como norma general, las Audiencias Provinciales carecen de competencia para conocer y fallar las causas por delitos menos graves (artículo 14.4.º LECrim), salvo que en el acto del juicio oral se modificaran las conclusiones por todas las partes

⁴²⁸ El mismo sentido CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. Posición del Extranjero en el Procedimiento-Administrativo. Consejo General del Poder Judicial. Cuaderno de Derecho Judicial. XXIII. 2005. Pág. 328.

⁴²⁹ La Circular 3/2001 de 21 de diciembre sobre la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

acusadoras y se formulara acusación por delito menos grave o que el Tribunal variase el título de imputación condenando por delito menos grave. En todo caso, debe ser oído el Ministerio Fiscal antes de adoptarse decisión alguna al respecto, ya que según apunta la doctrina de la FGE, se pronuncia desde la Circular 1/1994 a favor de la autorización de la expulsión. Este criterio se confirma en la Instrucción 4/2001 y en principio se ha de mantener con la misma generalidad en relación con los delitos menos graves.

Encontramos una respuesta sobre la fase procesal adecuada en la que pueda admitir la sustitución del proceso penal por la expulsión del extranjero procesado, está argumentada en la siguiente Instrucción de la Fiscalía General del Estado⁴³⁰, la cual dice que *"el hecho referente a la consideración del acto del juicio como momento preclusivo a partir del cual el órgano jurisdiccional no podrá autorizar la expulsión el extranjero, según el apartado séptimo del artículo 57.7, debemos señalar que formulando una interpretación gramatical de este precepto, apartado tercero del artículo 3 del Código Civil, no podemos encontrar que señale la existencia de este momento preclusivo. El precepto hace referencia al extranjero que se encuentre procesado o inculcado. "Prima facie" debemos advertir que dichos términos son lo suficientemente amplios para referirse al sujeto pasivo de la acción penal a lo largo del proceso, hasta que recaiga Sentencia firme, ya que si bien "strictu sensu" procesado es aquel sujeto contra el cual existen indicios racionales de criminalidad y contra el que se dicta un Auto de procesamiento en el Proceso Ordinario, artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, inculcado es un sustantivo con un significado lo suficiente amplio para*

⁴³⁰ INSTRUCCIÓN n° 4/2001, de 25 de julio, de la Fiscalía General del Estado, sobre la autorización judicial de la expulsión de los extranjeros imputados en procedimientos penales.

abarcara cualquier momento procesal hasta recaiga Sentencia firme. Por otra parte, cabe destacar que el término procesado en el mentado precepto es equívoco, ya que la autorización se podrá realizar cuando el delito imputado esté castigado con una pena privativa de libertad inferior a seis años (le prisión, extremo que no podrá concurrir si se dicta un Auto de procesamiento, ya que el ilícito imputado estará castigado con una pena privativa de libertad superior a nueve años, según el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal "a contrario sensu".

Igualmente, la Audiencia Provincial de Barcelona, ha tenido ocasión a pronunciar también sobre el apartado séptimo del artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, en S. 9 de marzo 2006 Sala de lo Penal, Sec.5ª. (fj 2º). La cual dispone que en supuesto que hubiese recaído Sentencia firme se aplique lo dispuesto en artículo 89 del Código Penal. Así pues, producida la firmeza, apartado tercero del artículo 245 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la expulsión se incardinará dentro de la ejecución de la Sentencia condenatoria, si se dan los requisitos del artículo 89 del Código Penal. "A contrario sensu" hasta que no haya recaído Sentencia firme el órgano jurisdiccional que conoce de la causa podrá realizar la autorización prevista en el citado apartado séptimo del artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000.

3) Los efectos derivados de la expulsión gubernativa del extranjero procesado en causa penal.

El Código penal interviene a ocuparse de la función de la Ley de extranjería al exigir el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España como efecto de

la expulsión, y al propio tiempo, la Ley de Extranjería, de igual modo, se interpone a paralizar el procedimiento penal pendiente como efecto inmediato de la expulsión gubernativa por causa penal.

El efecto procesal inmediato de la autorización judicial prevista en el artículo 21.2.1 L.O 7/1985 de 1 Jul, es la paralización, respecto al demandante de amparo, de un procedimiento penal en fase de diligencias previas. El Juzgado de Instrucción autoriza, en efecto, a la autoridad gubernativa para decretar la expulsión, y para ello se limita a verificar si el extranjero contra el que se sigue el procedimiento administrativo de expulsión está o no imputado en un proceso penal por delitos menos graves, si se halla incurso en un supuesto de expulsión y si la autorización resulta preferible a la continuación del procedimiento penal, ponderando las circunstancias concurrentes del caso (arts. 21.2 y 26.1 LO 7/1985). Todo ello sin perjuicio del derecho que asiste al recurrente de ejercitar contra la orden de expulsión, en su caso, los recursos procedentes en vía administrativa y contencioso-administrativa, así como de instar la adopción de medidas cautelares en esta sede, entre ellas la de suspensión (arts. 34 y 35 LO 7/1985) (Cfr. TC S 115/1987 de 7 Jul.). (TC 1.^a S 31 Ene. 2000. -R. 1543/1997).

Según el artículo 57.7. a) de la L.O. 4/2000, la conducta delictiva del extranjero residente o no legalmente conduce a la clausura del procedimiento penal como efecto de la expulsión gubernativa, el citado artículo exige la tramitación y finalización del procedimiento administrativo sancionador antes de la terminación del proceso penal, es como una excepción de la norma general. Se trata de situación de preferencia de tramitación entre el procedimiento administrativo y el procedimiento penal. La norma general es

lo establecida en el artículo 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora por el que, desarrollando la Ley 30/1992, se aprueba el Reglamento del procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, sobre la vinculación con el orden jurisdiccional penal, "en estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas, ... si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial, y en todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien". Sin embargo, la LO 4/2000, posterior a la Ley 30/1992, ha establecido una excepción a la paralización administrativa ordenada, con carácter general, en ésta, se trata de una norma del mismo rango y posterior, que establece una excepción específica, y que, por ello, ha de aplicarse de forma preferente.

5. Posible duplicidad del grado de jurisdicción penal administrativa en materia de expulsión

GONZALES RIVAS⁴³¹, razona que el principio *non bis in idem* forma parte del principio de legalidad como derecho fundamental a la luz del artículo 25 de la Constitución y excluye la duplicidad de sanciones penales y administrativas

⁴³¹ GONZALES RIVAS, Juan José, Las Sanciones Administrativas en la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional, Supremo, de la Audiencias Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia. Actualidad Editorial 1994. Págs.25 y 57.

respecto de la concurrencia de unos mismos hechos, tiendo una doble proyección: la procesal, en cuanto que prohíbe que se sigan dos procedimientos por unos mismos hechos y la sustantiva en cuanto que prohíbe la imposición de dos sanciones distintas e inconexas por unos mismos hechos. GONZALES RIVAS, argumenta su criterio en base al principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución, y el artículo 133 de la Ley 30/92, por lo que también incurrirá en contradicción respecto del principio de proporcionalidad entre infracción y sanción⁴³².

Para ALONSO PEREZ⁴³³, no podrá sancionarse los hechos que se hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aparece identidad del sujeto, hecho y fundamento. El Principio "non bis in idem" significa como ha señalado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias (94/1986, de 8 de julio y 21/1987, de 19 de febrero, entre otras muchas), la imposibilidad de que puedan imponerse sanciones administrativas y penales en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hechos y fundamentos, así como se sanciona una misma conducta por diferentes autoridades en curso de distintos procedimientos. ALONSO PÉREZ, señala que el Tribunal Constitucional viene señalando que la regulación de las sanciones administrativas ha de estar inspirada en los principios propios y característicos del Derecho Penal.^{434/435}

⁴³² V. PUERTA, Luis Román: Duplicidad sancionadora, administrativa y penal, "non bis in idem". Extranjeros y derecho penal. Cuaderno de Derecho Judicial, [MARTÍN PALLÍN, José Antonio (dir)]. IV-2003. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2004. Págs. 35-63.

⁴³³ ALONSO PEREZ, Francisco, Régimen Jurídico del extranjero en España. 2ª Edición DYKINSON 1997 Pág. 209.

⁴³⁴ ALONSO PÉREZ, Francisco, Régimen Jurídico del extranjero en España. 2ª Edición DYKINSON 1997. Pág. 205.

⁴³⁵ TORRUBIA DAVID, Francisco José, "La extranjería desde el punto de vista de la Administración Periférica del Estado: Autorizaciones y sanciones administrativas en materia de extranjería". Extranjería. Manuales de formación continuada, N°. 39, Consejo General del Poder Judicial. 2006, Págs. 119-210.

Al contrario, opina CADENAS CORTINA⁴³⁶, "el principio *non bis in idem* no impide que una condena penal por delito doloso pueda ser considerada también como causa de expulsión de un extranjero del territorio nacional". Los Tribunales estiman que la duplicidad de jurisdicción -Penal Administrativa- dependería según cada caso, como por eje. la Audiencia Provincial de Sevilla (sentencia de 23 de marzo de 2004), argumenta su justificación por la exigencia de tutela judicial efectiva, señalando que; la autorización judicial de los actos administrativos, implica a los jueces y Tribunales penales resolver sobre asuntos totalmente ajenos al marco penal, ya que por un lado, los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. (artículo 621.d) modificado por Ley 4/1999, y por otro, que, La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes. (Artículo 3.2 del CP). Sin embargo, la existencia de un doble grado de jurisdicción en la materia puede entenderse como una exigencia de tutela judicial efectiva de la libertad personal, puesto se trata de una medida privativa de libertad;

El Tribunal Constitucional (STC.77/1983), afirma con absoluto respeto al principio «*non bis in idem*» y al reconocimiento de que «unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado», pueden darse supuestos de compatibilidad entre la licitud penal y la ilicitud administrativa de unos mismos hechos como también ha afirmado el mismo Tribunal Constitucional en el Auto 355/1991. Si los hechos presentan características de infracción penal, procede, por tanto, la paralización del procedimiento

⁴³⁶ CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. Posición del Extranjero en el Procedimiento-Administrativo. Consejo General del Poder Judicial. Cuaderno de Derecho Judicial. XXIII. 2005. Págs. 326 y 327.

administrativo en tanto se sustancia el procedimiento penal. Si, acabada la instrucción en el procedimiento penal se dictara auto de archivo o sobreseimiento, deberá la autoridad judicial comunicarlo a la autoridad gubernativa a los efectos de continuación del procedimiento sancionador si procediera.

El artículo 57.7 de la L.O.4/2000, exige, como presupuesto de la autorización sustitutiva del proceso por la expulsión, la sustancia previa del hecho delictivo en el expediente gubernativo, ya que el juez penal comprueba la preexistencia de la decisión administrativa de expulsión y confirma su validez mediante auto de autorización, asegurando la legalidad del órgano competente que haya adoptado la decisión administrativa con las formalidades legales y con fundamento de los supuestos decretados. Esta comprobación, como ha declarado en la Audiencia Provincial de Cádiz, (SAP 54/2002 de 9 de mayo Sala de lo Civil-Penal, Sec. 8ª), no pretende duplicar el control de legalidad que corresponde ejercer, previo recurso del interesado a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino homologar judicialmente la aptitud del acto administrativo para sustituir en su caso el proceso penal y provocar su conclusión anticipada. Por ello, el control del Juez Instructor es más somero que el que corresponde efectuar a la jurisdicción contencioso-administrativa y busca principalmente comprobar si el acuerdo (gubernativo cumple las exigencias esenciales de la Ley en cuanto a la competencia del órgano autor del mismo, formalidades externas y concurrencia de alguno de los supuestos materiales que lo justifican en Derecho.

En consecuencia, es discutible si existe o no posible vulneración del artículo 25 de la Constitución en el particular relativo al principio "non bis in idem", tal vulneración existe cuando se impone una doble sanción, penal y

administrativa por unos mismos hechos que vulneren un mismo bien jurídico protegido. Como viene declarando el Tribunal Constitucional desde su sentencia de 30 de enero de 1981, el principio "*non bis in idem*" conduce a que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, sea posible que ese enjuiciamiento y calificación se hagan con independencia si resultan de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. De aquí deriva una regla de subordinación de la Administración a la actuación jurisdiccional que determina que no pueda pronunciarse aquélla hasta que lo haya hecho la Jurisdicción y que los hechos declarados por ésta no puedan ser contradichos por la Administración. STS 31 de mayo de 2005, Sala III de lo Contencioso-Administrativo, Sec.5ª.

Sobre la constitucionalidad del los apartados 2 del artículo 57, [(antes 53) de la Ley Orgánica 4/2000, en la nueva redacción dada por la Ley 8/2000], el Tribunal Constitucional (STC 7 de noviembre 2007) ha declarado que; al margen de la naturaleza de la expulsión prevista en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, las dos medidas no responden a un mismo fundamento porque persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes..., no basta 'simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera, el principio *ne bis in idem* no tendría más alcance que el que el legislador (o en su caso el Gobierno, como titular de la potestad reglamentaria) quisieran darle. la condena y la expulsión están orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos pues ya hemos precisado que la pena

se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes (ATC 331/1997, de 3 de octubre, FJ 6). Es decir, sin mayor matices, podemos convenir en que el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza aflictiva. En cambio, la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado.

En los casos en que la conducta del extranjero por la que se haya incoado el procedimiento administrativo sancionador puede ser constitutiva de delito, la preferencia del procedimiento penal es indiscutible, y así, se expresa en el artículo 7 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Actividad Sancionadora aprobado por el Real Decreto 1398/1983, *«En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicaran al Ministerio Fiscal solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación»*.

6. La duplicidad de condena de los delitos establecidos en el apartado 4º del artículo 89 del Código Penal y el apartado 8 del artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000.

El apartado 4º del artículo 89 del Código Penal, excluye expresamente la sustitución de la pena por la expulsión a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis,

515.6, 517 y 518 del Código Penal. ARROYO ALFONSO⁴³⁷ manifiesta que los extranjeros que hubieran cometido los delitos establecidos en apartado 4 del artículo 89 no podrán beneficiarse de la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años establecida en el artículo 89 del Código Penal, ni tampoco de la suspensión prevista para aquellos que, habiendo cumplido las tres cuartas partes de la condena, hubieran sido condenados a penas privativas de libertad iguales o superiores a seis años.

Por tanto, según informe de la Fiscalía los extranjeros condenados por estos delitos habrán de cumplir la pena privativa de libertad que les haya sido impuesta sin que sea posible acudir al mecanismo de la expulsión sustitutiva de aquella por decisión judicial. Debe repararse en que entre los ilícitos penales que enumera el artículo 89.4 CP no se recogen todas las modalidades delictivas de tráfico ilegal de personas. Quedan fuera tanto el delito de inmigración clandestina de trabajadores a España o de emigración fraudulenta -artículo 313- cuanto el supuesto de tráfico de personas para su explotación sexual -artículo 188.2-. Tal exclusión no parece tener justificación alguna. Si la razón de ser del artículo 89.4, enmarcado entre las medidas adoptadas para el endurecimiento en la lucha contra la inmigración ilegal, es la de evitar que pueda obtenerse el beneficio de la sustitución de pena por los responsables de delitos de tráfico de personas, se comprende mal que queden fuera de la previsión legal formas de tráfico especialmente graves como son las descritas en los arts. 313 y 188.2 CP.

⁴³⁷ ARROYO ALFONSO, Soledad. Tendencias del derecho penal. Artículo sobre el Análisis de las reformas legislativas operadas en derecho penal. Págs. 565-615.

Por ello, la sustitución de pena contemplada en el artículo 89.1 CP es facultativa y o imperativa, en estos supuestos de condena por los delitos de los arts. 313 y 188.2 CP, ha de valora muy especialmente la conveniencia de informar de modo desfavorable la expulsión sustitutiva de la pena. La previsión del artículo 89.4 para los condenados por delitos de tráfico de personas (que se concreta en el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad sin posibilidad de sustitución por la expulsión del territorio).

Al propio tiempo, el número 8 del artículo 57 de la L.O. 4/2000, establece que: "Cuando los extranjeros, (residentes o no), hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318 bis, 515.6. °, 517 y 518 del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad". A criterio de la Fiscalía, la sustitución se complementa con lo señalado en el artículo 57, apartados 7 y 8 de la L.O. 4/2000. La regla del principio "non bis in idem" sólo existiría cuando se impone una doble sanción, penal y administrativa, por unos mismos hechos que vulneren un mismo bien jurídico protegido.

El Tribunal Constitucional (STC 7 de noviembre 2007) rechazar la pretendida inconstitucionalidad del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, en la nueva redacción dada por el art.1, punto 50, de la Ley 8/2000, por cuanto dicho precepto no supone una infracción del principio non bis in idem contenido en el art. 25.1 CE., por la falta de identidad entre el fundamento de la sanción penal y el de la expulsión.

En mi opinión, a fin de coordinar debidamente la actuación del Ministerio Fiscal en relación con la expulsión de los extranjeros que se encuentren sometidos a un proceso penal e incurso en causa penal, para proceder a la misma, así como a

la expulsión de los que resulten condenados por delitos menos graves, se hace preciso crear en determinadas Fiscalías un Servicio de Extranjería,⁴³⁸ al igual como el servicio de Turno de Oficio en los Colegios de Abogados. Actualmente, a efectos penales, habrá de atenderse al contenido del artículo 57 de la L.O. 4/2000, y su aplicación para frenar -desde el principio- el seguimiento del procedimiento penal por los delitos menos graves en evitación de la tramitación injustificada hasta sentencia, ya que, en todo caso, la condena será sustituida por la expulsión en sentencia, incluso después del cumplimiento de la condena, por haber sido condenado como proviene la Ley de Extranjería, tampoco, afecta las garantías y los derechos del extranjero, el cual pueda alegar las circunstancias personales, arraigo etc., para evitar su expulsión a lo largo del proceso penal cuando proceda. Ello, aunque la actual Ley de extranjería 4/2000, es muy similar a la anterior sobre la sustitución del proceso penal por la expulsión, pero ni el Ministerio Fiscal ni la autoridad gubernativa, ni el propio defensor del procesado suelen solicitar dichas medidas conforme con lo establecido en la Ley Extranjería cuando se trata de un procesado o inculcado extranjero en un procedimiento penal.

Según la doctrina del Tribunal Constitucional, el control pleno de la legalidad de la medida de expulsión corresponde a los Tribunales contencioso-administrativos, pero el Juez penal debe velar prima facie por los derechos del extranjero, revisando, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención (SSTC 12/1994, de 17 de enero, 21/1996, de 12 de febrero, 66/1996, de 16 de abril, y 174/1999, de 27 de septiembre). Tal autorización de expulsión,

⁴³⁸ CIRCULAR n° 1/1994- Fiscalía General del Estado), creación de servicios de extranjerías en las fiscalías.

por tanto, no puede ser calificada como una *sanción* sustitutiva de la sanción penal, a diferencia de lo que sucede con la expulsión del extranjero *condenado* (prevista en el segundo párrafo de dicho artículo, que ha de entenderse modificado por el artículo 89.1 del nuevo Código Penal) medida que tampoco es una pena, sino una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello⁴³⁹.

Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado' (FJ 2)." (STC 188/2005, de 4 de julio, FJ 5). Este principio "ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos" (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3), pero la pretendida vulneración del principio *non bis in idem* ha sido rechazada por el Tribunal Constitucional (STC 7 de noviembre 2007) por la falta de identidad entre el fundamento de la sanción penal y el de la expulsión.

⁴³⁹ V. Sentencia del Tribunal Constitucional (STC 24/2000 de 31 de enero), en el mismo sentido, SSTC 12/1994, de 17 de enero, 21/1996, de 12 de febrero. 66/1996, de 16 de abril y 174/1999, de 27 de septiembre.

TABLA COMPARATIVA DE LA EXPULSION PENAL Y GUBERNATIVA

NORMA GENERAL		
La sustitución de las penas por la expulsión en el Código penal		La sustitución del proceso penal por la expulsión en la LOE
Requisitos	Extranjero no residente legalmente en España	
Causa	Extranjero residente o no legalmente en España	
Causa	Penado por un delito en el Código Penal	
Tipos de condena	Penas privativas de libertad inferiores a 6 años (art. 89.1)	Penas de prisión igual o superior a 6 años (art. 89.1)
Naturaleza	Sustitutiva por la expulsión	Suspensiva + sustitutiva
Competencia	El Juzgado de lo penal o Tribunal	
Salida voluntaria	<i>el Juez instructor a instancia de solicitud de la autoridad gubernativa. Previa audiencia del Ministerio Fiscal</i>	
Forma y modo efectos	En sentencia	
Plazo para materializar la expulsión	sustitución de las penas por la expulsión	
Disposiciones excluidas	Dentro de 30 días una vez firme la sentencia. DA. 17 de LO.19/2003, de 23 de diciembre	un vez cumplido el tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las ¾ partes de la condena (art.89.1)
Si no pudiera llevarse a cabo la expulsión	Los arts. 80,87 y 88. 312,318 bis, 515.6, 517 y 518 CP. (art. 89.1,3º. 4)	La autorización de residencia no sirve para salvaguardar la expulsión del extranjero procesado por causa penal. (art.57.7)
Si no pudiera llevarse a cabo la expulsión	Se procede al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente (art.891.5º)	
Si no pudiera llevarse a cabo la expulsión	Se procede el seguimiento del procedimiento penal hasta sentencia	
EXCEPCIONES		
Cumplimiento de la condena	Cuando el juez o tribunal, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario.	
Requisitos	Cuando exista circunstancias excepcionales que justifiquen la denegación de la solicitud gubernativa para la expulsión. (art.57.7.a)	
Resultado	El cumplimiento de la condena en un centro penitenciario.	
Resultado	El seguimiento el procedimiento hasta sentencia.	
EFCTOS		
Prohibición de regreso	El expulsado no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena. (art.89.2 CP)	
Ámbito de prohibición	Toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años y máximo de diez. (art.58.1)	
Resultado	La prohibición se extiende a todos los Estados miembros de la Unión Europea. (Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión).	
Quebrantar la prohibición de entrada	El archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. (art.89.4).	
Restricciones que impidan la expulsión	La devolución por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad. (art.. 89.3 CP).	
Prescripción	La devolución, retorno rechazo en frontera	
Otras medidas	Los ciudadanos de países miembros en la UE, Extranjeros legalmente residente, arraigo familiar, las mujeres embarazadas, los amenazados de persecución, la dignidad humana, razones humanitarias, la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, incapacidad permanente, los refugiados y asilos.	
M. alternativa	La expulsión de cualquier autorización para permanecer en España + el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar. (art.57.4).	
Dualidad de condena	10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena originaria. (art.89.2)	
Dualidad de condena	A contar desde el período de prohibición de entrada fijado en la resolución con un máximo de diez años. (art. 56.3)	
Dualidad de condena	Sustituir la medida de seguridad por la expulsión art. 108.1	
Dualidad de condena	Sustituir la multa por la expulsión (art.57.1)	
Dualidad de condena	El traslado, readmisión, extradición	
Dualidad de condena	El rechazo, retorno, devolución	
Dualidad de condena	La sustitución de las penas por la expulsión establecida en los apartados 1º, 2º, 3º del art. 89 CP, no será de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518 del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad. (art.57.8).	

LA TERCERA PARTE

**III. LOS ASPECTOS DE LAS DIFERENTES VERSIONES
REGULADORAS DEL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL:**

A. LA VERSION ORIGINARIA DEL ARTICULO 89 DEL CODIGO PENAL.

El artículo 89 del Código Penal, ha experimentado tres versiones diferentes durante ocho años desde su redacción originaria. La primera rigió desde la entrada en vigor del Código Penal hasta el 22 de enero de 2001, la segunda versión dada por la L.O. 8/2000, desde el 23 de enero de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2003, y la tercera - la actualmente en vigor - dada por la L.O. 11/2003, estrenó su vigencia a partir del 1 de octubre de 2003⁴⁴⁰.

1. EL APARTADO 1º DEL ARTÍCULO 89

El primer apartado del artículo 89 establecía que: "Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado".

a) La sustitución facultativa de las penas privativas de libertad por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España.

En el Código Penal de 1995 desaparecen el extrañamiento, confinamiento, destierro y la pérdida de la nacionalidad

⁴⁴⁰ CLIMENT DURÁN, Carlos Y PASTOR ALCOY, Francisco. Código penal con todas sus reformas comparadas por artículos. Consejo Valenciano de Colegios de Abogados. Quiles, Artes Gráficas, SA. 2004. Págs. 85 y 86.

española⁴⁴¹ que contaba el Código penal derogado⁴⁴², pero estas penas no estaban destinadas exclusivamente a los extranjeros⁴⁴³. Como ya hemos comprobado en los anteriores Códigos, el Derecho español conocía tradicionalmente un grupo de penas que afectaba a la libertad del condenado sin implicar el internamiento en un establecimiento penitenciario⁴⁴⁴, suponían diversas formas de restricción del derecho a salir de o entrar en determinado lugar geográfico, la modalidad más grave era la pena de *extrañamiento*⁴⁴⁵, seguida de la de *confinamiento* y de la menor grave de *destierro*, todo ellas, sin embargo, se consideraban por el anterior Código penal derogado como "penas graves"⁴⁴⁶.

Con anterioridad a la modificación operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, en la redacción originaria del primer párrafo del artículo 89 del Código Penal, al igual como la segunda redacción se establecía, como norma general, que, en los casos de extranjeros no residentes legalmente en España, los Jueces o Tribunales podrían acordar discrecionalmente la sustitución de las penas privativas de libertad inferior a seis años por la expulsión del territorio

⁴⁴¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE PENAS EN ESPAÑA. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2006, núm. 08-07, p. 07:1 -07:25 _ ISSN 1695-0194

⁴⁴² Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

⁴⁴³ En el mismo sentido. FLORES MENDOZA, Fátima, Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) Patricia LAURENZO COPELLO (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Pág. 98.

⁴⁴⁴ V. Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre. También, los artículos 27, 30, y 46 en relación con los arts. 86, 87 y 88. también. Los arts. 5.12 y 7 de la LPRS y art. 10 de la Ley de 21 de febrero de 1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Real Decreto de 26 de junio de 1992, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Comunidades Europeas.

⁴⁴⁵ V. LOPEZ BARJA DE QYUIROGA/RODRIGUEZ RAMOS. Código Penal Comentado. [coods] Akal 1990. Págs. 86 y ss.

⁴⁴⁶ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General (Fundamento y Teoría del delito) PPU. Barcelona 1985. Págs. 645 y 646.

nacional⁴⁴⁷, o el cumplimiento de las penas que les imponen en España. Igualmente, podría sustituir la condena de prisión a pena igual o superior a seis años a instancia del Ministerio Fiscal, una vez cumplidas las tres cuartas partes de la condena, tras oír en ambos al penado. El inciso primero del citado artículo empleaba la expresión "podrán"⁴⁴⁸, y no exigía la iniciativa del Ministerio Fiscal para proceder a la sustitución de la pena, salvo respecto a la pena de prisión igual o superior a seis años, ni admitía la petición del penado, con carácter subsidiario, para solicitar la sustitución de la pena por su expulsión, tampoco, exigía la constancia de la sustitución acordada en la sentencia.

La redacción originaria del artículo 89 ha venido a ampliar de forma importante el ámbito objetivo de la regulación anterior (lo dispuesto en el artículo 21.1 párrafo 2º de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España)⁴⁴⁹, ya que ésta solo permitía al Juez sustituir las condenas por delitos menos graves por la expulsión del territorio nacional previo

⁴⁴⁷ En el mismo sentido. FLORES MENDOZA, Fátima, *Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate)* Patricia LAURENZO COPELLO (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Pág. 123. [nota 90] "en cambio, en el Proyecto de Código Penal de 1992 la expulsión era obligatoria en relación con las penas privativas de libertad inferiores a dos años asignadas a extranjeros no residentes legalmente en España".

⁴⁴⁸ RODRIGUEZ RAMOS, Código Penal Concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarios, [Cood] La LEY grupo Wolters Kluwer. 2007. Pág. 250. Al respecto, cita la doctrina del Tribunal Supremo 919/1999, de 2 de junio.

⁴⁴⁹ El artículo 21.2. de la derogada ley Orgánica 7/1985 establecía que "Cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si está incurso en alguno de los supuestos del artículo 26.1. Si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta.

aseguramiento de las responsabilidades civiles a que hubiera lugar, y con prohibición de regreso a España. Sin embargo reduce su ámbito subjetivo al equiparar al extranjero que reside legalmente en España con el nacional, y excluirle de la aplicación de este precepto^{450/451/452}.

La decisión judicial de sustitución de la ejecución de las penas impuestas a un extranjero no residente legalmente por la medida de expulsión del territorio nacional, contemplaba en el artículo 89 preveía dos supuestos: el primero: Extranjero condenado a pena privativa de libertad inferior a seis años, pena que podrá serle enteramente sustituida por la expulsión⁴⁵³. El segundo: Extranjero condenado a pena de prisión de seis años o superior y que haya cumplido las tres cuartas partes de su condena, pudiendo sustituirse la condena restante por la expulsión. En ambos casos decide dicha sustitución la autoridad judicial, previo informe del Ministerio Fiscal y audiencia del reo, no pudiendo éste si fuere expulsado regresar a España en un plazo, que se fijará en la resolución judicial, de tres a diez años. Si contraviniera dicha prohibición cumpliría las penas

⁴⁵⁰ SANCHEZ YLLERA, Ignacio. Comentario al Código penal. Volumen I [Tomás S. Vives Antón (Cood)]. Tirant lo blanch. Valencia 1996. Pág. 504.

⁴⁵¹ En el mismo sentido PRATS CANUT Josep Miquel. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir).FERMIN MORALES PRATS (cood)], 2ª Edición. Aranzadi 2001. Pág. 496 y ss. Idéntico sentido: PRATS CANUT/TAMART SUMALLA. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir).FERMIN MORALES PRATS (cood)], 3ª Edición. THOMSON Aranzadi 2004. Pág. 520.

⁴⁵² Idéntico sentido, PRATS CANUT, Josep Miquel. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir).FERMIN MORALES PRATS (cood)], 2ª Edición. Aranzadi 2001. Págs. 496 y ss. Idéntico sentido: PRATS CANUT/TAMART SUMALLA. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir).FERMIN MORALES PRATS (cood)], 3ª Edición. THOMSON Aranzadi 2004. Pág. 520.

⁴⁵³ En este sentido; PAZ RUBIO, José María; La sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional, La ley penal, Revista de derecho penal, procesal y penitenciario, ISSN 1697-5758, N°. 10, 2004, Págs. 80-83.

sustituidas⁴⁵⁴. A partir de la modificación dada por la LO 11/1003, "dicha medida, que hasta ahora era potestativa, se impone al Órgano judicial, que sólo excepcionalmente podrá acordar el cumplimiento de la condena en España, si lo justifica la naturaleza del delito, se suprime el requisito de dar audiencia previa al penado, aunque este requisito ha sido declarado por el Tribunal Constitucional (SSTC 99/85, 242/94, y 203/97), como único medio para poder valorar la proporcionalidad de esta medida, en relación con otros derechos que pueden entrar en conflicto⁴⁵⁵, y por último, la prohibición de regreso a España ha sido fijada en un plazo único de diez años para todas las resoluciones judiciales que se deciden la sustitución de la pena por la expulsión.

El artículo 89.1, que ahora analizamos en esta Tesis doctoral, durante su vigencia conforme con su redacción originaria y su modificación dada por la Ley Orgánica 8/2000, la decisión judicial era siempre facultativa, de la misma forma que la sustitución de las penas cortas privativas de libertad establecida en el artículo 88^{456/457}. Por tanto, el Juez o Tribunal no estaba obligado en ningún momento de los supuestos del artículo 89 a proceder a la expulsión del extranjero no residente legalmente en España, lo que permitiría, en su caso, la aplicación del régimen general de alternativa a las penas impuestas (suspensión, sustitución y libertad condicional), ya que el artículo 89 del Código Penal no establecía "entonces" los criterios que habrá de tener en

⁴⁵⁴ CIRCULAR 1/2002 de la Fiscalía General del Estado de 19 de febrero sobre aspectos civiles penales y contenciosos.

⁴⁵⁵ ORTS BERENGUER, Enrique y otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. Ob cit Pág. 89.

⁴⁵⁶ FLORES MENDOZA, Fátima, Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO Patricia (Cooda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Pág. 123. Esta ausencia de criterio ha sido criticada de discrecional e insegura y ajena a los principios de taxatividad y certeza.

⁴⁵⁷ En este sentido, CLIMENTE DURAN, Carlos, El Cumplimiento efectivo de las penas en el nuevo Código Pena. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. núm. 76 julio 1995. Págs. 48 y 49

cuanta el Juez o Tribunal a la hora de tomar una decisión al respecto⁴⁵⁸, tal como hizo actualmente en el párrafo 3º⁴⁵⁹, (el cual se examinará de forma más amplia cuando analizamos el párrafo 3º del artículo 89).

PAZ RUBIO,⁴⁶⁰ distingue hasta tres supuestos distintos de expulsión penal:

a) Como medida sustitutiva de las penas de prisión inferiores a seis años.

b) Como cumplimiento de las penas de prisión de larga duración cuando el extranjero ya hubiese cumplido las tres cuartas partes de la condena.

c) Como medida de seguridad. (Arts. 96.3.5.º y 108 del CP de 1995).

Para SERRANO BUTRAGUEÑO⁴⁶¹, el artículo 89 del Código Penal contempla dos instituciones diferenciados, ambos presentan como elementos comunes 1) El subjetivo extranjero y la expulsión como pena sustituida con la prohibición expresa de regreso de diez años a tres, al igual como la mayoría de autores/^{462/463}. A juicio de LLORCA ORTEGA⁴⁶⁴ "esta situación

⁴⁵⁸ Teniendo en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional (STC 224/1992, Fj 3.) y ATC 106/1997, de 17 de abril de 1997), que "la facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionada estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control de la misma en evitación de toda posible arbitrariedad".

⁴⁵⁹ El párrafo 3º del vigente artículo establece que "La expulsión se llevara a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal".

⁴⁶⁰ PAZ RUBIO, José María. Análisis de la STS 2.ª de 8 de julio de 2004. Artículo publicado en la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología sobre la sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional. 2006.

⁴⁶¹ SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia). Granada, 1999. Pág. 751.

⁴⁶² DEL MORAL GARCIA, Antonio y SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. (coords.) Código penal (Comentario y Jurisprudencia). Tomo I. Granada, 2002. Pág. 1033.

vendrá determinada, fundamentalmente, aunque no de forma exclusiva, pero lo dispuesto en la Ley Orgánica sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España (en lo sucesivo Ley de extranjería 1985, de 1 de julio)". Quedando excluidos del ámbito de su aplicación a los extranjeros que permanecen de forma legal en España, en cumplimiento del artículo 13 del mandato constitucional que establece que « *los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza su Título I, en los términos que establezcan los Tratados y la Ley*». ⁴⁶⁵ En este sentido el Tribunal Constitucional (SSTC 94/1993 de 22 Marzo 242/1994 de 20 Julio, y 31 enero 2000), ha precisado las garantías que protegen a los extranjeros que residen legalmente en España y que se fundan en los arts. 13, 19 y 24 CE, interpretados a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 Dic. 1966, en concreto, de sus artículos 12 y 13, derivándose precisamente de este último precepto límites a las posibilidades abiertas al legislador para determinar los supuestos de expulsión de un extranjero que reside legalmente en un país⁴⁶⁶.

El termino "extranjero no residente legalmente en España" es un concepto jurídico, que de acuerdo con la llamada Ley de Extranjería (LO.7/1985), se procedía cuando una persona de

⁴⁶³ SANCHEZ YLLERA, Ignacio. Comentario al Código penal. Volumen I [Tomás S. Vives Antón (Cood)]. Tirant lo blanch. Valencia 1996. Pág. 504

⁴⁶⁴ LLORCA ORTEGA, José. Manuel de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995. 5ª edición. Tirant lo blanch. Valencia 1999. Pág. 281.

⁴⁶⁵ Al respecto se examinará de forma más amplia la situación del extranjero no residente legalmente en España en el ámbito de aplicación subjetivo del artículo 89 CP.

⁴⁶⁶ Por ello, el Preámbulo de la Ley Orgánica 7/1985, establecía que "es necesario diferenciar, con absoluta claridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello, la Ley asegura la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España. Y al propio tiempo, y en prevención de las alteraciones que pudieran en su caso producirse, respecto de la convivencia social, por la presencia de extranjeros en términos no legales en España, desarrolla las medidas específicas para impedir tales situaciones".

otra nacionalidad se encuentra en España sin cumplir alguno de los requisitos establecidos por la ley⁴⁶⁷, tal como, la existencia de alguna resolución -judicial o gubernativa- de expulsión⁴⁶⁸, no posea el correspondiente Visado de entrada a España en vigor, no disponga de los medios económicos necesarios para subsistir, o que no hubiera entrado a España por el lugar destinado al efecto⁴⁶⁹".

b) Requisitos:

En mi opinión, la redacción originaria del apartado primero del artículo 89 del Código Penal constituía para su aplicación cuatro requisitos necesarios para la procedencia de la sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España del territorio nacional como se examina a continuación:

1) Subjetivo; es requisito imprescindible para la aplicación del artículo 89 del Código Penal que el condenado ha de ser *extranjero* en situación ilegal en España⁴⁷⁰, quedando excluido de su ámbito de aplicación a los ciudadanos de los Estados miembros de la Comunidad Europea⁴⁷¹ y los extranjeros

⁴⁶⁷ En el mismo sentido, SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia). Granada, 1999. ob cit, Pág. 751.

⁴⁶⁸ Ha de advertir que, se refiere a la expulsión judicial del extranjero por la vía de lo Contencioso-administrativa, ya que con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995, no existía expulsión de extranjeros por vía penal, salvo a los autos dictados por los Juzgados de instrucciones para autorizar la expulsión solicitada por la autoridad gubernativa en determinados supuestos.

⁴⁶⁹ En sentido similar, SANCHEZ YLLERA, Ignacio. Comentario al Código penal. Volumen I [Tomás S. Vives Antón (Cood)]. Tirant lo blanch. Valencia 1996. Págs. 508 al 510.

⁴⁷⁰ Vid. La clasificación de extranjeros en el ámbito de aplicación subjetivo de esta Tesis Doctoral.

⁴⁷¹ Vid. Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas. (BOE núm. 156, de 30 de junio de 1992), que regulaba las formalidades administrativas para el ejercicio de los derechos de entrada y permanencia en España por parte de los ciudadanos comunitarios.

que gozan el derecho a residir en España en virtud de la posesión de una tarjeta o autorización de residencia concedida -en ciertas condiciones- por la autoridad administrativa conforme con los Convenios, Tratados internacionales firmados por España y la Ley de Extranjería⁴⁷². En la fecha que entró en vigor el Código Penal (art. 89), la Ley Orgánica 7/1985, de 1 julio (derechos y libertades de los extranjeros en España) era lícita para subordine el derecho de los extranjeros a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones⁴⁷³, como son, la de no estar implicados en actividades contrarias al orden público, o la de no cometer delitos de cierta gravedad⁴⁷⁴. En consecuencia, el apartado d) de artículo 26.1 LO 7/1985, permitía entonces la expulsión de todo extranjero que hubiera sido condenado, «dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados», asimismo, su

⁴⁷² Vid los artículos 13 y 19 CE y (SSTC de 99/1985 de 30 Septiembre. y 94/1993 de 22 Marzo).

⁴⁷³ Actualmente, la Ley de Extranjería 4/2000 (art. 54.1 a) y b) y art. 53 a), d) y f) establece diversas condiciones para autorizar la residencia del extranjero, el incumplimiento de alguno de los constituye causa suficientemente justifica para su expulsión: No ha obtenido la prórroga de estancia en España. Carece de autorización de residencia o la tiene caducada más de 3 meses, Y siempre que el extranjero/a no hubiera solicitado la renovación en los tres meses posteriores a la pérdida de vigencia de la resolución (art. 53.a LOE). La autorización de residencia debe considerarse aprobada si en tres meses la administración no responde a la solicitud (art. 54.10 RLOE). Si la administración deniega la renovación caben las siguientes tramitaciones: Recurrir esta decisión mediante un recurso de alzada (art. 114.2 Ley 30/92) y Solicitar un permiso para permanecer en el territorio hasta que se resuelva el recurso. Contra la resolución del recurso de alzada cabe el recurso contencioso-administrativo (art. 115.3 Ley 30/92).

⁴⁷⁴ Condiciones que fueron corroboradas por la jurisprudencia del TEDH conforme con los Derechos Humanos plasmados en el Convenio de Roma 4 Nov. 1950 (protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (Cfr. TEDH SS de 28 May de 1985, 21 Junio de 1988, 18 Febrero de 1991 y de 28 Noviembre de 1996, como ha tenido ocasión de recordar también la sentencia del Tribunal Constitucional 242/1994 de 20 Julio, el Auto 331/1997 de 3 Octubre, STC 1.ª de 31 Enero de 2000.rec: 1543/1997).

apartado f), que autorizaba la expulsión del extranjero por «carecer de medios lícitos de vida»⁴⁷⁵

2) objetivo; La pena impuesta al extranjero ha de ser privativa de libertad inferior a seis años de duración. En cuanto a las penas sustituibles, no se limita este supuesto de sustitución a la pena de prisión -como ocurre en el que se examinará a continuación- sino que habla el legislador de penas privativas de libertad, por lo que, junto con aquella, podrán ser sustituidas las penas de arresto de fin de semana (vigente entonces)⁴⁷⁶ y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, ambos de extensión siempre inferior a seis años.^{477/478} El legislador se refiere a estos castigos como "impuestos" al extranjero no residente legalmente en España, lo que significa una remisión a la pena en concreto y no a la pena en abstracto. Ello tiene importancia, pues, en los casos, no precisamente escasos, en que el delito aparezca castigado con una penalidad alternativa porque a través de la selección de la pena podrá evitarse la expulsión, conforme al mandato precepto del Código Penal según el cual las penas privativas de libertad han de ser inferiores a seis años. Sin embargo, en este punto, existe una disonancia entre el Código de 1995, por una parte, y la Ley de extranjería de 1985 (vigente entonces)

⁴⁷⁵ vid sentencia del Tribunal Constitucional 1.ª. (94/1993 de 22 Marzo, La Ley, 1993-4, 101). STC 1.ª (3 de Oct. 1997. R. 3019/1997).

⁴⁷⁶ Ha de tener en cuenta que la pena de arresto de fin de semana ha sido suprimida según la reforma dada por la LO. 15/2003. tal texto era vigente hasta el 30 de septiembre de 2004.

⁴⁷⁷ En el mismo sentido; LLORCA ORTEGA, José Manuel de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995. 5ª edición. Tirant lo blanch. Valencia 1999. Pág. 281.

⁴⁷⁸ En el mismo sentido; SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia). Granada, 1999. Págs. 751 y 752. En caso de sustitución total de la pena impuesta se requiere que la misma sea "inferior a seis años de privación de libertad...", el Código se refiere a "las penas privativas de libertad (art. 89.1 ab initio)" hay base legal para entender, en principio, que este sustitutivo comprende a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa, al arresto de fines de semana y, por supuesto, a la pena de prisión hasta seis años menos un día".

y su Reglamento de 1996, por otra. En efecto, tanto la Ley 7/1985 (artículo 21.2 pf.2º) como el Reglamento (artículo 106.2) contemplaba la posibilidad de sustituir la pena por la expulsión, pero a diferencia del Código Penal, no se fijan en la cuantía de la pena impuesta efectivamente al extranjero, sino en la naturaleza del delito objeto de la condena, pues exigen que se trate de delito menos grave, lo que equivale a adoptar el criterio de la pena en abstracto. Como además, el Código Penal de 1995 califica como pena grave la de prisión superior a los tres años, he aquí el dislate, en cuanto a la extensión, con el artículo 89, es el que ha de prevalecer⁴⁷⁹.

MANZANARES SAMANIEGO⁴⁸⁰, señala que, la redacción originaria del artículo 89, pese a no mencionar expresamente la pena de arresto de fin de semana -ahora suprimida-, nada impide su inclusión entre "las penas privativas de libertad" inferiores a seis años⁴⁸¹. La posterior referencia exclusiva a la "prisión igual o superior a seis años" podría explicarse por cuanto aquellos arrestos nunca alcanzarán semejante proyección temporal. La inclusión de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa entre las penas privativas de libertad (art.35) permitía igualmente su sustitución por medida de expulsión, aunque resulte obvio que el artículo 89 se ha redactado pensando exclusivamente en las penas de prisión. Asegurando -el autor- que, la imprecisión que acompaña a la sustitución de las penas privativas de libertad por otras penas en los artículos 80 a 88 del Código Penal.

⁴⁷⁹ LLORCA ORTEGA, José. Manuel de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995. 5ª edición. Tirant lo blanch. Valencia 1999. Págs. 281 y 282.

⁴⁸⁰ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Código Penal Doctrina y Jurisprudencia. Tomo I. (Dirección CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO). Editorial Trivium 1997. Pág. 1290.

⁴⁸¹ En este sentido; DE LA ROSA CORTINA, José Miguel; La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003, LA LEY, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Año XXV. Número 6042. Jueves, 17 de junio de 2004. Págs. 1917-1927.

En mi opinión, la finalidad del legislador según la redacción originaria del artículo 89 era la sustitución de todas las penas privativas de libertad por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España, dada la clara expresión del artículo 35 del mismo Código, el cual establecía, entre otras penas privativas de libertad, el arresto de fin de semana (en vigor entonces), puesto que, el legislador no ha excluido expresamente ninguna pena privativa de libertad del artículo 89 al establecer que "las penas privativas de libertad...", sin excepción alguna. Sin embargo, en la redacción operada por la LO 8/2000, el legislador ha excluido expresamente los delitos mencionados en apartado 4º del artículo 89. Así como la clara exclusión dada por la L.O. 11/2003 de los artículos 80, 87 y 88 del 3º párrafo del mismo artículo, por lo que, debe entenderse que la voluntad del legislador ha sido establecida de forma generalizada sin excepción ni exclusión de ninguna pena privativa de libertad del ámbito de aplicación del artículo aquí estudiamos, incluso todas las penas privativas de libertad entre ellas la del artículo 35 por no haber sido expresamente o posteriormente excluidas por el legislador.

Puede afirmarse que, durante la vigencia de la redacción originaria del artículo 89, cabía la posibilidad de sustituir la pena por otra, suspenderla y incluso no aplicar el artículo 89 conforme a la regla general del Código Penal, ya que, la sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión era decisión facultativa para el Juez o Tribunal, por lo tanto, el Juez o Tribunal podrá sustituir o suspender la pena impuesta al extranjero conforme a lo dispuesto en los artículos 71.2, 80, 87 y 88, según cada caso, de acuerdo con la norma general del Código. Extremo este, que es distinto en

la actualidad, el cual, se examinará en la parte correspondiente a la versión actual del artículo en cuestión.

En esta fase que estudiamos -anterior a la reforma dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre- pese al carácter facultativo sobre la posibilidad de la sustitución de las penas por la expulsión, los Fiscales y los Tribunales penales españoles se han venido oponiendo a sustituir las penas de prisión inferiores a seis años por la expulsión por dos tipos de razones: Una, era la gravedad de la infracción (generalmente tráfico de drogas en la mayoría de los casos) y la otra era por la discriminación o peor trato de los ciudadanos españoles -que cumplir las penas en prisión- frente a los extranjeros, a quienes se permite eludir el cumplimiento de dichas penas ⁴⁸².

3) Condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En cuanto a la *sustitución parcial, o de parte de la pena*, resulta requisitos inexorables para la expulsión de los extranjeros no residentes, que la misma sea instada expresamente por el Ministerio Público; oír al penado; que la pena impuesta fuere de prisión igual o superior a seis años, y que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. Sin

⁴⁸² DEL MORAL GARCIA, Antonio y SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. (coords.) Código penal (Comentario y Jurisprudencia). Tomo I. Granada, 2002. Pág. 1036. Señalan que "es doctrina consolidada del Tribunal Supremo (STS, 2ª, núm. 1144/2000, de 4 de septiembre), que las facultades legales cuya aplicación queda al arbitrio del Juzgador no son susceptible de recurso de casación", y la Audiencia Provincial de Cádiz, (Auto de 27 de febrero de 1998.Sec.1ª), el cual señala que "la posibilidad de sustituir las penas privativas de libertad por la expulsión del territorio nacional está prevista en el art. 89 del Código penal para los extranjeros no residentes legalmente en España y con pena inferior a seis años...", para ellos, "esto significa no puede dejar de aplicarse porque supone una discriminación con respecto a los españoles o a los residentes legales, pues es la propia Ley la que discrimina y fija cuáles son sus destinatarios (salvo que se esté hablando de un trato desigual por motivos supralegales). El precepto se aplica sólo a los extranjeros residentes ilegales, con que no puede hablar discriminación injusta en relación con quienes no son sus destinatarios".

embargo, el art. 197 del nuevo RP establece que el Juez de Vigilancia Penitenciaria (o a un español residente en el extranjero) a cumplir el periodo de libertad condicional -la última cuarta parte o, en caso de anticipación, la última tercera parte de la pena de prisión- en su país de residencia⁴⁸³. Se conjugan ambas fórmulas cuando el penado sea quien inste marcharse a su país de residencia, a cumplir (o "disfrutar" dice el RP) el periodo de libertad condicional, la autorización del Juez de Vigilancia Penitenciaria será suficiente (art.197.1 del nuevo RP). Mientras que cuando el penado se niegue a marcharse, o no lo solicite, habrá de ser el Fiscal quien inste la medida de expulsión y habrá de ser el Juez o Tribunal sentenciador el que la acuerde, tras oír al penado, cuya opinión, según lo dicho, no será vinculante, a tal efecto, como señala el artículo 197.2 del nuevo RP⁴⁸⁴. Sin embargo, y a pesar de lo dispuesto en el RP, el art. 4.1 NCP impide que la medida de expulsión pueda adoptarse cuando el reo lleve cumplidas sólo las dos terceras partes de la condena, y no podrá acordarse sino cuando el penado extranjero no residente tenga cumplidas las tres cuartas partes de la condena. Único supuesto previsto, lamentablemente, por el art. 89 NCP y queda dentro del principio de legalidad de las penas⁴⁸⁵. En el momento de decidir sobre la sustitución de la cuarta parte de la pena pendiente por la expulsión, el extranjero podrá encontrarse en alguna de las situaciones siguiente: a) clasificado en primero o en segundo grado; b) Pendiente de la concesión de la libertad condicional por el

⁴⁸³ En este sentido. SANCHEZ YLLERA Ignacio. Comentario al Código penal. Volumen I [Tomás S. Vives Antón (Cood)]. Tirant lo blanch. Valencia 1996. Pág. 506. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permita, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado la aplicación de las medidas de seguridad y control de la libertad condicional prevista en su legislación interna.

⁴⁸⁴ SERRANO BUTRAGUEÑO Ignacio. Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia). Granada, 1999. Pág. 752

⁴⁸⁵ DEL MORAL GARCIA, Antonio y SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. (coods.) Código penal (Comentario y Jurisprudencia). Tomo I. Granada, 2002. Pág. 1035

Juez de Vigilancia, por concurrir en él los requisitos necesarios, para su disfrute en España (art.90,CP),c) Pendiente de autorización, por el Juez de Vigilancia, para disfrutar del periodo de libertad condicional en su país ⁴⁸⁶(art.197,RP.);d) gozando de la libertad condicional, concedida anticipadamente tras haber cumplido dos tercios de condena (art.91, CP). Ante esta diversidad de situaciones, la solución habrá de fundarse en dos principios: a) Hay que partir de una idea clara: el legislador desea que, en primer lugar, se pronuncie el órgano sentenciador -salvo el caso de concesión de la libertad condicional anticipada- en orden a la expulsión. De ahí, a su juicio, comunicada al Ministerio Fiscal la proximidad del cumplimiento de las tres cuartas partes, éste, caso de decidir instar la expulsión, deberá comunicarlo al Juez de Vigilancia correspondiente para que suspenda la resolución del expediente de libertad condicional, y de este modo evitar una posible colisión de pronunciamientos judiciales. b) Hay que entender, además, que la concesión de la libertad condicional por el Juez de Vigilancia en modo alguno constituirá un obstáculo para que el Tribunal sentenciador decreta, posteriormente, la expulsión. No existen razones técnicas que lo impidan; y tampoco existen para entender imposibilitado de entrar en juego al art. 89 por la simple circunstancia de encontrarse el condenado extranjero en el último periodo de la condena. El fundamento jurídico de la libertad condicional y el de la sustitución por la expulsión no se excluyen entre si. En consecuencia, si al condenado extranjero le hubiera sido concedida la libertad condicional anticipada al extinguir los dos tercios de condena (art.91

⁴⁸⁶ En el mismo sentido. FLORES MENDOZA, Fátima, *Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate)* LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Pág. 111. Tirant lo blanch. Valencia 2002. "En la misma línea se presenta el artículo 197 del actual Reglamento Penitenciario que permite que el cumplimiento de la última fase de las penas privativas de libertad, esto es, la fase de libertad condicional, se lleva a cabo en el país de residencia del extranjero."

C.P), el Fiscal, no obstante, podrá instar ante el Tribunal sentenciador, una vez hubiere extinguido el reo las tres cuartas partes, la sustitución de la restante por la expulsión.^{487/488}

En definitiva, el Órgano sentenciador se pronunciará con libertad de criterio en esta materia, no siendo obstáculo para ello que el condenado extranjero goce de una propuesta favorable de progresión a la libertad condicional o ya estuviere disfrutando de este periodo. Ello sin perjuicio de reconocer que tal situación constituirá un factor más a tener en cuenta a la hora de tomar la decisión definitiva. El legislador abandona la decisión -de expulsión o de no expulsión- al libre arbitrio judicial, sin establecer criterio alguno condicionante de dicho arbitrio, por lo que la decisión, concurriendo los supuestos legales, no podrá ser revisada en alzada. En este sentido parece manifestarse el Tribunal Supremo, para el cual esta resolución constituye una decisión discrecional del órgano judicial de instancia y, como tal, no recurrible (sentencia 13 de julio de 1998) ⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ Vid. STS. 23/11/2005. La doctrina del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1.999 declaró que "la decisión del Tribunal sentenciador en esta materia no era otra cosa que el ejercicio de una facultad discrecional de primer grado que le otorga la Ley, como se deduce del empleo de la expresión legal "podrán" de que se hace uso en el precepto y, por consiguiente, no censurable en casación, ya que, una vez acreditado que el acusado carece de residencia legal en España, se trata de una decisión del juzgador no sometida a condición ni a criterio legal alguno preestablecido".

⁴⁸⁸ En el mismo sentido, RODRIGUEZ RAMOS, Código Penal Concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarios, [Cood] La LEY grupo Wolters Kluwer. 2007. p 250. al respecto, cita la doctrina del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1.999 que declaraba que "la decisión del Tribunal sentenciador en esta materia no era otra cosa que el ejercicio de una facultad discrecional de primer grado que le otorga la Ley, como se deduce del empleo de la expresión legal "podrán" de que se hace uso en el precepto y, por consiguiente, no censurable en casación, ya que, una vez acreditado que el acusado carece de residencia legal en España, se trata de una decisión del juzgador no sometida a condición ni a criterio legal alguno preestablecido".

⁴⁸⁹ LLORCA ORTEGA, José. Manuel de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995. 5ª edición. Tiran lo blanch. Valencia 1999. Págs. 286 al 288.

SANCHEZ YLLERA⁴⁹⁰, se plantea, la posible colisión con las normas reguladoras de libertad condicional que puede ocurrir: en relación con la posibilidad de sustitución del último cuarto de la pena en condenas por delitos graves no pueden dejar de anticiparse los problemas que dicho precepto planteará en relación con los penados extranjeros sin enrizamiento alguno en España y su posible acceso a la libertad condicional que precisamente se cumple durante ese último cuarto de cumplimiento de la pena. Se plantea entonces la posible triple colisión de normas sobre el mismo supuesto de hecho: ciudadano extranjero próximo a cumplir las $\frac{3}{4}$ partes de su condena que el Juez de Vigilancia pretende conceder libertad condicional para disfrutar en su país de origen conforme al artículo 197 citado, pero que la Dirección General de la Policía pretende expulsar administrativamente de nuestro país conforme al artículo 26 (L.O.7/1985) si sale en libertad condicional, y que ahora también, con este nuevo precepto el Juez o Tribunal Sentenciador va a poder plantearse si sustituir el cumplimiento de la última fase de la conde por su expulsión. Las tres pretensiones son compatibles legalmente, pero se plantearán numerosos conflictos, al menos entre el Tribunal Sentenciador y el Juez de Vigilancia penitenciaria. Puede ocurrir:

1. Que se proceda a la expulsión judicial como sustitución de la pena privativa de libertad conforme al precepto que comentamos. Habrá de ser autorizado por el Tribunal sentenciador ya que es una medida que sustituye a una pena de prisión y nada en principio compete legalmente al Juez de Vigilancia en este aspecto.

⁴⁹⁰ SANCHEZ YLLERA, Ignacio. Comentario al Código penal. Volumen I [Vives Antón Tomás S. (Cood)]. Tirant lo blanch. Valencia 1996. Págs. 507 y 508.

2. Que se conceda al penado extranjero la libertad condicional al amparo del artículo 197 del Reglamento penitenciario, es decir, para disfrutarla en su país de origen, en cuyo caso carece de sentido el plantear la expulsión administrativa ya que por propia definición el penado va a abandonar el país y únicamente en caso de que existan garantía de que lo vaya a abandonar se le excarcelará en libertad condicional. Si el interno quiere abandonar el país voluntariamente, y accede a marcharse en las condiciones fijadas no podrá procederse a su expulsión en ningún caso.

3. Que el penado extranjero, al igual que cualquier otro penado español, reúna todos los requisitos para disfrutar la libertad condicional en nuestro país, porque también exista un pronóstico favorable de reinserción social. En este caso no cabe plantearse la expulsión en ninguna de sus modalidades pues el penado ofrece garantía de hacer vida honrada en libertad y tiene derecho a pasar esa parte de la pena -la última $\frac{1}{4}$ parte- en España. no habrá razón alguna para interrumpir ese proceso con la expulsión judicial o administrativa en dicho periodo.

4. Que el penado haya ya extinguido ya sus condenas, con lo que desaparecida su relación jurídica con la Administración penitenciaria y la Administración de Justicia, su situación administrativa se regirá por la Ley 7/1985 sin que el Juez de Vigilancia ni el Tribunal sentenciador tengan ya nada que decir sobre la tramitación de tal expediente gubernativo.

En el mismo sentido, MANZANARES SAMANIEGO⁴⁹¹, opina que, el artículo 89.1, puede suscitar problemas exegéticas no sólo en

⁴⁹¹ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo I. (Dirección CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO). Editorial Trivium 1997. Pág. 1291.

relación con la repetida Ley Orgánica 7/1985, (vigente entonces) sino también en lo atañe a la regulación de "libertad condicional de extranjeros" en el artículo 197 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, y más particularmente en cuanto a su número 2. empezando por éste, sorprende que bajo aquella rúbrica se regula lo que haya de hacerse "con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el artículo 89 del Código Penal", siendo así que ese artículo 89 -el ahora comentado- no se refiere a ninguna libertad condicional, aunque en ocasiones se exija la extinción previa de las tres cuartas partes de la condena, además, en que la sustitución del artículo 89 es competencia del Juez o Tribunal sentenciador, mientras que todas las modalidades de libertad condicional lo son del Juez de Vigilancia⁴⁹². En realidad. Ese número 2 del artículo 197 del nuevo Reglamento Penitenciario conecta -y conecta bien- con lo dispuesto en el número 1, donde se da respuesta a otra interesante cuestión relacionada con el acceso de los extranjeros a la libertad condicional (y no a la sustitución de su pena de prisión por la expulsión del territorio nacional". LASCURAIN SANCHEZ⁴⁹³, afirma que "la crítica debe reiterarse en relación con la expulsión de extranjeros condenados a pena igual o superior a los seis años si se trata de sujetos sin residencia legal⁴⁹⁴. Si la medida es aplicable también a los extranjeros con derecho de residencia en España, como se puede inferir de la redacción del precepto y en contra de lo que constituía la voluntad del legislador,

⁴⁹² V: LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Prisión y substitutivos penales. El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Cood. Por; MORALES PRATS, Fermín/QUINTER OLIVARES, Gonzalo, 2001, Págs. 425 y 436

⁴⁹³ LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio. Comentario al Código Penal. [GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir). y AGUSTIN JORGE BARREIRO. (cood)]. Editorial Civitas. SA. Madrid 1997. Pág. 291.

⁴⁹⁴ En este sentido; DE LA ROSA CORTINA, José Miguel; La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003, ob cit. Págs. 1917-1927.

la expulsión puede tornarse en exceso severa para quien ya ha cumplido las tres cuartas partes de la condena, puede obtener la libertad condicional y tiene su residencia legal en España. No se entiende en cualquier caso, la cautela de *la instancia del Fiscal* en este caso y no en el anterior, que puede cobijar período de privación de libertad sustituidos más prolongados”.

En relación a la institución de libertad condicional, dice PRATS CANUT⁴⁹⁵, que la única exigencia que se establece es que se encuentren cumplidas por parte de aquél las tres cuartas partes de la condena, sin referencia a otro requisito legal de los exigidos para el régimen ordinario de libertad condicional, con salvedad de que dicha expulsión debe ser solicitada por el Ministerio Fiscal. La pregunta que surge es si los extranjeros ilegales pueden disfrutar del régimen ordinario de la libertad condicional o, por el contrario, cuando se hagan acreedores al mismo sólo cabe su expulsión. En principio los artículos referidos a la libertad condicional en el CP/1995 (arts. 90 a 93) nada dicen al respecto⁴⁹⁶, y hablan tan sólo de sentenciados sin ninguna otra distinción, por tanto cabría entender que la expulsión es una posibilidad más para los extranjeros residentes ilegales pero que no empecé su condición el hecho de acordarse otra fórmula de libertad condicional. Sin embargo del tenor del art. 197 del nuevo Reglamento Penitenciario cabe llegar a otras conclusiones. De tal suerte puede producirse una colisión de normas que

⁴⁹⁵ PRATS CANUT, Josep Miquel. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir).FERMIN MORALES PRATS (cood)], 2ª Edición. Aranzadi 2001. Págs. 496 y SS. Idéntico sentido también: PRATS CANUT/TAMART SUMALLA. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir).FERMIN MORALES PRATS (cood)], 3ª Edición. THOMSON Aranzadi 2004. Pág. 520

⁴⁹⁶ FLORES MENDOZA, Fátima, Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO Patricia (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Pág.107.

provocará sin duda dificultades interpretativas⁴⁹⁷, máxime si como señalamos estamos ante una autentica administrativización de dicha ejecución; a estos efectos es particularmente ejemplificativo el punto tres del artículo 89 CP/1995, que prevé, en caso de intento de quebrantar la decisión judicial de expulsión gubernativa que la *autoridad gubernativa* sin más procederá a su expulsión. Dicha expulsión gubernativa afecta tanto a los supuestos de sustitución de pena como de libertad condicional ;sui generis" lo cual supone equiparar los efectos de incumplimiento de situaciones radicalmente distinta.

En mi opinión, la posibilidad de triple colisión con las normas reguladoras de libertad condicional que puede ocurrir en relación con la sustitución de la última cuarta parte de la pena en condenas por delitos graves planteada por SANCHEZ YLLERA⁴⁹⁸ y LLORCA ORTEGA⁴⁹⁹, efectivamente, las tres pretensiones planteadas son compatibles legalmente, pero, actualmente, en mi opinión, han desaparecido estas posibilidades de conflictos, al menos entre el Tribunal Sentenciador y el Juez de Vigilancia penitenciaria, pese a que en la versión originaria del artículo 89 no exigía la constancia de la decisión acordada por el Juez o Tribunal en la sentencia, pues, una vez, descartada la expulsión, y acordada la ejecución de la pena en España se rige conforme a la regla general que posiblemente ocasionaba el conflicto, ya que, actualmente, la instrucción 14/2001 de 14 de diciembre, actualizada por la instrucción 18/2005, ha determinado la tramitación de ejecutar la expulsión del penado extranjero que

⁴⁹⁷ En el mismo sentido SANCHEZ YLLERA, Ignacio. Comentario al Código penal. Volumen I [VIVES ANTÓN, Tomás S. (Cood)]. Tirant lo blanch. Valencia 1996. Pág. 507.

⁴⁹⁸ SANCHEZ YLLERA, Ignacio. Comentario al Código penal. Volumen I [VIVES ANTÓN, Tomás S. (Cood)]. Tirant lo blanch. Valencia 1996. Pág. 507 y 508.

⁴⁹⁹ LLORCA ORTEGA, José. Manuel de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995. 5ª edición. Tiran lo blanch. Valencia 1999. Págs. 286 al 288.

haya cumplido las tres cuartas partes de la condena conforme con las siguientes reglas:

a) Cuando en la Sentencia se acuerde la expulsión al acceder el penado al tercer grado, la Junta de Tratamiento tendrá en cuenta esta previsión para, en caso de que proceda, elevar propuesta de progresión a esos efectos.

b) Una vez firme la clasificación en tercer grado, la Oficina de Régimen comunicará dicho extremo a la Comisaría Provincial de Policía y al Juez o Tribunal Sentenciador. Del mismo modo notificará con tres meses de antelación la fecha de cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena. Además, el artículo 197 del Reglamento Penitenciario, que desarrolla el segundo inciso del artículo 89.1 del Código Penal, nada tiene que ver con la libertad condicional^{500/501}. Por un lado, la expulsión recogida en este precepto no está sometida a las exigencias de la libertad condicional establecidas en el artículo 90 del Código Penal, como la necesidad de que el condenado se halle en el tercer grado de tratamiento penitenciario y que durante el mismo haya observado buen comportamiento y exista un pronóstico favorable de reinserción social, como así parece interpretar el artículo 197 del Reglamento penitenciario⁵⁰². Por otro lado, la condición principal, esto es, la obligación de no delinquir durante el último periodo de cumplimiento de la pena, tampoco está presente en la regulación del artículo 89, siendo sustituida por la obligación de no regresar a nuestro país

⁵⁰⁰ FLORES MENDOZA, Fátima, *Inmigración y Derecho Penal* (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO Patricia (Coord). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Págs. 106 y 107.

⁵⁰¹ En el mismo sentido: MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Código Penal Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo I. (Dirección CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO). Editorial Trivium 1997. Pág. 1290.

⁵⁰² V. ORTS BERENGUER, E. e otros, *Jornadas en homenaje al XXV aniversario de la Ley orgánica general penitenciaria*, Ministerio del Interior, Madrid, 2005.

durante un tiempo determinado. Por ello el quebramiento de esta única condición no se traduce en el descuento del tiempo transcurrido fuera del territorio nacional en el cómputo de la última cuarta parte de la condena, como sería lo propio en un supuesto de libertad condicional, conforme al artículo 93 del Código Penal. Asimismo, sería criticable tanto la sistemática empleada por el Código Penal como la competencia otorgada al Tribunal sentenciador y no al Juez de vigilancia penitenciaria.

Como alternativa, algunos autores ^{503/504} han ofrecido otros instrumentos que velan por la reinserción social del extranjero que haya sido condenado en nuestro país, mediante dos instrumentos de colaboración judicial internacional como son la extradición y la ejecución de sentencias penales extranjeras..., ambas figuras ofrecen un pronóstico más favorable de reinserción social, sin que suponga menoscabo de las exigencias de prevención general y reafirmación del Ordenamiento Jurídico del Estado en el que la sentencia fue dictada, "teniendo en cuenta que estos otros instrumentos de colaboración jurídica internacional, fundamentalmente los primeros, sirven a los fines de la pena (reafirmación del Derecho y prevención general y especial), posibilitando

⁵⁰³ En mismo sentido. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia. Tomo I. (Dirección CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO). Editorial Trivium 1997. Pág. 1291. según ha manifestado que: "desde hace tiempo, la Dirección General de las Instituciones Penitenciarias y los Jueces de vigilancia tropezaban con dificultades para conceder a un extranjero sin raíces ni trabajo en España la libertad condicional. La solución práctica, pero extralegal, fue la de ligarla precisamente al disfrute en el país de procedencia. Ahora, el número 1 del artículo 197 del Reglamento Penitenciario viene a llenar esa laguna. Ha quedado sin resolver el problema de aquél cuya extradición se encuentra suspendida por el cumplimiento de una pena en España. sin embargo, el supuesto puede beneficiarse analógicamente de esa otra previsión. No sería el primer caso en el que se concedió la libertad condicional a quien deseaba empezar a cumplir cuanto antes la pena por la que había sido solicitada y concedida la extradición".

⁵⁰⁴ FLORES MENDOZA, Fátima, Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Págs. 106 y 107.

asimismo el cumplimiento de los fines político-criminales de la expulsión jurídico-penal (mitigar los efectos de la inmigración ilegal y la masificación en los centros penitenciarios), sería preferible acudir a ellos en lugar de la expulsión, igualmente en los supuestos en los que no existiesen acuerdos internacionales con los países de origen o residencia del extranjero debería procederse a la expulsión, con el objeto de garantizar los fines de la pena y los principios de igualdad y no discriminación entre los condenados.

En mi opinión, la extradición planteada no es equiparada sino similar a la expulsión, ya que, en ambos casos proceda la salida obligatoria del extranjero fuera de España. La diferencia se radica en que la extradición se proceda a consecuencia de una previa reclamación de un Estado que solicita la entrega del extranjero, mientras que la expulsión se deriva a la sustitución de la pena conforme a lo establecido en el 2º inciso del artículo 89.1. La extradición, por tanto, no puede sustituir la expulsión sin el requerimiento previo del país reclamante, tampoco, la extradición está limitada a los extranjeros no residentes legalmente en España, ni como consecuencia de aplicación del artículo 89 CP, sino es aplicable a todos los condenados extranjeros incluidos a los nacionales de la Unión europea. Finalmente, la extradición sería un proceso sobre otro proceso penal previamente iniciado e incluso concluido.^{505/506}. Es posible que la tramitación más adecuada sea el traslado de

⁵⁰⁵ Vid el artículo 14 del Convenio de 13 diciembre 1957, ratificado por Instrumento de 21 abril 1982, firmado en Estrasburgo el Convenio Europeo de Extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957.

⁵⁰⁶ En este sentido: vid. STC 148/2004, FJ 6. STC 32/2003, de 5 de marzo, FJ 2. SSTC 13/1994, de 17 de enero, FJ 4, 141/1998, de 29 de junio, FJ 1, y 91/2000, de 30 de marzo, FJ 6. STC 32/2003, de 13 de febrero, FJ 4. STC 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 6. STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 9 y STC 49/2006 de 13 de febrero.

personas condenadas para cumplir la condena que se le haya impuesto con arreglo a lo dispuesto en los Convenios. El traslado podrá solicitarse bien por el Estado de Condena bien por el Estado de Cumplimiento. España está adherido al Convenio multilateral, sobre el traslado de personas condenadas elaborado en Estrasburgo el 21/03/1985 (BOE nº 138 del 10/06/1985) conforme con la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución⁵⁰⁷. Asimismo Convenios Bilaterales con países de Sudamérica o Asia.⁵⁰⁸ También existe otro instrumento en su virtud regule la Readmisión de las personas en situación irregular, por la entrega o el envío a sus países de los que sean nacionales o desde los que se hayan trasladado hasta el territorio español. España firmó múltiples Convenios y Tratados de Readmisión con gran parte de distintos países⁵⁰⁹.

4) Audiencia del penado; Es necesario oír previamente al penado⁵¹⁰, cualquiera que fuera la duración de la pena, por lo que derivaba a consecuencia la exigencia de motivar la

⁵⁰⁷ RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, Manual de ejecución penitenciaria. Madrid. Colex, 1998. Pág.6, "España tiene suscritos TRATADOS INTERNACIONALES MULTILATERALES, Convenio Europeo de Traslado de Condenados (ámbito de aplicación países miembros del Consejo de Europa que lo hayan ratificado), Consejo de Europa 1983, B.O.E. nº 139 de 10-06-1985 así como TRATADOS BILATERALES suscritos y ratificados por España, en la actualidad 13 países, que se encuentran junto con las fechas de entrada en vigor en el ANEXO DOCUMENTAL".

⁵⁰⁸ Instrumento de Ratificación de 18 de febrero de 1985 del Convenio de 21 de marzo de 1983 sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo. (BOE núm. 138, de 10 de junio de 1985).

⁵⁰⁹ V. La Disposición adicional sexta, añadida por la Ley Orgánica 14/2003 sobre los acuerdos de readmisión establece que: A los extranjeros que, en virtud de los acuerdos que regulen la readmisión de las personas en situación irregular suscritos por España, deban ser entregados o enviados a los países de los que sean nacionales o desde los que se hayan trasladado hasta el territorio español, les será de aplicación lo dispuesto en los citados acuerdos y esta ley, así como su normativa de desarrollo.

⁵¹⁰ SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia). Granada, 1999. Pág. 751. según ha manifestado que: "se requiere oír previamente al penado, cuyo parecer a favor de la expulsión tendrá un peso casi decisivo; sin embargo, en caso de mostrarse contrario a la expulsión habrá que valorar la sustitución en término de justicia y equidad, haciendo el correspondiente "balancing" entre los diferentes derechos e intereses en conflictos."

decisión adoptada por el Juez o Tribunal sentenciador. Asimismo, exigía la instancia del Ministerio Fiscal cuando la pena de prisión era igual o superior a seis años, siempre que el extranjero hubiera cumplido las tres cuartas partes de la condena. A juicio de LLORCA ORTEGA⁵¹¹ "Para ambos supuestos - sea sustitución total sea parcial de la pena- el legislador exigía, como requisito necesario, oír previamente al penado. La utilización por el legislador del término "penado", al referirse a la necesidad de su audiencia previa al acuerdo de expulsión, parece dar a entender que dicha audiencia habrá de celebrarse con posterioridad a la sentencia condenatoria y a la fecha de su firmeza", -en cuanto a la audiencia del Ministerio Fiscal, el artículo 89.1 nada decía al respecto para acordar la expulsión- "salvo que, tratándose de sustitución parcial de la prisión, requería que medie instancia del Ministerio Público. Ello plantea la duda de si, en el primer supuesto del citado precepto (sustitución total de penas privativas de libertad inferiores a seis años), el órgano judicial ha de oír o dar audiencia del Fiscal. La Fiscalía General del Estado así lo ha entendido. Realmente, si la medida afecta a la ejecución de la condena no podrá acordarse sin oír al Fiscal, a quien corresponde, conforme al art. 3º.9, de E.O.M.F., "velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social". Sobre "la duda de si la medida sustitutiva de expulsión del territorio nacional ha de ser instada por el Ministerio Fiscal; a tal fin, los directores de los establecimientos Penitenciarios habrán de informar al Ministerio Público de los penados extranjeros que estén cumpliendo condenas inferiores a seis años de prisión (art. 27

⁵¹¹ LLORCA ORTEGA, José. Manuel de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995. 5ª edición. Tiran lo blanch. Valencia 1999. Pág. 285.

del nuevo RP)⁵¹². Sin embargo, este requisito que figuraba expresamente en el PCP de 1992, fue sustituido por "oír" al Fiscal en el Proyecto de 1994, y finalmente suprimido durante la tramitación parlamentaria, de conformidad con el Informe del CGPJ, para evitar que la inactividad del Ministerio Público congelara esta sustitución penal. De conformidad con su Estatuto Orgánico, deberá oírse al Fiscal antes de adoptar la expulsión⁵¹³.

La importancia de este trámite de audiencia ya que por medio de él, no sólo se salvaguardan los derechos de defensa genéricamente considerados, sino también el derecho constitucional que el ciudadano extranjero tiene a su libertad de residencia y de desplazamiento en España, reconocido en el art. 19 CE en relación con el art. 13 Pacto Internacional 19 Dic. 1966 (Derechos Civiles y Políticos). En el citado trámite es necesario distinguir aquellos supuestos en que es el propio interesado el que manifiesta su voluntad de que se le sustituya la pena por expulsión, de aquellos casos en que tal se decreta al margen de su voluntad, decantándose en este último supuesto por la necesidad de que el acto o diligencia de tal audiencia se practique ante letrado de modo inexcusable. Sobre cuándo debe oírse al afectado, no es suficiente con que sea oído formalmente en relación con los hechos objeto de acusación al prestar declaración en el juicio ni tampoco cuando se le concede la última palabra, ya que es necesario que haya un acto de audiencia específica sobre la cuestión. Por último, el acuerdo de expulsión debe tomarse siempre con posterioridad a la audiencia, pues no en balde el precepto emplea el adverbio previamente, es decir, con

⁵¹² V. La expulsión de extranjeros, La Ley penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, Universidad de Rioja ISSN 1697-5758, N°. 14, 2005.

⁵¹³ SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia). Ob cit. Granada, 1999. Pág. 752

antelación⁵¹⁴. (TC SS 242/1994 y 25 Nov. 1997). (TS 2.ª S 21 Ene. 2002. Rec. 17/2001).

En mi opinión, la tramitación de audiencia del penado sin duda es una garantía procesal relacionada con las circunstancias del condenado, (arraigo familiar y social y su situación en el país de destino) y la motivación de la decisión adoptada por el Juez o Tribunal, para poder valer la proporcionalidad entre dos importantes valores, el bien jurídico protegido y el interés del Estado, lamentablemente, en la actualidad, conforme con la redacción dada por la L.O.11/2003, desapareció la necesidad de oír previamente al penado, sin embargo, la jurisprudencia recibida ha exigido la práctica de dicha tramitación a partir de publicar la sentencia del Tribunal Supremo nº 906 de 8 de julio de 2004.

Recientemente el Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo penal, (STS 125/2008, de 20 de Febrero, Recurso nº 11098/2007), ha declarado que; *«Para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad»*.

⁵¹⁴ MAGRO SERVET, Vicente. El problema del sometimiento al artículo 98 LOPJ, artículo publicado en la auten. LA LEY. net.penac/2005. Pág.14

2- EL APARTADO 2º DEL ARTÍCULO 89 CP

- La prohibición de regreso a España

El segundo apartado del artículo 89 del Código Penal establecía que: *"El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas"*.

La versión reguladora de la redacción originaria del artículo 89.2 del Código Penal, prohibía al extranjero "regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta"⁵¹⁵, la valoración sólo de la duración de la pena impuesta debería haber llevado a un cálculo o módulo de conversión a nivel legal⁵¹⁶. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas, claro que debe evitarse que se cumpla la pena sustituida si es posible aún cumplir el régimen sustitutivo en sus propios términos⁵¹⁷.

El punto dos del citado artículo, prevé el plazo de duración de la expulsión que se fija entre tres y diez años en

⁵¹⁵ El artículo 36.1. de la Ley Orgánica 7/1985 establecía que *"Toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años"*.

⁵¹⁶ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Código Penal <Doctrina y Jurisprudencia>, Tomo I. (Dirección CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO). Editorial Trivium 1997. Pág. 1292. manifiesta que: *"En los textos prelegislativos se optaba por el triple de la duración de la pena impuesta cuando se superasen así los tres años"*.

⁵¹⁷ CALDERON CEREZO, A. y CHOCLAN MONTALVO, J. A. Derecho Penal. Tomo I Parte General. 2º Edición Bosch 2001. Pág. 491.

función de la gravedad de la pena impuesta, lo que ocurre es que dicho plazo es referido únicamente para los supuestos de expulsión como sustitución de pena privativa de libertad, y que comporta como consecuencia el cumplimiento de la pena sustituida. Pero para el supuesto "sui generis" de libertad condicional no se prevé el plazo de interdicción de vuelta a nuestro país, por lo tanto el impedimento de entrada quedará supeditado al plazo de pena que le quede por cumplir tras su expulsión. Cuestión distinta es que como consecuencia de las leyes de extranjería no pueda volver a nuestro país, pero ése será el fundamento de la prohibición y no el que nace de la sentencia, pues la pena ya estará extinguida.^{518/519} Esta duración es "equiparable al plazo de prescripción del delito. El incumplimiento de la prohibición de entrada conllevará el incumplimiento de las penas impuestas". Mientras que la sustitución del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, por la expulsión cuando haya cumplido las tres cuartas partes de la condena, "es el tiempo exigido para acceder a la libertad condicional⁵²⁰". Este periodo, fijado en función de la pena (o en su caso de la pena que resta por cumplir) a contar desde la expulsión, no podrá ser inferior a los tres años ni superior a los diez. El quebrantamiento de esta única condición conducirá al cumplimiento de la pena originaria impuesta, bien la pena privativa de libertad inferior a los seis años, bien la última cuarta parte de la pena de prisión igual o superior a los seis años. En cambio, si el sujeto es sorprendido en la frontera de nuestro país se procederá nuevamente a su expulsión,

⁵¹⁸ CANUT, Josep Miquel. Comentarios al Nuevo Código Penal. [QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir). MORALES PRATS, Fermín, (cood)], 2ª Edición. Aranzadi 2001. Pág. 497.

⁵¹⁹ En este sentido; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La evolución del sistema de penas en España. Artículo publicado en la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea).2006, núm.08-07, http://criminet.ugr.es/recpc_ISSN1695-0194. p. 07:1-07.

⁵²⁰ SANCHEZ YLLERA, Ignacio. Comentario al Código Penal de 1995. Volumen I. Tirant Lo Blanch. Valencia 1996. Págs. 504 y 505.

impidiendo su entrada en el país (artículo 89.3)^{521/522}. En relación con el periodo de prohibición de regreso convendrá tener en cuenta el plazo de prescripción de la pena de que se trata, pues si la expulsión sustituye, por ejemplo, a una pena de prisión de tres años, de poco servirá una prohibición de regreso de más de cinco años, a partir de los cuales prescribe dicha pena sustituida (vid art.133 CP). Además, la prohibición de regreso dentro del plazo fijado actúa como una condición resolutoria de la expulsión, por cuanto si el extranjero expulsado "regrese antes de dicho término, cumplirá las penas que le haya sido sustituida"⁵²³ (art.89.2);

En mi opinión, la redacción anterior del apartado segundo del artículo 89 era más ajustada al principio de proporcionalidad, puesto que, la duración de la prohibición de regreso a España era al libre arbitrio judicial para valorar - individualmente según cada caso- la gravedad del delito, la duración de la pena y las circunstancias del penado, toda vez que dicha decisión judicial no estaba limitado solamente a fijar el plazo de regreso -entre tres y diez años- sino se extendía también al libre arbitrio judicial a la procedencia de la sustitución de la ejecución la pena por la expulsión. El

⁵²¹ FLORES MENDOZA, Fátima, *Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate)* LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Págs. 126 y 127.

⁵²² En este sentido. CALDERON CEREZO, A y CHOCLAN MONTALVO, J. A. *Derecho Penal. Tomo I Parte General. 2º Edición Bosch 2001. Pág. 492.* "De acuerdo con la teoría, la referencia al territorio español ha de entenderse, no como territorio en sentido jurídico, es decir, como aquellos lugares a que se extiende la soberanía del Estado, sino como el territorio real comprendido dentro de nuestras fronteras (así, no se quebranta la medida por el vuelo en avión español sobre territorio nacional). En cualquier caso sólo es de aplicación a extranjeros no residentes legalmente en España. En este sentido dijo BERISTAIN, con relación a análoga medida de seguridad contemplada en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que la medida podía resultar injusta para un extranjero que lleva muchos años domiciliado en España y que sus negocios le exigen permanecer en el territorio nacional. La restricción del sustitutivo penal al caso del extranjero no residente legalmente en España obedece a idéntica razón.

⁵²³ SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*. Ob cit. Granada, 1999. Pág. 751.

segundo inciso establecía una excepción de la regla general de quebrantamiento de condena establecido en el artículo 468 del Código Penal, parece ser que la condena estaba proporcionada con la pena sustituida según su gravedad y no con la fijada previamente en el artículo 468. El mismo inciso segundo no ha determinado la forma ni el modo de regreso, en frontera o dentro del territorio español, aunque, se entiende que el regreso probablemente es físico, ya que, el extranjero no se puede cumplir la pena que le haya sido sustituida hallando fuera de la frontera.

3. EL APARTADO 3º DEL ARTÍCULO 89 CP.

El apartado 3º del artículo 89 del Código Penal establecía que: "No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa".

- El quebrantamiento de una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español.

La redacción originaria del "número 3 del artículo 89 del Código Penal tiene su origen en el párrafo segundo del artículo 451 del Proyecto de 1992, donde por primera vez se incluye, en el precepto tipificador del quebrantamiento de la expulsión, la expulsión gubernativa del expulsado judicial que fuese "detenido en la frontera". Ahora, el Código Penal prefiere referirse al "sorprendido en la frontera", pero eso no altera el sentido de la disposición, la nueva ubicación es peor que la anterior, puesto que la previsión no conecta

solamente con la expulsión sustitutoria de este artículo 89. De otra parte, mal puede ser expulsado quien no llegó a pisar territorio español, bien entendido que si hubiera penetrado en el mismo, habría cometido un delito (según se razonó más arriba). Todo indica que el deseo de evitar procesos judiciales y expedientes administrativos ha prevalecido sobre cualquier consideración jurídico-penal. No se perseguirá el quebrantamiento consumado o en grado de tentativa, pero el condenado seguirá fuera de España. Aunque así no cumpla las penas sustituidas⁵²⁴.

El texto de 1995 prescinde de la tipificación autónoma del quebrantamiento de la decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español (por utilizar las palabras del artículo 449 del Proyecto de 1994), no resulta fácil saber si el regreso indebido configura o no un delito de quebrantamiento de condena, amén de conllevar el cumplimiento de las penas sustituidas. A favor de la respuesta afirmativa cuenta el hecho de que el precepto finalmente omitido no se constreñía sólo a expulsión sustitutoria del ahora artículo 89, sino que era aplicable a toda la comprendida en "una decisión judicial", y por lo tanto, también a la sustitutoria de otra medida de seguridad (arts. 108 del Proyecto de 1994 y del Código Penal de 1995). Así las cosas, podría entenderse que su quebrantamiento ya se encuentra tipificado en el artículo 468 del nuevo Código, cuya redacción coincide literalmente con la del artículo 445 del proyecto -"los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia..."- y distingue para la pena según el sujeto estuviera o no privado de libertad. De otro lado, la posición contraria -es

⁵²⁴ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Código Penal Doctrina y Jurisprudencia. Tomo I. (Dirección CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO). Editorial Trivium 1997. Págs. 1292 y 1293.

decir, la que aceptaría como única consecuencia la reactivación de las penas iniciales- dejaría de valorar el plus representado por el quebrantamiento mismo. La redacción legal frente a quien huye de la cárcel o de un centro de internamiento no se reduce a continuar el cumplimiento de la pena o de la medida como si nada hubiera ocurrido. Parece, en resumen, que el cumplimiento de las penas sustitutivas no sería óbice para tipificar el quebrantamiento de la medida de expulsión conforme al artículo 468, imponiéndole la pena prevista para quien no estuviera privado de libertad: multa de doce a veinticuatro meses. A juicio de LASCURAIN SANCHEZ⁵²⁵, "el apartado tercero regula la *tentativa del quebrantamiento* de la expulsión y la duda que genera el apartado segundo respecto a si su regulación del quebrantamiento cierra el paso al delito de quebrantamiento de condena".

El precepto se aplicaba, según SERRANO BUTRAGUEÑO, siempre y cuando se encuentre ya dentro del país, es decir, en el interior de nuestras fronteras; ya que "si fuese sorprendido en la frontera, será expulsado (directamente) por la autoridad gubernativa" (art.89.3), sin que entren en juego las consecuencias antes descritas del incumplimiento.⁵²⁶ En mi opinión, el termino más apropiado en este supuesto hubiera sido mejor redactado en el sentido de "será devuelto" en vez de "será expulsado", ya que, por un lado, el extranjero que habiendo sido expulsado judicialmente con anterioridad, será devuelto, no expulsado nuevamente por la autoridad gubernativa. Por otro lado, la importancia entre los términos "expulsado" y "devuelto" radica en la exigencia de expediente

⁵²⁵ LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio. Comentario al Código. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo y Otros. Editorial Civitas. SA. Madrid 1997. Pág. 291.

⁵²⁶ CALDERON CEREZO, A. y CHOCLAN MONTALVO, J. A. Derecho Penal. Tomo I. Parte General. 2º Edición Bosch 2001. Pág. 492.

gubernativa en el primer caso, mientras que en el segundo no precisa expediente para llevar a cabo la devolución⁵²⁷.

En mi opinión, 1) Por un lado, el quebrantamiento de la decisión judicial de expulsión del extranjero que haya sido expulsado del territorio español se encuentra recogida "en primera vez" en el artículo 506 del Código Penal de 1928 cuyo tenor establecía que *"El extranjero, cuya expulsión hubiere sido decretada con carácter de medida de seguridad, que fue de nuevo hallado en el Reino, será castigado con prisión de dos meses y un día a seis meses y multa de 1.000 a s.5.000 Pesetas"*. Así como, en el apartado 3 del artículo 13 del Reglamento de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, aprobado por Decreto 1144/1971 de 13 de mayo, que regulaba el supuesto de quebrantamiento de la expulsión el cual establecía que: *"Si antes de transcurrido el plazo de cinco años el sujeto declarado peligroso volviese al territorio nacional, será puesto a disposición del Juez, que promoverá el correspondiente juicio de revisión"*. Por segundo, nada tiene que ver la condena del quebrantamiento de condena establecida en artículo 468 del Código Penal con el quebrantamiento del apartado 3 que ahora examinamos, toda vez que haya establecida su propia respuesta en el propio apartado, es decir que el

⁵²⁷ El artículo 36.2. de la Ley Orgánica 7/1985, (era vigente también cuando entró en vigor el Código Penal de 1995), el cual establecía que *"No será preciso expediente de expulsión para la devolución, por orden del Gobernador Civil de la provincia, de los extranjeros que, habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España, ni para aquellos que hayan entrado ilegalmente en el país, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 4. 1, de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado"*. En el mismo sentido el artículo 22.1 de la Ley Orgánica 4/2000, *"Los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo"*. Y el artículo 58 establece que, 2. No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España. b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país.

legislador ha excluido tácitamente la aplicación de la norma común del Código porque el artículo 89 que analizamos, era y es una excepción del mismo, tiene su propia naturaleza. Por último, el termino "será expulsado por la autoridad gubernativa" no era apropiado, ya que no puede expulsar a quien fue anteriormente expulsado, el termino más adecuado era "devuelto" en lugar de expulsado. La derogada Ley Orgánica 7/1985, en su artículo 20 distinguía con claridad "Las salidas del territorio español podrán realizarse voluntariamente -salvo en los casos de prohibición, previstos en la presente Ley- u obligatoriamente, en los supuestos de expulsión y de devolución regulados en los artículos 26 y 36 y en artículo 36.2, cuyo tenor decía que: "No será preciso expediente de expulsión para la devolución, por orden del Gobernador civil de la provincia, de los extranjeros que, habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España, ni para aquellos que hayan entrado ilegalmente en el país, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 4.º, 1, de la Ley 5/1984, de 26 de marzo (RCL 1984\843), reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado".

2) El apartado tres del artículo 89 es una excepción de la regla general aplicable a los delitos de quebrantamiento de condena (pena de prisión de seis meses a un año y multa de 12 a 24 meses, del art. 468 CP), al parecer que, este precepto concuerda con la finalidad del legislador para deshacerse del extranjero que se encuentra ilegalmente en España aunque fuera condenado y expulsado con anterioridad.

3) El termino empelado por el legislador "intenta quebrantar" y "fuese sorprendido en frontera" no es apropiado, ya que cuando el extranjero se encuentra físicamente en frontera, no será "tentativa" porque el extranjero ha podido

llegar hasta dentro del territorio español y fue sorprendido dentro de él (delito consumado), supone que el regreso ha sido de forma clandestina, en este caso, no procede su expulsión, sino su devolución, ya que, no puede expulsar a quien hubiera sido expulsado. La diferencia entre la expulsión y la devolución se radica en que en la primera se exige expediente administrativo, mientras que en la segunda no es preciso dicho expediente.

4) La redacción anterior del artículo 89 no exigía la expresa pronunciación sobre la procedencia o no de la sustitución de las penas por la expulsión "en la sentencia", pero "tal medida pueda ser tomada por el Tribunal competente en la fase de ejecución de sentencia", (SSTS 2.^a S 3 Mar. 1998, y 11 Sep. 2000).

B. LA SEGUNDA VERSIÓN REGULADORA DEL ARTÍCULO 89 DEL CODIGO PENAL

4- EL APARTADO 4º DEL ARTÍCULO 89

La exclusión de extranjeros condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del código penal

El apartado 4º del artículo 89 del Código Penal¹ establece que: "Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal".

La primera y la segunda versión del artículo 89, son idénticas, la única diferencia entre ambas es la incorporación

de un nuevo apartado añadido por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, el cual excluye del ámbito de la aplicación del artículo 89, a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518 del mismo Código Penal.

Creo conveniente, en evitar repetición innecesaria, remitimos a la versión actual del artículo 89 dada su vigencia con la misma numeración en la versión actual.

**C. LA VERSION ACTUAL REGULADORA DEL ARTICULO 89 DEL
CODIGO PENAL:**

1. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXPULSIÓN DEL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL, NATURALEZA, SITUACIÓN DE LA SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS POR LA EXPULSIÓN DEL EXTRANJERO:

a) Introducción

La intervención del legislador penal español en el control de los flujos migratorio se realiza, fundamentalmente, a través de dos disposiciones: el artículo 318 bis, única figura contenida en Título XV bis⁵²⁸, que con la sugerente denominación de Delitos contra los Derechos de los ciudadanos Extranjeros, criminaliza el tráfico ilegal de personas, que dejamos de lado por no tratarse del tema objeto de esta Tesis doctoral, y el artículo 89, que regula la expulsión como medida sustitutiva de las penas inferiores a seis años impuestas a extranjeros no residentes legalmente en España⁵²⁹. El Código Penal de 1995, ha venido a dar cobertura extensiva al artículo 21.2, párrafo segundo de la Ley Orgánica 7/1985, 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España que permitía la expulsión del extranjero del territorio español, como medida sustitutiva de toda la pena, y cuya constitucionalidad se pronunció favorablemente el Tribunal Constitucional (STC 242/1994). El vigente Código penal regula en el artículo 89.1 la sustitución de las penas por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España, pero se discute sobre la verdadera situación jurídica de esta sustitución⁵³⁰. ¿Si es, una consecuencia jurídica penal

⁵²⁸ El Título XV Bis. Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros, Título introducido por la Ley Orgánica 4/2000.

⁵²⁹ DAUNIS RODRIGUEZ, Alberto, El Derecho Penal y la Nueva Sociedad. SANZ MULAS, Nieves, [coord]. Comares. Granada 2007. Pág. 141.

⁵³⁰ V. PAZ RUBIO, José María, Expulsión de extranjeros, Extranjeros y Derecho Penal, Cuaderno de Derecho Judicial IV-2003. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2004. Págs. 79 y 232.

alternativa a la ejecución de la pena privativa de libertad,⁵³¹ "sustitución", "suspensión de la pena"⁵³², "exención condicional de penas"^{533/534} o "política-criminal, renuncia del Estado a la ejecución penal o responde a meras razones de oportunidad? Extremo que a continuación se examina.

b) Noción y naturaleza de la medida de expulsión

En general, ¿Qué concepto conviene a las diversas medidas? O, todavía más claro, ¿cuál es, en una palabra, la noción más adecuada de las medidas afines a la pena? Y su naturaleza, ¿es jurídico-penal, o administrativa, o simplemente gubernativa? Según DEL ROSAL⁵³⁵, la noción de la medida de seguridad, prevención y corrección, son ciertas medidas orientadas a readoptar al delincuente a la vida social libre, es decir, a promover su educación o curación, según tenga necesidad de una u otra, pendiéndolo en todo caso, en la imposibilidad de perjudicar. La naturaleza de las medidas según DEL ROSA ha

⁵³¹ FLORES MENDOZA, Fátima, *Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate)* LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Tirant lo blanch, Valencia 2002. Págs. 119. se manifiesta que la expulsión se presenta para el extranjero como una alternativa al cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas por la comisión de una infracción jurídico-penal.

⁵³² COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVIES ANTON, Tomas S. *DERECHO PENAL. Parte General*, 5ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia, 1999. Págs. 850 y 851. se han manifestado que: "la simple suspensión de la condena, tal y como se ha caracterizado históricamente en nuestra legislación, no representa hablando en cuidado, un mecanismo de sustitución de la pena, sino, en todo caso, una renuncia provisional al pronunciamiento de ejecución de la misma que, en su momento, podía convertirse en definitiva. Sustituir es cambiar una cosa por otra y no es eso lo que sucede en la suspensión".

⁵³³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Comentario al Código Penal*, Primera edición 1997. Editorial Civitas, SA. Ob cit. Pág. 291, se ha manifestado que, "estamos ante una medida realmente no sustitutiva ni suspensiva, sino de exención condicional de penas incluso graves (art.33.2), que difícilmente puede encontrar cobertura en la reinserción social, a la que en rigor se opone su propia naturaleza, y que constituye un tratamiento punitivo no uniforme de difícil justificación respecto a los condenados españoles y a los extranjeros con residencia legal".

⁵³⁴ PERIS RIERA, Jaime/MADRID CONESA. *Comentarios al Código Penal*, (dirigidos por COBO DEL ROSAL, Manuel) Tomo III. EDERSA 2000. p. 1204. Se han calificado la sustitución de la pena por la expulsión como: <una institución que se aproxima mucho a los caso de "exención">.

⁵³⁵ DEL ROSAL, Juan. *Tratado de Derecho penal español. Parte General Volumen II Ediciones Darro Madrid, MCMLXXII.1969. Pág.558*

sido controvertida, una parte de los autores piensan que goza de índole jurídico-penal, en tanto que otros consideran que son sanciones administrativas o gubernativas, pero el autor opina que dichas medidas son sanciones penales, y naturaleza es estrictamente jurídica, por cuanto forman parte, al lado de la pena, en la lucha contra la criminalidad y atañen tanto a la responsabilidad del autor cuanto a su forma de comportamiento futuro. Por su limitación de la libertad y demás actitudes de la persona etc., deben ser concretadas dentro de ciertos límites la duración de su existencia. Además da lugar a frecuentes colisiones entre los derechos que convienen al individuo y la actividad del Estado. A esto se debe que las medidas revistan carácter aflictivo, puesto que no cabe duda que disminuyan el estado jurídico de la persona. De las medidas, como consecuencia del delito o antedelictuales, deben apartarse otras clases de medios, de estructura gubernativa, administrativa o simplemente policiales, que se aplican por las autoridades respectivas y que son reacciones de frente a comportamiento que transgreden esos ordenamiento indicados.

Se entiende por expulsión, en el área defensiva estatal aquella resolución de las autoridades de un Estado por cuya virtud se ordena la salida del territorio nacional de aquellos extranjeros que han desarrollado determinadas actividades o se han constituido en situación de perturbación o peligro. Resoluciones de las autoridades, es un termino sin especificación, para poder abarcar los aspectos posibles de tal medida que hace relación a la naturaleza de la expulsión. La expulsión puede ser estudiada, en efecto, desde un punto de vista *penal puro* (como pena); *cuasi-penal* (como medida de seguridad); y *administrativo* (medida de policía). En la antigüedad la expulsión (tanto de nacionales como de extranjeros) tuvo carácter *penal*; naturaleza que hoy día va

desapareciendo de las leyes, pues, sólo algunas naciones la conserva en este sentido. Así ocurre en Francia con el *bannissement* y en España con el *extrañamiento*, si bien éste tiene un carácter más suave que aquélla tanto en cuanto al lugar como al rigor de la pena. En la actualidad, pues, cuando se habla de expulsión, sólo cabe hacer referencia o a la *expulsión administrativa* como medida policíaca de protección, o a la expulsión como *medida de seguridad* frente a extranjeros peligrosos⁵³⁶.

c) Planteamiento y polémica sobre la pena sustituida y la expulsión sustitutiva.

"Cuando se habla de "sustitución" de la pena, dicen COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON⁵³⁷, se está evocando, desde siempre, una corriente crítica sobre ella, y de forma más amplia, una posición revisionista del Derecho penal tal y como es entendido en la actualidad legislativamente. De manera muy aguda, el criticismo en este punto afecta precisamente a la pena más importante y extendida del sistema jurídico-penal, cual es la pena privativa de libertad, objeto de ininterrumpidos ataques desde diferentes posiciones, que han problematizado desde su naturaleza, esencia, fines y función, hasta su misma existencia y sentido políticocriminal⁵³⁸. Dentro de ese marco histórico revisionista, según dicen; COBO y VIVES, se planteó por el positivismo criminológico toda una alternativa al Derecho penal, centrada en los denominados *sucedáneos o sustitutivos penales*: "hay que buscar los

⁵³⁶ PUIG PEÑA, Federico. Código Penal anotado, En Nueva enciclopedia jurídica en la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros. Tomo IX. Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona 1958. p. 361.

⁵³⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomas S. DERECHO PENAL. Parte General, 5ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia, 1999. Págs. 843 y ss.

⁵³⁸ En este sentido V. CANCIO MELIÁ, Manuel, *el Derecho penal Español ante la inmigración; Un estudio políticocriminal*. En Derecho penal y política transnacional. Edit. Atelier, Págs 343-411.

sucedáneos de las penas, pues éstas fallan completamente a su fin"; "la reforma social esencial y decisiva consiste en la extirpación del fetichismo de la pena". Se trataba, pues, de *sustitutivos penales destinados a la prevención social de la criminalidad*, esto es, a crear los presupuestos sociales para la evitación del delito, y que serían sustitutorios del propio Derecho penal, por sus efectos benefactores. En la actualidad, cuando en Derecho penal, se emplea la expresión de "*sustitutivos penales*" o "*sustitutivos de las penas*", se hace de forma más modesta y, por decir así, *dentro del sistema, esto es, proponiendo determinadas y concretas opciones en lugar de la ejecución de la pena privativa de libertad, por lo general para determinados supuestos específicos*".⁵³⁹.

COBO y VIVES, se plantean, un enfoque crítico de las penas privativas de libertad, "Se parte, asimismo, de una posición crítica de la pena privativa de libertad que, dentro del más moderando esquema sustitutorio, se refiere, fundamentalmente, a las llamadas *penas cortas privativas de libertad*, "aunque no por ello queden exentas de controversia las *penas* (demasiado) *largos privativas de libertad*". Las *penas cortas*, se dice, por su efímera duración, no desempeñan función alguna, ni de prevención general, ni de prevención especial, y realmente, en gran medida, no llegan ni siquiera a ejecutarse.⁵⁴⁰ Nacidas como consecuencia de la idea de *proporcionalidad* entendida en el sentido del pensamiento retribucionista, han tenido una existencia más "lógica" que real o políticocriminal y de ahí que, una y otra vez, se haya dicho que no "resocializan", que impiden un eficaz tratamiento, que no intimidan, que son muy "costosas" en su

⁵³⁹ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S. Derecho Penal. Parte General. 2ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia 1987. Pág. 633.

⁵⁴⁰ En el mismo sentido, ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, Compendio de Derecho Penal (parte general y Parte especial) Tirant lo Blanch. 1ª Edición. Valencia 2004. Pág. 214

ejecución, que representan un factor "criminógeno" por fomentar la contaminación carcelaria, etc... En la doctrina penal española más reciente se ha llegado a afirmar el fundamento constitucional de la previsión legal de sustitutivos penales. La previsión y aplicación de sustitutivos a la prisión puede considerarse ahora, quizás, un imperativo constitucional; una exigencia de ese artículo 25.2 CE que parece limitarse a prescribir la desaparición de una privación de libertad inútil⁵⁴¹".

ORTS BERENGUER⁵⁴², opina que el artículo 89 del Código Penal, "se trata más bien de la expresión de un planteamiento que no compartimos y que parece arrancar de la idea -a menudo colegiado de datos manipulados- de que inmigración es sinónimo de delincuente"⁵⁴³.

En mi opinión, efectivamente, la política criminal reflejada en el Código Penal de 1995 y sus respectivas reformas ha venido a ampliar notablemente las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad de corta duración y de la libertad condicional, (Cáp. III-Tít. III). Sin embargo, la sustitución de las penas por la expulsión del extranjero establecida en el artículo 89, es de carácter distinto y asilado de las demás reglas sustitutivas establecidas en el citado Capítulo. El artículo 89 es una excepción de la regla general tal como desprende del propio artículo que excluye expresamente la aplicación de los

⁵⁴¹ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVIES ANTON, Tomas S. DERECHO PENAL. Parte General, 5ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia, 1999. ob cit. Pág. 847.

⁵⁴² ORTS BERENGUER, Enrique, [con colaboración de: GOMEZ COLOMER, Juan Luis. GONZALEZ CUSSAC, José Luis. PLANCHEDELL GARGALLO, Andrea. MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela. ALONSO RIMO, Alberto. ROIG TORRES, Margarita. GUARDIOLA GARCIA, Javier]. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. ediciones Alfa Delta Digital 2005. ob, cit. Pág.111.

⁵⁴³ En el mismo sentido, ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, Compendio de Derecho Penal (parte general y Parte especial) Tirant lo Blanch. 1ª Edición. Valencia 2004. Pág. 91

artículos 80, 87 y 88 incorporados en el mismo Capítulo, es de carácter imperativo no depende al libre albedrío judicial, discriminatorio, no depende de la gravedad del delito ni la peligrosidad del delincuente sino a la nacionalidad del penado y su situación administrativa, con la vetada consideración de proporcionalidad por fijar un plazo único de diez años de prohibición de regreso para toda expulsión sin considerar la duración de las penas impuesta de cada caso, también, es excepcional por no aplicar la regla general (art.468 CP) en el caso de quebrantar la decisión judicial.

Son diversas las opiniones de autores que han debatido sobre la naturaleza de la sustitución de las penas privativas de libertad regulada en los artículos 88 y 89 del Código Penal. Para SERRANO BUTRAGUEÑO⁵⁴⁴, el artículo 89 del Código Penal contempla dos instituciones o substitutivos claramente diferenciados, no obstante, ambos presentan como elementos comunes: El subjetivo: [extranjeros no residentes legalmente en España]; y la consecuencia o pena substitutiva: [expulsión del territorio nacional con prohibición expresa de volver a él durante el tiempo que se señala]. Con respecto al contenido del substitutivo, éste consiste en la expulsión del territorio nacional con prohibición expresa de volver a España.

Otras opiniones⁵⁴⁵ distinguen entre dos grandes modalidades de sustitución, reguladas respectivamente, en los citados artículos 88 y 89, pues dejamos de lado la sustitución regulada del artículo 88 por no ser objeto de estudio en esta Tesis doctoral. En cuanto al artículo 89, se prevé la sustitución de penas a delincuentes extranjeros que no residan legalmente en España. En estos casos la pena sustituida puede

⁵⁴⁴ SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia). Ob cit. Granada, 1999. Pág. 751.

⁵⁴⁵ COBO DEL ROSA, Manuel y VIVIES ANTON, Tomas S. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, 5ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia, 1999. Págs. 856 y 857.

alcanzar a la prisión de hasta seis años e, incluso, superar dicha duración, siempre que se haya cumplidos las cuartas partes de condena; en ambos casos la sustitución se acuerda en favor de su expulsión del territorio español por un plazo dilatado de tiempo (apartado 2). Por último, debe mencionarse la imperativa sustitución de la pena de prisión inferior a seis meses por la expulsión del penado, según los casos, conforme a lo dispuesto en el artículo 71.2 del Código⁵⁴⁶.

En general, la sustitución de las penas privativas de libertad no son estrictamente, auténticos sustitutivos de la penas privativas de libertad, sino que, en lugar de sustituir dichas penas por otras, o por medidas, lo que prescriben, o mejor, desempeñan, es, en definitiva, una función *suspensiva*, es decir, *comportan sin más, su inejecución o ejecución incompleta*, "su lugar de estudio no estaría dentro de la sustitución de la pena, sino de la suspensión de la ejecución de la misma"⁵⁴⁷. En definitiva, y en particular, sobre la sustitución de la pena por la medida de expulsión como el caso que aquí se estudia en esta tesis, "la sustitución de la pena tiene sentido cuando es cambiada por una pena o medida, (de seguridad o corrección) y no cuando es sustituida, sin más, por la libertad del condenado"⁵⁴⁸.

Para COBO DEL ROSAL Y QUINTANAR DIEZ⁵⁴⁹, distinguen sistemáticamente entre auténticos sustitutivos penales y, (en sentido amplio) *sustitutivas de la ejecución* de las penas, y

⁵⁴⁶ En el mismo sentido: COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DIEZ, Manuel, Instituciones de Derecho penal español. Parte General. CESEJ - Ediciones. Madrid, 2004. Págs. 301 y 302. En mi opinión, esta posibilidad esta condicionada con ciertas reglas según se examinará más adelante.

⁵⁴⁷ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S. Derecho Penal. Parte General. Tirant lo Blanch. 5ª edición. Valencia 1999. Págs. 847 y 848.

⁵⁴⁸ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S. Derecho Penal. Parte General. Tirant lo Blanch. 2ª edición Valencia 1987. Págs. 634 y 635.

⁵⁴⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DIEZ, Manuel. Instituciones de Derecho penal español. Parte general. CESEJ - Ediciones. Madrid, 2004. Págs. 302 y 305.

como se puede advertir no son auténticos sustitutivos penales o sustitutivos de la pena sino, en rigor, formas de sustituir la ejecución de la única pena de privación de libertad. Los arts. 88 y 89 CP regulan en nuestro Código penal los auténticos sustitutivos de la pena privativa de libertad. Y precisan ¿conceptualmente qué se entiende por sustitutivo penal? Entienden por sustitutivo penal o por sustitutivo de la pena privativa de libertad, la decisión por virtud de la cual y con amparo de la legalidad se opera la sustitución de una pena privativa de libertad (*pena sustituida*) por otra pena no privativa de libertad (*pena sustitutiva*). En consecuencia, los autores afirman que; según el ordenamiento jurídico-penal español, por primera vez desde 1995:

- Las penas sustituidas, entre otras señaladas, son: Las penas privativas de libertad inferiores a seis años (siempre que se impongan a extranjeros no residentes legalmente en España).

- Las penas sustitutivas (entre otras) son: La expulsión del territorio español (para extranjeros no residentes legalmente en España).

En el caso de la sustitución de la pena privativa de libertad, por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España, establecida en el artículo 89 del Código Penal, para algunos autores^{550/551}, considera que dicha sustitución carece de sentido estricto, sino, se trata de una combinación de suspensión de pena y aplicación de la medida de

⁵⁵⁰ MARELLI CAFFARENA, Borja. El proyecto de Código Penal de 1994. Tomo I. Curso UIMP Valencia. Junio 1995. Pág. 41.

⁵⁵¹ En el mismo sentido, PERIS RIERA, Jaime/Madrid CONESA, Comentarios al Código Penal (dirigidos por COBO DEL ROSAL, Manuel), Tomo III EDESA 2000. Pág. 1206. Se han manifestado sobre la naturaleza de la medida de expulsión como sustitutiva de las penas privativas de libertad es como una medida: "entre suspensión de la pena y aplicación de una medida de seguridad".

seguridad de expulsión del territorio nacional recogida en la Ley de Peligrosidad (art. 5.12) y en el propio Proyecto (art. 95) que se endurece considerablemente, por tanto su ubicación mas correcta sería dentro de la sección 1ª del mismo Capitulo, mientras otro opinión⁵⁵², afirma que la expulsión judicial contemplada en el artículo 89 del Código Penal resulta ser una medida sustitutoria de la pena privativa de libertad.

Para FLORES MENDOZA⁵⁵³, la sustitución establecida en el artículo 89, "en atención a su situación sistemática y a los términos de la redacción de su número primero, la doctrina analiza esta figura en el ámbito de la sustitución de las penas cortas privativas de libertad del artículo 88 del Código Penal. Ningún autor -según dice- desconoce que la figura contenida en el artículo 89 no responde en su totalidad al régimen de la sustitución. Esta disparidad entre los dos regímenes ha llevado a la doctrina a mantener diversas posiciones respecto a la naturaleza jurídica de dicha figura". Añade que "un gran número de autores analizan el artículo 89 en el ámbito de la sustitución, como una especialidad de ésta. A favor de esta posición nos llevaría la situación sistemática del artículo 89 -dentro de Sección Segunda del Capitulo III del Título III del Libro I del Código Penal, y a continuación del artículo 88- y el propio tenor literal del citado precepto, que utiliza expresamente el término "sustitución".⁵⁵⁴ Sin embargo, la propia situación sistemática no es decisiva, pues, la misma, esta vez haciendo mayor hincapié en el

⁵⁵² CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. (dira) Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo. Cuaderno de Derecho Judicial XXIII- 2005. Consejo General del Poder Judicial. Pág. 313.

⁵⁵³ FLORES MENDOZA, Fátima. Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) PATRICIA LAURENZO COPELLO (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Págs. 104 y ss.

⁵⁵⁴ Al contrario: CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. (dira) Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo. Cuaderno de Derecho Judicial XXIII- 2005. Consejo General del Poder Judicial. Pág. 313.

Capítulo III y no en la Sección Segunda, nos puede conducir a interpretar que el término "sustitución" del artículo 89 no se utiliza en sentido estricto⁵⁵⁵, haciendo referencia a la figura contenida en el artículo 88, sino en el sentido amplio, como alternativa a la ejecución de las penas privativas de libertad de la misma forma que las otras alternativas del Capítulo III, eso es, la suspensión, la sustitución o la libertad condicional, indistintamente⁵⁵⁶. Por otro lado, el estudio del régimen jurídico establecido en el artículo 89 nos muestra la existencia de numerosas diferencias que le separan del tratamiento de la sustitución del artículo 88. En primer lugar, porque no sustituye verdaderamente una pena por otra, ya que la expulsión no constituye una pena, al menos formalmente, al no hallarse en el catálogo de penas del Código Penal.⁵⁵⁷ En segundo lugar, porque de regresar el extranjero a nuestro país antes de lo establecido deberá cumplir la pena por la que fue condenado, sin que se le descuente de su duración el tiempo transcurrido fuera de nuestro país, como así ocurre en el régimen de la sustitución.

PERIS RIERA/MADRID CONESA⁵⁵⁸, opinan que la naturaleza de la sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión del extranjero penado en situación ilegal, es una forma de expulsión, por mucho que gramaticalmente ésta *sustituya* a aquella. Más aún, resulta difícil técnicamente mantener la idea de sustitución cuando se evidencia que el Código no contiene, en el Capítulo dedicado a las penas y sus

⁵⁵⁵ En el mismo sentido, MARELLI CAFFARENA, Borja. El proyecto de Código Penal de 1994. Tomo I. Curso UIMP Valencia. Junio 1995. Pág. 41.

⁵⁵⁶ V. TÉLLEZ AGUILERA, A., Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión, Edisofer, Madrid, 2005. Pág. 115

⁵⁵⁷ LAURENZO COPELLO, Patricia. Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Pág. 12. (la expulsión no figura en el catálogo general de pena y medidas aplicables al resto de los ciudadanos).

⁵⁵⁸ PERIS RIERA, Jaime/MADRID CONESA Comentarios al Código Penal (dirigidos por COBO DEL ROSAL, Manuel). Tomo III EDERSA 2000. Pág. 1206.

clases, y en la enumeración efectuada en el artículo 33, ninguna referencia a la expulsión del territorio. La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España sí aparece, en cambio entre las medidas de seguridad no privativas de libertad establecidas en el artículo 95 del Código penal. Ello ha justificado la opinión de la doctrina especializada que le otorga una naturaleza híbrida entre suspensión de la pena y aplicación de una medida de seguridad, considerando que debió haberse incluido, como tal suspensión, en la primera Sección del Capítulo⁵⁵⁹.

Otra posición⁵⁶⁰ considera que la misma se semeja más a la suspensión de la ejecución de las penas cortas privativas de libertad previstas en los artículos 80 y siguiente del Código Penal. Se ha defendido que la misma presenta una doble naturaleza, sustitución o suspensión en unos casos y libertad condicional (arts.90 y ss del Código Penal) en otros". Tampoco responde a ninguna de las alternativas del Capítulo III, relativo a las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad, porque su fundamento y fin son diferentes a los de aquéllas. Muy al contrario, tanto su fundamento como su fin son político-criminales, basados en razones de oportunidad: por un lado, paliar de alguna forma el problema de la inmigración ilegal⁵⁶¹ y, por otra, reducir la masificación de los centros penitenciarios.

⁵⁵⁹ De forma similar; MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Las consecuencias jurídicas del delito, 3ª edición, Civitas. Madrid, 1996, Pág. 109, del mismo sentido; MARELLI CAFFARENA, Borja. El proyecto de Código Penal de 1994. Tomo I. Curso UIMP Valencia. Junio 1995. Pág. 41.

⁵⁶⁰ FLORES MENDOZA, Fátima, Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Págs. 108 y ss.

⁵⁶¹ En este sentido, CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. Posición del Extranjero en el Procedimiento-Administrativo. Consejo General del Poder Judicial. Cuaderno de Derecho Judicial. XXIII. 2005. Pág. 326. "La finalidad del precepto es, sin duda, impedir la residencia en España de quienes han perpetrado aquellos ilícitos penales por meras razones de política criminal y de extranjería".

La regulación del artículo 89 debe analizarse exclusivamente en función de las razones político-criminales que la inspiran y al margen de las figuras establecidas en el Capítulo III, lo que conduce a presentarla como una cuarta alternativa a la ejecución de las penas privativas de libertad, (o, en todo caso, como una sustitución *sui generis*⁵⁶², con fundamento y fin propios y diversos a los régimen general de sustitución del artículo 89), aunque de aplicación preferente respecto a las otras alternativas, pero, por encima de las razones político-criminales que fundamentan la expulsión debería primar la garantía de respeto a los derechos humanos de los condenados".

Según GARCIA ALBERO⁵⁶³, la modificación dada por la L.O. 11/2003, ha modificado sustancialmente el alcance de este precepto, privilegiando de forma indisimulada los fines de una concreta política de extranjería por encima de cualquier otra consideración de política criminal.

Para CADENAS CORTINA⁵⁶⁴, "la medida de expulsión, "supone una limitación a la libertad, reconocida por la Comunidad Internacional, de cada persona a fijar su residencia, moverse y trasladarse en el espacio sin obstáculo relevante, recogida en el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, si bien el Derecho Internacional reconoce a los Estados la facultad de expulsar a los extranjeros, siempre que la medida se adopte conforme a la Ley".

⁵⁶² En el mismo sentido: ARANGUEZ SANCEZ, Carlos. Reformas introducidas en el Código penal por la LO 8/2000. Comentario sistemático a la Ley de Extranjería. Granada 2001. Pág. 935.

⁵⁶³ GARCIA ALBERO, Ramón. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir).FERMIN MORALES PRATS (cood)], 3ª Edición. THOMSON Aranzadi 2004. Pág. 581.

⁵⁶⁴ CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. (dira) Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo. Pág. 312. Cuaderno de Derecho Judicial XXIII- 2005. Consejo General del Poder Judicial.

De manera distinta, opina LASCURAÍN SÁNCHEZ⁵⁶⁵, que la expulsión como es: "una medida realmente no sustitutiva ni suspensiva, sino de "exención condicional" de penas incluso graves (art.33.2), que difícilmente puede encontrar cobertura en la reinserción social, a la que en rigor se opone su propia naturaliza, y que constituye un tratamiento punitivo no uniforme de difícil justificación respecto a los condenados españoles y a los extranjeros con residencia legal".

Del mismo modo, PERIS RIERA/MADRID CONESA⁵⁶⁶, afirman que "Las razones de la sustitución para extranjeros son de una palmaria evidencia. Los graves problemas que la inmigración está produciendo en Europa, que no parece vayan a disminuir y a los que nuestro país no escapa; el establecimiento de unos controles encaminados a seleccionar la *calidad* de los extranjeros, incluso la utilidad que medidas como ésta pueden suponer en la disminución de la población penitenciaria, nos reconducen a auténtica finalidad de defensa social, que nada tiene que ver con la prevención especial que se persigue a través de la individualización de la ejecución penal, fundamento de una real sustitución, y de cualquier otra medida alternativa... Basta con valorar el sorprendente dato de gravedad de la pena sustituible, que en modo alguno, y desde ninguna respectiva, es comparable con las posibilidades de sustitución para los nacionales..., Estamos en la práctica ante una institución que se aproxima mucho a los casos de "exención" como excepción en el ámbito <normal> de aplicación de la Ley penal.

⁵⁶⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Comentario al Código Penal, primera edición 1997. Editorial Civitas, SA. Pág. 291

⁵⁶⁶ PERIS RIERA, Jaime/MADRID CONESA Comentarios al Código Penal (dirigidos por Manuel COBO DEL ROSAL) Tomo III EDESA 2000. Págs. 1202 al 1204.

Sobre la sustitución de la pena impuesta a extranjero, LLORCA ORTEGA⁵⁶⁷, afirma que "el artículo 89 del CP., cierra la Sección "De la sustitución de las penas privativas de libertad" regulando un supuesto que no corresponde con el contexto estricto de sustitución penal, puesto que, tratándose de condenados extranjeros, permite la permuta de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional, medida esta que no aparece recogida en el catálogo de las penas del artículo 33, CP⁵⁶⁸, aquél precepto el autor distingue dos supuesto:

El primero es, la sustitución de pena privativa de libertad inferior a seis años; "conforme al primer inciso del artículo 89.1, sobre este precepto conviene tener en cuenta los siguientes:

1ª. En cuanto al extranjero no residente legalmente en España. Esta situación vendrá determinada, fundamentalmente, aunque no de forma exclusiva, por lo dispuesto en la Ley Orgánica sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España.

2ª. En cuanto a las penas sustituibles. No se limita este supuesto de sustitución a la pena de prisión, sino que habla el legislador de penas privativas de libertad, por lo que, junto con aquella, podrán ser sustituidas las penas de arresto de fin de semana⁵⁶⁹ y la responsabilidad personal subsidiaria

⁵⁶⁷ LLORCA ORTEGA, José. Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995. 5ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia 1999. Pág. 281

⁵⁶⁸ En el mismo sentido, SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición. Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. Pág. 575

⁵⁶⁹ La redacción originaria del artículo 35 del Código Penal incluía la pena de arresto fin de semana entre las penas privativas de libertad, vigente hasta el 30 de septiembre de 2004, la cual fue suprimida por la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003 que entro en vigor a partir de 1 de octubre de 2004.

por impago de multa, ambas de extensión siempre inferior a los seis años⁵⁷⁰. Se suprime el arresto de fin de semana y en su lugar se prevé la pena de localización permanente (art.35, reformado por la L.O 15/2003), de manera que las penas sustituidas son ahora la prisión, incluida la de duración, la localización permanente, y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art.36)⁵⁷¹.

Observase que el legislador se refiere a estos castigos como "impuestos" al extranjero no residente legalmente en España, lo que significa una remisión a la pena en concreto y no a la pena en abstracto. Ello tiene importancia, pues, en los casos, no precisamente escasos, en que el delito aparezca castigado con una penalidad alternativa, a través de la selección de la pena podrá evitarse la expulsión.

El segundo es: la sustitución de la pena de prisión igual o superior a seis años. Se trata del segundo inciso del artículo 89.1, de este precepto, LLORCA ORTEGA⁵⁷², destaca los siguientes aspectos:

1º. A diferencia del supuesto anterior, no es necesario que el extranjero condenado tenga la condición de "ilegal".

⁵⁷⁰ En el mismo sentido, DEL MORAL GARCIA, Antonio/SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. (coords.) Código Penal (Comentario y Jurisprudencia). Tomo I. Comares. Granada, 2002. Pág. 1034. según dicen que el Código se refiere a "las penas privativas de libertad" (art. 89.1 "ab initio") hay base legal para entender, en principio, que este sustitutivo comprende a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, al arresto de fin de semana y, por supuesto, la pena de prisión hasta seis años menos un día".

⁵⁷¹ ORTS BERENGUER, Enrique y otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. ediciones Alfa Delta Digital 2005. ob cit. Pág.89.

⁵⁷² LLORCA ORTEGA, José. Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995. 5ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia 1999. Pág. 282.

2º. El cumplimiento de las tres cuartas partes. Esta exigencia está fundamentada en motivo de política criminal⁵⁷³. Ante delito (o penas) graves, no es prudente acordar sin más, la expulsión, pues ello fomentaría una sensación de impunidad. De ahí que el legislador requiera, para acordar la expulsión, que el reo haya cumplido las tres cuartas partes de su condena. Por último, el autor no cree aplicable al de sustitución por expulsión el régimen previsto en el artículo 78, ya que la sustitución de la pena por expulsión no aparece configurada como "beneficio penitenciario".

A juicio de DEL MORAL GARCIA y SERRANO BUTRAGUEÑO⁵⁷⁴, al fundamento actual de esta pena sustitutiva (del art. 89) es doble: Por un lado, la seguridad, que se puede ver más fácilmente amenazada por los delincuentes extranjeros carentes de residencia legal en España y, probablemente, carentes también de trabajo, de dinero, de domicilio fijo, de arraigo familiar..., durante las fases que se encuentren en libertad (permisos de salida, tercer grado, libertad condicional). Y por otro lado, esta pena sustitutiva encierra también un claro fundamento económico⁵⁷⁵, pues con ella se pretende paliar los

⁵⁷³ El mismo sentido, FLORES MENDOZA, Fátima, *Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate)* LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Pág. 109.

⁵⁷⁴ DEL MORAL GARCIA, Antonio/SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. (coods.) *Código penal (Comentario y Jurisprudencia)*. Tomo I. Ed. Comares. Granada, 2002. Págs. 1032 y ss. También: SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. (Coods). *Código penal de 1995*. Granada, 1999. Editorial Comares. Págs. 750 y ss.

⁵⁷⁵ En el mismo sentido, vid el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (A .26 de septiembre de 2000. Sala de lo Civil-Penal, Sec.23), a favor de la sustitución de las penas por la expulsión por motivo de orden económico y interpreta la naturaleza del delito en su gravedad y no en la naturaleza del mismo. Otras razones que se suelen invocar a favor de la sustitución, como son las de orden económico, pensando en los gastos que se pueden ahorrar a la Administración si tiene un recluso menos, a criterio de esta Sala, son de menor valor que los anteriores, pero no por ello se han de perder de vista". La sustitución de la pena por la expulsión justificada por *orden económico* por cuanto que la motivación principal de la medida de expulsión como sustitutiva de la pena de prisión, no responde a las finalidades de la pena (implica más bien su no imposición), sino a intereses económicos y de política penitenciaria, para disminuir el número de penados extranjeros, que son los que tienen mayores problemas de

ingentes costes que los presos extranjeros están haciendo soportar a nuestro Erario Público, cuando se encuentran dentro de las cárceles".

Este criterio ha sido criticado por CANCIO MELIÁ/MARAVÉR GÓMEZ,⁵⁷⁶ afirmando como uno de las "argumentaciones" ocultas en la discusión de política legislativa y "reacciones" de la teoría que; "Parece evidente que tampoco este argumento puede ser tenido seriamente en cuenta. En primer lugar, porque su formulación implicaría como paso previo un análisis serio del porcentaje de detenidos, condenados e internos extranjeros. En segundo lugar, porque no existe evidencia empírica alguna, en lo que se alcanza a ver, de que la expulsión, incluso masiva, de residentes irregulares infractores disminuya las cifras de internos (extranjeros). En tercer lugar y sobre todo, porque, como es evidente, aunque se constatará la existencia de un número relativo muy elevado de penados con nacionalidad extranjera y carentes de residencia legal, nada estaría dicho con ello respecto de que la solución adecuada en términos normativos sea la expulsión.

La sustitución de la penal por la expulsión no se hace por otra pena, sino por una medida de seguridad (art.96.2.5^a),⁵⁷⁷ y la amplitud de la sustitución no se compagina bien con el entendimiento de la pena como un castigo. Se incluye, además de este modelo administrativizado de sustitución de la pena, un régimen *sui generis* de libertad condicional, diseñado a partir de una efectiva alianza entre la sustitución y la

adaptación y sobre los que es más difícil verificar una labor de reinserción o resocialización.

⁵⁷⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel/MARAVÉR GÓMEZ, Mario. El Derecho Penal español ante la inmigración: Un Estudio Político-Criminal. Revista Cenipec. 25.2006. enero-diciembre. ISSN: 0798-9202. Págs. 86 y 87.

⁵⁷⁷ En el mismo sentido, CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Código Penal Comentado. (Director y autor). Tomo I. 2ª Edición. BOSCH. Febrero 2004. Pág. 316. "El legislador considera la sustitución de la pena por la medida de seguridad y acuerda la expulsión como "regla general".

expulsión⁵⁷⁸. Una vez más, parece reflejarse en estos preceptos el deseo de descongestionar los establecimientos penitenciarios, disminuyendo el número de internos con mayores problemas de adaptación. El inconveniente consiste, no obstante, en que la presencia general pierde fuerza entre los extranjeros que pueden delinquir en España⁵⁷⁹, de modo que, no puede afirmarse que estamos ante un supuesto diferenciado de sustitución de la pena privativa de libertad para extranjeros a los efectos de un aplicación individualizada de la misma, sino que nos encontramos frente a un precepto claramente defensista⁵⁸⁰, cabe añadir, además, que el precepto mezcla dos instituciones diferenciadas, como son, de una parte la sustitución de la pena privativa de libertad, y de otra una particular fórmula de la libertad condicional para los extranjeros en situación legal irregular⁵⁸¹. Cabe añadir que la expulsión obligatoria de los condenados a penas de prisión igual o superior a 6 años en la última fase de cumplimiento, cuando podrían acceder a la libertad condicional no parece acomodada tampoco a los principios constitucionales que informan el Derecho Penal⁵⁸².

⁵⁷⁸ PERIS RIERA, Jaime/Madrid CONESA Comentarios al Código Penal (dirigidos por MANUEL COBO DEL ROSAL) Tomo III EDERSA 2000. Pág. 1202.

⁵⁷⁹ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Comentario al Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Ed. Trivium. 1ª Edición. Febrero 1997. Págs. 1288 al 1290.

⁵⁸⁰ PERIS RIERA, Jaime /Madrid CONESA Comentarios al Código Penal (dirigidos por MANUEL COBO DEL ROSAL) Tomo III EDERSA 2000. Pág. 1205. "Este desigualitario trato para los condenados extranjeros, basado, en razones prevencioncitas/ defensasitas, se corrobora al observar la forma en que se ha diseñado, para este régimen extraordinario de sustitución".

⁵⁸¹ PRATS CANUT, Josep Miquel. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir).FERMIN MORALES PRATS (cood)], 2ª Edición. Aranzadi 2001. Pág. 495.

⁵⁸² ORTS BERENGUER, Enrique y otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. ediciones Alfa Delta Digital 2005. ob cit. Pág.91.

Algunos autores⁵⁸³, entienden que era innecesario mantener en el Código Penal una regulación como ésta, más propia a la Ley reguladora del "status" de los extranjeros o de la Ley General Penitenciaria, ya que mantiene una difícil conexión, y es innecesario porque la concordancia con preceptos semejantes de ambas leyes no es fácil, ya que, la denominada Ley de extranjería 7/1985 -actualmente LO 4/2000- conocía la variedad de sustitución para las penas impuestas en medida igual o inferior a la vieja prisión menor (con el consiguiente límite de los seis años), que la podía aplicar a todos los extranjeros⁵⁸⁴. No cabe duda de que la solución del legislador español de expulsión sustitutiva de la pena, -en el Código Penal- como tratamiento particularizado del delincuente extranjero que se encuentre en aquellas condiciones, responde a principios utilitaristas, de oportunidad, de política criminal^{585/586/587}, y de intento de control férreo de los movimientos migratorios. De principio, la sinceridad del legislador de 2003 es total, pues su programa de intenciones aparte de claro (los inmigrantes ilegales que cometen delitos en España han de ser expulsados) se confiesa en la Exposición de motivos de la LO 11/2003 (evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España, quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento

⁵⁸³ SANCHEZ YLLERA, Ignacio. Comentario al Código Penal de 1995. Volumen I. (Tomas S. Vives Antón. Coord). Tirant lo blanch. Valencia. 1996. Pág. 505.

⁵⁸⁴ PERIS RIERA, Jaime/Madrid CONESA Comentarios al Código Penal (dirigidos por MANUEL COBO DEL ROSAL) Tomo III EDESA 2000. Pág. 1203. "el Código la ha limitado al referirse, en la modalidad de sustitución/expulsión, sólo al "extranjero no residente legalmente en España" ".

⁵⁸⁵ SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. Pág. 574.

⁵⁸⁶ CALDERON CERREZO y CHOCLAN MONTALVO. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 2ª edición Bosch 2001. Pág. 492. Opinan que; "esta pena sustitutiva presenta un contenido análogo a la extinguida pena de extrañamiento y supone la expulsión del extranjero del territorio nacional, esto es, de la unidad constituida por la nación político-criminal del Estado español".

⁵⁸⁷ SERRANO PASCUAL, Mariano, Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español. Editorial Trivium, Madrid 1999. Pág. 385.

jurídico en su conjunto)⁵⁸⁸. "Con ese objeto se establece como regla general que en los casos de extranjeros no residentes legalmente en España se acordará la sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión del territorio nacional, en los términos establecidos en este precepto".⁵⁸⁹, pero, las reservas de constitucionalidad que la doctrina ha planteado a esta iniciativa del legislador, centradas especialmente en el reconocimiento que en el ámbito de los derechos fundamentales efectúa el artículo 13 de la Carta Magna, pueden tener salida a través de la exigencia de una decisión motivada que evite la desigualdad. Valorando a tales fines la declaración de este precepto cuando indica que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza su Título I, lo que alcanza también, y en particular, al principio de igualdad⁵⁹⁰.

En mi opinión, la Constitución y la Ley española se refieren a los extranjeros residentes legalmente en España, pero aquellos extranjeros que, además de la situación ilegal de residencia, hayan adquirido la calidad de -no digo acusado sino- penados con sentencia firme, no gozan ningún derecho, salvo el de la garantía procesal, es decir; la legalidad de las actuaciones -tanto penal como administrativa- adoptadas por la autoridad competente por la exigencia formal del procedimiento seguido ante los Tribunales o la autoridad gubernativa en evitación de posible nulidad de forma, puesto que, difícilmente diseñar un trámite procesal individualizado exclusivamente para los extranjeros distinto de lo establecido en la ley como norma general común, pero tal garantía procesal

⁵⁸⁸ En este sentido; ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel. El artículo 89.1 del Código Penal. Un ejemplo de infortunio del legislador. Artículo publicado en la revista electrónica derecho. http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PU/dppu06/Expuls_Exrtanj_MEP.doc en el núm. 100. Madrid, enero de 2.005.

⁵⁸⁹ Así se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003.

⁵⁹⁰ PERIS RIERA, Jaime/Madrid CONESA Comentarios al Código Penal (dirigidos por MANUEL COBO DEL ROSAL) Tomo III EDERSA 2000. Pág. 1205.

no afecta el fondo de la resolución adoptada por la autoridad competente, por ejemplo; la asistencia de Abogado, Interprete, procurador cuando proceda, y la debida notificación⁵⁹¹, etc. Pero, no es el caso el que nos ocupa en esta Tesis doctoral.

En un sentido contrario al anterior, algunos autores⁵⁹², afirman que este argumento "puede calificarse de "oculto" por su deficiente formulación, está en la idea de que la expulsión debe servir para evitar que haya extranjeros que cometan infracciones criminales con el único fin de asegurar su permanencia en territorio español a través del correspondiente proceso penal (y, en su caso, del cumplimiento de la correspondiente condena a una pena privativa de libertad): "algunos extranjeros podrían llegar a cometer determinadas infracciones penales para evitar (o, cuando menos, retrasar) la expulsión de territorio español", convirtiendo así el delito en un "mecanismo defraudatorio de la política común inmigratoria". Este "fraude de ley" se evitaría mediante la institución de la expulsión. En definitiva, se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España, quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto⁵⁹³. En primer lugar, como parece lógico, para tomar en cuenta esta argumentación sería necesario contar con una base empírica que confirme que, efectivamente, existe (y en qué términos cualitativos y cuantitativos) el fenómeno de la comisión de infracciones criminales con el fin de poder permanecer en

⁵⁹¹ VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, Procedimiento Administrativo Común. (Comentario a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA, 1993. Pág. 172.

⁵⁹² CANCIO MELIÁ, Manuel/ MARAVER GÓMEZ, Mario. EL DERECHO PENAL ESPAÑOL ANTE LA INMIGRACIÓN: UN ESTUDIO POLÍTICO-CRIMINAL. REVISTA CENIPEC.25.2006. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202. Pág. 85.

⁵⁹³ Así, se expresa en la Exposición de Motivo de la Ley Orgánica 11/2003, para reforzar la eficacia de la medida de expulsión -administrativa y penal- del extranjero no residente legalmente en España.

territorio español. Pues la argumentación no pasa, en este punto, de la afirmación apodíctica acabada de transcribir. En este contexto, en principio, parecería razonable pensar en la posibilidad de que se produjera ese fenómeno, aunque, desde luego, sólo respecto de alguna infracción de menor relevancia. Pero, en segundo lugar, lo que no está nada claro es qué puede tener que ver el establecimiento generalizado de la expulsión como consecuencia jurídica estándar para el colectivo de extranjeros sin residencia legal con el fin de evitar esos supuestos delitos instrumentales, si se tiene en cuenta que desde la primera LO. 7/1985 existe la posibilidad de tomar la medida de expulsión *administrativa* como alternativa al proceso penal en su conjunto, una previsión que es más que suficiente, como parece evidente, para evitar este tipo de fenómenos. Respecto de ésta, el Código Penal la ha limitado al referirse, en la modalidad de sustitución/expulsión, sólo al "extranjero no residente legalmente en España"⁵⁹⁴.

La expresión de la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, ha venido a justificar la expulsión de extranjeros ilegales en España, pero ha sido repetidamente criticada por la mayor parte de autores, a juicio de CANCIO MELIÁ/MARAVÉR GÓMEZ⁵⁹⁵, la comentada expresión de la Exposición de Motivos, no tiene mayor fundamentación; En primer lugar, como parece lógico, para tomar en cuenta esta argumentación sería necesario contar con una base empírica que confirme que, efectivamente, existe (y en qué términos cualitativos y cuantitativos) el fenómeno de la comisión de infracciones criminales con el fin de poder permanecer en territorio español. Pues la argumentación no pasa, en este punto, de la afirmación apodíctica acabada de

⁵⁹⁴ PERIS RIERA, Jaime/Madrid CONESA Comentarios al Código Penal (dirigidos por MANUEL COBO DEL ROSAL) Tomo III EDERSA 2000. Pág. 1203.

⁵⁹⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel/MARAVÉR GÓMEZ, MARIO. El Derecho Penal Español ante la Inmigración: un estudio político-criminal. revista cenipeec. 25.2006. enero-diciembre. ISSN: 0798-9202. Pág. 38.

transcribir. En este contexto, en principio, parecería razonable pensar en la posibilidad de que se produjera ese fenómeno, aunque, desde luego, sólo respecto de alguna infracción de menor relevancia. Pero, en segundo lugar, lo que no está nada claro es qué puede tener que ver el establecimiento generalizado de la expulsión como consecuencia jurídica estándar para el colectivo de extranjeros sin residencia legal con el fin de evitar esos supuestos delitos instrumentales, si se tiene en cuenta que desde la primera LOEx de 1985 existe la posibilidad de tomar la medida de expulsión *administrativa* como alternativa al proceso penal en su conjunto, una previsión que es más que suficiente, como parece evidente, para evitar este tipo de fenómenos. La regulación introducida en la LO 11/2003 es perfectamente funcional desde la perspectiva de un "Derecho penal" del enemigo (o, si se prefiere, de un Derecho penal estructuralmente ilegítimo)⁵⁹⁶.

En mi opinión, efectivamente -como ya hemos comprobado en la parte correspondiente a la legislación administrativa- antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, (art.89 y art.108)), existía la posibilidad de sustituir el procedimiento penal por la expulsión del extranjero procesado o inculcado "residente o no legalmente en España", (ex. art.21.2 LO.7/1985), también, la posibilidad de expulsar al extranjero condenado dentro o fuera de España. Ésta Ley ha sido sustituida por la Ley Orgánica 4/2000, la cual, ha ampliado notablemente dichas posibilidades, así como la posibilidad de sustituir las penas privativas de libertad inferiores a seis años o penas de destintas naturaleza por la expulsión de todos los extranjeros sin consideración de la

⁵⁹⁶ NAVARRO CARDOSO, Fernando, Expulsión "penal" de extranjeros: una simbiosis de derecho penal "simbólico" y derecho penal del "enemigo". BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (DIR), Iustel.Com, RGDP, N° 2, noviembre 2004, y Revista de derecho penal y criminología, n° 17-2006. Págs. 153-182.

situación de la legalidad de residencia en España (art.57.7 LOE), también, la imperativa expulsión de los extranjeros que hayan sido condenado por los delitos señalados en el apartado 4º del artículo 89 del Código Penal, teniendo presente que toda expulsión administrativa lleva consigo -del mismo mecanismo del artículo 89- la prohibición de entrada a España de tres a diez años -según cada caso-, también la extinción de cualquier autorización para permanecer en España⁵⁹⁷, y el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España (art. 57.4 LOE), teniendo en cuenta, además, que el párrafo 4º del artículo 89.1, sólo habla del archivo del procedimiento administrativo -en trámite- objeto de autorización primariamente solicitada para residir o trabajar, en cambio el artículo 58.1 de la Ley de Extranjería se extiende -más allá- a la pérdida de la autorización obtenida del extranjero objeto de expulsión, todo ello, es más que suficiente para suprimir el artículo 89 del Código Penal. En definitiva, la sustitución de la pena por la expulsión del extranjero en el Código Penal es una "excepción" del ordenamiento jurídico penal español, la expulsión de extranjeros se debe a la autoridad gubernativa y la a Ley de extranjería que en este caso prevalece frente a la política criminal.

Entiendo, además, que la regulación de la expulsión establecida en el Código Penal, sin duda, "hacia un modelo discriminatorio, fundamentación dual en que basar la existencia de un doble régimen de sustitución, mecanismos especiales de cumplimiento de la pena y condición de

⁵⁹⁷ TORRUBIA DAVID, Francisco José, "La extranjería desde el punto de vista de la Administración Periférica del Estado: Autorizaciones y sanciones administrativas en materia de extranjería". Extranjería. Manuales de formación continuada, N°. 39, Consejo General del Poder Judicial. 2006, Págs. 119-210.

extranjero"⁵⁹⁸. Algunos autores⁵⁹⁹, justifican la naturaleza jurídica y la configura de la expulsión gubernativa por delito doloso establecido en los artículos 57.2 de LO 4/2000 y 138 del Reglamento "como una mera sanción administrativa que responde a la infracción administrativa tipificada en el art. 57.2 LOEx, cuya exigencia de responsabilidad se tramitará por el procedimiento ordinario, requiriéndose, obviamente, condena penal firme. Esta medida, por tanto, no puede ser considerada como una verdadera pena, pues debe ser estimada una mera sanción administrativa, de modo que la Ley Orgánica 8/2000 resucita tan polémica medida sancionadora, impuesta al margen de la condena penal, que lleva aparejada la comisión de la infracción penal expresada en el seno del procedimiento administrativo tramitado al efecto. La finalidad del precepto es, sin duda, impedir la residencia en España de quienes han perpetrado aquellos ilícitos penales por meras razones de política criminal y de extranjería".

En virtud de lo anteriormente manifestado, no puede entenderse, por mucho que argumenta, que la infracción penal del extranjero constituye una sanción administrativa al margen de la condena penal, presentando un "ejemplo paradigmático de administrativización del derecho penal a través de de una auténtica administrativización de la ejecución penal"⁶⁰⁰ cuando se evidencia se contiene en el Código Penal, con la única justificación es de por razones de política criminal y de extranjería, puesto que al fin y al cabo será el establecimiento y aplicación de disposiciones administrativas la que determine quién es ese extranjero no residente

⁵⁹⁸ PERIS RIERA, Jaime/Madrid CONESA, Comentarios al Código Penal (dirigidos por MANUEL COBO DEL ROSAL) Tomo III EDESA 2000. Pág. 1202.

⁵⁹⁹ CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. (dira) Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo. Págs. 325 y 326. Cuaderno de Derecho Judicial XXIII- 2005. Consejo General del Poder Judicial.

⁶⁰⁰ PRATS CANUT, Josep Miquel. Comentarios al Nuevo Código Penal. ob cit. Pág. 490.

legalmente en España para hacer efectiva la aplicación del Código Penal, y luego se hace suya la expulsión del extranjero por haberse cometido un delito, pues, la pregunta que surge ahora ¿de que ha servido la figura de expulsión del extranjero en el Código Penal, cuando existe otra Ley específica para llegar a cabo la expulsión, medida que ya estaba regularizando desde la Ley 7/1985 y valía para la sustitución de las penas por la expulsión de extranjeros con o sin residencia y incluso, la expulsión de los nacionales de Unión Europea, además de la expulsión por las demás infracciones administrativas propias por el simple carencia de documentación, medios, renovación de autorización etc.⁶⁰¹ Creo que la finalidad del legislador tendrá mejor resultado únicamente con la Ley de Extranjería y con la omisión del repetido artículo 89 del Código Penal, manteniendo lo establecido en el apartado primero del artículo 108 por considerar aceptable la sustitución de una medida por otra.

Además, la expulsión administrativa prevalece sobre el enjuiciamiento penal de cualquiera de los delitos conminados con pena privativa de libertad no superior a seis años, entre los que se encuentran numerosos supuestos de delitos contra las personas realizados mediante violencia o coacción (agresiones sexuales, prostitución, lesiones, homicidio en grado de tentativa...) que no debieran en ningún caso permitir la exoneración de la responsabilidad penal⁶⁰². Por lo tanto, las únicas finalidades realmente perseguidas salen de las que pueden legitimar la intervención penal para adentrarse en el

⁶⁰¹ V. TORRUBIA DAVID, Francisco José, "La extranjería desde el punto de vista de la Administración Periférica del Estado: Autorizaciones y sanciones administrativas en materia de extranjería". Extranjería. Manuales de formación continuada, N°. 39, Consejo General del Poder Judicial. 2006, ob cit. Págs. 119-210.

⁶⁰² En el mismo sentido, ASÚA BATARRITA, "La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración" LAURENZO COPELLO, P. (coord.) Ob cit. Págs. 2,19 y 74.

campo del simple control de flujos migratorios por parte del Estado. Se persigue únicamente evitar costes económicos⁶⁰³ para el Estado y expulsar a los inmigrantes que pudieran escapar del control gubernativo al quedar sometidos a la autoridad jurisdiccional. Esto, además de ser contradictorio con las finalidades legítimas que debería perseguir el derecho penal de un Estado que se pretenda democrático y de derecho, supone también la violación del derecho a la tutela judicial efectiva que constituye derecho fundamental de toda persona independientemente de su nacionalidad.

Sin embargo, algún autor⁶⁰⁴ califica la naturaleza de la medida de expulsión prevenida en el artículo 89 del Código Penal, como una modalidad de sustitución de las penas cortas de prisión por otras formas de cumplimiento de la pena, conforme a un criterio que constituye sin duda una de las grandes novedades del Código Penal de 1995. Pues, a diferencia de lo previsto en el artículo 88, otro autor⁶⁰⁵, afirma que, en el artículo 89, objeto de nuestra atención en la presente tesis doctoral, no se cambia una pena por otra, sino por una medida de seguridad, expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, prevista en el artículo 96.3.5ª y contemplada en el 108. Pues, del mismo modo, afirma SANCHEZ MELGAR⁶⁰⁶, que "el legislador desea una aplicación generalizada de la medida de expulsión, solamente exceptuable en casos contados y excepcionales. Pasa la expulsión judicial del artículo 89 de estar inserta en el

⁶⁰³ En sentido contrario: CANCIO MELIÁ, Manuel/MARAVÉ GÓMEZ, Mario. EL DERECHO PENAL ESPAÑOL ANTE LA INMIGRACIÓN: un estudio político-criminal. revista cenipeec.25.2006. enero-diciembre. ISSN: 0798-9202. Págs. 86 y 87.

⁶⁰⁴ PAZ RUBIO, José María. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo (STS 2.ª de 8 de julio de 2004). Artículo publicado en la Web sobre la sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional. Mayo 2007.

⁶⁰⁵ CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Código Penal Comentado. (Director y autor). Tomo I. 2ª Edición. BOSCH. Febrero 2004. Pág. 315.

⁶⁰⁶ SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. Pág. 575.

arbitrio judicial, a la imperativa legal que sólo cabe atemperar en atención a la naturaleza del delito en cuestión, no obstante, lo cual parece oportuno dar cuenta de la jurisprudencia existente hasta el momento. Como mecanismo de sustitución de la pena, su naturaleza no es la de tal (no está en el catálogo del art. 33⁶⁰⁷ y la doctrina se inclina por calificarla como medida de seguridad⁶⁰⁸ no privativa de libertad, sólo aplicable a los extranjeros no residentes legalmente en España (art. 96.2.5^a), con una doble dimensión que el Tribunal Constitucional (STS 203/97), cabe verla desde el prisma de medida restrictiva del derecho de permanecer en España cabe verla como beneficio cuando es el propio extranjero quien la pide.

La sustitución de las penas por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España en el artículo objeto de este estudio, como precise ARANGUEZ SANCHEZ⁶⁰⁹, tiene una naturaleza *sui generis*, pues no responde a las características propias de una pena, ni formalmente, pues no está incluida en el catálogo de penas del artículo 33, ni materialmente, pues su aplicación en sustitución de la privación de libertad supone un beneficio para el reo, ya que en cualquier caso, por ser el condenado emigrante ilegal, terminará siendo expulsado. Tampoco responde a la idea de tratamiento que debe inspirar la imposición de las medidas de seguridad. El Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente (STC de 20-7-1994) que no se trata de una

⁶⁰⁷ PERIS RIERA, Jaime/Madrid CONESA Comentarios al Código Penal. Ob cit. Pág. 1206. según han manifestado que; "resulta difícil técnicamente mantener la idea de sustitución cuando se evidencia que el Código no contiene en el Capítulo dedicado a las penas y sus clases y en la enumeración efectuada en el artículo 33, ninguna referencia a la expulsión del territorio".

⁶⁰⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Código Penal Comentado. (Director y autor). Tomo I. 2^a Edición. BOSCH. Febrero 2004. Págs. 315 y 316.

⁶⁰⁹ ARANGUEZ SANCHEZ, Carlos. Reformas introducidas en el Código penal por la LO 8/2000. Comentario sistemático a la Ley de Extranjería. Granada 2001. Pág. 935.

modalidad del *ius puniendi* del Estado, pero no señala cual es su auténtica naturaleza. En cualquier caso, las razones de su imposición son fundamentalmente pragmáticas, ya que por su propia esencia la expulsión resulta del todo contraria a la reinserción social. Si el fin de la pena y medidas de seguridad es la reeducación y la reinserción social (art. 25 2 CE), la finalidad de sus substitutivos debiera ser la misma, cosa que, como hemos dichos, no sucede en el caso del artículo 89 CP. Así, la dificultad para fundamentar esta forma de substitución desde los fines que tradicionalmente se han asignado a las penas y las medidas de seguridad, planteará al juzgador serias dificultades a la hora de motivar adecuadamente la adopción de esta peculiar forma de substitución. Para otros autores ⁶¹⁰ es obligación legal la substitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años por la expulsión en supuestos en los que el condenado sea residente ilegal, que puede plantear problemas de constitucionalidad, puesto que, el hecho de ser extranjero y no poseer el permiso de residencia no es un criterio que -de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal constitucional- pueda fundamentar tal trato discriminatorio. De todos modos, tampoco es una institución que esta realmente fundamentada en criterios político-criminales.

CANCIO MELIÁ/MARAVÉR GÓMEZ⁶¹¹. Afirman que, "en primer lugar, que desde el punto de vista aquí adoptado, los argumentos (o lugares comunes) que cabe identificar como base justificatoria de la concreta configuración penal de la medida de expulsión, por un lado, muestran una llamativa inconcreción

⁶¹⁰ BAUCELLS I LLADÓS Joan, Artículo publicado con el Título ¿es el derecho penal español un instrumento de protección de los derechos de los extranjeros? Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194 RECPC 08-07 (2006)_ <http://criminet.ugr.es/recpc> _ ISSN 1695-0194.

⁶¹¹ CANCIO MELIÁ, Manuel/MARAVÉR GÓMEZ, Mario. EL DERECHO PENAL ESPAÑOL ANTE LA INMIGRACIÓN: un estudio político-criminal. Revista cenipeec. 25.2006. enero-diciembre. ISSN: 0798-9202. Págs. 195 al 204.

en su formulación, y, por otro, carecen de toda fuerza de convicción una vez examinados con algo de detenimiento. En segundo lugar, puede afirmarse que la regulación positiva de la expulsión -y con mayor claridad la ahora vigente en virtud de la LO 11/2003- es de todo punto incompatible con la lógica de la individualización de las sanciones penales. A la hora de identificar la etiología de esta regulación tan peculiar, los autores que se han manifestado al respecto constatan por lo general una sumisión de esta institución jurídico-penal a un elemento externo al Derecho penal: a una política de inmigración restrictiva. Desde esta perspectiva, éste sería un "ejemplo paradigmático de la administrativización del Derecho penal".

El contexto político-legislativo de la introducción de la regulación resulta fuera de lo común. La doctrina científica adopta expresamente una posición crítica respecto de la regulación de la expulsión, prácticamente sin excepción alguna. El legislador, por su parte, tácitamente se limita a crear nuevas realidades normativas, sin fundamentación alguna -o con justificaciones que no pasan de ser meras reafirmaciones de prejuicios xenófobos corrientes. En este sentido, puede hablarse por parte del legislador que decidió la introducción de la expulsión en el CP de 1995, y, sobre todo, del que aprobó la última reforma, de una "argumentación oculta", ante la ausencia de justificaciones explícitas. Esta situación atípica afectará necesariamente a la exposición que sigue: después de un recordatorio de la evolución legislativa reciente de la institución, se intentará reconstruir un debate de las diversas justificaciones implícitas en los hechos legislativos: un ejercicio de esgrima frente al espejo, con toda su extraña apariencia. Esta reconstrucción arrojará como resultado la conclusión de que los esquemas explicativos propuestos para aprehender la institución resultan

insuficientes para describir de modo completo el verdadero significado de la expulsión. En segundo lugar, con la identificación de la pertenencia de la institución de la expulsión del artículo 89 Código Penal al Derecho penal del enemigo⁶¹² queda "resuelta" la cuestión de la "naturaleza jurídica" de esta medida: no es una pena -como se ha sostenido en múltiples ocasiones-, al margen del argumento formal de la ausencia de su mención en el art. 33 CP, porque no presenta en todos los casos la característica de ser un "mal". No es, desde luego, un sustitutivo penal en el sentido del Código penal, por carecer de toda referencia preventivo especial. No es materialmente una medida de seguridad, porque tampoco hay análisis del pronóstico de reincidencia del sujeto. Tampoco es una medida de policía en materia de inmigración, porque no existe una planificación de la actuación administrativa y porque la aleatoriedad de sus efectos impide considerarla un instrumento integrante de una verdadera política. Es una causa de levantamiento de la pena cuya finalidad es excluir del sistema jurídico a una categoría de personas. Parece claro que a un diagnóstico tan radical le debe seguir la propuesta de consecuencias igualmente radicales. Si se trata de un sector de regulación estructuralmente ilegítimo, debe eliminarse. Y esta parece ser la propuesta adecuada para la medida penal de expulsión: debe desandarse el camino iniciado en 1985, debe eliminarse la expulsión del Código penal, manteniéndose sólo, en todo caso, como sustitutivo de la pena (o del proceso penal) en muy determinados supuestos; en aquellos en los que esa medida convenga a la resocialización del sujeto en cuestión -y con su consentimiento-, y de modo limitado a penas de poca relevancia (quizás: hasta dos años de prisión). Porque los ciudadanos -y para el Derecho *penal* de un Estado de

⁶¹² V. NAVARRO CARDOSO, Fernando, Expulsión "penal" de extranjeros: una simbiosis de derecho penal "simbólico" y derecho penal del "enemigo". BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (DIR), Iustel.Com, RGDP, N° 2, noviembre 2004, y Revista de derecho penal y criminología, n° 17-2006. Págs. 153-182.

Derecho, lo es cualquier ser humano- deben ser tratados por la Ley de acuerdo con el principio de igualdad", lo cual compartimos.

ORTS BERENGUER⁶¹³ afirma que "en otros casos puede resultar injusto que la única consecuencia para el culpable sea la expulsión, mientras que si el mismo delito lo comete una persona con residencia legal en España ha de cumplir la pena impuesta, todo ello, amen de los reparos que la expulsión automática despierta desde un punto de vista preventivo, dado que difícilmente la amenaza de la pena servirá para disuadir de la comisión de un delito si el extranjero sabe de ante antemano que la única sanción, en el hipotético caso de ser detenido, será la expulsión de nuestro país..., más huelga decir que en un Estado Democrático no es admisible esa suerte de discriminaciones entre los condenados, haciendo depender la ejecución y modalidad de la pena de su nacionalidad y situación administrativa".^{614/615}. El Tribunal Supremo, (STS 906/2005 de 8-7-04), ha declarado que "la normativa en vigor actualmente debe ser interpretada desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona -sea o no inmigrante, ilegal o no- que están reconocidos no sólo en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, sino en los Tratados Internacionales firmados por España y que de acuerdo con el art. 10 no sólo constituyen derecho interno aplicable, sino que tales derechos se interpretarán conforme a tales Tratados y en concreto a la jurisprudencia del TEDH en

⁶¹³ ORTS BERENGUER, Enrique y otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. Ob cit. Pág. 90.

⁶¹⁴ En el mismo sentido, BAUCELLS I LLADÓS, Joan, Artículo publicado con el título ¿es el derecho penal español un instrumento de protección de los derechos de los extranjeros? Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194 RECPC 08-07 (2006)_<http://criminet.ugr.es/recpc>. ISSN 1695-0194.

⁶¹⁵ CANCIO Meliá, Manuel/MARAVÉR GÓMEZ, Mario. El derecho penal español ante la inmigración Ob. cit. Págs. 195 al 204.

lo referente a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, y ello es tanto más exigible cuanto que, como ya se ha dicho, la filosofía de la reforma del art. 89 del Código Penal responde a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado".⁶¹⁶

Las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 8 de julio y 28 de octubre de 2004 han creado jurisprudencia

⁶¹⁶ En efecto, un estudio de la Jurisprudencia del TEDH que constituye la referencia jurisprudencial más importante en materia de Derechos Humanos para todos los Tribunales Europeos, nos permite verificar la exigencia de un examen individualizado, con alegaciones y en su caso prueba, para resolver fundadamente y así: También se ha pronunciado el TC -SSTC 99/85 de 3 de Septiembre, 242/94 y 203/97-, ciertamente con anterioridad a la actual reforma, pero exigiendo siempre un trámite de alegaciones como único medio de poder efectuar un juicio de proporcionalidad y ponderación ante los derechos que pueden entrar en conflicto a consecuencia de la expulsión, con cita de la libertad de residencia y desplazamiento. Estimamos que con mayor motivo habrá de mantenerse la exigencia si se trata del derecho de familia, una de cuyas manifestaciones -tal vez la esencial- es "vivir juntos" SSTEDH de 24 de Marzo de 1988, Olssen vs. Suecia, 9 de Junio de 1998, Bronda vs. Italia, entre otras, vida común que queda totalmente cercenada con la expulsión.

a) La sentencia de 18 de Febrero de 1991 -caso Monstaquim vs. Bélgica- declaró contrario al Convenio la expulsión acordada en virtud de numerosos delitos, al constatarse que vivía desde los dos años en el país del que era expulsado y carecía de todo arraigo o vínculo en su país de origen. Se estimó que el derecho a la vida familiar garantizado en el art. 8 del Convenio no podía ceder ante exigencias de nexo orden público, lo que convertía la medida en desproporcionada.

b) La sentencia de 24 de Enero de 1993 -caso Boncheski vs. Francia- se llegó a la solución contraria en base a la gravedad de los delitos que exigían un plus de protección del mismo que justificó la medida de expulsión aunque el penado llevaba dos años en Francia y estaba casado con una francesa.

c) La sentencia de 26 de Abril de 1997 -caso Mehemin vs. Francia- consideró desproporcionada la medida dados los vínculos y arraigos en Francia -casado con francesa-, y la relativa gravedad del delito cometido -tráfico de drogas-; la reciente STEDH de 10 de Abril de 2003 analiza el nivel de cumplimiento por parte del Estado francés respecto de lo acordado en aquella sentencia.

d) La sentencia de 21 de Octubre de 1997 resolvió en sentido contrario v, por tanto favorable a la expulsión dada la gravedad del delito a pesar de contar con arraigo en Francia donde vivía desde los cinco años. Idéntica es la sentencia de 19 de Febrero de 1998 -Dallia vs. Francia- o la de 8 de Diciembre de 1998.

en esta línea de excepción, determinando, la primera de ellas, que la expulsión automática, inmotivada, inaudita parte, y no fundamentada en criterios de proporcionalidad y ponderación, puede afectar derechos fundamentales de la persona; y estableciendo, la segunda de las resoluciones dichas, que la medida de expulsión, en delitos de inequívoca gravedad, puede determinar la impunidad de las conductas y «la proliferación de tan dañinas actividades por extranjeros ante la garantía de que, de ser descubiertos, serían repatriados a su país tras escaso tiempo de prisión», con lo que quedaría seriamente lesionado tanto el efecto resocializador de la pena, como la prevención general⁶¹⁷.

La doctrina y la propia jurisprudencia han propuesto una interpretación restrictiva de estas instituciones que tenga en cuenta la filosofía de los sustitutivos penales. Es decir que se valore si con la expulsión se evita el eventual efecto nocivo del encierro y el favorecimiento de la inserción y no se pierde eficacia preventivo general. La reforma de este precepto a través de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, viene -con ese cínico nombre- a complicar tal interpretación puesto que se establece la sustitución de la pena como regla imperativa, frente a la anterior redacción facultativa. En este extremo también es imprescindible una reforma de *lege ferenda* para reintroducir el carácter facultativo de la expulsión. Sólo con las modificaciones de *lege ferenda* propuestas, la reinterpretación de los tipos penales realizada y la introducción de nuevas políticas económicas preventivas alejaremos el derecho penal del funcionalismo a la política de

⁶¹⁷ La expulsión de Extranjeros. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario. Monografías de jurisprudencia, La Ley Penal. 2005, Dialnet, Número: 13. Págs. 53-66.

inmigración y lo erigiremos en un auténtico instrumento para la integración social.

La Fiscalía General de Estado⁶¹⁸ ha calificado la medida de expulsión de aspecto penal, se configura en estos casos «como una suspensión de la potestad jurisdiccional en su modalidad de hacer ejecutar lo juzgado en aras a preservar otros fines igualmente valiosos para el Estado relacionados con su política de extranjería, fines respetables, que podrán adquirir preponderancia siempre y cuando no impidan la realización elemental de los fines de prevención general y afirmación del ordenamiento jurídico que justifican la existencia de la pena y que se verían resueltamente lesionados si la praxis derivase a una aplicación indiscriminada de la medida de expulsión». En mi opinión, la Fiscalía del Estado mantiene el mismo criterio favorable a la expulsión definido también en la anterior Circular de 1/1994 y confirmado por la Instrucción 4/2001 para los delitos de naturaleza menos grave, si no concurren en el caso particular circunstancias especiales que lo desaconsejen. Al propio tiempo, la Fiscalía ha criticado también la inclusión del precepto del artículo 89 objeto de esta tesis doctoral, por su ubicación en la Sección del Código dedicada a regular las formas de sustitución de las penas cortas privativas de libertad que pueden inducir a la errónea consideración de que la medida de expulsión es una suerte de pena o sanción sustitutiva que realiza por una vía alternativa las exigencias del *ius puniendi* estatal.

El Tribunal Constitucional, (STC.242/1994 de 27 de julio), defina la expulsión como "una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el

⁶¹⁸ CIRCULAR 3/2001, de la Fiscalía General del Estado de 21 de diciembre sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

Estado persigue con ello". En el mismo sentido (STC 203/1997). El Tribunal Supremo señala que: la medida de expulsión se configura como una suspensión de la potestad jurisdiccional en su modalidad de hacer ejecutar lo juzgado en aras a preservar otros fines igualmente valiosos para el Estado, de modo que en puridad suspende la condena para facilitar la aplicación de la normativa y de los fines de la política de extranjería forzando a salir del territorio nacional a quienes no se hallen debidamente autorizados para residir en España, es decir, se trata de una medida frente a una conducta incorrecta de un extranjero que "el Estado puede imponer en el marco de una política criminal vinculada a una política de extranjería que a él le corresponde legítimamente diseñar".

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional (ATC 106/1997, de 17 de abril de 1997), el cual dispone que; "ni en rigor puede decirse que tal expulsión sea una pena -lo que quedaría demostrado, entre otras cosas, por el hecho de no venir expresamente mencionada en el catálogo que de las mismas se establece en el artículo 33 del Código Penal de 1995⁶¹⁹. La Audiencia Provincial de Madrid (SAP.28/05/2004), ha declarado al respecto que "En el caso hipotético de que la media de expulsión sea una verdadera pena, podría ser ciertamente discutible cuál es la más favorable para el acusado, pues la pena impuesta en la sentencia supone, en principio, la privación de libertad y su cumplimiento en un centro penitenciario, mientras que la expulsión supone el cumplimiento de dicha pena en el país de origen, en régimen de libertad"

⁶¹⁹ En el mismo sentido, ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, Compendio de Derecho Penal (parte general y Parte especial) Tirant lo Blanch. 1ª Edición. Valencia 2004. Pág. 176.

En mi opinión, a la vista de las disientas opiniones de autores, y las citadas sentencias, resulta por tanto que, según lo establecido en el artículo 33 del Código penal, la medida de expulsión del extranjero, efectivamente, no está catalogada entre las penas privativas de libertad, por lo que no cabe definir a una acción como delictiva cuando no esté prevista expresamente como delito o falta por Ley de conformidad con el artículo 1 del mismo Código. De la misma regularización, según el citado concepto, conjuga con el contenido del artículo 2 del mismo Código, el cual dispone que *"No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración..."*, por lo que carece de sentido considerar la expulsión "en sí misma" como una pena por no haber sido calificada como tal en los artículos 33 y 96.3.2 del Código Penal. Sin embargo, la sustitución de la ejecución de la pena privativa de libertad por la medida de expulsión establecida en el artículo 89.1 del Código Penal, no está emparejada con su naturaleza, ya que la sustitución supone sustituir una cosa por otra de igual característica, como el caso de la sustitución contemplada en el artículo 108.1 del mismo Código. De lo anteriormente examinado en esta parte de la Tesis doctoral, es conveniente expresar mi opinión como siguiente:

1) Resulta tan polémico encontrar una verdadera unificación que justifica la modalidad jurídica de la situación de sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España establecida en el artículo 89 del Código Penal, extremo que ha llevado a una dificultosa y numerosa calificación contraria como hasta ahora ha venido sucediendo. Se discute la doctrina sobre la naturaleza de esta

medida, si es, una pena, una medida de seguridad⁶²⁰, una medida sustitutiva o suspensiva de la pena etc., algunos autores afirman que no es una pena porque no aparece recogida en el catálogo de las penas del artículo 33 del Código Penal⁶²¹, no responde a ninguna de las alternativas del Capítulo III, relativo a las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad⁶²², la expulsión penal es como una combinación de suspensión de la pena y aplicación de la medida de seguridad de expulsión del extranjero del territorio nacional⁶²³, o como "una exención condicional de penas"⁶²⁴ o al menos, se aproxima mucho a los casos de "exención"⁶²⁵, otros autores han limitado a justificar únicamente el motivo de

⁶²⁰ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Comentario al Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Ed. Trivium. 1ª Edición. Febrero 1997. Págs.1288 al 1290. opina que es una medida de seguridad, del mismo sentido opina CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Código Penal Comentado. (Director y autor). Tomo I. 2ª Edición. BOSCH. Febrero 2004. Págs. 315 y 316.

⁶²¹ Como así ha puesto de manifiesto SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición Pág. 575. Sepín editorial jurídica. Madrid 2006, y ARANGUEZ SANCHEZ, Carlos. Reformas introducidas en el Código penal por la LO 8/2000. Comentario sistemático a la Ley de Extranjería. Granada 2001. Pág. 935. MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General, PPU Promociones Publicitarias Universitarias. Barcelona 1985. Pág. 648. señala en caso similar, que si el destierro constituye una pena o medida de seguridad. ello permitirá considerar que estamos frente a una modalidad de dicha pena de destierro, con la ventaja de que se seguiría para la seguridad judicial, de que su duración debería limitarse a la señalada para la misma pena por el artículo 30. LAURENZO COPELLO, Patricia, Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Pág. 12. y PERIS RIERA, Jaime/Madrid CONESA Comentarios al Código Penal. Ob cit. Pág. 1206.

⁶²² Como ha manifestado, MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General, 5ª edición. Barcelona 1988. "no responde al concepto estricto de sustitución" Pág. 728. En mismo sentido también FLORES MENDOZA, Fátima, Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Pág. 108 y ss.

⁶²³ Así ha puesto de manifiesto MARELLI CAFFARENA, Borja. El proyecto de Código Penal de 1994. Tomo I. Curso UIMP Valencia. Junio 1995. Pág. 41. Idéntico, MAPELLI CAFFARENA Borja y TERRADILLOS Basoco, Las consecuencias jurídicas del delito. 3ª edición. Civitas. Madrid 1996 p.109. también: PERIS RIERA, Jaime /Madrid CONESA Comentarios al Código Penal. Ob cit. Pág. 1206. según han manifestado "ello ha justificado la opinión de la doctrina especializada que otorga una naturaleza híbrida entre suspensión de la pena y aplicación de una medida de seguridad, considerando que debió haberse incluido, como tal suspensión, en la primera Sección del Capítulo".

⁶²⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Comentario al Código Penal, primera edición 1997. Editorial Civitas, SA. Pág. 291.

⁶²⁵ PERIS RIERA, Jaime/Madrid CONESA. Comentarios al Código Penal. Ob cit. Pág. 1204.

dicha sustitución por la de "orden económico"^{626/627}, o por fines de una concreta política de extranjería⁶²⁸, etc., en definitiva, por una forma o otra, casi todos los autores han criticado esta figura sustitutiva del artículo 89 que analizamos en esta Tesis doctoral.

2) La figura de expulsión de extranjeros en el Código Penal está fundada como una medida de seguridad no privativa de libertad en el artículo 96.3. 2ª), y como medida sustitutiva de otras medidas de seguridad en el artículo 108.1 del mismo Código, modalidad mas o menos posible de reconocer, pero, la situación de la sustitución de la pena por la expulsión establecida en el artículo 89.1 del Código Penal es una institución que no está realmente fundamentada sistemáticamente con la sustitución de la pena diseñada en el artículo 88, la sustitución por la expulsión está calificada, por algunos autores, como una consecuencia jurídica-penal realmente creada por el propio artículo 89, sin módulos de conversión⁶²⁹. O ha sido creada por la voluntad propia del

⁶²⁶ Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (SAP de 26 de septiembre de 2000. Sala de lo Civil-Penal, Sec. 23), a favor de la sustitución de las penas por la expulsión por motivo de orden económico.

⁶²⁷ DEL MORAL, García y SERRANO BUTRAGUEÑO (Coods). Código penal (Comentario y Jurisprudencia). Tomo I Editorial Comares. Granada, 2002. Pág. 1033, se ha manifestado que "esta pena sustitutiva encierra también un claro fundamento económico, pues con ella se pretende paliar los ingentes costes que los presos extranjeros están haciendo soportar a nuestro Erario Público, cuando se encuentran dentro de las cárceles". "otras razones que suelen invocar a favor de la sustitución, como son las de orden económico, pensando en los gastos que se puede ahorrar a la administración si tiene un recluso menos...". Pág. 1032 y 1033. idéntico fundamento: SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, (Cood). Código penal de 1995. Ed. Comares. Granada, 1999. Pág. 750. En sentido contrario: CANCIO MELIÁ, Manuel/MARAVÉ GÓMEZ, Mario. El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal. Revista cenipe. 25.2006. Enero-diciembre. ISSN: 0798-9202. Págs. 195 al 204.

⁶²⁸ GARCIA ALBERO, Ramón. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir). MORALES PRATS, Fermín (cood)], 3ª Edición. THOMSON Aranzadi 2004. Pág. 581.

⁶²⁹ En este sentido, FLORES MENDOZA, Fátima, Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Pág. 119 y 120. "Se trataría de la "sustitución" de una pena por una medida de seguridad o, en cualquier caso, de la

legislador "a consecuencia de un criterio político-criminal propio a la política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar"^{630/631}. En mi opinión, esta política "mixta", "criminal-administrativa", que optó el legislador por la colocación forzosa de la sustitución de la pena por la expulsión del extranjero en situación ilegal, no tiene naturaleza lógica concordante con el ordenamiento jurídica criminal, su lugar no es apropiado en el Código Penal, como se comprobará más abajo.

CUELLO CALON⁶³², dice que, sólo el Estado es titular del derecho penal, definir los delitos, determinar las penas y las medidas de corrección y de seguridad, imponerlas y ejecutarlas es exclusiva facultad suya, fuera del Estado no hay verdadero derecho penal. Pero su facultad punitiva no es ilimitada, tiene sus fronteras infranqueables en los derechos de la persona. Las normas penales se dirigen a todos los individuos sometidos a la ley del Estado, sean o no ciudadanos, imponiéndoles la ejecución o la omisión de determinados hechos. Es indiferente que se trata de imputable o inimputable

sustitución de una consecuencia jurídica-penal recogida en el propio artículo 89, que no va acompañada de módulos de conversión".

⁶³⁰ El Tribunal Constitucional (STC.242/1994 de 27 de julio), declaró que, la expulsión no puede ser calificada como pena. Al contrario que ésta, no se concibe como modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero en el Estado en que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a la política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar. Por ello, es alternativa al cumplimiento de la verdadera pena, que en todo caso deberá cumplirse si el extranjero regresa a España, porque la expulsión, en sí misma, no satisface la responsabilidad penal o civil derivada del delito, siendo, de alguna manera una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello.

⁶³¹ CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. (dira) Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo. Cuaderno de Derecho Judicial XXIII- 2005. Consejo General del Poder Judicial. Pág. 326. Se ha manifestado sobre la naturaleza jurídica y supuestos en que procede la expulsión regulada en los artículos 57.2 de la LO 4/2000 y 138 del Reglamento, la finalidad del precepto es, sin duda, por razones de política criminal y de extranjería.

⁶³² CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 8

(locos, menores, etc.), pues el derecho penal en su concepción presente establece y determina no sólo las normas relativas a las penas (reservadas a los inimputables), sino también las referentes a las medidas de seguridad y de corrección (medios de protección social aplicables a los inimputables, locos, menores). En mi opinión, según afirma CUELLO CALON, las normas penales se dirigen a todos los individuos sean o no españoles, con la salvedad reservada a los locos y menores, los cuales están sujetos a las medidas de seguridad como medio de protección social, tal medida o medio, innegablemente tiene su justificación en el propio Código Penal. Referente al extranjero está sujeto también a una medida de seguridad -como la expulsión- pero tal medida no está catalogada como causa de justificación según la regla general o común del Código Penal (como el caso de los locos o menores), por tanto que, considero que, esta medida sustitutiva no está justificada técnicamente en el ordenamiento jurídico penal español, por lo que debe ser excluida del Código, aunque en ambos casos presentan la misma finalidad como medio de protección social.

BETTIOL⁶³³, opina la inclusión de las medidas de seguridad en el campo del derecho penal no es admisible, y otros, consideran el derecho penal como puramente sancionatorio, sanciones que en él asumen el nombre de *pena*. La pena, para estos autores, es una sanción retributiva de sentido ético que repugna toda finalidad utilitaria por lo cual las medidas de seguridad que persiguen fines de esta clase están fuera del ámbito del derecho penal. Esta es una posición de estricta lógica pero que toma poco en cuenta la exigencia de la realidad. El derecho penal aspira a realizar fines prácticos, y no a satisfacer puras exigencias lógicas, tendencia

⁶³³ BETTIOL, *Diritto penale*, Palermo 3ª edic. 1955, Pág. 82 en CUELLO CALON Eugenio. *Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero*, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980. nota núm. 2, Pág. 8

realística que impone a veces la limitación de principios básicos y que justifica que en el ámbito del derecho penal tenga cabida el sentido ético como espíritu inspirador de la pena, y la aspiración a conseguir fines socialmente útiles.

3) La medida de expulsión de extranjeros se encuentra totalmente ajena en el Código Penal⁶³⁴. Formalmente, la Ley de Extranjería es más propia y reguladora de "status" de los extranjeros⁶³⁵, ya que, en principio, desde el punto de vista administrativo, procederá la expulsión del territorio nacional del extranjero que se encuentra irregularmente en España careciendo de la correspondiente autorización ⁶³⁶ (art. 54.1 a) y b) y art. 53 a), d) y f de la Ley Orgánica 4/2000)⁶³⁷, al mismo tiempo, procederá, también, la expulsión del territorio nacional del extranjero que se encuentra -residente "o" no legalmente en España- procesado en un procedimiento penal por

⁶³⁴ En contra: LAURENZO COPELLO, Patricia, *Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate)* (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Pág.13. según dice que; "Ante un fenómeno de tanta trascendencia para funcionamiento de la sociedad en el que, además, se ven directamente afectados los derechos fundamentales de un parte de sus miembros, difícilmente el Derecho penal podía permanecer ajeno".

⁶³⁵ Como ha señalado SANCHEZ YLLERA, Ignacio. *Comentario al Código penal. Volumen I [Vives Antón, Tomás S. (Cood)]*. Tirant lo blanch. Valencia 1996. Pág. 505. "Entiendo que era innecesario mantener en el Código Penal una regulación como ésta, más propia de la Ley reguladora de "status" de los extranjeros o de la Ley General Penitenciaria, ya que mantiene una difícil conexión..., y es innecesario porque la concordancia con preceptos semejantes de ambas leyes no es fácil... etc.

⁶³⁶ El artículo 57. 1. de la Ley Orgánica 4/2000 establece que; "Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c) d) y f) del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo".

⁶³⁷ ORTS BERENGUER, Enrique y Otros. *Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales*. ediciones Alfa Delta Digital 2005. Pág. 90. apuntan que "De esta forma, el Derecho penal viene a garantizar la observancia de la legislación administrativa, en la que se contempla la expulsión de los extranjeros que se encuentran en nuestro país de un modo irregular (art. 53 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por L.O. 8/2000, de 22 de diciembre). Pero, por esta vía nos podemos encontrar con situaciones verdaderamente injustas, de personas afincadas en España...).

delito o falta⁶³⁸ (art.57.7 LOE), o condenado por un delito cometido dentro o fuera de España (art. 57.2 LOE). Al margen del artículo 89 del Código Penal, la situación ilegal del extranjero o el incumplimiento de alguno de los supuestos señalados en los citados artículos de la Ley de extranjería constituye "en sí misma" causa legalmente justificada para lograr la expulsión de un extranjero del territorio nacional, con independencia de la regularidad o irregularidad de su situación de residencia en España, por lo que, en teoría, entiendo que la sustitución establecida en el Código Penal no supone una medida más restrictiva de su derecho o más limitadora de su prerrogativa a la vista de su situación ilegal en España⁶³⁹. Ello porque la expulsión se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España.⁶⁴⁰

Para el hipotético supuesto de la ausencia del artículo 89 del Código Penal, el extranjero que haya delinquido, residente o no legalmente en España, es factible también la sustitución del procedimiento penal por la expulsión a instancia de la autoridad gubernativa (art.57.7 LOE), igualmente, toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada al territorio español por un periodo mínimo de tres años y máximo de diez años⁶⁴¹ (art.58.1 LOE), igualmente, procederá la

⁶³⁸ El artículo 57.1 a), de la Ley Orgánica 4/2000, establece que: "Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza".

⁶³⁹ En análogo sentido, la Audiencia Provincial de Madrid (S.488/2004. Recurso 177/2004).

⁶⁴⁰ En el mismo sentido: PRATS CANUT/TAMART SUMALLA. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir).FERMIN MORALES PRATS (cood)], 3ª Edición. THOMSON Aranzadi 2004. Pág. 520. Según manifiestan que "no puede olvidarse la aplicación de la normativa de extranjería que prevé la expulsión de los extranjeros en situación irregular por vía administrativa"

⁶⁴¹ La prohibición se extiende a todos los Estados miembros de la Unión Europea. Vid Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión.

extinción⁶⁴² de cualquier autorización para permanecer en España, y, el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar el extranjero en España (art.57.4 LOE)⁶⁴³. Asimismo, es posible la expulsión, por la vía gubernativa, del extranjero condenado dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año (art. 57.2 LOE). No obstante, el apartado 8 del artículo 57 de la LO 4/2000, de 11 enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, exige la expulsión cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 del Código Penal, una vez cumplida la pena privativa de libertad, pese a que las penas impuestas por la comisión de estos delitos no están expresamente sustituible por la expulsión conforme al mandato del artículo 89 del Código Penal.

De tal manera, debe tenerse en cuenta que, en esta Ley de extranjería podría aplicarse a todos los extranjeros, además, se incluye, pese a su aspecto administrativo, una modalidad penal más amplia que la discutida figura establecida en un solo artículo numerado 89 en el Código Penal, el cual, quiebra y perturba la sistemática del mecanismo del ordenamiento jurídico penal en su conjunto sin justificaron de la figura sustitutiva establecida en el mismo. A mi juicio, es

⁶⁴² Ha de tener en cuenta que la Ley de extranjería habla de "extinción", es decir la pérdida de la autorización de residencia validamente obtenida por el extranjero residente legalmente en España, basta con que sea implicado o procesado en un procedimiento penal para la sustitución del proceso penal por la expulsión, por el contrario, el artículo 89 del CP se limita al archivo del procedimiento en la fase de tramitación para obtener la residencia del extranjero condenado en España.

⁶⁴³ V. TORRUBIA DAVID, Francisco José, "La extranjería desde el punto de vista de la Administración Periférica del Estado: Autorizaciones y sanciones administrativas en materia de extranjería". Extranjería. Manuales de formación continuada, N.º. 39, Consejo General del Poder Judicial. 2006, ob cit. Págs. 119-210.

conveniente mantener la regla general común sin discriminación ni excepción en el Código Penal. Cuando se trate de un extranjero condenado por un delito, el sujeto -cualquiera que sea su nacionalidad- debe cumplir la pena impuesta en las mismas condiciones que el reo español y en la fase de ejecución habrán otras alternativas para su precisa expulsión, como por ejemplo la aplicación de la Ley de Extranjería, la cual está legitimada para la expulsión del extranjero procesado o condenado, así como, los Convenios o Tratados internacionales firmados por España con el país del condenado a través del Traslado o la Extradición, cuando proceda⁶⁴⁴. De tal manera, el legislador persigue igualmente su finalidad de la expulsión del extranjero sin necesidad de la ficción argumentada para justificar la inaplicación de la pena por la expulsión, sin la necesidad de adoptar la idea de una política criminal para suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con la expulsión penal del extranjero. Como señala ASÚA BATARRITA que, en tal supuesto sería facilitar su traslado para el cumplimiento en el país de origen⁶⁴⁵.

Tampoco, no debe olvidarse que al amparo de la Ley Orgánica 7/1985, y antes de la figura del artículo 89 del Código Penal, el Tribunal Constitucional (STC.115/1987), ha declarado que los extranjeros sean sancionados en primer lugar mediante pena privativa de libertad por el delito que cometieron y, en segundo lugar, con la expulsión del territorio nacional tras haber cumplido la condena. La

⁶⁴⁴ En este sentido; BAUCCELLS I LLADÓS Joan, ¿es el derecho penal español un instrumento de protección de los derechos de los extranjeros? Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194 del 08-07 2006.

⁶⁴⁵ ASÚA BATARRITA, Política criminal y política de extranjería. La expulsión del extranjero como sustitutivo de la respuesta punitiva ordinaria, Tendencias del Derecho penal. Incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración, LAURENZO COPELLO, P. (coord.), XLII-2001, Págs. 19-74.

aplicación restrictiva del artículo 89 CP, que hasta ahora han venido haciendo los Tribunales penales españoles, se ha terminado, y ha de ser sustituida por la aplicación obligatoria de dicho precepto impuesta por el artículo 57.7 párrafo 3.º de la llamada Ley de extranjería. Eso sí, con las excepciones previstas en el número 4 de este art. 89 CP, y que repite fielmente el artículo 57.8 de la Ley Orgánica 4/2000 (modificada por la Ley Orgánica 8/2000⁶⁴⁶,". En todo caso, la aplicación del artículo 89 del Código Penal debe hacerse huyendo del automatismo⁶⁴⁷", todo ello es consecuencia del fundamento y finalidad de esta atípica "sustitución" de penas privativas de libertad por la expulsión del territorio nacional, que en nada responden a los de la sustitución establecida en el artículo precedente, el artículo 88 del Código Penal⁶⁴⁸, sobre todo alejado por completo de las razones de individualización de la ejecución de las penas que rigen la sustitución⁶⁴⁹.

A mi parecer, la escasa aplicación de la Ley de Extranjería en los procedimientos penales explica la razón y el interés demostrado por el legislador penal en inscribir el precepto del artículo 89 en el Código Penal por reforzar la expulsión del extranjero en el ámbito penal donde resulta obligatorio para el Juez o Tribunal penal adoptar dicha medida dentro de su propio ámbito penal, ya que, el Código Penal entró en vigor durante la vigencia de la Ley 7/1985, y a pesar

⁶⁴⁶ DEL MORAL, Antonio y SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. Código Penal (Comentario y Jurisprudencia) (coods.) Tomo I. Comares. Granada, 2002. Pág. 1031.

⁶⁴⁷ CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. (dira) Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo. Cuaderno de Derecho Judicial XXIII- 2005. Consejo General del Poder Judicial. Pág. 313.

⁶⁴⁸ FLORES MENDOZA, Fátima, Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Pág. 118.

⁶⁴⁹ PERIS RIERA, Jaime/Madrid CONESA Comentarios al Código Penal. Ob cit. Pág. 1202.

de lo establecido en el párrafo 2.º del artículo 21⁶⁵⁰ de la ésta Ley⁶⁵¹, el Tribunal Supremo, (ATS 12/11/1993) decía que, "el marco penal abstracto del delito por el que ha sido condenado", ya que, la actuación del Juez en el procedimiento penal estaba limitada a la aplicación de lo establecido en el Código Penal. El Juez penal no acordaba la expulsión del extranjero, sino únicamente autorizaba (al igual que la vigente Ley de Extranjería) la expulsión administrativa o el internamiento del extranjero para llevarse a cabo la expulsión, su función se limita formalmente a vestir la legalidad a las actuaciones gubernativas sin entrar en el fondo que motiva la expulsión.

Si es precisa la intervención obligatoria del Juez o Tribunal penal para llevar a cabo la expulsión de extranjero delincuentes independientemente a su situación de la legalidad de residencia, resultaría más apropiado para que el legislador consiguiera esta finalidad, apartándose la expulsión del Código Penal, y manteniéndola en la Ley de Extranjería en conexión con la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el sentido de modificar el apartado 7º a) del artículo 57 de la Ley 4/2000⁶⁵², haciendo valer que la sustitución del procedimiento

⁶⁵⁰ El artículo 21.2.2 de la Ley Orgánica 7/1985, disponía que «si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueran aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta».

⁶⁵¹ El apartado d) artículo 26.1 de la citada LO 7/1985, permitía la expulsión de todo extranjero que hubiera sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa.

⁶⁵² El artículo 57.7 a) de la vigente Ley de Extranjería establece que; Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación.

judicial por delito o falta, procederá de oficio o a instancia del Fiscal o por la salida voluntaria del extranjero y al propio tiempo, creando un nuevo apartado en artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el sentido de que la expulsión constituye causa justificante del sobreseimiento del procedimiento penal, cuando resulte del sumario haberse sustituido el procedimiento penal por la expulsión del extranjero. De esta manera, serviría, también, de legalidad de justificar la clausura del procedimiento penal seguido contra el extranjero expulsado en los términos establecidos en el artículo 57.7 de la Ley de Extranjería. Dicha norma, que acabo de exponer, integra el llamado derecho penal sustantivo (delito, pena y medida de seguridad), pero no pueden ser aplicados por los jueces y Tribunales de modo arbitrario sino conforme a otros preceptos o reglas, dictados por el Estado, que determinan la forma de aplicación de este derecho. Como indica CUELLO CALON⁶⁵³, las normas formales regulan las investigación y actuaciones que ha de practicar la justicia criminal para descubrir y comprobar la comisión de los delitos y aplicar a los delincuentes (penas y medidas de seguridad) establecidas⁶⁵⁴. Su conjunto constituye el procedimiento penal o derecho penal procesal.

En suma entiendo que la expulsión del extranjero, además, no es de carácter sustantivo sino de carácter procesal. Sería adecuadamente llevar a cabo la sustitución del procedimiento penal por la expulsión del extranjero en los casos de las penas previstas por el delito cometido no sean superiores a seis años conforme a lo establecido en la Ley de extranjería a través del procedimiento penal o el ordenamiento procesal y no

⁶⁵³ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimotava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 9

⁶⁵⁴ V. GRACIA MARTIN, José Luis. Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: El Sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito. 2ª. Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000 Pág. 471.

mediante el ordenamiento penal sustantivo, pero, dicha forma no puede ser aplicable sino conforme a una creación de un precepto o regla que redacta dentro de la ley de Enjuiciamiento Criminal como he señalado antes. Y como dice CUELLO CALON⁶⁵⁵, fuera del ámbito del *derecho penal criminal*, y con autonomía propia, se aspira a constituir el *derecho penal administrativo* bajo cuyas normas caerían hechos sancionados sólo a título preventivo por constituir un peligro para el orden público y la seguridad general o individual. Pero las fronteras entre ambos derechos son por demás indecisas y los esfuerzos realizados para trazarlas han sido hasta ahora estériles.

4) La situación de la sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad por la expulsión está forzosamente mal ubicada en el Código Penal, por ello, en esta Tesis doctoral presento -como otra alternativa más- la posibilidad de incluir la expulsión del extranjero dentro del Capítulo I del Título IV, en el catálogo de las medidas de seguridad, donde puede encajarse bien conforme con el supuesto 1º del artículo 95, en el sentido de añadir un nuevo apartado cuyo tenor se puede redactarse del siguiente modo, **"si el sujeto que haya cometido un hecho previsto como delito fuere extranjero no residente legalmente en España, el Juez acordará la medida prevista en el artículo 96.3.2ª"**⁶⁵⁶. En consecuencia, se configura como instrumento directo y aplicable cuando las penas que hubiera podido imponerse fueren privativas de

⁶⁵⁵ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición. Bosch. Barcelona 1980. Pág. 11

⁶⁵⁶ En el párrafo 3º apartado segundo del artículo 96, se califica como medida de seguridad no privativa de la libertad la expulsión de extranjeros. el Tribunal Supremo ha declarado que "Las dudas que habían surgido antes respecto a la naturaleza de la expulsión, han quedado aclaradas ya que se está en presencia de una medida de seguridad no privativa de la libertad como lo patentiza la reforma del art. 96 llevada a cabo -en este caso- por la L.O. 15/2003". (STS nº 901/2004, de 8 de julio).

libertad. Ciertamente que, "cuando la pena prevista para el delito cometido no sea privativa de libertad, procede aplicar, exclusivamente, medidas de seguridad no privativas de libertad"⁶⁵⁷. Sin embargo, el legislador establece expresamente -en el artículo 96.3.2- que la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España no es medida privativa de libertad y se aplica, sin embargo, como medida sustituiría de la pena privativa de libertad impuesta en el artículo 89.1. Además, el número 1 del artículo 95 establece que las medidas de seguridad se aplican por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime conveniente, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el Capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias, en apretada síntesis, pueden ser los siguientes:

- a. De los informes, pueden ser policiales que acrediten la situación de la residencia del extranjero.
- b. De las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el Capítulo IV, son los extranjeros no residentes legalmente en España mencionados el artículo 96.3.2^a.
- c. La concurrencia expresada en el párrafo 1º, es cuando el sujeto, en ese caso, "extranjero" haya cometido un hecho previsto como delito.

5) Técnicamente, desde un punto de vista de los elementos básicos del Derecho penal, la expulsión -en si misma- no constituirá amenaza alguna porque realmente no es un castigo equivalente a una pena. La ciencia del Derecho penal exige determinados elementos o aspectos fundamentalmente básicos que

⁶⁵⁷ GARCIA ALBERO, Ramón. Comentarios al Nuevo Código Penal. GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir). MORALES PRATS, Fermín (cood). 2ª Edición. Aranzadi 1996. Pág. 547.

deben existir respecto al delito, tal como: acción, antijuridicidad, tipicidad, culpabilidad, punibilidad, sin la existencia de una ley que lo sancione no habrá delito, si su ejecución no ha sido prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena o castigo, no constituirá delito⁶⁵⁸. La acción o omisión del acto debe estar sancionada con una pena, sin la conminación de una penalidad para la acción o la omisión no existe delito, por lo tanto, el extranjero que cometiere algún delito, y su pena haya sido sustituida por la expulsión, realmente, no significa que haya recibido la pena correspondiente al delito que cometió, porque la expulsión no es una pena sino una medida de seguridad (art. 33 en relación con art. 96.3.2ª), es cierto que existe una pena acordada en sentencia, pero en la realidad esta pena no ha sido ejecutada a consecuencia de la voluntad propia del legislador, esta voluntad no tiene respaldo legal conforme con la regla general del ordenamiento jurídico penal español, al permitir la sustitución, suspensión, o la renuncia de la condena del extranjero condenado por razón de su nacionalidad o legalidad de residencia, sino ha de ser por causa justificada conforme con las normas jurídicas fundamentadas por la ley, pues, a mi modo de entender, no basta con la llamada "razón política criminal".

Es cierto que existen delitos sin que urge necesariamente la aplicación de la correspondiente condena, pero estos delitos tiene causa justificada por la ley como concurre cuando el hecho no es antijurídico por concurrir una causa de justificación, por ejemplo; la legítima defensa, o si no imputable, o cuando el autor es un enajenado, en estos casos, no existe hecho punible y por tanto, no hay condena por la

⁶⁵⁸ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I Parte General, Volumen primero, Decimotava edición. Bosch. Barcelona 1980. Págs. 139-140 y 298-300.

existencia de causa de justificación. Ahora bien, el caso del artículo 89, técnicamente, carece de un elemento sustancial del delito, como es sabido, el de la punibilidad, sin la "sanción con pena", sin la conminación de una penalidad para la acción o la omisión no existe delito, quedando por tanto, la sustitución establecida en el citado artículo injustificada jurídicamente, toda vez que, como es sabido también, que la expulsión no está catalogada como una causa de justificación, ni como una pena sino como una medida de seguridad, y jamás debe confundirse la pena con la medida de seguridad, ni las dos grandes finalidades del orden punitivo: represión y prevención.

En definitiva, puede afirmarse, que la sustitución de la pena por la expulsión del extranjero, efectivamente, en mi opinión, es una "excepción" del ordenamiento jurídico penal español. Si hablamos de política, ésta se debe a la política de extranjería que en este caso prevalece frente a la política criminal.

d) Requisitos:

La sustitución de la ejecución de la pena privativa de libertad por la expulsión está sometida a ciertos requisitos, que varían en función del tipo de delincuente de que se trata, las penas impuestas y la naturaleza del delito.⁶⁵⁹ Dos principales requisitos:

⁶⁵⁹ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTON. Derecho Penal, Parte General, 5ª Edición Tirant lo blanch. Valencia 1999. ob cit. Pág. 857.

a. situación de residencia del penado extranjero.⁶⁶⁰

El sujeto condenado ha de ser extranjero en situación irregular en España. Esta situación vendrá determinada, fundamentalmente, aunque no de forma exclusiva, por lo dispuesto en la Ley Orgánica sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España.⁶⁶¹ Remitimos a al concepto del extranjero no residente legalmente en España (ámbito de aplicación subjetivo)

b. La clase de pena sobre la que recaiga la sustitución

Las penas impuestas sean privativas de libertad inferiores a seis años, o que se encuentren el tercer grado de tratamiento penitenciario, o que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena.⁶⁶², para determinar la procedencia o no de la expulsión sustitutiva no será la pena abstracta señalada al delito, sino que habrá exclusivamente de tenerse en cuenta la pena que se le ha impuesto en la sentencia. Para el caso de que en una misma sentencia se le impongan al reo varias penas, inferiores a seis años, pero que sumadas exceden de dicho límite, la utilización del plural permite excluir la sustitución si la suma de penas excede del

⁶⁶⁰ En evitación de repetición innecesaria remito a la parte correspondiente al ámbito subjetivo de la aplicación del artículo 89 del Código Penal.

⁶⁶¹ LLORCA ORTEGA, José. Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995. 5ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia 1999. Pág. 281

⁶⁶² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003. Artículo publicado en la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2006, núm. 08-07, p. 07:1-07. Se puede imponer pena de expulsión en lugar de libertad condicional tras cumplir $\frac{3}{4}$ partes de condena. Véanse arts. 78, 90 a 93 CP.

límite legal⁶⁶³. Ambos supuestos se examinarán ampliamente en su correspondiente lugar.

En el segundo inciso, el legislador excepciona la expulsión cuando de forma motivada, los jueces o tribunales, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. El legislador considera la sustitución de la pena por la medida de seguridad y acuerda la expulsión como "regla general", pero no descarta y así contempla el caso de que "excepcionalmente" y de forma motivada el órgano judicial aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, siendo tomado dicho acuerdo en el supuesto de pena privativa de libertad inferior a seis años, previa audiencia del Ministerio Fiscal, omitiendo cualquier referencia para el caso de pena de prisión igual o superior a seis años⁶⁶⁴". La condición indispensable para valerse el cumplimiento de la condena del extranjero en un centro penitenciario en España es la apreciación de la naturaleza del delito, es decir, la calificación de los hechos punibles, su gravedad y duración de las penas impuestas, para que el juez o el Tribunal excepcionalmente puede justificar el motivo de su decisión, según ENCINAR DEL POZO⁶⁶⁵, la redacción del precepto no puede haber sido más desafortunada. En primer lugar, contiene una redundancia al utilizar el término "excepcionalmente", ya que el sentido del precepto es claro desde su inicio, a la vista de los términos imperativos aludidos. En segundo lugar, exige

⁶⁶³ SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición. Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. Págs. 575 Y 576.

⁶⁶⁴ CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Código Penal Comentado. (Director y autor). Tomo I. 2ª Edición. BOSCH. Febrero 2004. Pág. 316.

⁶⁶⁵ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel. El artículo 89.1 del Código Penal. Un ejemplo de infortunio del legislador. Artículos jurídicos publicado en Marzo 2005. en El Derecho.com.

expresamente que la no expulsión se acuerde de "forma motivada", quizá olvidando que la motivación de todas las resoluciones judiciales es labor de obligado cumplimiento por parte de Jueces y Magistrados. En tercer lugar, y en atención al único criterio citado para justificar la no expulsión, ¿es qué existen delitos cuya naturaleza aconseja que la pena deba de ser cumplida en un centro penitenciario en España?, ¿de qué delitos se trata? La excepción de la norma general del art. 89.1, es la que fundamenta la legalidad de las decisiones judiciales, debiendo motivar las razones por las que el Tribunal deniega la sustitución de las penas de prisión por la expulsión del extranjero. Pero el citado artículo no ha determinado cuales son los delitos considerados insustituibles sus penas por la expulsión, pues, para concretar el concepto de la naturaleza del delito ha de acudir al art. 33.3 del propio Código Penal, el cual, se clasifica en función de naturaleza y duración de las penas privativas de libertad, la prisión de tres meses hasta cinco años como delitos menos graves, mientras el núm. 1 del mismo artículo se clasifica como graves las penas de prisión superior a cinco años.

En función del tipo de pena previsto en las correspondientes infracciones éstas pueden clasificarse, tal y como prevé el artículo 13, como delito graves, delitos menos graves y faltas,... además de la duración, el artículo 13 emplea otro criterio para clasificación de las penas y es el de la naturaleza de la pena, según lo que anticipado en el artículo 32. El Tribunal Supremo (STS Sala II de 21-12-2004. No.1546/2004) ha declarado en relación con el análisis de la naturaleza del delito puede aconsejar, dentro de la variedad de tipos penales englobados en el art. 368 CP, sustituir el cumplimiento de la condena por la expulsión podría crear una situación generalizada de impunidad que convertiría a España en un lugar barato para delinquir, criterio dependiendo, por

supuesto, de la naturaleza del delito de conformidad con lo dispuesto el art. 89.1, declarando que los extranjeros condenados por tráfico de drogas que están ilegalmente en España deberán cumplir la pena que se les haya impuesto en lugar de proceder a su expulsión, matizando la aplicación de la reforma de ley de extranjería, Justificando el cumplimiento de la pena según «La naturaleza del delito», declarando que, «puede aconsejar que se sustituya la pena en la hipótesis de un vendedor callejero de papelinas, pero no respecto a un importador de droga en cantidades considerables» añadiendo que, «ningún extranjero que se mueva en este ámbito dejaría de probar suerte introduciendo droga dura en España, ante la eventual posibilidad de sufrir unos pocos meses de prisión preventiva, con la expectativa razonable de que si el plan delictivo resultaba exitoso tendría pingües beneficios a costa de la salud de los españoles». Esa situación supondría un «auténtico desarme del Derecho Penal, convirtiéndose la facultad judicial [de sustituir la pena por la expulsión] en instrumento desprotector del bien jurídico tutelado (la salud pública) y favorecedor del delito».⁶⁶⁶

PEDRO MARTÍNEZ ⁶⁶⁷, ha criticado las decisiones de los Jueces por cuanto al rechazo de sustitución de la pena por la expulsión del extranjero (refiriendo el delito contra la salud pública cuando estiman que su naturaleza justifica el cumplimiento de la condena), señalando que la Fiscalía solicita la sustitución de la pena basándose en el principio de legalidad -la existencia de una norma que así lo indica, el art. 89 CP-, según señala que, son muchos los juristas consultados que confiesan en privado estar en total desacuerdo con el contenido del citado precepto, "Por muy razonables y

⁶⁶⁶ VALLDECABRES ORTIS, Isabel. Comentario al Código Penal de 1995. Volumen I. Tirant lo Blanch. Valencia 1996. Pág. 299.

⁶⁶⁷ MARTÍNEZ, Pedro, Diario digital. La Fogata 8 de enero del 2000.

ecuánimes que sean los criterios que expone la sala, la ley ha cambiado y los Jueces no pueden suplir al legislador porque tal o cual Ley no la encuentren razonable". "Además el delito de narcotráfico no está incluido en aquellos delitos por los que no procede la expulsión en ningún caso; por tanto, la Fiscalía está obligada a solicitar la expulsión".

El Tribunal Supremo (STS. 1249 de 28 de octubre de 2004 Sec.1ª), ha declarado que "El hecho de que el delito de tráfico de drogas no figure entre los ilícitos que expresamente figuran en el art. 89 C.P. a los que no cabe aplicar la sustitución, no significa que de modo mecánico y sistemático se deba de sustituir la pena de prisión por la expulsión en todos los demás delitos tipificados en el Código, siempre y cuando -como aquí acontece- el Tribunal motive y justifique razonada y racionalmente su decisión". Por otra parte el mismo Tribunal (STS. 7 de junio de 2005. Sala II de lo Penal, Sec.1ª.) ha declarado que "No puede interpretarse la mención a la naturaleza del delito como una referencia a la clase de infracción, pues si así fuera el legislador habría establecido una relación de los delitos en los que tal aspecto sería decisivo sin acudir a una cláusula como la vigente. Tampoco la interpretación del precepto permite entender que se ha pretendido excluir solamente los delitos mencionados en el apartado cuarto, pues en ese caso la previsión del apartado primero sería innecesaria".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, como ya hemos indicado, ha sido proclive desde siempre a entender que el delito de tráfico de droga, dada su gravedad, y la cantidad manejada influye a la improcedencia de la sustitución de la pena de prisión impuesta por la expulsión del territorio nacional, así como ha declarado el Tribunal Supremo que "lo contrario implicaría un favorecimiento o promoción del tráfico

de cocaína en España por ciudadanos extranjeros, lo que provocaría una situación generalizada de impunidad para éstos, así como una desprotección total para los ciudadanos". No resulta, en modo alguno, aconsejable (STS 21/12/2004), tampoco significa que de modo mecánico y sistemático se deba de sustituir la pena de prisión por la expulsión. (STS nº 1249/2004 de 28 de octubre. Sección 1ª).

c. La pronunciación sobre la sustitución en sentencia

El legislador ha añadido un nuevo requisito formal en el párrafo primero del artículo 89 del Código Penal, en su virtud exige que el Juez o Tribunal deberá pronunciarse imperativamente sobre la procedencia o no de la sustitución de la pena impuesta al extranjero por la expulsión del territorio español en "sentencia", y llevará aparejada la prohibición de entrada en España por tiempo de 10 años⁶⁶⁸, éste, se examinará más adelante.

La anterior redacción del artículo 89.1 CP no exigía la expresa pronunciación sobre la procedencia o no de la

⁶⁶⁸ CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. (dira) Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo. Cuaderno de Derecho Judicial XXIII- 2005. Consejo General del Poder Judicial. Pág. 313. En el mismo sentido; ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel. El artículo 89.1 del Código Penal. Un ejemplo de infortunio del legislador. Artículo publicado en la revista electrónica derecho.com en el núm. 100. Madrid, enero de 2.005. http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PU/dppu06/_Exrtanj_MEP.doc. dicha sustitución debe de llevarse a efecto en la misma sentencia condenatoria; y, en consecuencia, la Disposición Adicional Decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2.003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dispone que: "*la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial*".

sustitución de la pena por la expulsión en sentencia⁶⁶⁹, por lo que", la posibilidad de sustitución de dichas penas constituye una facultad del Tribunal sentenciador no revisable en casación, sin que nada impida que tal medida pueda ser tomada por el Tribunal competente en la fase de ejecución de sentencia." así ha declarado el Tribunal Supremo (SSTS 2.ª S 3 Mar. 1998, y 11 Sep. 2000), y la Audiencia Provincial de Gerona (sentencia 1/2004 de 5 de enero)⁶⁷⁰, al omitir pronunciarse sobre la posible expulsión del acusado incumple lo dispuesto en la nueva redacción dada al artículo 89 del Código Penal, de forma que deberá acordar la expulsión o el cumplimiento de la pena a fin de que la resolución que se adopte pueda ser objeto de los oportunos recursos.

Respecta al momento en el que debe ser acordada la expulsión del extranjero no residente legalmente en España, una vez acordada la expulsión en la sentencia dictada, el órgano jurisdiccional sentenciador debe de adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento inmediato de la pena, si bien poniendo en conocimiento de las autoridades gubernativas el hecho de la expulsión acordada para que las mismas procedan a su ejecución⁶⁷¹, y antes de dar inicio a la ejecución de la pena privativa de libertad, y, por tanto, antes de que el

⁶⁶⁹ FLORES MENDOZA, Fátima, *Inmigración y Derecho Penal* (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO Patricia (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Pág. 123. Es la finalidad de régimen establecido en el artículo 89: proceder a la expulsión para que el sujeto no ingrese en el centro penitenciario. En el mismo sentido, ORTS BERENGUER, Enrique, con colaboración de: GOMEZ COLOMER, Juan Luis. GONZALEZ CUSSAC, José Luis. PLANCHEDÉLL GARGALLO, Andrea. MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. ALONSO RIMO, Alberto. ROIG TORRES, Margarita. GUARDIOLA GARCIA, Javier. *Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales.* ediciones Alfa Delta Digital 2005. Pág. 89. Se dispone que esa sustitución se ha de hacer en la sentencia, asegurando la posibilidad de recurso por parte del extranjero.

⁶⁷⁰ Téngase en cuenta la fecha de cada una de las sentencia señaladas responden a distintos contextos legislativos.

⁶⁷¹ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel. El artículo 89.1 del Código Penal. Un ejemplo de infortunio del legislador. artículo publicado en la revista electrónica derecho.com en el núm.100:http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PU/cpu06/Exrtanj_MEP.doc. Madrid, enero de 2.005.

sujeto ingrese en el centro penitenciario, ésta es la finalidad del régimen establecido en el artículo 89⁶⁷².

d. La audiencia del penado

A diferencia del texto derogado que exigía la necesidad de oír al reo⁶⁷³, la redacción vigente del precepto, omite mención alguna a una eventual audiencia del afectado^{674/675}, la cual de una manera u otra habrá de materializarse si queremos ser respetuosos con la jurisprudencia constitucional, trámite de audiencia que puede quedar salvado en la vista oral, si aquel tiene la oportunidad de expresar su posición ante una eventual expulsión que sustituya la previsible pena de prisión que pudiera imponéosle, o, en su caso, si se difiere a la fase de ejecución, lo que es factible, mediante comparecencia y

⁶⁷² FLORES MENDOZA, Fátima, Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Págs. 122 y 123. según ha manifestado que; "conforme a la redacción del artículo 89.1, que en este mismo apartado hace referencia expresa que a los "Jueces y Tribunales" debiéndose interpretar entonces que tal competencia se halla también en manos de tribunal sentenciador, que podrá acordar tal decisión en el momento en el que dicten la sentencia condenatoria".

⁶⁷³ La redacción originaria del artículo 89.1 del Código Penal y la posterior dada por la Ley Orgánica 8/2000, establecían que "Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado".

⁶⁷⁴ El Tribunal Supremo (STS 901/2004 del 8 de julio de 2004), ha recuperado este vacío legislativo, declarando que, "para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad".

⁶⁷⁵ CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Código Penal Comentado. (Dir. y autor). Tomo I. 2ª Edición. BOSCH. Febrero 2004. Pág. 316.

asistencia de letrado^{676/677}. Se suprime el requisito de dar audiencia previa al penado⁶⁷⁸ extranjero no residente legalmente en España⁶⁷⁹, establecida expresamente en la anterior redacción del artículo 89 CP, que presentaba como un requisito indispensable en cualquier caso a la hora de decidir su expulsión. Igualmente, aunque esta vez sin referencia expresa en el tenor literal, parece obligada la motivación de tal decisión, para evitar su arbitrariedad.⁶⁸⁰ La exigencia de motivación exclusiva de los casos en que se acuerde el cumplimiento de la pena y la concreción de un plazo.

En mi opinión, el derecho a la audiencia del penado figura en la Declaración Universal de los Derechos humanos del 10 de diciembre de 1948, en su artículo 10 declara que: *"Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra*

⁶⁷⁶ SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición. SEPÍN editorial jurídica. Madrid 2006. Pág. 576.

⁶⁷⁷ En el trámite es necesario distinguir aquellos supuestos en que es el propio interesado el que manifiesta su voluntad de que se le sustituya la pena por expulsión, de aquellos casos en que tal se decreta al margen de su voluntad, decantándose en este último supuesto por la necesidad de que el acto o diligencia de tal audiencia se practique ante letrado de modo inexcusable. Sobre cuándo debe oírse al afectado, no es suficiente con que sea oído formalmente en relación con los hechos objeto de acusación al prestar declaración en el juicio ni tampoco cuando se le concede la última palabra, ya que es necesario que haya un acto de audiencia específica sobre la cuestión. Por último, el acuerdo de expulsión debe tomarse siempre con posterioridad a la audiencia, pues no en balde el precepto emplea el adverbio previamente, es decir, con antelación (TC SS 242/1994 y 25 Nov. 1997) y (TS 2.ª S 21 Ene. 2002. R.17/2001).

⁶⁷⁸ ORTS BERENQUER, Enrique, con colaboración de: GOMEZ COLOMER, Juan Luis. GONZALEZ CUSSAC, José Luis. PLANCHEDÉLL GARGALLO, Andrea. MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela. ALONSO RIMO, Alberto. ROIG TORRES, Margarita. GUARDIOLA GARCIA, Javier. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. ediciones Alfa Delta Digital 2005. Pág. 89.

⁶⁷⁹ SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición. Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. Pág. 576.

⁶⁸⁰ FLORES MENDOZA, Fátima. Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) PATRICIA LAURENZO COPELLO (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Pág. 125.

ella en materia penal". Asimismo, la exigencia de la audiencia del penado tiene su cobertura legal en los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como el artículo 6. 1. del mismo Convenio, el cual establece que: "*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa*".⁶⁸¹ Teniendo en cuenta "los compromisos internacionales asumidos por España, art. 13 DUDH y art. 12 del PICYP de 1966, así como la doctrina del Tribunal Constitucional (STC de 22-3-93)".⁶⁸² Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, asentada en los arts. 10.2 y 96.1 de la Constitución, en relación con el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde la audiencia del interesado constituye una de las máximas e imprescindibles garantías de todo procedimiento legalmente admisible. Por consiguiente, (sin ella produce), una vulneración de los derechos constitucionales a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) con indefensión de los recurrentes, así como del derecho a la libertad y seguridad reconocidas en el art. 17 de la Constitución.⁶⁸³

⁶⁸¹ En este sentido; la Audiencia Provincial de Ciudad Real. (S.71.2005. R. 72/2005). "Del texto legislativo, parece desaparecer el requisito de audiencia, y dado su automatismo,..., ha de garantizarse el derecho de audiencia del acusado, de conformidad con lo dispuesto en los art. 12 y 13 del PIDCP, y el respeto a los derechos consagrados en el Art. 8 del CEDH, arts. 10 y 19 de la CE".

⁶⁸² En este sentido; SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición. Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. Pág. 575.

⁶⁸³ Entre muchas, STS 01/07/2004, STS de 8 de Julio de 2.004, el cual ha considerado imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo cual reputa inexcusable el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. *STS 17/2002 de 21 de Enero y las SSTS 330/98 de 3 de Marzo y 1144/2000 de 4 de Septiembre.*" STS 901 / 2004 del 8 de julio de 2004. STS 17 / 2002 del 21 de enero de 2002 Recurso 17/2001. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de Noviembre de 2003 de la Sección I. SAP Álava 30 de junio de 2005. Sentencia 71 P de Ciudad Real. Recurso 72/2005. Sentencia: 215 / 2004 de 7 de diciembre de 2004 Audiencia Provincial de Burgos Sala de lo Penal, Sección 1. Sentencia: 75 / 2005. Audiencia Provincial de Castellón de la Plana Sala de lo Civil-Penal, Sección 2 de 3 de marzo de 2005. La Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, Sala de lo Civil-Penal, Sección 2 Sentencia: 102 / 2005 de 6 de abril.

La Jurisprudencia, por su parte, encargó de corregir los posibles defectos adolecidos, subsanando las deficiencias del texto legal con mas flexibilidad del procedimiento con la debida garantía y ponderación entre el derecho de la persona y el interés general del Estado el que no puede hacerse a costa de los derechos de las personas,⁶⁸⁴ en concreto la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2004,⁶⁸⁵ la cual ha concluido la necesidad de la audiencia del penado, como requisito previo, a acordar la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional.⁶⁸⁶ La misma Sala 2ª (STS -de 8 de julio 2005) "cita diversas resoluciones, del Tribunal

⁶⁸⁴ "Para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad". SAP Álava 30 de junio de 2005.

⁶⁸⁵ A la vista de la omisión de la audiencia del penado del artículo 89.1, el Tribunal Supremo (STS 514/2005 del 22 de abril. R. 982/2004 Rollo: 982/2004), ha declarado que; La sustitución de la pena privativa de libertad inferior a seis años, conforme determina el art. 89 del Código penal, está sujeta a una previa audiencia en la que debe informar el Ministerio fiscal sobre su procedencia. La reforma del Código penal de octubre de 2003, al establecer la sustitución en términos de obligatoriedad y aplicación automática, por completo ajenos a los principios de actuación de la jurisdicción ha sido interpretado, tanto por esta Sala (STS 901/2004 de 8 de julio), como por los Juntas de Magistrados del orden penal, rebajando el contenido categórico del precepto propiciando una interpretación acorde con los principios constitucionales y las exigencias de los Tratados Internacionales signados por el Estado. En todo caso, el artículo no ha sido aplicado, en lo referente a la sustitución automática que se pretende por el recurrente y ha de ser objeto de una audiencia previa que analice su procedencia en el caso concreto, la cual deberá realizarse en el trámite de ejecutoria.

La omisión de la previa audiencia del autor acerca de la aplicación de la medida de expulsión, según la actual redacción del art. 89 del CP, ha de subrayar la potencial indefensión que con ella podía causarse al autor en el caso de su incumplimiento conforme con la anterior reforma, en efecto, situación por lo que vulnera el art. 24.1 C.E., pero este derecho quitado del penado concuerda con la precisa expulsión del mismo. Parece evidente que dicha omisión sirve además, de obstáculo con el objeto de acabar en el marco político criminal y procesal la posibilidad de más trámite por su eventual relevancia constitucional.

⁶⁸⁶ En este sentido la Audiencia Provincial de Barcelona, sentencia de 21 de octubre de 2004.

Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional, y del propio Tribunal Supremo⁶⁸⁷, para sustentar la necesidad de analizar las circunstancias del penado, arraigo y situación familiar antes de acordar la expulsión, resultando imprescindible el trámite de audiencia al penado⁶⁸⁸, y la motivación de la decisión; además, resulta de interés, entre las resoluciones más recientes, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de abril de 2004, en la que se valoran los vínculos familiares y sociales del condenado para ponderar la proporcionalidad de la deportación a su país".⁶⁸⁹ Sin embargo el trámite de audiencia no implica necesariamente el acogimiento de las razones que se den por los penados, sino que las mismas pueden ser valoradas por la Juzgadora para decidir al respecto, sin perjuicio de que sean oídos con carácter previo a su ejecución.⁶⁹⁰

Para decretar la expulsión del extranjero, presidida ésta por los principios de proporcionalidad y ponderación de los bienes en conflicto, deben valorarse específicamente las circunstancias personales del mismo, su arraigo personal y

⁶⁸⁷ Vid. La Audiencia Provincial de Álava (sentencia de 30 de junio de 2005) ha declarado que: la Sala Segunda del Tribunal Supremo en una sentencia reciente (sentencia de 8 de julio de 2004), ha reinterpretado dicho precepto, ajustándolo a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, aplicando la doctrina del TC y del TEDH, estableciendo, en lo que nos interesa, que la audiencia también se debe extender al acusado, que deberá tener la oportunidad de alegar y probar su residencia legal y circunstancias del penado, arraigo y situación familiar.

⁶⁸⁸ V. Informe del consejo fiscal sobre el anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal "la rigidez de la expulsión imperativa introducida en la reforma de 2003 fue rebasada ampliamente por la jurisprudencia, que advirtió los resultados contrarios a la doctrina del TEDH que podían derivarse de no tener en cuenta las circunstancias personales que pudieran concurrir en el penado".

⁶⁸⁹ ORTS BERENGUER, Enrique, con colaboración de: GOMEZ COLOMER, Juan Luis. GONZALEZ CUSSAC, José Luis. PLANCHEDÉLL GARGALLO, Andrea. MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela. ALONSO RIMO, Alberto. ROIG TORRES, Margarita. GUARDIOLA GARCIA, Javier. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. ediciones Alfa Delta Digital 2005. cita también la STS -Sala 2ª- de 8 de julio de 2004, Pág. 90.

⁶⁹⁰ Vid. La sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos nº 215/2004 de 7 de diciembre. Sala de lo Penal, Sec.1.

familiar, etc., parámetro este último que por si solo puede excepcionar la necesidad de la expulsión⁶⁹¹. Ahora bien, según la Audiencia Provincial de Ciudad Real.(S.71/2005.R.72/2005) debe plantearse, sí en una interpretación sistemática de tal precepto, de conformidad con el CEDH y la CE, requiere una adecuada ponderación de las circunstancias del penado que motive, un trámite de alegaciones y una mínima justificación o motivación de la adopción de la Resolución. En contra de tal interpretación inciden argumentaciones tales como la procedencia de la expulsión de todo extranjero en situación de ilegalidad, en vía administrativa, o el hecho mismo de que la sustitución de la pena, no responde a las finalidades de la misma, ya que implica su no imposición, sino a razones de política criminal. Asimismo, la ausencia de inclusión, en orden a la consideración de la excepción de cumplimiento, a criterios tales como las circunstancias personales del penado, sino se contempla únicamente dicha posibilidad atendiendo a la naturaleza del delito, lo que sugiere que el cumplimiento de la pena procederá, contra reo, cuando el delito o sus circunstancias aconsejen dicho cumplimiento.

La audiencia del penado extranjero no se limite sólo a la expulsión penal sino también a la gubernativa, puesto que, la administración de su potestad sancionadora, dice CADENAS CORTINA⁶⁹², se impone la obligación de ponderar la circunstancias de arraigo en España y la situación personal y familiar del infractor para optar por la expulsión frente a la sanción de multa, pues, qué duda cabe, la sanción de expulsión resulta ser más gravosa para quienes presentan arraigo en España circunstancias personales o familiares que determinen

⁶⁹¹ SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición. Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. Pág. 577.

⁶⁹² CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. (dira) Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo. Cuaderno de Derecho Judicial XXIII- 2005. Consejo General del Poder Judicial. Pág. 324.

su estancia en nuestra país. Precisamente estas circunstancias inspiran la prohibición de expulsión que recogen los apartados 5 y 6 del art. 57 LOEx, además, tal consideración se ve respalda por el contenido del REx, en cuyo art. 119 se exige que en la determinación de la sanción que se imponga, además de los criterios de graduación a que se refieren los apartados 3 y 4 del art. 55 LOEx, se valoren también, a tenor del art. 57 de la Ley Orgánica 4/2000, las circunstancias de la situación personal y familiar del infractor.

En mi opinión, como consecuencia de la regulación vigente del artículo 89 del Código Penal -que no contempla la audiencia del penado- conduce a exonerar el Juez o Tribunal de la debida valoración de la existencia o no de las circunstancias personales del extranjero penado para llegar a una conclusión motivada sobre la procedencia o no de su expulsión, es decir, negar el derecho probatorio del penado para evitar, no a la condena, sino a su sustitución, ya que la expulsión del extranjero, a veces, puede resultar grave, objeto de persecución o perseguido por algunos hechos de carácter políticos del extranjero en su país de destino, de lo contrario su vida correría peligro, ya que la previa audiencia del penado es un derecho defensivo sin ella podría causar indefensión al penado en el caso de su incumplimiento, sin duda vulnera el artículo 24.1 C.E., aunque el Tribunal Supremo, exige tal tramitación⁶⁹³, sin embargo, la previa audiencia del penado, no es obligatoria para los Jueces o Tribunales a otorgar la expulsión cuando el condenado solicita

⁶⁹³ Vid sentencia del Tribunal Supremo (STS 17/2002 de 21 de Enero), anterior a la actual regulación acordó la nulidad de la expulsión por falta de trámite de audiencia, sin perjuicio de que se reconociera, en sede teórica, que la decisión -motivada - corresponde al Tribunal sentenciador no siendo susceptible de casación como, ya antes, lo habían declarado las SSTs 330/98 de 3 de Marzo y 1144/2000 de 4 de Septiembre." STS 901/2004 del 8 de julio.

la sustitución de la pena por su expulsión, como ha declarado el Tribunal Constitucional en Auto 33/1997.

La audiencia del penado está ligada con la exigencia de motivación del pronunciamiento sobre la sustitución de la pena impuesta al extranjero por su expulsión, tal motivación, a su vez, ha desaparecido, o dicho de otra forma, no es obligatoria para los Jueces o Tribunales como consecuencia de la imperatividad de la sustitución de la pena por la expulsión y por la ausencia -según el texto actual- de la necesidad de previa audiencia del penado a la que se derivaba la exigencia de motivación de la decisión que se adoptase. Por contra, ahora sólo se exige la motivación cuando, de forma excepcional, se estime que "la naturaleza del delito" exige y justifica el cumplimiento de la condena en prisión⁶⁹⁴. Sin embargo, "el Tribunal Constitucional (SSTS 99/85, 242/94, y 203/97)⁶⁹⁵ había afirmado como único medido para poder valorar la proporcionalidad de esta medida, en relación con otros derechos que pueden entrar en conflicto". El Tribunal Supremo (S.7 de junio de 2005. Sala II de lo Penal, Sec.1ª), ha declarado que es preciso oír al acusado sobre la cuestión;..., añade que; el recurrente no fue oído expresamente acerca de la posibilidad de la expulsión, lo que determina que no haya podido proponer prueba sobre aspectos relevantes, y alegar en consonancia con sus resultados, de manera que no puede afirmarse que estuviera en condiciones de preparar su defensa en relación a la petición de expulsión. Después de la doctrina del Tribunal Supremo, los Jueces, no aplican al artículo 89.1

⁶⁹⁴ En este sentido, SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición. Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. Pág. 576.

⁶⁹⁵ ORTS BERENGUER, Enrique, con colaboración de GOMEZ COLOMER, Juan Luis. GONZALEZ CUSSAC, José Luis. PLANCHEDÉLL GARGALLO, Andrea. MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. ALONSO RIMO, Alberto. ROIG TORRES, Margarita. GUARDIOLA GARCIA, Javier. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. ediciones Alfa Delta Digital 2005. Pág. 89.

del Código Penal conforme como quedó redactado actualmente, pese a la concurrencia de los dos principales requisitos antes mencionados, sino, se limita a aplicar la citada norma cuando la naturaliza del delito justifica el cumplimiento de la pena, incluso en los delitos menos grave, o cuando concurren algunas circunstancias personales del penado sustentadas en un razonamiento que pondere el arraigo del penado en el territorio nacional, de acuerdo con las nuevas directrices jurisprudenciales interpretativas del artículo 89 del Código penal, que dejan sin efecto la expulsión automática anudada a la pena, debiendo por ello realizarse la correspondiente labor retrospectiva sobre el particular escuchando al acusado, tras lo cual se podrá ya resolver mediante auto lo procedente, si así lo estima oportuno el Juez.⁶⁹⁶ Actualmente, la jurisprudencia, tanto penal como administrativa, se coincide tener un sentido común, pese a la disponibilidad de aplicar lo dispuesto en las leyes en cuanto a la expulsión del extranjero por cometer una infracción o delito.⁶⁹⁷

La importancia de este trámite de audiencia ya que por medio del penado, no sólo se salvaguardan los derechos de defensa genéricamente considerados, sino también el derecho constitucional que el ciudadano extranjero tiene a su libertad de residencia y de desplazamiento en España, reconocido en el art. 19 CE en relación con el art. 13 Pacto Internacional 19 Dic. 1966 (Derechos Civiles y Políticos).^{698/699}

⁶⁹⁶ En este sentido; la Audiencia Provincial de Valencia, sentencia (26 de mayo de 2005).

⁶⁹⁷ El Juzgado de lo Contencioso Administrativo número Tres de Pamplona (Sentencia de 23-11-2005) ha declarado que "ni las normas sobre extranjería ni el sentido común puede admitir que la madre de un español sea una pura extranjera y se la trate como tal". Y añade que entonces el hijo español tiene todos los derechos y su madre ninguno, por lo que, en consecuencia, puede expulsarse a la madre de España como una simple extranjera y quede aquí el menor con todos sus derechos "pero solo y separado de su madre".

⁶⁹⁸ El Tribunal Constitucional (STC 242/1994) ha declarado que; la audiencia del extranjero potencialmente sometido a la medida de expulsión resulta fundamental, y en estos términos ha de entenderse recogida en el

El Tribunal constitucional (STC SS 242/1994 y 25 Nov. 1997) y (TS 2.ª S 21 Ene. 2002. R.17/2001) señalan que; es necesario distinguir aquellos supuestos en que es el propio interesado el que manifiesta su voluntad de que se le sustituya la pena por expulsión, de aquellos casos en que tal se decreta al margen de su voluntad, decantándose en este último supuesto por la necesidad de que el acto o diligencia de tal audiencia se practique ante letrado de modo inexcusable. Sobre cuándo debe oírse al afectado, no es suficiente con que sea oído formalmente en relación con los hechos objeto de acusación al prestar declaración en el juicio

art. 21.2 de la L.O. 7/1985, (actualmente art. 57), pues sólo con ella es posible exponer, discutir y analizar el conjunto de circunstancias en que la expulsión ha de producirse. Por esa razón se hace preciso que la audiencia tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca, permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita. Y por esa razón, en este supuesto no cabe argumentar sólo sobre la base, más flexible, del art. 24 C.E. (valorando si el afectado tuvo o no una ocasión de defenderse al respecto). Es preciso comprobar si, además de ello, se le ofreció una oportunidad adecuada de exponer sus razones en favor o en contra de la expulsión, lo que otorga al derecho de audiencia una extensión material que sobrepasa el marco del art. 24 C.E. para introducirse en el ámbito de salvaguardia de la efectiva de otro derecho, constitucionalmente relevante, del ciudadano extranjero (el del art. 19 C.E., en conexión con el art. 13 P.I.D.C.P.). Añade que, La audiencia prevista en el art. 789 LECrim. se circunscribe a posibilitar el ejercicio de la autodefensa frente al hecho punible imputado, mientras que la audiencia a la que se refiere el art. 21.2 L.O. 7/1985, claramente en un momento posterior, pretende formular alegaciones sobre la posibilidad de sustituir el cumplimiento de la pena privativa de libertad prevista por la expulsión del territorio nacional, a efectos de que el órgano judicial pueda efectuar la ponderación de valores en juego que es también presupuesto mismo de la legitimidad de la expulsión desde la perspectiva de los preceptos constitucionales, internacionales y de mera legalidad antes citados. Unas garantías que, como puede deducirse de todo lo dicho hasta ahora, sólo se entenderían cubiertas en el marco de una consulta específica sobre las medidas de expulsión, y de las razones que el afectado pueda oponer a su puesta en práctica.

⁶⁹⁹ Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo asentada en los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución, en relación con el art. 13 del PIDCP, donde la audiencia del interesado constituye una de las máximas e imprescindibles garantías de todo procedimiento legalmente admisible. Por consiguiente, (sin ella produce), una vulneración de los derechos constitucionales a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) con indefensión de los recurrentes, así como del derecho a la libertad y seguridad reconocidas en el art. 17 CE, entre ella: STS 01/07/2004, exige la necesidad de dar audiencia al penado antes de proceder a la expulsión prevista en la ley. en mismo sentido, el TS S.8 de Julio de 2.004, ha considerado imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo cual reputa inexcusable el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión.

ni tampoco cuando se le concede la última palabra, ya que es necesario que haya un acto de audiencia específica sobre la cuestión. Por último, el acuerdo de expulsión debe tomarse siempre con posterioridad a la audiencia, pues no en balde el precepto emplea el adverbio previamente, es decir, con antelación⁷⁰⁰.

Para ENCINAR DEL POZO⁷⁰¹, la ausencia de referencia a cualquier circunstancia personal del condenado y el veto legislativo a la posibilidad de su valoración por el juez, a la hora de la sustitución de la pena por la expulsión, no se cohonestan adecuadamente con el principio de individualización de la pena desde el punto de vista subjetivo. ¿De qué sirve realizar un esfuerzo para determinar la pena en atención a las circunstancias del sujeto si luego la sustitución de tal pena es casi automática y debe llevarse a efecto prescindiendo de tales circunstancias personales⁷⁰²? Y, por otro lado, ¿es factible prescindir de todas las condiciones subjetivas del condenado al momento de acordar la sustitución de la pena impuesta? O, por contra, ¿deben de valorarse las condiciones del penado para decidir la no expulsión pese a la redacción del precepto?

En mi opinión, hay que superar el corsé intelectual que el artículo 89.1 del Código Penal impone al juez sentenciador y dar cabida a la persona del condenado en la decisión a adoptar, de modo que sus circunstancias concretas puedan justificar la no expulsión del territorio nacional. La

⁷⁰⁰ MAGRO SERVET, Vicente. La especialización de los Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales en la Ley Contra la Violencia de Género: El problema del sometimiento al art. 98 LOPJ. Artículo publicado en "http://atún.laley.net/re_penac/r14p_2005_mj.html" \l "35#35".

⁷⁰¹ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel. El artículo 89.1 del Código Penal. Un ejemplo de infortunio del legislador. Artículos jurídicos en Derecho.com Marzo 2005

⁷⁰² DAUNIS RODRIGUEZ, Alberto, El Derecho penal y la Nueva Sociedad. SANZ MULAS, Nieves, [cood]. Comares. Granada 2007. Pág. 145.

Audiencia Provincial de Madrid⁷⁰³ se considera que con una aplicación automática y rutinaria - sin atender a circunstancias específicas que lo justifiquen en el caso concreto - de la sustitución de la pena por la expulsión del acusado a su país de origen, se estaría promoviendo de forma incomprensible la comisión de delitos graves dentro del territorio nacional por ciudadanos extranjeros. De ahí que cuando las penas sean superiores a los tres años más razón cuando se vayan aproximando a los seis años de prisión, no se estime razonable la concesión de expulsión hasta que se cumpla la mitad de la pena. Sin embargo, cada caso tiene sus connotaciones especiales, de forma que las circunstancias excepcionales de índole personal de los imputados o incluso de la forma de realizar la conducta y las contingencias que la rodean, pueden justificar decisiones de otra índole que se muestren más justas en el caso concreto.

El Tribunal Supremo (STS 1 de julio de 2.004), manifiesta que es imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión, y considera que este trámite de audiencia es una garantía de que se salvaguardan los derechos fundamentales del afectado⁷⁰⁴, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad. Basta este breve apunte de la resolución para comprobar que su contenido es sumamente crítico con el precepto legal objeto de comentario,

⁷⁰³ Unificación de doctrina en la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 29 de mayo de 2004 con la finalidad de unificar criterios sobre los acuerdos adoptados en materia penal.

⁷⁰⁴ ARIAS SENSO, Miguel, Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004. Diario LA LEY, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Año XXVI. Número 6160, lunes 3 de enero de 2005. Págs. 1497 al 1509.

del que llega a decir que es fruto de una filosofía puramente defensiva de devolver a sus países de origen a los que hayan cometido un delito en España⁷⁰⁵".

El Tribunal Supremo (STS. 906/2005, del 8/7/2005) ha establecido un consolidado "corpus" mediante el cual, analizando, desde un enfoque de "lectura constitucional" de la norma, y en lo referido a la citada imperatividad como regla general, la supresión de la exigencia de la audiencia previa del penado extranjero, la exigencia de motivación exclusiva de los casos en que se acuerde el cumplimiento de la pena, para subsanar u orillar la posibles tachas de inconstitucionalidad, este precepto..., debe valorarse específicamente las circunstancias personales del mismo, su arraigo personal y familiar, etc., parámetro este último que por si solo puede excepcionar la necesidad de la expulsión^{706/707}.

En este sentido, el Tribunal Supremo (STS nº 901/2004, de 8 de junio), se señala que "al respecto debemos recordar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de Ley Orgánica, ya ponía el acento en la omisión que

⁷⁰⁵ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel. La expulsión de extranjeros del artículo 89.1 del código penal un ejemplo de infortunio del legislador, Artículo publicado en la revista electrónica Derecho.com en el núm. 100. Madrid, enero de 2.005.

⁷⁰⁶ En este sentido; SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición. Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. Págs. 576 y 577.

⁷⁰⁷ En conclusión, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad. Una vez más hay que recordar que, todo juicio es un concepto esencialmente individualizado, y si ello tiene una especial incidencia en la individualización judicial de la pena, es obvio que también deben serlo aquellas medidas sustitutivas de la pena de prisión". STS. 906/2005, del 8/7/2005.

en el texto se apreciaba -y así está en la actualidad- respecto de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas, acordar o no la expulsión, argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento que justificara la excepción, debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado «olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir y que el TEDH valora la circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión». El Tribunal Supremo (STS. 7 de junio de 2005. Sala II de lo Penal, Sección 1ª), y (STS 514/2005 del 22 de abril de 2005), Recurso: 982/2004, Rollo: 982/2004, ha declarado que *"La sustitución de la pena privativa de libertad inferior a seis años, conforme determina el art. 89 del Código penal, está sujeta a una previa audiencia en la que debe informar el Ministerio fiscal sobre su procedencia. La reforma del Código penal de octubre de 2003, al establecer la sustitución en términos de obligatoriedad y aplicación automática, por completo ajenos a los principios de actuación de la jurisdicción ha sido interpretado, tanto por esta Sala (STS 901/2004 de 8 de julio).⁷⁰⁸ Asimismo, debe ponderar no sólo la naturaleza del delito sino también las circunstancias personales y familiares del acusado, a fin de atender no sólo a razones de orden*

⁷⁰⁸ En el mismo sentido; el Tribunal Supremo (STS 1120/2005), el cual establece que, "debe ponderar no sólo la naturaleza del delito sino también las circunstancias personales y familiares del acusado, a fin de atender no sólo a razones de orden público o de una determinada política criminal sino también a la salvaguarda de derechos fundamentales."

público o de una determinada política criminal sino también a la salvaguarda de derechos fundamentales^{709/710}.

Recientemente, el Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo penal, (STS 125/2008, de 20 de Febrero, Recurso nº 11098/2007), ha declarado que: «Para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad».

e. La audiencia del Ministerio Fiscal

La versión originaria del artículo 89.1 CP, facultaba el Ministerio Fiscal la mera interés de la sustitución de la condena por la expulsión del extranjero, la solicitud del Ministerio Fiscal era condicionada en el supuesto de las penas de prisión igual o superior a seis años, y siempre que el extranjero condenado haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. Actualmente, conforme con la modificación del apartado 1º del artículo 89 del Código Penal, por L.O.

⁷⁰⁹ En el mismo sentido; ARIAS SENSO, Miguel, Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004. Diario LA LEY, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Año XXVI. Número 6160, lunes 3 de enero de 2005. Págs. 1497-1509

⁷¹⁰ V. también, Sentencia del Tribunal Supremo 1120/2005.

11/2003, la intervención del Ministerio Fiscal es necesaria para el caso excepcional cuando el juez o Tribunal aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, ya que, según el texto legal, el Ministerio Fiscal no está facultado, como norma general, para interesar en su acusación la expulsión del extranjero como medida sustituiría cuando las penas sean privativas de libertad inferiores a seis años, ello, porque la sustitución en este caso es obligatoria para los Jueces o Tribunales dada la imperatividad del actual texto legal.⁷¹¹

Igualmente, de forma parecida a la anterior, el Ministerio Fiscal puede interesar la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años cuando acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena. No obstante, lo antepuesto, los Jueces o Tribunales, excepcionalmente, no acceden a lo que pueda interesar el Ministerio Fiscal cuando aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. Según CONDE-PUMPIDO FERREIRO⁷¹², en el párrafo 1 del número 1 del artículo (89 CP) se hace referencia a pena privativas de libertad inferior a seis años y en el 2 a pena de prisión igual o superior a seis años. En ambos casos el acuerdo de expulsión ha de tomarse en sentencia, a instancia del Ministerio Fiscal en el segundo caso, sin que el precepto diga nada sobre el primero, salvo que, según afirma LLORCA

⁷¹¹RODRIGUEZ, Ramos Luis, Código Penal Concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarios, [Cood] La LEY grupo Wolters Kluwer. 2007. p 252. al respecto, cita ATS 1278/2005 de 28 de junio, el trámite audiencia del Ministerio Fiscal al que se refiere el art. 89.1 CP no tenía ya ningún fundamento en el presente caso.

⁷¹² CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Código Penal Comentado. Ob cit. Pág. 315.

ORTEGA⁷¹³, tratándose de sustitución parcial de la prisión, requiere que medie instancia del Ministerio Público. Ello plantea la duda de si, en el primer supuesto del citado precepto (sustitución total de penas privativas de libertad inferiores a seis años), el orgánico judicial ha de oír o dar audiencia al Fiscal. La Fiscalía General del Estado así lo ha entendido. Realmente, si la medida afecta a la ejecución de la condena no podrá acordarse sin oír al Fiscal, a quien corresponde, conforme al artículo 3º.9, del E.O.M.F., "velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecta al interés público y social".

Conforme con la Circular 3/2001,⁷¹⁴ el papel del Ministerio Fiscal, en cuanto a valor la naturaleza del delito para interesar la procedencia o no de la expulsión, los Fiscales valorarán el conjunto de las circunstancias del caso -especial trascendencia del delito cometido, pertenencia a grupos organizados, alarma social, necesidad reforzada de respuesta penal- para instar la decisión que mejor acomode las exigencias de la justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico, con las necesidades de una racional y prudente política de extranjería. De entre todas estas circunstancias la gravedad del delito imputado y la frecuencia de su comisión adquieren un perfil dominante, como ha afirmado en alguna ocasión la doctrina del Tribunal Supremo (STS 1144/2000, de 4 de septiembre) por lo que procede denegar la autorización de expulsión en los casos más graves por aplicación del principio de proporcionalidad.

⁷¹³ LLORCA ORTEGA, José. Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995. 5ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia 1999. Pág. 285.

⁷¹⁴ CIRCULAR 3/2001 de 21 de diciembre sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

El artículo 108 del Código Penal en su anterior redacción, nada dice sobre la intervención del Ministerio Fiscal en cuanto a la sustitución de las medidas de seguridad privativas de libertad por la expulsión del extranjero del territorio nacional, sin embargo, posibilita la previa audiencia del mismo. La modificación del artículo 108 CP dada por la LO. 11/2003, de la misma forma que el artículo 89.1 CP, añade la previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, cuando el Juez o Tribunal, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en España.

La intervención del Ministerio Fiscal germina de los artículos 24 y 124 de la Constitución y del artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La Circular 15-2-1994, núm. 1/1994 de la Fiscalía General del Estado sobre Intervención del Ministerio Fiscal en relación con determinadas situaciones de los Extranjeros en España señala que la actuación del Ministerio Fiscal, emana del mandato constitucional y estatutario en su función, ha de velar, ex artículo 124.1 de la Constitución y 1º de su Estatuto (RCL 1982\66 y ApNDL 9435), por la defensa de los derechos fundamentales de los extranjeros, cuando así proceda.⁷¹⁵ Sin embargo, en mi opinión, esta intervención del Ministerio Fiscal no obliga al Tribunal a acordar la sustitución de pena por la expulsión interesada por el mismo, así ha declarado la Sala II del Tribunal Supremo (STS 1546/2004 de 21-12), el cual establece que: *"El Ministerio Fiscal no interesaba la expulsión, pero aunque la hubiera pedido, tal conformidad no obliga al Tribunal a acordarla, por cuanto tiene que sujetarse exclusivamente a otros parámetros legales, en particular, la audiencia del*

⁷¹⁵ En esta materia son los diversos trabajos doctrinales publicados en la Memoria anual, las Consultas 5/1987 (RCL.1988\933) y 2/1990 (RCL 1991\532) y las Instrucciones 6/1991 (RCL 1992\748) y 7/1991 (RCL 1992\749).

Fiscal y la realización de un juicio de valor, referido al caso concreto, sobre la conveniencia del cumplimiento de la pena en España (realmente la disyuntiva es el cumplimiento o el incumplimiento), salvo que existan convenios internacionales que permitan el cumplimiento de la pena en el país de origen, y en tal ponderación valorativa el Tribunal debe tener en consideración la "naturaleza del delito".

En cambio, la actuación del Ministerio Fiscal en materia de Extranjería, la Circular 3/2001 de 21 de diciembre determina su actuación, deberá a cuidar de los mecanismos de comunicación interorgánica previstos en el artículo 136 del Reglamento de Extranjería funcionen adecuadamente, especialmente en aquellos supuestos previstos en los apartados 2, 3 y 4 de la citada norma, mientras que la anterior Circular 15/2/1994, núm. 1/1994, regula la intervención del Ministerio Fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España. En los supuestos de expulsión regulados en los artículos 21.2, párrafo primero y 26.3 de la Ley 7/19985, el informe del Fiscal era preceptivo y previo a la autorización judicial para la expulsión gubernativa del extranjero, pero estos supuestos debían relacionarse, para su correcta interpretación, con el artículo 105 de la LECrim. y los artículos 24 y 124 de la CE. El artículo 105 de la LECrim. impone al Fiscal la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones que considere procedentes, haya o no acusador particular en la causa. En consecuencia, la audiencia del Fiscal prevista en los artículos 21.2, párrafo 1.º y 26.3 de la citada Ley 7/1985, previa a la resolución por parte del órgano jurisdiccional, tiene la finalidad de que el Fiscal, valore la procedencia o no de ejercitar la acción penal vistas las circunstancias del caso concreto. Por consiguiente, si el informe del Fiscal era favorable a la

expulsión del extranjero, por darse los requisitos legales, implicaba que la acción penal queda en suspenso generándose así un estado de crisis procesal cuya resolución está condicionada por la ulterior autorización judicial de la expulsión del extranjero.

f. La motivación de la decisión judicial

La motivación de la decisión judicial adoptada sobre la sustitución de la pena por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España. La nueva redacción del artículo 89 dada por la LO 11/2/2003 que entró en vigor desde 1/10/2003 exige excepcionalmente la motivación cuando los Jueces o Tribunales, se estimen que "*la naturaleza del delito*" exige y justifica el cumplimiento de la condena en España⁷¹⁶. el Tribunal Supremo (STS 901/2004 del 8 de julio de 2004), establece que la falta de motivación de apreciar la naturaleza del delito para justifica el cumplimiento de la condena en España puede infringir el art. 24.1 C.E en relación con el 120.⁷¹⁷ El Tribunal Constitucional ha recordado (STC.167/2004, de 4 de octubre, FJ 4), que; el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han

⁷¹⁶ SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición. Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. Pág. 576. "la exigencia de motivación exclusiva de los casos en que se acuerde el cumplimiento de la pena y la concreción de un plazo de expulsión único de años.

⁷¹⁷ Vid sentencia del Tribunal Constitucional (TC 1.ª S 25 Nov. 1997. R.2383/1995) la cual declaró que, "en un Estado de Derecho hay que dar razón del Derecho judicialmente interpretado y aplicado, y que responde a una doble finalidad: a) de un lado, la de exteriorizar el fundamento de la decisión, haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada aplicación de la Ley; b) y, de otro, permitir su eventual control jurisdiccional mediante el ejercicio de los recursos".

sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y, en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3). Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2). Pero la fundamentación en Derecho sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6). STC 30/2006 de 30 de enero de 2006. Pero tal motivación, según el mismo Tribunal (STC Sala Primera 242/1994 de 27 de julio), no tiene porqué ser extensa, minuciosa o detallada, y por tanto que aun la sucinta, siempre que sea razonable, satisface la exigencia constitucional, en cualquier caso hay que tener presente el criterio también uniforme y reiterado del mismo Tribunal el cual dice que la interpretación de las leyes es una materia que corresponde, en virtud de lo dispuesto en el art. 117.3 C.E., a la jurisdicción ordinaria⁷¹⁸. No existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente

⁷¹⁸ ARIAS SENSO, Miguel, Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004. Diario LA LEY, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Año XXVI. Número 6160, lunes 3 de enero de 2005. Págs. 1497-1509

motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, FJ 2; 187/1998, de 28 de septiembre, FJ 9; 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3; 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 3, 187/2000, FJ 2). STC 13 del 21 de enero de 2001. STC 13/2001, de 29 de enero).

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo (SSTS.11-07-2003, núm. 1012/2003 y 16-02-1998, núm. 205/1998), recuerda también que las resoluciones judiciales deben ser siempre motivadas porque son fruto de la aplicación razonable y razonada del Derecho y no de la arbitrariedad del Poder, exigencia de motivación que no se limita a las Sentencias, sino que alcanza también a los autos a los que afecta igualmente la necesidad de evitar la arbitrariedad. Esta exigencia impone que la resolución contenga una fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del Derecho a un supuesto específico, permitiendo a un observador imparcial conocer cuales son las razones que sirven de apoyatura a la decisión adoptada. Teniendo siempre en cuenta - como ha declarado la Audiencia Provincial de Tarragona (S.28/01/2004)- que la motivación no constituye un requisito formal sino un imperativo de la razonabilidad de la decisión, por lo que no es necesario explicitar lo que es obvio.

El informe de 1 de diciembre de 2004⁷¹⁹, del Consejo General del Poder Judicial señala que "La motivación es la expresión de las razones de la decisión tomada y de sus fundamentos, facilita al destinatario su impugnación (por lo que contribuye a delimitar su actuación defensiva) y, lo más

⁷¹⁹ INFORME de 1 de diciembre de 2004, del Consejo General del Poder Judicial sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

importante, facilita su control jurisdiccional; una esfera de actuaciones carentes de motivación, aun sucinta y breve, promueve la presencia de zonas de inmunidad de imposible o muy difícil control, contrariando lo establecido en el art.106.1 CE, dejando carente de contenido el control judicial de la Administración. Además, la motivación es otro mecanismo por el que se dificulta la arbitrariedad de los poderes públicos, contribuyendo a su interdicción, de acuerdo con lo establecido en el art. 9.3 CE”.

Las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales derivadas de su proporcionalidad requieren que consten en las resoluciones los elementos que permiten apreciar que se ha efectuado la ponderación requerida por el juicio de proporcionalidad. “La motivación de la resolución judicial no sólo existe, sino que se muestra convincente, razonable y fundada, (STS 28 de octubre de 2004 Sec.1 nº 1249/2004.). Cuando, en la sentencia no se contiene ninguna clase de motivación respecto a la conveniencia de la expulsión frente a la posibilidad de cumplir la pena en España, en atención a las características del culpable y del hecho concreto enjuiciado, lo cual supone asimismo una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en el aspecto del derecho a obtener una resolución fundada en derecho, y de lo previsto específicamente en el artículo 120.3 de la Constitución, que exige la motivación de las sentencias, lo cual debe abarcar necesariamente a las consecuencias del delito⁷²⁰. Resulta así imposible el control

⁷²⁰ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Prisión y sustitutivos penales. El nuevo derecho penal español, estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Cood. Por; MORALES PRATS, Fermín/QUINTER OLVARES, Gonzalo, 2001, Págs. 425 y 436

En este sentido, la crisis actual de las penas privativas de libertad, la problemática de su ejecución o sustitución, la responsabilidad civil nacida del delito o falta, y las medidas de seguridad o las denominadas consecuencias accesorias.

de la racionalidad del uso de las facultades discrecionales en la medida en que las contempla la ley. (STS. 7 de junio de 2005. Sala II de lo Penal, Sec.1ª).⁷²¹

En cambio, en la expulsión gubernativa, CADENAS CORTINA⁷²², señala que la exigencia de motivación de la resolución administrativa donde se lleva a cabo la opción entre multa y expulsión, exigible en relación con cualquier acto administrativo, ex art. 54.1 a) LRJPAC, y, especialmente, cuando se trata de una resolución sancionador, ex art. 138.1 LRJPAC, entendida como mecanismo de exteriorización de las razones que han conducido a la Administración a optar por una de las soluciones de entre las varias posibles, se presenta como elemento indispensable para posibilitar el control jurisdiccional sobre la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de esta a los fines que la justifican, que se encomienda a los Tribunales por el art. 106.1 de la Constitución en relación con su art. 103.1, y, en lo que aquí nos interesa, acerca de la ejecución de la opción expresada a las exigencias del principio de proporcionalidad. Todo ello, al margen, claro está, de la trascendencia de tal exigencia de motivación para evitar indefensión del sancionado, pues sólo de concurrir podrá conocer las razones o motivos de la Administración en su actuar y articular, en consecuencia, adecuadamente sus medios de defensa.

⁷²¹ MAGRO SERVET, Vicente. La especialización de los Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales en la Ley Contra la Violencia de Género: El problema del sometimiento al art. 98 LOPJ. Artículo publicado en "http://atún.laley.net/re_penac/r14p_2005_mj.html" Pág. 35.

⁷²² CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. (dira) Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo. Cuaderno de Derecho Judicial XXIII- 2005. Consejo General del Poder Judicial. Pág. 325.

2. AMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 89 DEL CODIGO PENAL

A. AMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO

Las penas privativas de libertad inferiores a seis años, se producirá -para extranjeros no residentes legalmente en España- la sustitución de la pena imperativamente salvo que el Juez o Tribunal previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aparece que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España⁷²³. También se acordará la expulsión, a instancia del Ministerio Fiscal, en el caso de condenados a penas de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, que excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España⁷²⁴. El legislador no ha determinado el concepto de la naturaleza del delito que justifica el cumplimiento de la condena del extranjero, pero ha de entenderse por los delitos que presenta carácter de índole gravedad, amenaza y alto riesgo que con la simple expulsión no proporciona con su gravedad, dejando su valoración a criterio de los Jueces o Tribunales quien estiman "de forma motivada" cuales son los delitos que pueden considerarse de tales características ecosistemas.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto, concertando las circunstancias y las condiciones de dicha naturaleza como examinará más abajo. No obstante, siguiendo el

⁷²³ Vid; DE LA ROSA CORTINA, José Miguel; La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003, ob cit. Págs. 1917-1927.

⁷²⁴ COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DIEZ, Manuel. Instituciones de Derecho Penal Español. Parte General. CESEJ - Ediciones. Madrid, 2004. Pág. 305.

orden de la mayoría de autores⁷²⁵ -en esta parte- voy a abordar de forma conjunta el análisis del tratamiento jurídico en ambos supuestos -la norma general y la excepcional- por no ser esenciales tales divergencias.

El artículo 89.1 CP establece como regla general que en los casos de extranjeros no residentes legalmente en España se acordará la sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión del territorio nacional, en los términos establecidos es este precepto⁷²⁶. Por lo tanto, dicha medida, que hasta ahora era potestativa, se impone al Órgano judicial, que sólo excepcionalmente podrá acordar el cumplimiento de la condena en España, si lo justifica la naturaleza del delito⁷²⁷. Como consecuencia de ese carácter imperativo de la expulsión, que sólo podrá enervarse atendiendo a la naturaleza del delito (y no, según el texto, a las circunstancias del condenado), se suprime el requisito de dar audiencia previa al penado, que el Tribunal Constitucional había afirmado como único medio para poder valorar la proporcionalidad de esta medida en relación con otros derechos que pueden entrar en conflicto (SSTC 99/85, 242/94, y 203/97). No obstante, se dispone que esa sustitución

⁷²⁵ FLORES MENDOZA, Fátima, *Inmigración y Derecho Penal* (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord.). Tirant lo blanch. Valencia 2002. nota 61 en la Pág. 116.

⁷²⁶ ORTS BERENGUER, Enrique, con colaboración de GOMEZ COLOMER, Juan Luis. GONZALEZ CUSSAC, José Luis. PLANCHEDELL GARGALLO, Andrea. MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela. ALONSO RIMO, Alberto. ROIG TORRES, Margarita. GUARDIOLA GARCIA, Javier. *Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales*. Ediciones Alfa Delta Digital 2005. Pág. 89.

⁷²⁷ En el mismo sentido, SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*. 2ª edición Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. Pág. 574. En este caso, "nace para el Juez que dicta la condena el deber u obligación -que se erige en regla general- de la sustitución de la pena que imponga pena de prisión por la expulsión del territorio español, regla general sólo exceptuada en casos justificados y debidamente motivados; el deber de sustitución, en los mismos términos, es factible también cuando la pena sea igual o mayor a seis años, una vez que cumpla el extranjero en España las tres cuartas partes de su condena cualquiera que sea el grado penitenciario en que se encuentre o alcance el tercer grado".

se ha de hacer en sentencia⁷²⁸, asegurando la posibilidad de recurso por parte del extranjero". Pues, la expulsión o el cumplimiento de la condena en España dependerían de la duración de la pena impuesta y la naturaleza del delito cometido por el extranjero no residente legalmente en España. FLORES MENDOZA⁷²⁹. Afirma que, "en función de la pena privativa de libertad asignada al extranjero por la comisión de la infracción penal, el legislador distingue dos situaciones -la expulsión cuando el sujeto haya sido condenado con pena privativa de libertad inferior a seis años y la expulsión cuando le sea asignada una pena de prisión igual o superior a seis años- estableciendo una serie de diferencias entre una y otra en cuanto a los requisitos exigidos, condiciones y procedimiento de expulsión. Así mientras el primer inciso del artículo 89.1 se ocupa de las penas privativas de libertad inferiores a los seis años, el segundo inciso de este artículo hace referencia a las penas de prisión de duración igual o superior a los seis años. No obstante, en función de la pena privativa de libertad asignada y, en su caso, de la duración de ésta, habrá de entenderse a unos determinados requisitos y condiciones. En efecto, si se trata de una pena de arresto de fin de semana⁷³⁰, responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa o prisión inferior a los seis años deberá ser aplicable el régimen jurídico del inciso primero del artículo 89.1 CP. En cambio, si la pena correspondiente es de prisión

⁷²⁸ En el mismo sentido, CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Código Penal Comentado. (Director y autor). Tomo I. 2ª Edición. BOSCH. Febrero 2004. Pág. 315.

⁷²⁹ FLORES MENDOZA, Fátima. Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Págs. 115 y ss.

⁷³⁰ Actualmente, se ha suprimido el arresto de fin de semana y en su lugar se prevé la pena de localización permanente (art. 35, reformado por la L.O 15/2003. de manera que las penas sustituible son ahora la prisión, incluida la de corta duración, la localización permanente, y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 36). V. ORTS BERENGUER, Enrique, con colaboración de: GOMEZ COLOMER, Juan Luis. GONZALEZ CUSSAC, José Luis. PLANCHEDELL GARGALLO, Andrea. MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. ALONSO RIMO, Alberto. ROIG TORRES, Margarita. GUARDIOLA GARCIA, Javier. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. Pág. 89. Ediciones Alfa Delta Digital 2005.

igual o superior a los seis años le corresponderá el tratamiento del inciso segundo del mismo precepto. En última instancia, la diferencia de régimen estará en función de si la pena a sustituir es una pena de prisión inferior o superior a los seis años, puesto que el resto de las penas privativas de libertad que pueden ser sustituidas -esto es, la pena de arresto de fin de semana y la responsabilidad personal subsidiaria- en ningún caso superarán los seis años de privación de libertad" A juicio DEL ROSAL Y QUINTANAR⁷³¹, "en ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustituidas de otras. No cabe la menor duda de que queda excluida, a pesar de la interpretación, a su juicio, forzando la legalidad de algún autor⁷³², la posibilidad de sustitución de subsidiaria por el pago de multa aunque sea una pena privativa de libertad". Para CONDE-PUMPIDO FERREIRO⁷³³, "no hay obstáculo alguno en incluir entre las penas privativas de libertad inferiores a seis años "la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa".⁷³⁴

El artículo 89.1 CP prevé la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años (párrafo 1.º), así como de la prisión igual o superior a seis años (párrafo 2.º), y estas sanciones han sufrido cambios sustanciales tras

⁷³¹ COBO DEL ROSAL, Manuel Y QUINTANAR DIEZ, Manuel. Instituciones de Derecho penal español. Parte general. CESEJ - Ediciones. Madrid, 2004. Pág. 305.

⁷³² Se refieren a PRATS CANUT, J. M. [QUINTERO OLIVARES (dir.) y MORALES PRATS (cood.). Comentario al nuevo Código penal. 2ª edición. Aranzadi 2001. PP. 483 y 484. cabe señalar además, que el precepto mezcla dos instituciones diferenciadas, como son, de una parte la sustitución de la pena privativa de libertad, y de otra una particular fórmula de libertad condicional para los extranjeros en situación legal irregular" p 495.

⁷³³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Código Penal Comentado. (Director y autor). Tomo I. 2ª Edición. BOSCH. Febrero 2004. Pág. 315.

⁷³⁴ En este sentido, LLORCA ORTEGA, José. Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995. 5ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia 1999. Págs. 281. "junto con aquella, podrán ser sustituidas las penas de arresto de fin de semana y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, ambas de extensión siempre inferior a los seis años".

las últimas reformas verificadas en el Código⁷³⁵. Por una parte, la pena de prisión ha visto notablemente ampliados sus límites, que oscilan ahora entre los tres meses (art. 36.1 -en la redacción dada por la L.O 15/2003-) y cuarenta años (art. 76 -modificado por la L.O 7/2003, de 30 de junio). Por otra, se suprime el arresto de fin de semana y en su lugar se prevé la pena de localización permanente (art. 35, reformado por la L.O 15/2003. de manera que las penas sustituible son ahora la prisión, incluida la de corta duración, la localización permanente, y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art.36)"⁷³⁶. Desde un punto de vista objetivo, como afirma SANCHEZ MELGAR,⁷³⁷ lo relevante para determinar la procedencia o no de la expulsión sustitutiva no será la pena abstracta señalada al delito, sino que habrá exclusivamente de tenerse en cuenta la pena que se le ha impuesto en la sentencia. Para el caso de que en una misma sentencia se le impongan al reo varias penas, inferiores a seis años, pero que sumadas exceden de dicho límite, la utilización del plural permite excluir la sustitución si la suma de penas excede del límite legal..., por su parte, en reunión de 28-5-2004, los magistrados de las secciones penales de la AP de Madrid, para unificar de criterio, acordaron: 1- desterrar una aplicación automática y rutinaria del art. 89, de manera que si las penas se aproxima a los seis años de prisión, no se estima razonable la concesión de la expulsión hasta que se cumpla la mitad de la pena, sin perjuicio de casos especiales...". Según CONDE-

⁷³⁵ V. en este sentido; DE LA ROSA CORTINA, José Miguel; La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003, ob cit. Págs. 1917-1927.

⁷³⁶ ORTS BERENGUER, Enrique y Otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. Ob cit. Ediciones Alfa Delta Digital 2005. Pág. 89.

⁷³⁷ SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición. Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. Págs. 576 y 577.

PUMPIDO FERREIRO⁷³⁸, en el párrafo 1º del número 1 del artículo 89 CP, se hace referencia a penas privativas de libertad inferior a seis años y en el 2º a pena de prisión igual o superior a seis años. En ambos casos el acuerdo de expulsión ha de tomarse en sentencia, a instancia del Ministerio Fiscal en el segundo caso, sin que el precepto diga nada sobre el primero. El supuesto contemplado en el párrafo 2 queda condicionado a que se acceda al tercer grado penitenciario o el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena. ENCINAR DEL POZO⁷³⁹, el citado artículo (89 CP), no ha determinado cuales son los delitos considerados insustituibles sus penas por la expulsión, pues, para concretar el concepto de la naturaleza del delito ha de acudir al art. 33.3 del propio Código Penal, el cual, se clasifica en función de naturaleza y duración de las penas privativas de libertad, la prisión de tres meses hasta cinco años como delitos menos graves, mientras el núm. 1 del mismo artículo se clasifica como graves las penas de prisión superior a cinco años. Mientras VALLDECABRES ORTIS,⁷⁴⁰ afirma que, en función del tipo de pena previsto en las correspondientes infracciones éstas pueden clasificarse, tal y como prevé el artículo 13, como delito graves, delitos menos graves y faltas,... además de la duración, el artículo 13 emplea otro criterio para clasificación de las penas y es el de la naturaleza de la pena, según lo que anticipado en el artículo 32.

⁷³⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Código Penal Comentado. (Director y autor). Tomo I. 2ª Edición. BOSCH. Febrero 2004. Págs. 315 y 316.

⁷³⁹ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel. El artículo 89.1 del Código Penal. Un ejemplo de infortunio del legislador. Artículos jurídicos publicado en Marzo 2005. en El Derecho.com.

⁷⁴⁰ VALLDECABRES ORTIS, Isabel. Comentario al Código Penal de 1995. Volumen I. Tirant lo Blanch. Valencia 1996. Pág. 299.

COBO DEL ROSAL Y QUINTANAR DIEZ ⁷⁴¹, señalan que "son los artículos 88 y 89 que regulan en nuestro Código penal los auténticos sustitutivos de la pena privativa de libertad, las penas sustitutivas son la de multa, sustituyéndose un día de prisión por dos cuotas de multa, los trabajos en beneficio de la comunidad, sustituyéndose un día de prisión por una jornada de trabajo, y la expulsión del territorio español (para extranjeros no residentes legalmente en España)" (art. 89.1). Según FLORES MENDOZA⁷⁴², estas penas que pueden ser objeto de la "sustitución" recogida en el artículo 89 permiten establecer una primera distinción con el régimen de sustitución general de las penas cortas privativas de libertad, conteniendo en el artículo 88. En este precepto la pena privativa de libertad sustituible no podrá exceder en ningún caso los dos años, mientras que en el régimen del artículo 89, no existe ningún tipo de límite temporal, aunque sí un límite en función del delito cometido. En efecto, si la pena asignada al extranjero no residente legalmente en España es de privación de libertad, ésta, cualquiera que sea su duración, podrá ser "sustituida" por la expulsión del territorio nacional, puesto que en el artículo 89 la referencia temporal de la duración de la pena sustituible tiene por única finalidad establecer el régimen de sustitución correspondiente. No obstante, esta ausencia de límite ya estaba presente en la antigua Ley de Extranjería de 1985, que en su artículo 26.1 d) permitía la expulsión, aunque como sanción administrativa y no penal, de los extranjeros que hubiesen sido condenados, dentro o fuera de España, Esto presentaba la posibilidad de expulsión por penas privativas de libertad, con un límite mínimo, pero no máximo, como en la

⁷⁴¹ COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DIEZ, Manuel. Instituciones de Derecho penal español. Parte general. CESEJ - Ediciones. Madrid, 2004. Págs. 302 y 305.

⁷⁴² FLORES MENDOZA, Fátima, Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Pág. 116.

actualidad, a condición de que las penas se correspondiesen con infracciones dolosas. La misma ausencia de límite temporal en la duración de las penas sustituibles se repetía en el Proyecto de Código Penal de 1992. La ausencia de límite o, en cualquier caso, el límite de hasta seis años de privación de libertad establecido para el régimen de sustitución del primer inciso del artículo 89. 1 ha sido criticado por algún autor, puesto que permite acudir a la expulsión incluso cuando el extranjero haya sido condenado con penas graves y, consecuentemente, por delitos graves, con el consiguiente menoscabo de las exigencias de reafirmación del Ordenamiento Jurídico y de prevención general".

Actualmente, la duración de la pena privativa de libertad exigida en la Ley de Extranjería, Ley Orgánica 4/2000, CADENAS CORTINA⁷⁴³, afirma que, "la expulsión gubernativa por delito doloso, contemplada en el art. 57.2 LOEx y en el art. 138 REx, aplicable al extranjero que hubiere sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año,... mientras, la expulsión gubernativa durante la tramitación de un procedimiento judicial penal, prevista en el art. 57.7 LOEx y en el art. 142 REx para los supuestos en que el extranjero haya sido procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevé una pena privativa de libertad inferior a 6 años o distinta naturaleza, previa autorización judicial..., el precedente legal del actual art. 57.2 LOEx, cuya redacción proviene de la Ley Orgánica 8/2000, se encuentra en la infracción administrativa tipificada en el art. 26.1 de la derogada Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y

⁷⁴³ CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. (dira) Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo. Cuaderno de Derecho Judicial XXIII- 2005. Consejo General del Poder Judicial. Pág. 313.

Libertades de los extranjeros en España. de modo que la Ley Orgánica 8/2000 resucita tan polémica medida sancionadora, impuesta al margen de la condena pena, que lleva aparejada la comisión de infracción penal expresada en el seno del procedimiento administrativo tramitado al efecto".

Conforme al inciso primero del primer párrafo del artículo 89.1, las penas privativas de libertad han de ser inferiores a seis años, según LLORCA ORTEGA⁷⁴⁴, el comentado precepto del Código Penal, no se fijan en la cuantía de la pena impuesta efectivamente al extranjero, sino en la naturaleza del delito objeto de la condena, pues exige que se trata de delito menos grave, lo que equivale a adoptar el criterio de la pena en abstracto. Como, además, el Código Penal de 1995 califica como pena grave de la prisión superior a los tres años, he aquí el dislate en cuanto a la extensión, con el artículo 89, que, a su juicio, es el que ha de prevalecer. Repita que, hay que estar a la pena concreta, esto es a la realmente impuesta.⁷⁴⁵ DEL MORAL GARCIA y SERRANO BUTRAGUEÑO⁷⁴⁶, definan la sustitución de la pena establecida en el primer párrafo del artículo 89 como "*sustitutivo parcial y sustitución total*", en caso de sustitución total de la pena impuesta se requiere que la misma

⁷⁴⁴ LLORCA ORTEGA, José Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995. 5ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia 1999. pp. 280 y 282, lo que significa una remisión a la pena en concreto y no a la pena en abstracto.

⁷⁴⁵ En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Comentario al Código Penal, primera edición 1997. Editorial Civitas, SA., la expulsión llevará a cabo cuando el extranjero haya sido condenado con "penas incluso graves (art.33.2)" Pág. 291. El mismo sentido, FLORES MENDOZA, Fátima, Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Pág. 118." a este respecto no hay que olvidar que las penas a las que se refiere este precepto (art. 89.1) son las penas concretas, una vez realizada la determinación de la pena, teniendo en cuenta la gravedad de lo injusto culpable y el resto de consideraciones que se apoyan en razones político-criminales, por lo que la expulsión cabrá incluso ante los delitos más graves establecidos en nuestro Código Penal, que, en principio, lleven asignada una pena de prisión".

⁷⁴⁶ DEL MORAL GARCIA, Antonio y SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. (coords.) Código penal (Comentario y Jurisprudencia). Tomo I. Granada, 2002. Págs. 1032 y 1043.

sea "inferior a seis años" de privación de libertad, asimismo, prevé idéntica sanción, como *sustitutivo parcial* para el último tramo (la última cuarta parte) de las penas de prisión iguales o superiores a seis años, en relación con la misma clase de reos⁷⁴⁷.

En mi opinión, tras la nueva redacción del primero inciso del artículo 89 CP, dada por la LO. 11/2003, la reforma del art. 89.1, ha volcado dicha norma, situando la expulsión como norma general y el cumplimiento de la pena en la excepción. La norma general se convierta en la sustitución obligatoria de las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España por su expulsión del territorio nacional, siendo excepcional y de forma motivada el cumplimiento de la condena en un Centro Penitenciario en España. En función del tipo de penas pueden clasificarse, tal y como prevé el artículo 13, como delitos graves, delitos menos graves y faltas, y el artículo 32 clasificó las penas en función de su naturaleza y duración, mientras que en el régimen del artículo 89, no se fija la cuantía de la pena impuesta al extranjero ni el tipo de límite temporal, de modo que, si la pena asignada al extranjero penado, cualquiera que sea su duración, podrá ser "sustituida" por la expulsión del territorio nacional, salvo cuando la naturaleza del delito objeto de la condena justifica el cumplimiento de la condena en España. Como, además, el Código Penal de 1995 califica como pena grave de la prisión superior a los cinco años, a mi juicio, pero entiendo que la pena ha de estar a la pena "concreta" que realmente impuesta al extranjero penado.

⁷⁴⁷ En este sentido; DE LA ROSA CORTINA, José Miguel; La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003, ob cit. Págs. 1917-1927.

La sustitución de condena por la expulsión -según el texto legal- se formaliza de forma rutinaria o de manera automática en sentencia, así pues, la sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad por la expulsión establecida en el primer inciso del artículo 89 CP ya no es una decisión discrecional que puede adoptar el Juez o Tribunal sentenciador, a diferencia de la redacción anterior a la reforma del citado artículo al decir ("*podrán ser sustituidas*"), sino que se convierte en regla imperativa⁷⁴⁸, ello, para "*evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto.*"⁷⁴⁹.

El Tribunal Supremo, sin embargo, se ha mantenido su tesis conforme con el espíritu del ordenamiento jurídico común, no aplica estrictamente el mandato del vigente artículo 89.1 que aquí analizamos, sino mediante un juicio de valor para cada caso concreto tratándose recuperar el vacío legislativo con la exigencia de valorar las circunstancias del autor, arraigo familiar y social, etc. El criterio del Tribunal, no se fija en la duración de la pena sino en la gravedad del delito, desigualando por eje; entre el importador de droga con importantes cantidades y el vendedor de la misma sustituyendo la pena por la expulsión del vendedor y negando la sustitución

⁷⁴⁸ Respecto a la expulsión de oficio contra la voluntad del afectado, la STC 242/1994, ha declarado que «*no se concibe como modalidad de ejercicio del ius puniendi del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida que frente a una conducta incorrecta del extranjero en el Estado en que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a una política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar*», el mismo sentido. ATC 33/1997, de 10 de febrero.

⁷⁴⁹ V. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003.

al importador pese a lo preceptivo expresamente en el art. 89.1 CP⁷⁵⁰.

El artículo 89 CP, tras la actual redacción imperativa del citado artículo fue muy criticado por la total impunidad de estos extranjeros para que delinquieren, ya que un extranjero al que se le hubiesen aprehendido por ejemplo 300 gramos de cocaína destinados al tráfico de drogas, se le debía expulsar a su país y si no tenía recursos incluso con billete pagado, mientras a un español que se le aprehendiesen por ejemplo 5 gramos de cocaína para el tráfico podía cumplir en España una pena muy grave de tres a nueve años. En el fondo parece que al legislador lo único que le preocupaba era expulsar a los extranjeros imputados, olvidando otras consideraciones de política criminal, esta postura ya fue criticada también por la Audiencia Provincial de Madrid, en contra del criterio del Fiscal, y ahora el Tribunal Supremo, prácticamente con su interpretación ha tenido que corregir al legislador y volver prácticamente a los resultados de la redacción anterior del art. 89, con lo que para no convertir a los Tribunales en Legisladores, se necesita una reforma urgente de ese artículo 89, que tenga en cuenta la interpretación del Tribunal Supremo STS 901/2004, de 8 julio, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, rechazó el automatismo de la expulsión inmediata de inmigrantes condenados, fundamentando que los delitos contra la salud pública consistentes en la importación de cantidades considerables de droga de la que causa grave daño a la salud, no resulta, en modo alguno, aconsejable la

⁷⁵⁰ V. STS. Sala 2ª de 8 de julio de 2004. STS 1162/2005 de 11 de octubre. R.334/2005. STS 8 de julio de 2005. STS. 1249/2004 de 28 de Octubre y 1546/2004 de 21 de Diciembre. SSTC 99/85, 242/94. STS 514/2005 del 22 de abril. R. 982/2004. STS 1120/2005. Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de diciembre de 2003. SAP de Vizcaya de 14 de enero de 2005. nº 30/2005. Sala de lo Civil-Penal, Sección 6ª. SAP de Barcelona Sec. 7ª. 100/2005. R. 64/2004. SAP de Valencia de 26/05/2005.

En un criterio contrario, V. SAP de Madrid. Sección Iª, de 19 de Noviembre de 2003.

sustitución por expulsión⁷⁵¹. Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo (STS de 21 de diciembre de 2004), declaró que la facultad judicial del artículo 89.1º del Código Penal, no es automática, sino precisa la necesidad de un juicio de valor expreso en delitos contra la salud pública consistentes en la importación de cantidades considerables de droga de la que causa grave daño a la salud, no resulta, en modo alguno, aconsejable⁷⁵².

En segundo inciso del apartado 1º del artículo 89, sólo excepcionalmente se admite, el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un Centro penitenciario en España. El cumplimiento de la pena en España no depende sólo de la duración de la pena, sino de la gravedad del delito, atendida la naturaleza del delito cometido y las graves consecuencias que el mismo puede llegar a generar para el bien jurídico protegido, que no es otro que la salud pública. Y la conocida alarma y repulsa social que infracciones de este tipo producen en la sociedad, lo que nos lleva a estimar que el fin de prevención general que comporta la pena privativa de libertad impuesta, debe ser satisfecho mediante el cumplimiento de la misma en establecimiento penitenciario en España.⁷⁵³

⁷⁵¹ ARIAS SENSO, Miguel, Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004. LA LEY, ob cit. Págs. 1497-1509.

⁷⁵² TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, La expulsión de extranjeros condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años. Comentario de la STS de 8 de julio de 2004 a propósito de la reforma operada por la LO 11/2003. La Ley, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, ISSN 1139-2819, Nº 76, 2004, Págs. 231-245.

⁷⁵³ V. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (SAP 1/3/2005, Sala de lo Penal, Sec.7ª. R. 201/2005).

B. AMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 89.1 del Código Penal, "La situación de irregularidad de la residencia del extranjero es condición legal para la sustitución de la pena por la expulsión, tal situación debe estar debidamente acreditada en la causa" (STS de 2 de junio del 1999). La regularidad e irregularidad de la residencia del extranjero dependería de numerosos factores que pudieran alterar la decisión del Juez o Tribunal, tal como, la nacionalidad o circunstancias vinculadas al extranjero objeto de expulsión, por ello, conviene definir y clasificar los extranjeros con el fin de determinar aquellos extranjeros considerados como "no residentes legalmente en España" de acuerdo con el primer inciso del citado artículo 89 del Código Penal.

1) Concepto general del extranjero

Etimología, como defina ARJONA COLOMO⁷⁵⁴, del latín *extraneus*, extranjero⁷⁵⁵. Que es o viene de país de distinta dominación de aquella en que se le da este nombre. Natural de una nación con respecto a los nacidos de cualquier otra. El súbdito de otra nación, el hijo de padres extranjeros o de padre extranjero y de madre española⁷⁵⁶, aunque haya nacido en

⁷⁵⁴ ARJON COLOMO, Miguel. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros, tomo IX. Barcelona. Editorial Francisco Seix, S.A. 1958, Pág. 403. Se manifiesta además, que "en el artículo 17 de Código civil no encontramos una definición justa y precisa del extranjero, su determinación se encuentra de forma negativa, en el artículo 17 del Código civil, que enumera (completado por los arts. 18 y 19) quienes son españoles, sobrentendiéndose que serán extranjero todos los individuos comprendidos en los casos taxativamente enumerados. Pág. 412.

⁷⁵⁵ En el mismo sentido, DE LA MUELA, Miaja, Derecho Internacional Privado, II. Madrid, 1957, Pág. 111. "Es extranjero en un país el individuo o la persona jurídica al que sus leyes no confieren la condición de nacional, séalo en otro Estado o se encuentre en situación de apatridia".

⁷⁵⁶ Vid. la expulsión de extranjeros en la legislación penal especial, el artículo 2.º del Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, el cual consideraba como extranjeros "Los hijos de padre extranjero y de madre española nacidos fuera de estos dominio, si no reclama la nacionalidad

España, si no ha renunciado a su nacionalidad española; el que ha renunciado a su nacionalidad adoptando otra distinta; el que está protegido por las leyes de otro Estado político legalmente reconocido.

Modernamente, el término de extranjero ha sido definido por PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS⁷⁵⁷ como "el estado y condición que corresponde a las personas que no son miembros de la comunidad nacional". De conformidad con el artículo 1º de la Convención de la Haya de 12 de abril de 1930, relativo a los conflictos de nacionalidad, el cual establece que "corresponde a cada uno de los Estados determinar por medio de su legislación quienes son sus nacionales"⁷⁵⁸. A su consecuencia, en desarrollo del mandato constitucional, (art. 13.1), la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, es la norma fundamental sobre la que gira todo el sistema regulador de los que, conforme su artículo 1º, *<Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente ley, a los que carezcan de la nacionalidad española>*⁷⁵⁹. Esta definición fue recogida textualmente del

española" así como la mujer española que contrae matrimonio con extranjero" (art. 5). La nueva Ley de nacionalidad de 15 de julio de 1954, por la que se reforma el título I del libro I del Código civil, denominado "de los españoles y extranjeros" modificó los artículos 17 al 27 de dicho Código. Entre las novedades que aportaba sobre extranjería está la del artículo 17, párrafo 2.º donde se dice que "los hijos de madre española, aunque el padre sea extranjero, cuando no sigan la nacionalidad del padre, son españoles". Vid. ARJON COLOMO, Miguel. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS, ob. cit. p 413.

⁷⁵⁷ PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS. Comentarios al artículo 27 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1979. Pág. 752.

⁷⁵⁸ En este sentido PÉREZ, Francisco Alonso, Régimen Jurídico del extranjero en España. 2ª Edición. DYKINSON 1997. Págs. 34 y 34. "En el estado actual del desarrollo del Derecho Internacional, podemos afirmar que corresponde al derecho interno de cada Estado determinar quienes son sus nacionales, como ha venido señalando la jurisprudencia internacional de una manera reiterada, así el Tribunal Internacional de Justicia...", y IRIARTE ÁNGEL, José Luis, Los derechos civiles de los extranjeros en España. La Ley 1988. Pág. 65.

⁷⁵⁹ LOPEZ-MUÑOIZ GOÑI, Miguel, La Nueva Ley de Extranjería. 2ª edición. Editorial COLEX 2001. Pág. 27.

artículo 1 de la derogada Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España, el cual disponía que *<Se considerar extranjero, a los efectos de aplicación de la presente Ley, a quien carezca de la nacionalidad española>*. Para ALONSO PÉREZ⁷⁶⁰, se considera extranjero a todo aquél que no tiene la nacionalidad de un determinado país. Es decir, es extranjero en un país el individuo al que las leyes del mismo no le conceden el carácter de nacional, bien se trate de nacionales de otro Estado o de personas que carezca de nacionalidad (apátridas). La definición descubre otro rasgo importante -dice ESTRADA CARRILLO⁷⁶¹- cual es que el término "extranjero" presupone la carencia de *vínculo* entre la persona y una comunidad determinada. Del latín *extranus*, extraño, es el nacional de un país distinto al que se encuentra. El que por "no haber participado en la producción de sus normas, de sus costumbre y de sus circunstancias histórica, no puede ser equiparado a los miembros de la comunidad que afecta"⁷⁶²

El artículo 1º de la Convención de La Haya de 12 de abril de 1930, relativo a los conflictos de nacionalidad, establece que "corresponde a cada uno de los Estados determinar por medio de su legislación quienes son sus nacionales". A efectos de la Directiva 2000/40/CEE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, en cuanto a la adaptación de la medida de expulsión, el art. 2, a) establece que se entenderá por «nacional de un tercer país»: toda persona que no tenga la nacionalidad de uno

⁷⁶⁰ ALONSO PÉREZ, Francisco Alonso, Régimen Jurídico del extranjero en España. 2ª Edición. DYKINSON 1997. Pág. 33. en el mismo sentido vid, "Expulsión administrativa de extranjeros, Innovaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre". LA LEY. Revista jurídica de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Año XXV. Núm. 6053, viernes 2 julio de 2004. Págs. 2010-2017.

⁷⁶¹ ESTRADA CARRILLO, Vicente. Extranjería, Legislación, Comentarios y Análisis Prácticos. 2ª edición, abril 1993. Trivium. Págs. 31 y 32.

⁷⁶² V. Concepto de extranjero; POZA CISNEROS, María, Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad, Cuadernos de Derecho Judicial N°. 24, Madrid 1996. Pág.274.

de los Estados miembros. Por otra parte, la Ley Orgánica 4/2000, en su artículo 1.1, establece que *<Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente ley, a los que carezcan de la nacionalidad española>*. Esta definición fue recogida textualmente del artículo 1 de la derogada Ley Orgánica 7/1985⁷⁶³, el cual disponía que *< Se considerara extranjero, a los efectos de aplicación de la presente Ley, a quien carezca de la nacionalidad española>*.

Como se puede observar, la determinación del extranjero en ambas leyes, se encuentra de forma negativa, y no concreta, ya que, la vigente L.O. 4/2000, en su artículo 1º, excluye de ámbito de su aplicación lo establecido en las leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte. Tampoco exceptúa a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario, sino se les remiten a la legislación de la Unión Europea, remitiéndoles al Real Decreto 178/2003, que regula la entrada y permanencia en España de los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo)⁷⁶⁴, al propio tiempo, siéndoles de aplicación la ley de extranjería en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.⁷⁶⁵ Sin embargo, el artículo 2.º de la mencionada L.O. 4/2000, excluye expresamente del ámbito de su aplicación a los siguientes: Los

⁷⁶³ Publicada en el BOE número 158, de 3 de julio de 1985.

⁷⁶⁴ V. ORDÓÑEZ SOLÍS, David; Los Derechos de los ciudadanos en la Comunidad Europea. Boletín de información sobre las Comunidades Europea. ISSN 0213-4500, N° 34-35, 1991, Págs. 4 all14.

⁷⁶⁵ El artículo 1. de la LO. 4/2000, según su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, establece que: 1. Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española. 2. Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte. 3. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables. Añadido por Ley Orgánica 14/2003.

agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en España. Los representantes y delegados, así como los demás miembros y sus familiares. Los funcionarios destinados en Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España. *etc.*

En cuanto a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, de conformidad con el artículo 1 del Convenio de Schengen de 19 de junio de 1990⁷⁶⁶, sólo tienen la consideración de extranjeros las personas que no sean nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas. Se entiende por ciudadano de la Unión Europea, toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro, así como la familia: el cónyuge, la pareja registrada si la legislación del Estado miembro de acogida equipara la unión registrada al matrimonio, los descendientes directos menores de veintiún años o a cargo y los descendientes del cónyuge o pareja registrada, los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o pareja registrada.

Cuando se trate de un nacional de un estado perteneciente a la Unión Europea, el criterio a aplicar es el siguiente: los ciudadanos comunitarios, debido al espacio común europeo y al principio de libre circulación por todos los países de la Unión Europea, no son equiparables a un extranjero no residente legalmente en España, sino que se equiparan más bien a los extranjeros residentes legalmente en España, sin

⁷⁶⁶ A los efectos de lo dispuesto en la Disposición adicional séptima, añadida por la L.O 14/2003, LO 4/20000, se entenderá por Espacio Schengen el conjunto de los territorios de los Estados a los que se apliquen plenamente las disposiciones relativas a la supresión de controles en las fronteras interiores y circulación de personas, previstas en el título II del Convenio para la aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990.

perjuicio de que puedan solicitar el cumplimiento de la pena en el país de que son nacionales.⁷⁶⁷

No obstante, los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea no pueden ser automáticamente considerados como residentes en el territorio español por la necesidad de cumplimentar ciertas tramitación administrativa.

La condición de extranjero se ha venido definiendo de una forma bastante simple, por oposición al concepto de nacional. Este ha sido el criterio acogido en la L.O. 4/2000. Con todo, hoy en día asistimos a un proceso ya consolidado de creación de comunidades supraestatales en los que los estados miembros entregan parte de su soberanía originaria para, entre otras cosas, reconocer a los ciudadanos de la Unión el derecho a la libre circulación y residencia dentro de los límites territoriales de cualesquiera de ellos, motivo por el que la citada L.O hace la salvedad de que lo dispuesto en la Ley se entenderá sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados Internacionales en los que España sea parte. Concretamente, el Tratado de Maastrich de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 creó la ciudadanía complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional (art. 17 del Tratado de Roma que permite a todos los ciudadanos de la Unión circular, residir (art. 18) y trabajar (art.39) en cualquiera de los Estados Miembros. Esta nueva nacionalidad supraestatal evidentemente no modifica en concepto tradicional de Extranjero si bien obliga a distinguir entre los nacionales comunitarios, que tienen un régimen jurídico propio o los nacionales de los países extracomunitarios, que son los

⁷⁶⁷ Unificación de doctrina de 29 de mayo de 2004 de los magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid, Secciones Penales, entre otras, la sustitución, conforme al artículo 89 CP, de la pena privativa de libertad por expulsión del territorio español. Referencia recogida del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, icam.es.jsp?id=200407280007&seccion=&xml=docs/20040723/2004.

genuinos destinatarios de la legislación encaminada a mantener dentro de los límites de lo razonable los actuales flujos de población entre países.⁷⁶⁸

2) Concepto del extranjero no residente legalmente en España.

El término "residente", que empleó el legislador en el artículo 89.1 del vigente Código Penal ha sido recogido en disposiciones posteriores del Real Decreto de 1852 que clasificaba a los extranjeros en domiciliados y transeúntes sustituyendo el término domiciliados por "residente" como se deduce del artículo 17 del Decreto de 4 de octubre de 1935, sobre tránsito y residencia en España y la autorización de residencia⁷⁶⁹.

El concepto de extranjero no residente legalmente en España, como define SERRANO BUTRAGUEÑO⁷⁷⁰, es un concepto jurídico, que de acuerdo con la llamada Ley de Extranjería (L.O. 7/1985, 1 jul.), se produce cuando una persona de otra nacionalidad se encuentra en nuestro país sin cumplir alguno de los siguientes requisitos, muy bien sintetizados por SANCHEZ YLLERA⁷⁷¹: "Que exista sobre ella prohibición de entrada; que no posea la documentación necesaria; que no disponga de los medios económicos necesarios para subsistir, o que no hubiera entrado a España por el lugar destinado al

⁷⁶⁸ CIRCULAR de la Fiscalía General del Estado 3/2003 de 23 de octubre.

⁷⁶⁹ ARJONA COLOMO, Miguel; Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros, tomo IX. Barcelona. Editorial Francisco Seix, S.A. 1958, Pág. 413.

⁷⁷⁰ SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, [cod] Código Penal (Comentario y Jurisprudencia). Editorial Comares. Granada, 1999. Pág. 751.

⁷⁷¹ SANCHEZ YELLERA. Comentario al Código penal de 1995. Volumen I [Vives Antón. (cod)]. Tirant lo blanch. Valencia 1996. Pág. 508. Analizando si la estancia en España del interno penado es o no legal, para en su caso legalizarla.

efecto.”⁷⁷² Es un concepto jurídico, que se obtiene a “sensu contrario” del artículo 29.3 de la Ley de Extranjería. Así, dicho precepto establece que “son extranjeros residentes los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente”. Luego, en sentido contrario, son extranjeros no residentes los que, una vez agotada la situación de estancia (90 días prorrogables por otro periodo de tiempo igual), permanezcan en España sin haber obtenido permiso de residencia temporal definitivo⁷⁷³. La verificación o comprobación de estos extremos habrá de llevarse a cabo a través del Ministerio del Interior. Delegación o Subdelegación del Gobierno, Comisarías de Policías, etc.⁷⁷⁴ Según YLLERA⁷⁷⁵, “el permiso de residencia es obligatorio para toda permanencia en España superior a seis meses. Es principio básico en el derecho de extranjería que, salvo en las situaciones de asilo y refugio, ningún ciudadano extranjero que no se encuentra en una situación de estancia, transformable en residencia, puede optar por quedarse más de seis meses... Por todo ello, el penado extranjero no puede permanecer legalmente en España tras su excarcelación, debido a su condición de ex-pendo. Su situación es de ilegalidad, se encuentra incurso en prohibición de entrada y en causa de expulsión, no puede obtener permiso de residencia ni de trabajo... el extranjero que cumple condena en España acabará siendo expulsado o residiendo ilegalmente, condenado así, de nuevo, a la marginación, que es tanto como decir, en muchas ocasiones, a la reincidencia”.

⁷⁷² En este sentido sobre el concepto de extranjero; POZA CISNEROS María, Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad, Cuadernos de Derecho Judicial N°. 24, Madrid 1996. Págs.274 y ss..

⁷⁷³ CANCIO MELIÁ, Manuel, la expulsión de los ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP), En Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Edit. Tomos- Civitas, Navarra, 2005. Págs. 183-215.

⁷⁷⁴ DEL MORAL GARCIA, Antonio y SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio [coods]. Código Penal, (Comentario y Jurisprudencia). Tomo I. Editorial Comares. ob cit. Granada 2002. Pág. 1033.

⁷⁷⁵ SANCHEZ YELLERA. Comentario al Código penal de 1995. Volumen I, [Vives Antón (cood)], Ob cit 1996. Págs. 509 y 510.

Se introduce por primera vez la matización de que el extranjero no sea "residente legalmente en España". Después, el Anteproyecto de 1994 (art. 89) mantuvo aquella propuesta en sus propios términos..., ha de ser extranjero no residente legalmente en España. Es cierto que esa última restricción sólo se recoge de modo explícito para la sustitución de penas inferiores a seis años, pero la génesis del artículo y la lógica apunta hacia la generalización⁷⁷⁶. El termino "extranjero no residente legalmente en España" no está establecido en el Código Penal⁷⁷⁷, de ahí que, actualmente, debe acudirse a la propia Ley de Extranjería 4/2000⁷⁷⁸. Conforme con lo establecido en el artículo 51.2, las infracciones administrativas establecidas en la presente Ley Orgánica se clasifican en leves, graves y muy graves. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo. (art. 57.1). La autorización de residencia debe considerarse aprobada si en tres meses la administración no responde a la solicitud (art. 54.10 RLOE)⁷⁷⁹. Sin embargo, la irregularidad

⁷⁷⁶ Según ha manifestado MANZANARES SAMANIEGO. Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia. Tomo I [dirección CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRE]. Trivium 1ª edición febrero de 1997. Pág. 1289

⁷⁷⁷ FLORES MENDOZA, Fátima, Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. nota 61 en la Pág. 113.

⁷⁷⁸ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, (BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000), en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000), por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre (BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003) y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003).

⁷⁷⁹ De conformidad con Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social "Transcurrido el plazo para resolver sobre una solicitud de renovación de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, ésta

del extranjero puede subsanarse según la Ley de Extranjería y por tanto no alcanzará la aplicación del artículo 89 del Código Penal. En todo caso, no se podrá expulsar al extranjero cuando se encuentra en alguno de los supuestos que resumamos a continuación:

1. Si acredita que está casado, pareja de hecho, convivencia con español/a, comunitario o extranjero/a residente legalmente en España.
2. Haber sido mujer víctima de violencia doméstica con orden judicial de protección.
3. Haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad. (Art. 59.1 LOE).
4. Cuando aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales. (Art. 59.4. LOE).
5. Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años. Art. 57.5 a)
6. Los que tengan reconocida la residencia permanente (art. 57.5 b)).
7. Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española. (Art. 57.5, c)).
8. Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una

se entenderá estimada. La autoridad competente para conceder la autorización vendrá obligada, previa solicitud por parte del interesado, a expedir el certificado que acredite la renovación por este motivo y, en el plazo de un mes desde su notificación del mismo, su titular deberá solicitar la renovación de la tarjeta de identidad de extranjero".

prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral. (Art. 57.5 d)).

9. Los cónyuges de los extranjeros, ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y hayan residido legalmente en España durante más de dos años.
10. Tampoco podrán ser devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre. (Art. 58 3. RLOE 157.6,a).
11. En el supuesto de que se formalice una solicitud de asilo por las personas que se encuentren en alguno de los supuestos mencionados en el apartado anterior, no podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de asilo. (arts. 58.3 y 141.9 RLOE).
12. La caducidad del procedimiento por el transcurso del plazo máximo de seis meses sin haberse resuelto y notificado la resolución de expulsión. (Art. 121 RLOE).
13. Tampoco aconsejable la expulsión del extranjero implicado de los delitos de trafico de droga en cantidad considerable. Según jurisprudencia del STS.
14. La nulidad de la resolución que acuerda la expulsión (art. 62.1 a) Ley 30/92).
15. La suspensión de la orden de expulsión hasta que haya un pronunciamiento sobre el recurso (art. 21.2 LOE).
16. Los defectos de forma y la vulneración de las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las

resoluciones, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 20 LOE), así como la previa audiencia del Ministerio Fiscal. (art. 57.7 LOE). Previa resolución judicial al efecto.

Es necesario plantearse en qué supuestos es posible no sustituir la pena por la expulsión del territorio nacional en atención a las condiciones subjetivas de la persona condenada⁷⁸⁰. Y uno de tales supuestos es el caso de que el súbdito extranjero tenga un descendiente menor de edad residiendo en el territorio nacional, con independencia de que cuente o no con la nacionalidad española. En este caso, proceder a la expulsión del progenitor del territorio nacional supondría un factor obstaculizador de la relación paterno-filial, cuyo desarrollo se dificultaría severamente, si no definitivamente, si uno de los integrantes de la relación es expulsado del entorno geográfico-político en que ambos se encuentran. La expulsión incidiría negativamente en el propio desarrollo integral de la personalidad del menor, al verse privado del contacto con uno de sus progenitores, al que no sólo se le expulsa del territorio sino que también se le impone la prohibición de volver al mismo por un plazo de 10 años, conforme dispone el mismo artículo 89 del Código Penal, plazo de 10 años que no puede ser objeto de modulación tal y como se deduce del punto 2 del artículo 89. En este caso, colisionan dos intereses estatales: el interés del Estado en la expulsión del extranjero condenado y el interés del Estado en el desarrollo y protección de los menores de edad; colisión que debe resolverse otorgando prevaecía al segundo interés, ya que al interés público y de especial preferencia, como es

⁷⁸⁰ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, El artículo 89.1 del Código Penal. Un ejemplo de infortunio del legislador. Artículo publicado en la revista electrónica [derecho.com](http://www.derecho.com) en el núm. 100. Madrid, enero de 2.005. http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PU/dppu06/Expuls_Exrtanj_MEP.doc Madrid, enero de 2.005.

la protección del menor, se le añaden intereses personales pertenecientes a los actores de la relación progenitor-descendiente, que se ve afectada por la decisión estatal. Es decir, en la expulsión del territorio se vislumbra un interés, antes que nada pragmático, y, por otro lado, difuso, del Estado o si se quiere de la sociedad, pero no aparece un interés personal que deba de ser protegido por el propio Estado; mientras que en el segundo caso ambos intereses confluyen: el principio de protección integral del menor como orientador de las decisiones públicas y el interés personal del menor concreto en obtener un adecuado desenvolvimiento de su personalidad a través del contacto con sus progenitores.

El término empleado por el Código Penal no ha de interpretarse en sentido estricto⁷⁸¹; es decir, entendiéndose por tal aquel extranjero que no tenga el precepto de residencia⁷⁸², sino, de aquel extranjero que no se halle en alguna de las situaciones recogidas en el Capítulo II del Título II de la Ley Orgánica 4/2000 en su nueva redacción. El citado Capítulo II se ocupa de las situaciones de los extranjeros en España, estableciendo en los artículos 29 a 35 las situaciones de residencia o permanencia legalizadas en nuestro país. Las mismas se corresponden con las figuras de estancia, residencia temporal, residencia permanente, condición de estudiante, residencia de apátrida, indocumentado y refugiado, y residencia de menores de edad⁷⁸³. Por exclusión, ello supone que aquel extranjero que no tenga una situación de estancia

⁷⁸¹ FLORES MENDOZA, Fátima, *Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate)* LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. nota 61 en la Pág. 114.

⁷⁸² Ha que tener en cuenta que según la Disposición Adicional Única de la Ley 14/2003, de 20 de noviembre, todas las referencias al término "permiso" incluidas en la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, han sido sustituidas por el término "autorización".

⁷⁸³ En el mismo sentido, LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, *Expulsión, Retorno y Devolución de Extranjeros Menores de Edad*. LA LEY. Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. AÑO XXV. Número 6121. 5 de noviembre de 2004. Págs. 1334-1342.

legalizada en nuestro país, será un "extranjero no residente legalmente en España" consecuentemente, esta situación se corresponderá con aquellos extranjeros que, o bien no han entrado legalmente en nuestro país, conforme a los establecido en el artículo 25 de la Ley, en el que se establecen los requisitos de entrada en territorio español, o bien habiendo entrado legalmente en nuestro país y presentando una de las situaciones anteriores de permanencia legalizada, posteriormente la pierden". Asimismo, se ha planteado si procede aplicar esta consecuencia jurídica-penal a los extranjeros que se hallen regularizando su estancia o residencia, en definitiva, su permanencia en nuestro país, cuestión asociada a la determinación del momento a tener en cuenta para determinar si el extranjero es o no residente legal". La autora, por su parte, entiende que dicho momento deberá ser el de la ejecución de la sentencia y no el de la comisión de la infracción jurídico-penal. Consecuentemente, la respuesta a la primera cuestión, esto es, si procede la expulsión de los extranjeros que al tiempo de la ejecución de la sentencia estén regularizando su permanencia en España, debe ser positiva.

En mi opinión, por lo contrario, el momento deberá ser el de la comisión de la infracción jurídico-penal, y, "no" el de la ejecución de la sentencia, puesto que, por imperio del artículo 89.1 del Código Penal, las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España será sustituidas "en la sentencia" por su expulsión del territorio español, es decir, antes de la ejecución de la sentencia, y además, la expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la

autorización para residir o trabajar en España.⁷⁸⁴ El Tribunal Supremo ha declarado que, "La situación de irregularidad de la residencia es condición legal para la sustitución de la pena, tal situación debe estar debidamente acreditada en la causa" STS 919/1999, de 2 de junio"⁷⁸⁵.

3) Planteamiento sobre el problema de acreditar la residencia ilegal del extranjero en España

El artículo 89.1 del Código Penal exige para su aplicación la residencia ilegal del extranjero en España. Ahora bien, debe plantearse ¿a quien le corresponda la carga de acreditar dicha situación de irregularidad del extranjero, incumbe al juzgador o al acusado? La acreditación de la situación de la ilegalidad del extranjero está vinculada a la identificación del mismo, no sólo como una persona, sino como su condición de residente o no legalmente en España. El Tribunal Supremo (STS. 23/11/2005), ha señalado que, una vez acreditado que el acusado carece de residencia legal en España, se trata de una decisión del juzgador no sometida a condición ni a criterio legal alguno preestablecido, pues, si fuese así, estaríamos

⁷⁸⁴ Ha de observarse que el actual artículo 89 del Código Penal, Apartados 1,2 y 3 han sido modificados por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre., en vigor desde 1 de octubre de 2003 fecha posterior a la edición de la referencia en cuestión.

⁷⁸⁵ Los extranjeros sólo gozan del derecho a residir en España en virtud de autorización concedida por la autoridad competente, de conformidad con los tratados internacionales y la Ley (arts. 13 y 19 CE) (TC SS 99/1985 de 30 Sep. y 94/1993 de 22 Mar.). Por tanto, es lícito que la LO 7/1985, de 1 julio (derechos y libertades de los extranjeros en España) subordine el derecho de los extranjeros a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como son, entre otras, la de no estar implicados en actividades contrarias al orden público, o la de no cometer delitos de cierta gravedad. Conclusión que se ve corroborada por la jurisprudencia del TEDH que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma 4 Nov. 1950 (protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales), no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (Cfr. TEDH SS 28 May. 1985, 21 Jun. 1988, 18 Feb. 1991 y 28 Nov. 1996), como ha tenido ocasión de recordar también la TC S 242/1994 de 20 Jul. y el TC A 331/1997 de 3 Oct. (TC 1.ª S 31 Ene. 2000. Rec.: 1543/1997).

ante un caso de discrecionalidad reglada o arbitrio de segundo grado, que podría ser impugnada casacionalmente cuando se alegase la falta de concurrencia de dichas condiciones.

En mi opinión, en el estudio de la jurisprudencia, he podido observar que las resoluciones judiciales son variadas en cuanto al modo de justificar la irregularidad del extranjero condenado. El Tribunal Supremo en sentencia 20/03/2003. Sala.3ª, establece como obligación, más bien deber, de los extranjeros disponer de la documentación que acredite su identidad, siendo consecuencia lógica de ese deber el que las autoridades que han de emitir tal documento deban proceder previamente a la identificación personal de aquel a cuyo favor ha de emitirse el mismo. A pesar de la sentencia antes citada, podemos analizar los siguientes casos como ejemplo:

1) El Juzgado de lo penal ha condicionado la procedencia de expulsión de un extranjero condenado con la salvedad de acreditar su residencia legal en España. La Audiencia Provincial de Cuenca. Sec. 1.ª (sentencia nº 41/2005 de 42/2005), acordó la nulidad de dicha sentencia por haberse condicionado la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional al extranjero, determinando que la resolución judicial ha producido vulneración de normas esenciales del procedimiento con causación de efectiva indefensión al acusado (art. 238.3 de la LOPJ) por lo que, de conformidad con el art. 240.1º y 2º de la LOPJ, se resuelva lo procedente en la sentencia respecto de la sustitución de la pena de prisión, si procediere por la expulsión del territorio nacional sin que pueda quedar deferida la misma a un trámite de acreditación posterior.

2) La Audiencia Provincial de Madrid, (sentencia 161/2004 de 23 de abril. Sala de lo Penal, Sec1.), establece que "habiendo interesado el Ministerio Fiscal la sustitución de la pena por la expulsión, y no apreciándose en la naturaleza del delito cometido razones que, de forma excepcional, justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario español, procede acordar la sustitución de la pena impuesta por la expulsión de territorio español, siempre y cuando se acredite fehacientemente que la acusada carece de residencia legal en España, en la parte dispositiva".

3) Del mismo modo, el Ministerio público interesó que se acreditara si el recurrente era residente legal en España, pues de no serlo procedía su expulsión del territorio nacional por un periodo de diez años, de conformidad con el art. 89 del CP. STC 15/2005, de 31 de enero.

4) La carga de acreditar la situación de la residencia ilegal del extranjero en España

1- La norma general: la identificación de las personas está regulada en el artículo 11 de la Ley Orgánica 1/1992 de 21 de febrero⁷⁸⁶, sobre protección de la seguridad ciudadana, al igual como lo dispuesto en la vigente Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, y Orden del 7 de febrero de 1997, establece que *<Los extranjeros que se encuentren en territorio español están obligados a disponer de la*

⁷⁸⁶ El Tribunal Supremo (STS 20/03/2003.Sala.3ª), señala que, el documento de identificación del extranjero en situación de estancia en España, documento de identificación cuya tenencia resulta obligatoria por imperativo del artículo 11 de la L.O 1/1992, y para cuya regulación es de aplicación supletoria la Normativa relativa al Documento Nacional de Identidad según resulta de lo dispuesto en el art. 59 del Reglamento. Por otra parte, el art. 9 de la citada L.O 1/92, establece el deber de custodia y conservación por el titular del documento, obligación que también resulta del art. 13 del Decreto 196/76 que obliga al titular del documento de identificación a llevarlo siempre consigo.

documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España, con arreglo a lo dispuesto en las normas vigentes>. La identificación de las personas es competencia de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para realizar las comprobaciones pertinentes, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad conforme con la citada Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Art. 20.1). No obstante, el apartado 3 de éste artículo establece que. <se llevará un libro-registro en el que se harán constar las diligencias de identificación realizadas en aquéllas, así como los motivos y duración de las mismas, y que estará en todo momento a disposición de la Autoridad Judicial Competente y del Ministerio Fiscal. No obstante lo anterior, el Ministerio del Interior remitirá periódicamente extracto de las diligencias de identificación al Ministerio Fiscal>, y las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal y en la LECrim. (Art. 20.1). Ha de añadirse que, aun contando con cobertura legal y ejercitándose el requerimiento para el cumplimiento del fin previsto normativamente, el ejercicio de las facultades de identificación ha de llevarse a cabo de forma proporcionada, respetuosa, cortés y, en definitiva, del modo que menos incidencia genere en la esfera del individuo..., Estos, como ha quedado expuesto, están obligados a exhibir los documentos justificativos de su estancia legal en España, obligación de identificarse que, por lo demás, afecta a la generalidad de los ciudadanos según resulta del art. 20.1 de la L.O 1/1992 (LSC), en relación con su art. 9 y el art. 12 del Decreto núm. 196/1976, de 6 de febrero, por el que se regula el DNI, en la redacción dada por el RD 1245/1985, de 17 de julio. STC.13/2001, de 29 de enero. STS.01/04/2005.

2- La identificación del acusado en un procedimiento penal: El artículo 13, de la LECrm., modificado por Ley 27/2003, se consideran como primeras diligencias, entre otras, la comprobación de la identificación del delincuente, cuando dirijan cargo a determinada persona deberán reconocerla judicialmente, (Art. 368. LECrm.), en el mismo sentido, los artículos 493 y 762. 7.ª de la LECrm.

3- La aplicación del artículo 89.1 del Código Penal requiere necesariamente -antes de dictar sentencia- reconocer previamente la situación de la irregularidad de residencia del extranjero, pero no determina a quien le corresponda acreditar dicha situación, extremos que surge analizar a quien deba acreditar tal situación, bien por el propio penado o acusado, o bien por la autoridad judicial. A tenor de lo establecido en el artículo 102, del Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse, según corresponda, mediante el pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero. Excepcionalmente podrá acreditarse dicha situación mediante otras autorizaciones o documentos válidamente expedidos a tal fin por las autoridades españolas⁷⁸⁷. Consecuentemente, por una parte, el penado deba acreditar su residencia legal en España mediante la presentación de su tarjeta de autorización de residencia con

⁷⁸⁷ El Tribunal Supremo (STC 13/2000, de 29 de enero), ha señalado que "los requerimientos policiales de identificación efectuados a fin de controlar el cumplimiento de la legislación de extranjería encuentran cobertura normativa en el art. 72.1 del RD 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la L.O 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, que obliga a los extranjeros a llevar consigo el pasaporte o documento con base en el cual hubieran efectuado su entrada en España, y, en su caso, el permiso de residencia, y a exhibirlos, cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes, sin perjuicio de poder demostrar su identidad por cualquier otro medio si no los llevaran consigo."

la finalidad de evitar la expulsión o adversa. Por otra parte, cabe la posibilidad de que el extranjero procesado demuestre su irregularidad de residencia, ocultando su tarjeta de autorización de residencia, "presentando -solamente- su pasaporte como un ciudadano extranjero donde figura la caducidad del visado de entrada" para lograr su expulsión, ya que "el premiso" o la autorización de residencia adquisitiva no está reflejada ni incorporada en el pasaporte. Ciertamente que la autoridad administrativa exige la previa obtención de un visado "en vigor" en el pasaporte cuando el extranjero pretende tramitar su residencia o trabajo en España por primera vez, pero a partir de allí, una vez concedida la autorización de residencia solicitada, no se refleja tal autorización de residencia en el pasaporte, puesto que, la tramitación y concesión de la residencia se otorga en un documento separado (tarjeta de residencia), de tal forma, ni el Juzgado, ni la policía, ni el propio país del extranjero podrán reconocer la verdadera situación del extranjero a través de su pasaporte, salvo la previa investigación en el registro de la oficina de extranjería en la provincia donde fue obtenida la autorización.

C. LA CLASIFICACION DE LOS EXTRANJEROS

1. Los nacionales de Estados miembros en la Unión Europea

a) Introducción

Los ciudadanos de los Estados miembro en la Comunidad Europea, tiene, según, BUTRAGUEÑO⁷⁸⁸, "un supuesto especial, en cuanto al elemento subjetivo, lo constituyen los ciudadanos comunitarios, debido al espacio común europeo y al principio de libere circulación de dichos ciudadanos por todos los países de la Unión Europea", esta clase de ciudadanos no son equiparables a "un extranjero no residente legalmente en España"; sino que son más bien equiparables a los extranjeros residentes legalmente en España; por lo que a los comunitarios no resulta de aplicación este artículo"⁷⁸⁹ (89 CP). Para LASCURAIN SANCHEZ⁷⁹⁰, "la medida "sustitutiva" de expulsión de extranjeros sin residencia legal merece una profunda reflexión..., que constituye un tratamiento punitivo no uniforme de difícil justificación respecto a los condenados españoles y a los extranjeros con residencia legal". "Ciertamente, si se interpretara literalmente este precepto (art. 89.1 del CP), la calidad de ciudadano comunitario y por tanto con la facultad de residir legalmente en cualquier lugar del espacio común europeo, perjudicaría al recurrente en lugar de beneficiarlo y haría inaccesible a los ciudadanos de la Comunidad Europea el

⁷⁸⁸ DEL MORAL GARCIA, Antonio y SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio [coods]. Código Penal. (Comentario y Jurisprudencia). Tomo I. Editorial Comares. Ob cit Granada, 2002. Pág. 1033.

⁷⁸⁹ En el mismo sentido; SANCHEZ YELLRA, Comentario al Código penal de 1995. Volumen. I [Vives Antón. (cood)]. Tirant lo blanch. Valencia 1996. Pág. 504. se ha manifestado que; "Este nuevo precepto, (el artículo 89) previsto como forma sustitutiva de la pena privativa de libertad, viene a ampliar de forma importante el ámbito objetivo de ka regulación anterior..., sin embargo, reduce su ámbito subjetivo al equiparar al extranjero que reside legalmente en España con la nacional, y excluir de la aplicación de este precepto".

⁷⁹⁰ LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio, Comentario al Código Penal [RODRIGUEZ MOULLO-Dir. JOREGE BARREIRO- cood.] Civitas 1997. Pág. 291.

goce de este beneficio". (SAP de Gerona S.298/2001 de 17 de septiembre. Sala de lo Penal, Sección 3)⁷⁹¹.

La Audiencia Provincial de Gerona (S. 298/2001 de 17 de septiembre), entiende que "una norma como la que se contiene en el art. 89 CP., está al margen de la interpretación estricta de los preceptos penales, pues no se trata de una norma prohibitiva, sino al contrario de una norma permisiva, de una norma que permite discrecionalmente dejar al margen de la pena privativa de libertad a los ciudadanos extranjeros no residentes. Una interpretación de este precepto al tenor de la Constitución Española que consagra el principio de igualdad como uno de sus valores fundamentales, es decir una interpretación rigurosa conforme al artículo 4.3 CP., no podría establecer esta discriminación precisamente en contra de ciudadanos europeos. De esta forma, entiende esta Sala que los términos "no residente legalmente en España" debe entenderse como el de no tener la residencia efectiva en España con el cumplimiento de las exigencias administrativas que son necesarias para tener la condición de residente, como estar censado, residencia fiscal etc. De ningún modo esos términos pueden ser interpretados sólo como residencia ilegal, es decir una situación de hecho no amparada por la ley.

El artículo 2. a) de la Directiva 2001/40/CEE⁷⁹², establece que se entenderá por «nacional de un tercer país»: toda persona que no tenga la nacionalidad de uno de los Estados miembros. Por otra parte, los ciudadanos de los Estados miembros en la Unión Europea, sólo tienen la consideración de extranjeros las personas que no sean nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas conforme con lo

⁷⁹¹ V. ORDÓÑEZ SOLÍS, David; Los Derechos de los ciudadanos en la Comunidad Europea. Boletín de información sobre las Comunidades Europea, nº 34-35, 1991, ob cit. Págs. 4 al14.

⁷⁹² DIRECTIVA 2001/40/CEE del Consejo, de 28 de mayo de 2001.

establecido en el artículo 1 del Convenio de Schengen de 19 de junio de 1990. Se entiende por ciudadano de la Unión Europea, toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro, así como la familia: el cónyuge, la pareja registrada si la legislación del Estado miembro de acogida equipara la unión registrada al matrimonio, los descendientes directos menores de veintiún años o a cargo y los descendientes del cónyuge o pareja registrada, los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o pareja registrada⁷⁹³. A criterio de la Unificación de doctrina de la Audiencia Provincial de Madrid^{794/795}, cuando se trate de un nacional de un estado perteneciente a la Unión Europea, el criterio a aplicar es el siguiente: los ciudadanos comunitarios, debido al espacio común europeo y al principio de libre circulación por todos los países de la Unión Europea, no son equiparables a un extranjero no residente legalmente en España, sino que se equiparan más bien a los extranjeros residentes legalmente en España, sin perjuicio de que puedan solicitar el cumplimiento de la pena en el país de que son nacionales. No obstante, podemos observar que, de conforme con la Ley de extranjería y Reglamento 178/2003, los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea no pueden ser automáticamente considerados como residentes en el territorio español por la necesidad de cumplimentar ciertas tramitación administrativa⁷⁹⁶.

La medida común acogida por la Directiva 2001/40/CEE, en cuanto a la adaptación de la medida de expulsión, se entiende

⁷⁹³ V. en el mismo sentido, LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, Expulsión, Retorno y Devolución de Extranjeros Menores de Edad. LA LEY. Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. AÑO XXV. Número 6121. 5 de noviembre de 2004. Págs. 1334-1342.

⁷⁹⁴ Artículo publicado por el Colegio de Abogados de Madrid, en la Web icam.es 2006.

⁷⁹⁵ En este sentido; SANCHEZ MELGAR, Julián. Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia) 2ª edición Sepín Madrid 2006. Pág. 577.

⁷⁹⁶ V. Sentencia 11 de junio de 2003. Sala de lo Civil-Penal, Sección 6. de la Audiencia Provincial de Cádiz.

que las medidas de expulsión no son aplicables a los ciudadanos de la Unión Europea. Tampoco lo son a los miembros de las familias de los ciudadanos de la Unión que hayan ejercido su derecho a la libre circulación conforme con lo establecido expresamente en el Artículo 1.3 de la citada Directiva. El artículo 2, a), por lo contrario, entiende que la medida de expulsión es aplicable al «nacional de un tercer país a toda persona que no tenga la nacionalidad de uno de los Estados miembros. Además, el criterio asumido por todas las Secciones de lo penal de la Audiencia Provincial de Madrid, (SAP. 28 de mayo de 2004), excluye a los extranjeros que pertenezcan a la Unión Europea en el ámbito de aplicación del artículo 89.1 CP. También, el Tribunal Supremo, (STS 08/07/2005), considera que *"con aplicación automática y rutinaria -sin atender a circunstancias específicas que lo justifiquen en el caso concreto- de la sustitución de la pena por la expulsión del acusado a su país de origen, se estaría promoviendo de forma incomprensible la comisión de delitos graves dentro del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que no pertenezcan a la Unión Europea"*.

La Circular 3/2003⁷⁹⁷, ha venido definiendo la condición de extranjero de una forma bastante simple, por oposición al concepto de nacional. Este ha sido el criterio acogido en la Ley Orgánica 4/2000, que entre otras cosas, reconoce a los ciudadanos de la Unión el derecho a la libre circulación y residencia dentro de los límites territoriales de cualesquiera de ellos, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados Internacionales en los que España sea parte. Concretamente, el Tratado de Maastrich de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, creó la ciudadanía complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional (art. 17 del Tratado de

⁷⁹⁷ Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2003 de 23 de octubre.

Roma que permite a todos los ciudadanos de la Unión circular, residir (art. 18) y trabajar (art.39) en cualquiera de los Estados Miembros. Esta nueva nacionalidad supraestatal evidentemente no modifica el concepto tradicional de extranjero si bien obliga a distinguir entre los nacionales comunitarios, que tienen un régimen jurídico propio o los nacionales de los países extracomunitarios, que son los genuinos destinatarios de la legislación encaminada a mantener dentro de los límites de lo razonable los actuales flujos de población entre países.

b) La evolución europea en materia de extranjeros

La Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de seguridad, salud u orden públicos⁷⁹⁸ fue modificada por los siguientes actos: Directiva 72/194/CEE del Consejo, de 18 de mayo de 1972⁷⁹⁹; y Directiva 75/35/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1974⁸⁰⁰ y fue Abrogada por: Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CE. Al principio, la Directiva se aplicaba además de, a los nacionales de un Estado miembro que residían en otro Estado miembro de la Comunidad europea, también al cónyuge y a los miembros de la familia. Actualmente, el ámbito

⁷⁹⁸ Diario Oficial L 56 de 4.4.1964.

⁷⁹⁹ Diario Oficial L 121 de 26.5.1972.

⁸⁰⁰ Diario Oficial L 14 de 20.1.1975.

de aplicación de la Directiva incluye a las personas que se beneficien del derecho a permanecer en el territorio de un Estado miembro en el que han dejado de ejercer un empleo (Directiva 72/194/CEE) y a las personas no activas (Directivas 90/364, 90/365 y 93/96). Desde su entrada en vigor, la Directiva 64/221/CEE, ha sido objeto de interpretaciones del Tribunal de Justicia en diversas sentencias. Por otra parte, la noción de ciudadanía europea ha evolucionado, sobre todo por la introducción del concepto de ciudadanía de la Unión en el art. 18 del Tratado CEE. Por ello, la Comisión considera importante señalar las dificultades que entraña la aplicación de la Directiva. La Comisión subraya la ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva a los trabajadores que permanecen en otro Estado miembro después de haber cesado su actividad profesional (Directivas 72/194/CEE y 75/35/CEE), así como a los demás grupos de personas no activas sujetas al Derecho comunitario, tal como se establece en las Directivas 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. La Directiva se aplica asimismo al cónyuge y a los demás miembros de la familia del trabajador, cualquiera que sea su nacionalidad. La Directiva 2004/38/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia a circular libremente y a residir en el territorio de los Estados miembros, y por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. El 30 de abril del 2006, se suprimieron los arts. 10 y 11 del Reglamento (CEE) nº 1612/68, la Directiva 64/221/CE, la Directiva 68/360/CE, la Directiva 72/194/CEE, la Directiva 73/148/CEE, la Directiva 75/34/CEE, la Directiva 75/35/CEE, la Directiva

90/364/CEE, la Directiva 90/365/CEE y la Directiva 93/96/CEE.⁸⁰¹

c) La evolución de la ciudadanía europea en la legislación española

El Real Decreto 1099/1986, de 26 de mayo, regulaba la entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, Posteriormente, la adopción por el Consejo del Reglamento (CEE) número 2194/1991, de 25 de junio, relativo al período transitorio aplicable a la libre circulación de los trabajadores entre España y Portugal y los otros Estados miembros, las Directivas 90/364/CEE, relativa al derecho de residencia; 90/365/CEE, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer una actividad profesional, y 93/96/CEE, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, motivaron que se dictase el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas. La entrada en vigor, el 1 de enero de 1994, del Acuerdo ratificado por España el 26 de noviembre de 1993, sobre el Espacio Económico Europeo, así como la necesaria adecuación del citado Real Decreto a la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (asunto 267/83, Diatta contra Land Berlin), obligaron a modificar el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, por el Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo, y por el Real Decreto 1710/1997, de 14 de noviembre. Actualmente, siendo en vigor, el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de estados

⁸⁰¹ Diario Oficial DO L 158 de 30.4.2004.Última modificación: 22.06.2004.

miembros de la Unión Europea. Y de otros estados parte en el acuerdo sobre el espacio económico, con la entrada de España a las Comunidades Europeas. El vigente Real Decreto 178/2003, ha sido criticado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo (sentencia 10 de junio de 2004), que anuló el siguiente inciso «*y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con estos*» del párrafo primero del art. 2, así como el inciso que establecía que «*y se acredite la convivencia en España al menos durante un año*», del número 4. del art. 11.3. c).⁸⁰² El citado Real Decreto 178/2003, es coherente con los artículos 17 y 18 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea relativos a la ciudadanía de la Unión, así como, los derechos y principios inherentes a la misma. La Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, es de aplicación subsidiaria para las personas incluidas en el ámbito de aplicación del mencionado Real Decreto 178/2003, que regula las formalidades administrativas para el ejercicio de los derechos de entrada y permanencia en España por parte de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea⁸⁰³.

d) La expulsión de los nacionales de Estados miembros en la Unión Europea

Lo que nos ocupa en esta tesis doctoral es lo establecido en el artículo 16 del Real Decreto 178/2003, entre otras medidas, la posibilidad de ordenar la expulsión o devolución del territorio español de los nacionales de los Estados

⁸⁰² REAL DECRETO 178/2003, redactado conforme a las sentencias de 10 de junio de 2004 y de 9 de febrero de 2005, de la sala tercera del Tribunal Supremo; BOE núm. 203, de 23-08-04 y 132, de 03-06-05.

⁸⁰³ Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa y Suecia, de nacionales de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein) y de los nacionales de la Confederación Suiza y la adhesión de Rumania y Bulgaria a la UE el 1 de enero de 2007.

miembros de la Unión Europea por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública. La expulsión ha de ser adoptada con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública, a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia, la cual deberá estar fundada exclusivamente en el comportamiento personal de quien sea objeto de expulsión. Igualmente, puede denegar o renovar la tarjeta de un titular de tarjeta de residencia comunitaria por las mismas razones, sin perjuicio de los recursos legalmente procedentes (art.17). Las resoluciones de concesión, renovación de tarjetas, así como las órdenes de expulsión, serán dictadas por los Subdelegados del Gobierno o Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales. El artículo 18.2 del Real Decreto 178/2003, establece que "Las resoluciones de expulsión o de denegación de tarjetas (inciso anulado por la Sentencia de 9 de febrero de 2005, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo) fijarán el plazo en el que el interesado debe abandonar el país. Dicho plazo no será inferior a 15 días, si el interesado no es titular de tarjeta, o a un mes, en caso contrario. Las citadas resoluciones deberán ser motivadas, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo". El procedimiento de expulsión se regirá por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, (LRJyPAC) conforme con lo dispuesto en la Disposición adicional segunda del citad Real Decreto.

La interpretación más adecuada que justifica la exención de los ciudadanos miembros de la Unión Europea del artículo 89.1 del Código Penal, es la ineficacia de su aplicación debido al Derecho a la libre circulación (el art.1.3 de la Directiva 2001/40/CEE) y la dispensa de exigir el visado a la hora de regresar a España en el caso de sustituir la condena

por la expulsión con la prohibición de regreso durante los diez años. Los Tribunales españoles excluyen sistemáticamente a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea del ámbito de aplicar el artículo 89.1, entre muchas, SAP de Barcelona 426/2005. R. 84/2005, ello, " *porque el art. 89 CP es claro al establecer el mandato de la sustitución de las penas de prisión inferiores a seis años por la de expulsión cuando nos encontramos ante un súbdito extranjero, no comunitario y residiendo de manera ilegal en nuestro país*". La Ley Orgánica 4/2000, reconoce expresamente la calidad de extranjeros de los ciudadanos comunitarios, pero simplemente les exceptúan de su ámbito de aplicación, tampoco son equivalentes a los españoles, por no gozar a la nacionalidad española⁸⁰⁴. Como he comentado anteriormente, los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de sus familias tienen derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros en la Unión Europea, pero este derecho no se les conviertan automáticamente en residentes legales en España, ya que, para beneficiarse de esta condición es necesario cumplimentar ciertas tramitaciones administrativas, aunque, la caducidad del documento de identidad o del pasaporte que haya amparado la entrada y residencia en España, o la expedición, en su caso, de la tarjeta de residencia, no podrá ser causa de expulsión gubernativa (Art. 16. 3 RD 178/2003)^{805/806}.

⁸⁰⁴ En el mismo sentido, DEL MORAL GARCIA, Antonio y SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio [coods]. Código Penal. (Comentario y Jurisprudencia). Tomo I, Editorial Comares, Granada, 2002. Pág. 1033. "Un supuesto especial, en cuanto al elemento subjetivo, lo constituyen los ciudadanos comunitarios, debido al espacio común europeo y al principio de libre circulación de dichos ciudadanos por todos los países de la Unión Europea. En su opinión es que esta clase de ciudadanos no son equiparables a "un extranjero no residente legalmente en España"; sino que son más bien equiparable a los extranjeros residentes legalmente en España; por lo que a los comunitarios no resulta de aplicación este artículo (art. 89 CP).

⁸⁰⁵ Conforme al Real Decreto 178/2003, de 14 febrero, sobre Entrada y Permanencia en España de Nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE 22-02-2003). Según la Exposición de motivos, es necesario introducir

Según la Circular de 3/2001 de 21 de diciembre⁸⁰⁷, los ciudadanos de los países de la Unión Europea y el AEEE gozan de un régimen especial para entrar y salir de España, así como para obtener la tarjeta de residente. El artículo 15.1 del derogado Real Decreto 766/1992 admitía, no obstante, posibles limitaciones al ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública; concretamente, admitía, también, que los ciudadanos de los países de la Unión Europea y el AEEE pueden ser objeto de una medida de expulsión, devolución o prohibición de entrada en el país por tales motivos. Se reproduce de este modo lo establecido en el art. 2.2 de la Directiva 90/364/CEE, la cual permite que los Estados miembros limiten el derecho de residencia de los nacionales de otros Estados miembros por razones de orden público, de seguridad o de salud públicas, si bien en estos casos se aplicará la Directiva 64/221/CEE. La Directiva del Consejo, de 25 de febrero de 1964, establece en su art. 3.1 que: *las medidas de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo al que se apliquen* (mandato reproducido en el artículo 15.2.d) del derogado Real Decreto 766/1992), añade a continuación que *“la mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas”* (art. 3.2). Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha interpretado este precepto en su sentencia de 27-10-1977 (caso Regina/Bouchereau), afirmando que la

la no exigencia de tarjeta de residencia para los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que sean activos, beneficiarios del derecho a residir con carácter permanente, estudiantes o familiares de estas personas que sean a su vez nacionales de los mencionados Estados.

⁸⁰⁶ V. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 11 de junio de 2003. Sala de lo Civil-Penal, Sección 6ª.

⁸⁰⁷ CIRCULAR 3/2001 de 21 de diciembre sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

existencia de una condena penal es trascendente sólo en la medida en que pudiera ser indicativa de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual contra el orden público; en idéntico sentido, la sentencia de 19-1-1999 (caso Calfa) reitera que es contraria al Derecho comunitario una expulsión del territorio nacional de un ciudadano comunitario decretada de manera automática como consecuencia de una condena penal, sin tener en cuenta si su comportamiento personal ha supuesto una amenaza real y suficientemente grave contra un interés fundamental de la sociedad.

En la citada Circular, el principal motivo para disuadir de la adopción de esta medida no es tanto su probable ineficacia como el riesgo de impunidad que conlleva, ya que la expulsión, cuya consiguiente prohibición de entrada puede ser fácilmente burlada, impediría -en caso de no detectarse la violación de tal prohibición- proseguir en nuestro país el procedimiento penal o ejecutar la pena impuesta. Esta impunidad resultaría además especialmente injustificada en un contexto en el que se tienden a suprimir, en el concreto ámbito de aplicación de la justicia penal, las diferencias de trato entre los nacionales españoles y los de cualquier otro país comunitario, como sucede también, p.e., con la frecuente renuncia a invocar el principio de no entrega del nacional en materia de extradición. Consecuentemente, de todo lo anteriormente examinado, concluyendo que, la Circular insta a los Fiscales, con carácter general, salvo supuestos excepcionales, a informar negativamente las solicitudes de expulsión relativas a ciudadanos comunitarios conforme con lo previsto en el artículo 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000, y el artículo 89 del Código Penal⁸⁰⁸. Pues.

⁸⁰⁸ En sentido similar, v. ORDÓÑEZ SOLÍS, David; Los Derechos de los ciudadanos en la Comunidad Europea. Boletín de información sobre las Comunidades Europeas, nº 34-35, 1991, ob cit. Págs. 4 all4.

En mi opinión, el criterio adoptado por la Fiscalía General del Estado no es suficiente para justificar la inaplicación del artículo 89.1 CP a los comunitarios por el único motivo de la posible violación de entrada a España, pues, puede darse el mismo riesgo con los demás extranjeros no comunitarios en cuanto a quebrantar la decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada, tal como prevé el párrafo 3º del mismo artículo 89 del Código Penal. Por lo tanto, entiendo que, la exclusión del ciudadano comunitario del ámbito del artículo 89.1 del Código Penal no se valora únicamente por el simple riesgo de regreso a España después de haber sido sustituida la pena impuesta por la expulsión, sino que, tiene su fundamento en el compromiso firmado por España con la Unión Europea, si bien la legislación penal pertenece, en principio, al ámbito de competencia de los Estados miembros, tal legislación no puede crear restricciones a las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado y el Derecho comunitario^{809/810}.

⁸⁰⁹ V. v. STJE, en el asunto C-348/99.

⁸¹⁰ En primer lugar; por no darse su presupuesto subjetivo, que prevé la expulsión sólo a extranjeros no residentes legalmente en España. El art. 89.1 CP restringe la expulsión a los extranjeros no residentes legalmente en España, restricción no contemplada en la anterior y derogada L.O. 7/85. En este caso, se alega en el recurso la nacionalidad francesa del condenado, dato que impide la aplicación de la medida interesada. La libertad de circulación y residencia de los nacionales de países miembros de las Comunidades Europeas en cualquier nación integrante de las mismas (hoy, Unión Europea), elemento capital de la Unión, está declarada en los Tratados constitutivos comunitarios: arts. 48, 52 y 59 del TCCEE y art. 8.A.1 del Tratado de la UE, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1.992; también está desarrollado en el art. 17 de Acuerdo de Schengen (1.985) y en el art. 2 del Convenio para su aplicación, firmado en 1.990 en esta misma ciudad, al que España se adhirió el 27 de noviembre de 1.990. En consecuencia, todo ciudadano nacional de cualquier país de la Unión Europea tiene legalmente autorizada la residencia en cualquier otro país, por aplicación directa de los citados convenios, sin necesidad de acto alguno de autorización administrativa. Por tanto, un ciudadano francés tiene automáticamente legalizada su residencia en nuestro país, lo que impide la aplicación al mismo de la medida de expulsión prevista en el art. 89 del CP. SAP de Cádiz de 17 de mayo de 2001. Sala de lo Civil-Penal, Sección 7, S.53/2001.

En cualquier caso, antes de tomar una decisión de expulsión, el Estado miembro de acogida deberá evaluar elementos tales como la duración de la residencia del interesado, su edad, salud, integración social, situación familiar en el país de acogida y los vínculos con su país de origen. Únicamente en circunstancias excepcionales, cuando concurren razones de seguridad pública de carácter imperativo, también, debería adoptarse una medida de expulsión contra ciudadanos menores de la Unión o que hubieran residido durante los diez últimos años en el territorio del Estado miembro de acogida⁸¹¹. En ningún caso podrá prohibirse de por vida la entrada y residencia en el territorio del Estado de acogida. Sin embargo, los Estados miembros podrán tomar las medidas que consideren necesarias para denegar, anular o retirar cualquier derecho, en caso de abuso o fraude como, por ejemplo, en caso de matrimonio de conveniencia. La directiva será aplicable sin perjuicio de las disposiciones nacionales legislativas, administrativas o reglamentarias más favorables⁸¹². Según la Audiencia Provincial de Tarragona (S. nº 1/2005 de 3 de enero. Sala de lo Penal, Sec.2), la expulsión de una persona con residencia legal o cuya estancia esté avalada por normativa

⁸¹¹ V. en este sentido, LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, Expulsión, Retorno y Devolución de Extranjeros Menores de Edad. LA LEY. Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. AÑO XXV. Número 6121. 5 de noviembre de 2004. Págs. 1334-1342.

⁸¹² Es posible la expulsión del ciudadano comunitario -por vía gubernativa- en las condiciones que hemos examinado anteriormente, pero no por cometer hecho delictivo sino por orden público, tal como ha establecido en Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el espacio económico europeo, conforme con el artículo 16. 1. el cual dispone que "Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes: c) ordenar la expulsión o devolución del territorio español. Así como el artículo 17.1 establece que "la resolución de denegación de renovación de tarjeta o la orden de expulsión de un titular de tarjeta de residencia comunitaria requerirá, con anterioridad a que se dicte, el informe previo de la abogacía del estado en la provincia, salvo en aquellos casos en que la urgencia esté debidamente justificada". Así como el artículo 18. 1 "las resoluciones de concesión, renovación de tarjetas, así como las órdenes de expulsión, serán dictadas por los subdelegados del gobierno o delegados del gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales".

legal o administrativa vigente no encuentra acomodo en el caso que nos ocupa. Aun en tal caso, la expulsión sería posible si la conducta del extranjero ciudadano comunitario o nacional de alguno de los Estados incorporados al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo representa una amenaza actual y relevante para el orden público nacional.

La definición de las nociones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, los Estados miembros disponen de un poder discrecional para determinar el alcance de estos conceptos basándose en la legislación o jurisprudencia nacionales, pero en el marco del Derecho comunitario, no obstante, toda medida adoptada por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública debe estar debidamente motivada por una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad y respetar el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Según la Circular de 3/2001 ⁸¹³, cuando la medida de expulsión afecte a un ciudadano comunitario o nacional de alguno de los Estados incorporados al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, el acuerdo gubernativo se ajustaba al régimen específico previsto en el derogado RD 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, (actualmente el Real Decreto 178/2003), que autoriza la expulsión sólo cuando la conducta del extranjero representa una amenaza actual y relevante para el orden público nacional, como se indica infra en el apartado IV de la CFG que trata de las dificultades que plantea la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea⁸¹⁴.

⁸¹³ CIRCULAR 3/2001 de 21 de diciembre sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de Extranjería.

⁸¹⁴ ORDÓÑEZ SOLÍS, David; Los Derechos de los ciudadanos en la Comunidad Europea. Boletín de información sobre las Comunidades Europea, nº 34-35, 1991, ob cit. Págs. 4 all4.

El Tribunal de Justicia, (S.19 de enero de 1999), en el asunto C-348/99, condiciona la orden público cuando constituya una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.⁸¹⁵ Según el Tribunal, la Directiva europea relativa a las medidas especiales en materia de desplazamiento y de residencia de los extranjeros limita expresamente el derecho de los Estados miembros a expulsar a los extranjeros por razones de orden público ya que la expulsión constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios así como a las demás libertades fundamentales garantizadas por el Tratado considerando tal medida adoptada por razones de orden público constituye *"una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad"*, aunque permite la excepción del principio fundamental del Tratado siempre que sea interpretada de forma restrictiva, debiendo fundamentarse exclusivamente en un comportamiento personal del individuo que constituya una amenaza real para el orden público. No basta una mera condena penal. Del mismo término, el Tribunal Supremo adopta como norma general la no aplicación de la sustitución de las penas de forma automática sino ha de individualizarla caso por caso en un juicio de valor.

De acuerdo con la Directiva 73/148, el Estado miembro de acogida puede adoptar la medida de expulsión contra al nacional de un Estado miembro cuando no reúne los requisitos establecidos en su legislación interna (RD.178/2003) con la salvedad de respetar los límites impuestos por el Derecho comunitario. Por lo tanto, "las medidas de privación de libertad o de expulsión basadas exclusivamente en el incumplimiento por el interesado de las formalidades legales

⁸¹⁵ División de Prensa e Información, comunicado de prensa nº 1/1999.

relativas al control de extranjeros menoscaban la propia esencia del derecho de residencia, directamente reconocido por el Derecho comunitario, y resultan manifiestamente desproporcionadas en relación con la gravedad de la infracción⁸¹⁶. En el mismo sentido "Una medida de internamiento sólo podría basarse en una disposición que expresamente estableciese una excepción, como el art. 8 de la Directiva 73/148, que autoriza a los Estados miembros a restringir el derecho de estancia de los nacionales de los Estados miembros siempre que las restricciones estén justificadas por razones de orden público, seguridad o salud públicas (en este sentido, la sentencia de 16 de enero de 2003, Comisión/Italia, antes citada, apartado 19). No obstante, si no existía ninguna amenaza real y grave para el orden público. El hecho de no haber cumplido las formalidades legales relativas al acceso, el desplazamiento y la residencia de los extranjeros no puede, por sí mismo, constituir un atentado contra el orden y la seguridad públicos⁸¹⁷. El Real Decreto 178/2003, breve el cumplimiento de las formalidades previstas en el mismo sin perjuicio de los límites establecidos en el capítulo IV, relacionados con las medidas aplicable por razones de orden público, seguridad pública y salud pública y sin perjuicio de la limitación establecida en el art. 39.4 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en el caso de ejercer cualquier actividad (art.3.2). Asimismo, los ciudadanos comunitarios están obligados a solicitar una tarjeta de residencia solamente conforme con los supuestos determinados y en la forma prevista en citado Real Decreto, (art.3.3) para lo que deberán presentar la documentación a que se alude en el artículo 11 del Real Decreto 178/2003, así como la Directiva 2004/38/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, al igual

⁸¹⁶ Véanse las sentencias de 3 de julio de 1980, Pieck, 157/79, Rec. p. 2171, apartados 18 y 19; de 12 de diciembre de 1989, Messner, C-265/88, Rec. p. 4209, apartado 14, y MRAX, antes citada, apartado 78.

⁸¹⁷ V. sentencias, antes citadas, Royer, apartado 47, y MRAX, apartado 79.

como el art. 12 de la Directiva 2003/109/CEE del consejo de 25 de noviembre de 2003⁸¹⁸, determinan los supuestos de protección contra la expulsión de los nacionales de los Estados miembros en la Unión Europea, limitando únicamente la decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública.

Como medida alternativa de la expulsión, la posibilidad de aplicar los Convenios existentes en materia de traslado de personas condenadas, y en particular el Convenio del Consejo de Europa sobre esta materia, de 21 de marzo de 1983, del que son Estados Parte, entre otros, todos los Estados miembros de la Unión Europea, y que permite a los penados extranjeros ser trasladados al país del que son nacionales para extinguir allí la condena que les haya sido impuesta y quede aún pendiente de cumplir. No existe ningún inconveniente para que se haga uso de este Convenio en el caso de ciudadanos comunitarios que deseen cumplir en su país de origen las penas privativas de libertad impuestas en España. España está adherido al Convenio multilateral, sobre el traslado de personas condenadas elaborado en Estrasburgo el 21/03/1985 (BOE nº 138 del

⁸¹⁸ El artículo 12 de la Directiva 2003/109/CEE establece que: 1. Los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública.

2. La decisión a que se refiere el apartado 1 no podrá justificarse por razones de orden económico.

3. Antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, los Estados miembros deberán tomar en consideración los elementos siguientes:

- a) la duración de la residencia en el territorio;
- b) la edad de la persona implicada;
- c) las consecuencias para él y para los miembros de su familia;
- d) los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen.

Las enfermedades sobrevenidas con posterioridad a la expedición en el segundo Estado miembro del primer permiso de residencia no será motivo para denegar la renovación del permiso ni para decidir la expulsión del territorio.

10/06/1985), conforme con la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución. Asimismo Convenios Bilaterales diversos países no comunitarios, así como el Convenio 112 de Estrasburgo sobre Traslado de Personas Condenadas. En su virtud, los ciudadanos extranjeros, en este caso, de países miembros de la Unión Europea, y de un país parte del Convenio, tienen la posibilidad de ser trasladados a su país de origen para cumplir su condena. El traslado podrá solicitarse bien por el Estado de Condena bien por el Estado de Cumplimiento. Para llevarse a cabo el traslado, según el artículo 3º, el condenado debe ser nacional del Estado de cumplimiento con sentencia firme; y la duración de la condena que el condenado tendrá que cumplir aún deberá ser al menos de seis meses.

2. Los ciudadanos de distintas nacionalidades

a) Ciudadanos de terceros países

A los efectos de aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, el art. 1.1, se consideran extranjeros a los que carezcan de la nacionalidad española, sin perjuicio de lo establecido en la Directiva 2001/40/CEE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, en cuanto a la adaptación de la medida de expulsión, la cual establece que, se entenderá por: «el nacional de un tercer país»: toda persona que no tenga la nacionalidad de uno de los Estados miembros; (Art. 2, a)), a su consecuencia y por el contrario, se entiende que las medidas de expulsión no es aplicable a los ciudadanos de la Unión Europea. Tampoco, a los miembros de las familias de los ciudadanos de la Unión que hayan ejercido su derecho a la libre circulación conforme con lo establecido expresamente en el Art.1.3 de la citada Directiva.

De acuerdo con los términos previstos en el artículo 2, del vigente Real Decreto 178/2003, los extranjeros cualesquiera que sean sus nacionalidades familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, no se consideran extranjeros de terceros países como son:

- a) A su **cónyuge**, siempre que no estén separados de derecho.
- b) A sus **descendientes** y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas⁸¹⁹.
- c) A sus **ascendientes** y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, que vivan a sus expensas, con la excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges.

En consecuencia, quedan excluidos del ámbito de aplicación del artículo 89.1 del Código Penal, los extranjeros antes indicados por considerarles residentes legalmente en España, siempre y cuando mantengan tal situación, sin perjuicio de aplicar las correspondientes penas impuestas sin permitir la sustitución exigida por el referido artículo 89.1 CP.

b) Ciudadanos de países Iberoamericanos

La derogada Ley Orgánica 7/1985, proporcionaba un tratamiento preferencial a favor de los ciudadanos iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos,

⁸¹⁹ En el mismo sentido, LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, Expulsión, Retorno y Devolución de Extranjeros Menores de Edad. LA LEY. Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. AÑO XXV. Número 6121. 5 de noviembre de 2004. Págs. 1334-1342.

ecuatoguineanos, sefardíes⁸²⁰ y de los originarios de la ciudad de Gibraltar para la concesión y renovación del permiso de trabajo (Art. 18.1, f), así como cuando pretendían realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta ajena, tendrán otorgada preferencia para trabajar en España, sobre otros extranjeros, conforme se establecía el artículo 18.3, tampoco les obligaban al pago de las tasas correspondientes por la expedición de permisos de trabajo. (art.23). Dicha preferencia ha sido omitida en la actual Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, salvo la exención del pago de las tasas por la concesión de las autorizaciones para trabajar a los nacionales iberoamericanos, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, los sefardíes, los hijos y nietos de español o española de origen, y los extranjeros nacidos en España cuando pretendan realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia. (art. 47).

Equivalentemente, el artículo 22 del Código Civil, favorece a los iberoamericanos que solicitan la nacionalidad española reduciendo el plazo de diez años de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud- exigido al resto de los extranjeros que están en la misma situación- a dos años. Dicha petición podrá ser denegada por motivos de orden público (art. 20 del Código Civil). En la actualidad, los ciudadanos iberoamericanos quedan igualados con los demás extranjeros conforme a la actual Ley de extranjería, pese a la existencia de convenios de doble nacionalidad, paz y amistad firmados por España con gran parte del continente latino. Todo ello, sin perjuicio de la previa tramitación inicial cuando

⁸²⁰ Véase Página 63 de esta Tesis doctoral, "La expulsión de los judíos". Los Reyes Católicos en 1499 dictaron una pragmática en la que se determinaron las condiciones en las los judíos podrían retornar a España. Según ella, los judíos que desearon volver a la península deberían declarar previamente su conversión al catolicismo de forma pública, ante escribano y testigos.

pretenden residir o trabajar en España.⁸²¹ Evidentemente, en el Código penal, dichos ciudadanos no se benefician de excepción alguna.

3. La situación de los hijos menores del extranjero expulsado

a) Introducción

La expulsión está prevista para los extranjeros no residentes legalmente en España mayores de edad. A los extranjeros menores, con edades comprendidas entre 14 y 18 años que cometan un delito en España les será de aplicación la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Excepcionalmente, será de aplicación a los jóvenes de 18 y menores de 21 años sin perjuicio de la excepción establecida en la ley Orgánica 7/2000, que modifica la anterior. En ambos textos legales no existe un precepto equivalente al artículo 89 o 108 del Código Penal. Por tanto no está prevista la expulsión de los menores delincuentes extranjeros, en consecuencia con lo establecido en el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000, en redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, conforme al cual los menores tutelados por una Administración Pública pueden permanecer en

⁸²¹ CONVENIOS de doble nacionalidad firmados con: Chile, de 22 de mayo de 1958, Perú, de 16 de mayo de 1959, Paraguay, de 25 de junio de 1959, Nicaragua, de 25 de julio de 1961, Guatemala, de 28 de julio de 1961, Bolivia, de 12 de Octubre de 1961, Ecuador, de 4 de marzo de 1964, Costa Rica, de 8 de junio de 1964, Honduras, de 15 de junio de 1966, República Dominicana, de 15 de marzo de 1968, Argentina, de 14 de abril de 1969 y Colombia, de 27 de junio de 1979.

- TRATADOS de Paz y Amistad con: México firmado el 28/12/1836, Ecuador firmado el 16/2/1840, Chile firmado el 24/4/1844, Venezuela firmado el 21/7/1847, Bolivia firmado el 21/7/1847, Costa Rica firmado el 10/5/1850, Nicaragua firmado el 24/7/1850, Rep. Dominicana firmado el 18/2/1855, Guatemala firmado el 29/5/1863, Rep. Argentina firmado el 21/9/1863, San Salvador firmado el 24/6/1865, Uruguay firmado el 19/7/1870, Paraguay firmado el 10/9/1880, Colombia firmado el 30/1/1881, Honduras firmado el 17/11/1894, Perú firmado el 14/8/1879 y Panamá firmado el 18/3/1953.

España regularmente⁸²², pero ningún menor de edad que se encuentre en España en situación de desamparo puede ser expulsado. Sin embargo, los menores pueden ser afectados a consecuencia de la sustitución de las penas por la expulsión establecida en el artículo 89 del Código Penal como se examinará a continuación⁸²³.

El artículo 89.1 del Código Penal puede afectar de forma indirecta al extranjero menor de edad que se encuentran hallado o acompañado por su padre, madre, tutor o guardador como consecuencia de haber sido expulsada la persona condenada con la que se halle el menor a su cargo o éste está sometido a su potestad sin que haya que ver en ello sanción hacia el menor por su interés y derecho a la reagrupación familiar. Como regla general, el extracto del contenido del artículo 89 del Código Penal, según su actual reforma, como se examinará más abajo, por un lado, la expulsión deviene obligatoria, constituyendo su denegación la excepción fundada motivadamente en la naturaleza del delito, por otro, la desaparición del texto actual la necesidad de previa audiencia del penado en la que posibilitaba al extranjero un trámite de alegaciones como las circunstancias personales, entre ellas, el arraigo familiar -aunque tal audiencia pueda efectuarse dentro del propio Plenario- la expulsión puede afectar a los menores vinculados al condenado.

En repetidas sentencias, desde la sentencia nº 901/2004 de 8 de Julio, seguida por las sentencias de 1249/2004 de 28 de

⁸²² FLORES MENDOZA, Fátima, *Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate)* LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Págs. 114 y 115.

⁸²³ GÓMEZ CAMPELO, Esther, *Algunos apuntes sobre la protección de los inmigrantes menores de edad en la vigente normativa sobre extranjería*. III encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo, Universidad de Gerona 11 y 12 de noviembre de 2005. Pág. 6

Octubre y 1546/2004 de 21 de Diciembre, tienen declarado que el artículo 89 del Código Penal debe ser aplicado tras el imprescindible juicio de ponderación entre los intereses enfrentados en juego, y por tanto con una motivación individualizada a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso, y muy singularmente desde una perspectiva constitucional a la vista de la colisión con bienes jurídicos que pudieran ser más relevantes que los meramente defensistas, y ello ya se valore la expulsión en clave negativa para el condenado, (STS.11/10/2005). Sin embargo, no se descarta la procedencia de la expulsión en ciertos casos en los que el extranjero expulsado tiene a sus cargos jóvenes o menores de edad, pues, desde allí, estaremos ante una auténtica vulneración a bienes jurídico protegido, es el derecho del menor afectado por haber sido sancionado de expulsión por un hecho no ha cometido. Por ello, debido a la complejidad práctica al respecto, resulta especialmente interesante, a los efectos que nos interesan, valerse de la legislación vigente sobre la posibilidad de expulsar a los extranjeros menores de edad del territorio español aunque visto el problema desde otra perspectiva penal.

La expulsión ha de verse como medida excepcional y, por tanto, de aplicación restrictiva y sólo para la comisión de actos especialmente graves; de ahí que la sintonía entre intereses personales y el *favor familii*, por un lado, y valoraciones nacionales -cuando el Estado alega que el sujeto ha incurrido en una flagrante causa de expulsión- por otro, sea difícil de articular. El problema que aquí se plantea es muy claro desde el punto de vista expositivo: cuando uno de los progenitores incurre en infracción susceptible de ser sancionada con la expulsión, el procedimiento le será incoado -a fin de llevarlo a efecto- sin consideración alguna a sus circunstancias familiares; dicho con otras palabras, la

expulsión en tanto expresión del ejercicio efectivo del *ius puniendi* del Estado se enfrenta, aquí, con el concepto amplio de protección del ámbito familiar. Tanto es así, que ha llegado a decirse que en estos casos la sanción de expulsión conlleva un plus de agravamiento, al incluir la ruptura de la unidad familiar y el subsiguiente desamparo de los hijos a cargo. Es evidente que el expediente se incoa de forma individualizada sin posibilidad de extenderse al otro cónyuge ni a los hijos⁸²⁴. La expulsión conjunta evitaría el desmembramiento de la familia y el posible desamparo de los menores; pero, por fortuna, nuestra legislación abandonó hace tiempo las medievales sanciones colectivas⁸²⁵.

Lo anteriormente manifestado, es conveniente analizar la situación de los hijos menores de edad acompañados de padres condenados a la ahora de sustituir la ejecución de la pena por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España.

b) Menores acompañados

El artículo 89 del Código Penal no regula la situación de los menores extranjeros acompañados al penado extranjero a la ahora de sustituir la ejecución de la pena impuesta por su expulsión, pero la jurisprudencia, sin embargo, ha valorado el raigo familiar y las demás circunstancias personal del extranjero como persona, apreciando la reagrupación familiar de mayor consideración que la expulsión. Pero este criterio es destinto en cuanto a la Ley de Extranjería. Si la autoridad

⁸²⁴ En el mismo sentido, LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, Expulsión, Retorno y Devolución de Extranjeros Menores de Edad. LA LEY. Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. AÑO XXV. Número 6121. 5 de noviembre de 2004. Págs. 1334-1342.

⁸²⁵ GÓMEZ CAMPELO, Esther, Algunos apuntes sobre la protección de los inmigrantes menores de edad en la vigente normativa sobre extranjería. III encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo, Universidad de Gerona 11 y 12 de noviembre de 2005. Pág. 7.

competente acuerda la expulsión, devolución o retorno de los padres, tutores o guardadores del menor extranjero, ello conlleva también la salida de España del menor sometido a su potestad, sin que haya que ver en ello el menor reproche sancionatorio hacia la conducta del menor. Por otra parte, esta situación no es sino la otra cara del derecho a la reagrupación familiar o facultad que tienen los extranjeros residentes legalmente en España de reunir con ellos a los hijos o tutelados menores de dieciocho años (art. 17.1.b) y c) LOE). Por idéntica razón, en aquellos supuestos en que la Ley prohíbe imponer la sanción de expulsión a un extranjero, tampoco permite que sean expulsados los hijos menores o incapacitados que se hallen a su cargo (art. 57.6 LOE).⁸²⁶ Como señala la Circular 3/2001 de 21 de diciembre, la situación de los menores extranjeros que se encuentran acompañados por sus padres, tutores o guardadores, como regla general, la expulsión conlleva también la salida del menor sometido a su potestad.⁸²⁷

c) Menores de padres separados

¿Cuál de los cónyuges corresponda la guarda y custodia de los hijos menores de edad cuando el padre o la madre sea expulsado/a del territorio español? La norma general según la Ley de Extranjería [LO 4/2000], el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España: a) El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, b) Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años (art.17). Tampoco podrán ser expulsados los cónyuges de los extranjeros, ascendientes e hijos menores o incapacitados a

⁸²⁶ CIRCULAR 3/2001 de 21 de diciembre sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

⁸²⁷ CIRCULAR 3/2001 de 21 de diciembre sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

cargo del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y hayan residido legalmente en España durante más de dos años, (art. 57.6), así como, los extranjeros sometidos a internamiento tienen el derecho a tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar (Art. 62 bis, i) LOE). La Audiencia provincial de Valencia, declara en el extremo de la custodia de las hijas, que se encomienda a la madre mientras ésta resida en España, pasando al padre en el caso de que aquélla se traslade a Francia, se ha derivado, como alega la demandante, una vulneración de los derechos fundamentales a la libre elección de su residencia, sometiéndola a esclavitud o servidumbre, y a la presunción de inocencia. «Por entender la Sala que es más favorable a las niñas no desarraigarlas del ambiente que las ha rodeado». El ATC 127/1986, de 12 de febrero declara que, el interés de las hijas, que ha sido valorado de acuerdo con una interpretación de los hechos y del Derecho que corresponde en exclusiva, conforme dispone el art. 117.3 de la C.E. a la función jurisdiccional ejercitada por el órgano competente. Tal decisión, como ha declarado este TC en su Auto núm. 116, de 22 de febrero de 1984, «ni sanciona, ni despoja, ni limita al actor en el derecho indicado (art. 19 de la C.E.)».⁸²⁸

⁸²⁸ CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO, Anulación de la Instrucción nº 3/2003 sobre la expulsión de menores, (RI. §1006978), 03/12/2004, Diario del Derecho, iustel. Edición de 16/5/2008, ha derogado la instrucción en la que se ordenaba a los Fiscales que pidiesen la expulsión de los inmigrantes irregulares menores, de más de 16 años, que no sufran desamparo, así lo ha anunciado durante su comparecencia en la Comisión de Justicia del Senado, donde anunció también las líneas básicas y previsiones de actuación de este organismo. Al motivo era, según señaló que la Instrucción 3/2003, ha sido objeto de fuerte controversia y de críticas por diversas organizaciones, incluido el Defensor del Pueblo. En su opinión, podrían afectarse los principios universales que destacan la protección del menor y de sus intereses como "límite irrenunciable" en cualquier actuación.

IV. ANALISIS SISTEMÁTICO DEL ARTÍCULO 89 del Código Penal

APARTADO 1º

1.- La sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años por la expulsión del territorio español del extranjero no residente legalmente en España.

El primer inciso del apartado primero del artículo 89 del Código Penal establece que: "Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España".

Generalmente, las condiciones que deben verificarse para que se pueda operar la sustitución de las penas por la expulsión para extranjeros no residentes legalmente en España⁸²⁹ y penas privativas de libertad inferiores a seis años, se producirá la sustitución de la pena imperativamente salvo que el Juez o Tribunal previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. También se acordará la expulsión, a instancia del Ministerio Fiscal, en el caso de condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una

⁸²⁹ El término de extranjero no residente legalmente en España se examinará de forma más amplia en la parte correspondiente al ámbito de aplicación subjetivo del artículo 89 CP.

vez que se entiendan cumplidas las tres cortas partes de la condena, salvo que, que excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”⁸³⁰.

La política migratoria determina la legislación penal la incorporación de una medida muy discutible, que se aleja de los tradicionales fines del Derecho penal, de prevención general y especial del delito, para orientarse a los intereses estatales en materia migratoria⁸³¹. La Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre, ha modificado el artículo 89 del Código Penal en el sentido de convertir la expulsión en regla general y no ya en excepción, con el claro propósito de estimular esta decisión por parte de los Tribunales.⁸³² También responde a este objetivo la anticipación de la posibilidad de acordar la expulsión de los condenados a penas de prisión igual o superior a seis años una vez que éstos hayan accedido al tercer grado penitenciario, sin necesidad de que haya alcanzado el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena⁸³³, utilizándose ahora la formula imperativa de “serán”, que determina la obligatoriedad de la sustitución en los mismos supuestos, pero, no obstante esa regla general, admite la excepción cuando el Juez o Tribunal, de forma motivada aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en

⁸³⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DIEZ, Manuel. Instituciones de Derecho penal español. Parte general. CESEJ - Ediciones. Madrid, 2004. Págs. 302 y 305.

⁸³¹ DAUNIS RODRIGUEZ, Alberto, El Derecho penal y la Nueva Sociedad. SANZ MULAS, Nieves, [cood]. Comares. Granada 2007. Pág. 141.

⁸³² MAGRO SERVET, Vicente. El problema del sometimiento al art. 98 LOPJ, articulo publicado en web: auten. La Ley.net. re _ penal/r14p_2005. la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, ha supuesto un giro radical en la regulación legal de la expulsión de los extranjeros.

⁸³³ PRATS CANUT/TAMART SUMALLA. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir).FERMIN MORALES PRATS (cood)], 3ª Edición. THOMSON Aranzadi 2004. Pág. 521.

España⁸³⁴. La reforma operada por la mencionada Ley⁸³⁵, en relación a los delitos cometidos por extranjeros no residentes legalmente en España lleva a cabo una importantísima reforma del artículo 89.1 del Código Penal,⁸³⁶ se prevé que cuando dichos extranjeros cometen un delito castigado con pena de prisión inferior a seis años, nace para el Juez que dicte la condena el deber o obligación -que se erige en regla general- de sustituir de la pena que imponga pena de prisión por la expulsión del territorio español, regla general sólo exceptuada en casos justificados y debidamente motivados⁸³⁷".

El precepto aludido impone, que dicha sustitución debe de llevarse a efecto en la misma sentencia condenatoria, por lo que, "hasta ahora era potestativa, se impone al Órgano judicial, que sólo excepcionalmente podrá acordar el cumplimiento de la condena en España, si lo justifica la naturaleza del delito^{838/839}, Como consecuencia de ese carácter

⁸³⁴ RODRIGUEZ RAMOS, Código Penal Concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarios, [Cood] La LEY grupo Wolters Kluwer. 2007. p 250. cita la sentencia del Tribunal Supremo 1249/2004, de 28 de octubre, y sentencia 710/2005, de 7 de junio. Ya 901/2004 de 8 de julio (que ha sido seguida, en el mismo sentido, por otras como 1249/, de 28 de octubre, y 1546/2004, de 21 de diciembre) señaló con carácter general la posibilidad de acudir a interpretaciones de la norma que no habrían de conducir obligatoriamente a la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional, como parecería deducirse de una lectura literal de los términos del artículo 89 del Código Penal, tras la reforma operada en el mismo por la LO 11/2003, de 29 de septiembre.

⁸³⁵ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

⁸³⁶ En este sentido; MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General. 7ª edición 2ª reimposición. Editorial Reppertor, Barcelona 2005. Pág. 694. Según ha manifestado que "El CP 1995 introdujo también la posibilidad de sustituir las penas privativas de libertad impuestas a extranjeros que no residen legalmente en España, por su expulsión del territorio nacional. La LO 11/2003, de 29 de septiembre, ha hecho obligatoria esta sustitución como regla general".

⁸³⁷ SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición, Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. Pág. 574.

⁸³⁸ ORTS BERENQUER, Enrique y otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. Ob cit. Pág. 90.

⁸³⁹ MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General. 7ª edición 2ª reimposición. Editorial Reppertor, Barcelona 2005. Pág. 694. "Tanto respecto a las penas

imperativo de la expulsión, que sólo podrá enervarse atendiendo a la naturaleza del delito (y no, según el texto), a las circunstancias del condenado, se suprime el requisito de dar audiencia previa al penado, junto a ello, ha variado también el ámbito de aplicación de esta medida, y las sanciones han sufrido cambios sustanciales tras las últimas reformas verificadas en el Código. Por una parte, la pena de prisión ha visto notablemente ampliados sus límites, que oscilan ahora entre tres meses (art. 36.1 -en la redacción dada por la L.O 15/2003-) y cuarenta años (art.76 -modificado por la L.O 7/2003, de 30 de junio). Por otra, se suprime el arresto de fin de semana y en su lugar se prevé la pena de localización permanente (art. 35, reformado por la L.O. 15/2003). De manera que las penas sustituibles son la prisión, incluida la de corta duración, la localización permanente, y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 36)"⁸⁴⁰.

El Tribunal Supremo (S.7 de junio de 2005. Sala II de lo Penal, Sec.1ª) exige dos requisitos principales para la aplicación del artículo 89 del Código Penal "La propia regulación de la expulsión en la redacción actual del precepto se incluyen elementos que requieren una acreditación y valoración previa. Así, en primer lugar, el hecho de que el acusado sea una persona que no reside legalmente en España, lo cual puede ser discutido, o puede estar en discusión en la vía correspondiente."⁸⁴¹ Y en segundo lugar, la referencia que se

inferiores a seis años como en las de seis o más años, sólo excepcionalmente puede el Juez no decretar la expulsión: cuando "excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España".

⁸⁴⁰ ORTS BERENGUER, Enrique y otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. ediciones Alfa Delta Digital 2005. ob cit. Pág. 89.

⁸⁴¹ Vid el ámbito de aplicación subjetivo del artículo 89 del Código Penal.

hace a la naturaleza del delito como elemento que el Tribunal ha de tener en cuenta al adoptar su decisión sobre la sustitución^{842/843}

La sustitución de la ejecución de la pena por la expulsión está sometida a ciertos requisitos, que varían en función del tipo de delincuente de que se trata, las penas impuestas y la naturaleza del delito, como señala DEL ROSAL/VIVES ANTON⁸⁴⁴, el Código Penal establece dos principales requisitos referentes a la situación de la residencia del autor extranjero y a la clase de pena sobre la que recaiga la resolución.

1- La condición indispensable para sustituir la ejecución de las penas por la expulsión es que el sujeto condenado ha de ser extranjero en situación irregular en España. Esta situación vendrá determinada, fundamentalmente, aunque no de forma exclusiva, por lo dispuesto en la Ley Orgánica sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España (en lo sucesivo Ley de extranjería 7/1985, de 1 de julio)⁸⁴⁵. A juicio de GARCÍA CATALAN⁸⁴⁶, no es necesario que exista previamente una resolución sancionadora de expulsión de la autoridad

⁸⁴² Vid el ámbito de aplicación objetivo del artículo 89 del Código Penal.

⁸⁴³ MAGRO SERVET, Vicente, La especialización de los Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales en la Ley Contra la Violencia de Género: El problema del sometimiento al art. 98 LOPJ. Artículo publicado en "http://atún.laley.net/re_penac/r14p_2005_mj.html" \l "35#35". El Tribunal Constitucional ha precisado las garantías que protegen a los extranjeros que residen legalmente en España y que se fundan en los arts. 13, 19 y 24 CE, interpretados a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 Dic. 1966, en concreto, de sus arts. 12 y 13, derivándose precisamente de este último precepto límites a las posibilidades abiertas al legislador para determinar los supuestos de expulsión de un extranjero que reside legalmente en un país: el primero de ellos, la predeterminación en una norma de las condiciones en que procede la expulsión; el segundo, la apertura de posibilidades de defensa del extranjero afectado, exponiendo las razones que le asisten en contra de su expulsión (Cfr. TC SS 94/1993 de 22 Mar. y 242/1994 de 20 Jul.). (TC 1.ª S 31 Ene. 2000.--rec: 1543/1997).

⁸⁴⁴ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTON, Derecho Penal, Parte General, 5ª Edición tirant lo blanch. Valencia 1999. Pág. 857.

⁸⁴⁵ LLORCA ORTEGA, José. Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995. 5ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia 1999. p 281

⁸⁴⁶ GARCIA CATALAN, José Manuel, Delincuencia Extranjera e Investigación policial. Atelier 2003. Pág. 355.

administrativa, sino que basta con que se acredite que el extranjero carece o no dispone de autorización para residir legalmente en nuestro país. Como presupuestos aplicativos, señala SANCHEZ MELGAR⁸⁴⁷, que sólo es procedente la expulsión del penado extranjero no residente legalmente en España, dentro de cuyo concepto no entran los ciudadanos de la Unión Europea, los apátridas y refugiados y los excluidos por la normativa internacional diplomáticas y consular, los menores tutelados, siendo justamente el momento de adopción de la medida sustitutiva cuando el Juez debe aplicar la norma cuando debe examinar la concurrencia de los requisitos aplicativos.

2- Que las penas impuestas sean privativas de libertad inferiores a seis años. No se limita este supuesto de sustitución a la pena de prisión sino que habla el legislador de penas privativas de libertad, por lo que, junto con aquella, podrán ser sustituidas las penas de arresto de fin de semana y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa^{848/849}, ambas de extensión siempre inferior a los seis años⁸⁵⁰. Conforme al inciso primero del número primero del artículo 89, no se establece ninguna condición, a salvo de las características de la pena sustituible, que debe ser establecida por sentencia firme y, de la situación del

⁸⁴⁷ SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición. Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. Pág. 575.

⁸⁴⁸ FLORES MENDOZA, Fátima, Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Tirant lo blanch, Valencia 2002. Págs. 121. manifiesta que " Como así lo establece expresamente el artículo 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000 y se deduce de la interpretación conjunta de los artículos 3.1, 88.1 y 89 del Código Penal".

⁸⁴⁹ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTON, Derecho Penal, Parte General, 5ª Edición Tirant lo blanch. Valencia 1999. p 850. se manifiestan que "al margen de la regulación contenida en este Capítulo III debe recordarse que existen otros dos lugares del Código Penal donde se hace referencia a mecanismos de sustitución de penas, concretamente, las que pueden imponerse a los condenados menores de edad y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas del artículo 53".

⁸⁵⁰ LLORCA ORTEGA, José. Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995. 5ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia 1999. Pág. 281.

extranjero (no residente legalmente en España)⁸⁵¹. La otra cara de la moneda, si el artículo 89.1 del Código Penal exige la ausencia de autorización de residencia legal para la expulsión del extranjero, la expulsión gubernativa exige la inculpabilidad del extranjero que reside legalmente en un procedimiento judicial^{852/853}.

Como ya hemos observado en la versión anterior del artículo 89, el apartado primero establecía que las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España «podrán ser sustituidas por la expulsión del territorio nacional»; y por eso la jurisprudencia declaraba que la decisión del Tribunal Sentenciador en esta materia era el ejercicio de una facultad discrecional de primer grado otorgada por la ley. Sin embargo, aquella Ley Orgánica ha modificado la redacción legal, utilizando una fórmula imperativa, para determinar la obligatoriedad de la sustitución en los mismos supuestos⁸⁵⁴, pero ante el mecanismo de la sustitución de la pena por la expulsión de forma automática, la jurisprudencia, entre muchas (SSTS -Sala 2ª- de 8 de julio y 28 de octubre de 2004) STS Sala II de 21-12-2004. S. 1546/2004, 8 de julio de 2005), ha creado en esta línea de excepción, determinando, la primera de ellas, que *la expulsión automática, inmotivada, inaudita parte, y no fundamentada en criterios de proporcionalidad y ponderación, puede afectar derechos fundamentales de la*

⁸⁵¹ FLORES MENDOZA, Fátima. Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) PATRICIA LAURENZO COPELLO (Coorda). Tirant lo blanch, Valencia 2002. Pág. 121.

⁸⁵² CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. (dira) Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo. Cuaderno de Derecho Judicial XXIII- 2005. Consejo General del Poder Judicial. Pág. 327.

⁸⁵³ V. CALVO ROJAS, Eduardo, "El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares". Reflexiones sobre la nueva ley de Extranjería. Cuaderno de Derecho Judicial, VIII-2001. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2002, Págs. 176-212.

⁸⁵⁴ MAGRO SERVET, Vicente. El problema del sometimiento al art. 98 LOPJ, artículo publicado en web: auten. La Ley.net. re _ penal/r14p_2005.

*persona; y estableciendo, la segunda de las resoluciones dichas, que la medida de expulsión, en delitos de inequívoca gravedad, puede determinar la impunidad de las conductas y «la proliferación de tan dañinas actividades por extranjeros ante la garantía de que, de ser descubiertos, serían repatriados a su país tras escaso tiempo de prisión», con lo que quedaría seriamente lesionado tanto el efecto resocializador de la pena, como la prevención general).*⁸⁵⁵

Igualmente, puede citar la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 203/1997, de 25 de noviembre y el Auto n.º 33/1997, de 10 de febrero, "no cabe hablar de un derecho fundamental, a la aplicación de la sustitución de la pena por expulsión sino que se trata de una medida que, además del cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en la Ley (condena por delito menos grave), exige una valoración del Juez, dada su configuración legal, que ha de realizar una ponderada interpretación del conjunto del ordenamiento y de los valores defendidos en la Constitución, y que, ni está obligado a otorgarla, ni sujeto a una interpretación favorable en virtud, exclusivamente, del principio pro libértate"^{856/857}.

⁸⁵⁵ En este sentido, ORTS BERENGUER, Enrique y otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. Pág. 90. ediciones Alfa Delta Digital 2005. cita también la STS -Sala 2ª- de 8 de julio de 2004, la cual "cita diversas resoluciones, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional, y del propio Tribunal Supremo, para sustentar la necesidad de analizar las circunstancias del penado, arraigo y situación familiar antes de acordar la expulsión, resultando imprescindible el trámite de audiencia al penado, y la motivación de la decisión; además, resulta de interés, entre las resoluciones más recientes, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de abril de 2004, en la que se valoran los vínculos familiares y sociales del condenado para ponderar la proporcionalidad de la deportación a su país).

⁸⁵⁶ PAZ RUBIO, José María, Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional. Análisis de la STS 2.ª de 8 de julio de 2004.

⁸⁵⁷ ORTS BERENGUER, Enrique y otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. Pág. 89. ediciones Alfa Delta Digital 2005. cita también, entre otras la misma sentencia del Tribunal Constitucional 203/97. "No obstante, se dispone que esa sustitución se ha de ser en sentencia, asegurando la posibilidad de recurso por parte del extranjero".

La reforma dada por la LO. 8/2000, ha añadido un nuevo apartado, el cual excluye la aplicación de la pena sustitutiva de expulsión y la regla específica de libertad condicional, a los extranjeros condenados por delitos de tráfico ilegal de mano de obra o de seres humanos establecida en el núm. 4 del artículo 89 del Código Penal^{858/859}y⁸⁶⁰, sin embargo, una vez hayan cumplido la condena serán expulsados imperativamente conforme con lo establecido en el apartado 8 del artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000⁸⁶¹. Asimismo, la Ley Orgánica 11/2003, ha añadido también un nuevo requisito formal en el párrafo primero del artículo 89.1 del Código Penal, exige al Juez o Tribunal el deber de pronunciar sobre la procedencia o no de la sustitución de la pena impuesta al extranjero por la expulsión en la sentencia, de modo que -como ha declarado la Audiencia Provincial de Gerona (sentencia 1/2004 de 5 de enero)⁸⁶²- al omitir pronunciarse sobre la posible expulsión del acusado incumple lo dispuesto en la nueva redacción dada

⁸⁵⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2006, núm. 08-07, pág. 07:1 -07:25 _ ISSN 1695-0194

⁸⁵⁹ En el mismo sentido, PAZ RUBIO, José María. Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional Análisis de la STS. 2.ª de 8 de julio de 2004.

⁸⁶⁰ En el mismo sentido, ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel. El artículo 89.1 del Código Penal. Un ejemplo de infortunio del legislador. Marzo 2005. Artículos jurídicos en Derecho.com. estima que; sólo será posible no acordar la expulsión con un carácter que se puede tildar de excepcionalísimo, ya que el artículo 89.1 del C. Penal se encarga de remarcar tal naturaleza. En primer lugar, utiliza términos imperativos al determinar que las penas "serán sustituidas" para, a continuación, utilizar la alocución "salvo que". Por si no fuera suficiente con ello, dice que la no expulsión se podrá acordar "excepcionalmente" y además, "previa audiencia del Ministerio Fiscal" y de "forma motivada", si y sólo si concurre una circunstancia habilitante: que "la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

⁸⁶¹ El artículo 57.8 de la Ley Orgánica 4/2000, establece que: "*Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad*".

⁸⁶² Téngase en cuenta la fecha de cada una de las sentencia señaladas responden a distintos contextos legislativos.

al artículo 89 del Código Penal, de forma que deberá acordar la expulsión o el cumplimiento de la pena a fin de que la resolución que se adopte pueda ser objeto de los oportunos recursos. Desde un punto de vista objetivo, lo relevante para determinar la procedencia o no de la expulsión sustitutiva no será la pena abstracta señalada al delito, sino que habrá exclusivamente de tenerse en cuenta la pena que se le ha impuesto en la sentencia. Para el caso de que en una misma sentencia se le impongan al reo varias penas, inferiores a seis años, pero que sumadas exceden de dicho límite, la utilización del plural permite excluir la sustitución si la suma de penas excede del límite legal⁸⁶³".

- Crítica sobre la expulsión automática

El artículo 89 quiebra la sistemática de la sustitución de la pena diseñada con carácter general en el artículo 88, y lo hace de tal modo, y hasta tales extremos, que es posible reconocer que estamos en presencia no de una modalidad más o menos específica de la institución, sino ante un régimen completamente autónomo⁸⁶⁴, los extranjeros que cometan un delito en nuestro país, dice COY FERRER⁸⁶⁵, sufrirán una doble condena, ya que una vez cumplida la que se les imponga por el delito cometido, se les expulsará del territorio nacional por la comisión del delito... y por ser extranjeros. La Administración española, como se constata, no mantiene una política de inmigración "humanitaria", sino más bien

⁸⁶³ SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición. Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. Págs. 575 Y 576.

⁸⁶⁴ PERIS RIERA, Jaime/Madrid CONESA Comentarios al Código Penal (dirigidos por MANUEL COBO DEL ROSAL) Tomo III EDERSA 2000. Pág. 1202.

⁸⁶⁵ COY FERRER, Ernesto. Racismo, Psicología y Ley. Racismo, psicología y ley. Tema Monográfico acerca de la inmigración. Artículo recogido de la web de la Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Murcia, Murcia (España). ISSN: 0212-9728. Artículo recibido: 15-4-94. Pág. 9.

restrictiva y represiva. De hecho, desde la entrada en vigor de la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y demás disposiciones de desarrollo de la misma, se han producido mayor número de contenciosos que en la época anterior en la que supuestamente había un vacío legal. Esa política discriminatoria está fomentando las actitudes y comportamientos racistas y/o xenófobos entre determinados sectores sociales que asocian, sin más, delincuencia e inmigración estableciendo una correlación ilusoria. SANCHEZ MELGAR⁸⁶⁶, "recordando que el aplicador del Derecho debe tener presentes los compromisos internacionales asumidos por España, art. 13 DUDH y art. 12 del PICYP de 1966, así como la doctrina del TC (STC de 22-3-93)". El Tribunal Supremo en sentencia de 17 de mayo de 2005, Sala II. Sec.1, ya tiene declarado la necesidad de una relectura constitucional del artículo 89 - así como la repetida STS 901/2004 de 8 de Julio "a la vista de los bienes en conflicto y de la Jurisprudencia del TEDH".^{867/868} En el presente caso no es preciso traer a colación dicha resolución. El Código Penal ha venido a dar cobertura a una práctica que se venía realizando mediante una interpretación extensiva del art. 21.2, párrafo segundo de la L.O. 7/1985, (ahora derogada) ⁸⁶⁹, sobre su constitucionalidad se pronunció

⁸⁶⁶ SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición. Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. Pág. 575. la doctrina del TC (STC de 22-3-93) que estableció que la decisión de expulsión esté fundada en algunos de los supuestos previstos en la Ley de Extranjería u otro texto de igual valor, que concurran los hechos determinantes de la expulsión y queden debidamente probados, y se respete el mínimo esencial de garantías procedimentales previstas".

⁸⁶⁷ ORTS BERENGUER, Enrique y otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. ediciones Alfa Delta Digital 2005. ob cit. Pág. 90.

⁸⁶⁸ En el mismo sentido, ROMA VALDÉS, artículo publicado en la Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona [ISSN 1138-9788] N° 94 (34), 1 de agosto de 2001.

⁸⁶⁹ ROMA VALDÉS, 1999. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona [ISSN 1138-9788] N° 94 (34), 1 de agosto de 2007. ha destacado la sentencia de 17 de mayo de 2005, del Tribunal Supremo Sala II. Sec.1, sobre la necesidad de una relectura constitucional del artículo 89 del Código penal, así, la STS 901/2004 de 8

favorablemente el Tribunal Constitucional en STC 242/1994, que permitía la expulsión como medida sustitutiva de toda la pena. En el mismo sentido, SSTC 94/1993 de 22 Mar, 242/1994 de 20 Jul. Y STC 1.ª S 31 Ene. 2000. R.1543/1997.⁸⁷⁰, a juicio de COY FERRER⁸⁷¹, la expulsión del extranjero no es obstáculo frente a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, ya que "El derecho de la libre circulación contenido de estos apartados se limita a reconocer el derecho del ciudadano frente al poder del Estado de procedencia, pero no impone límites al poder del Estado de destino. Con ello el derecho a la libre circulación transnacional quedará sin contenido en el caso de que el Estado al que pretenda dirigirse un emigrante se niegue a acogerlo en su territorio, pudiendo ejercer su derecho únicamente para salir del país de origen. Si uno puede salir de un sitio pero no entrar en otro ¿se puede hablar de libertad de circulación?".

Conforme a la redacción actual del artículo 89 del Código Penal, la sustitución de condena por la expulsión -a la vista del texto legal- se formaliza de forma rutinaria o de manera

de Julio, a la vista de los bienes en conflicto y de la Jurisprudencia del TEDH. En el presente caso no es preciso traer a colación dicha resolución.

⁸⁷⁰ Que han precisado las garantías que protegen a los extranjeros que residen legalmente en España y que se fundan en los arts. 13, 19 y 24 CE, interpretados a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 Dic. 1966, en concreto, de sus arts. 12 y 13, derivándose precisamente de este último precepto límites a las posibilidades abiertas al legislador para determinar los supuestos de expulsión de un extranjero que reside legalmente en un país: el primero de ellos, la predeterminación en una norma de las condiciones en que procede la expulsión; el segundo, la apertura de posibilidades de defensa del extranjero afectado, exponiendo las razones que le asisten en contra de su expulsión.

⁸⁷¹ COY FERRER, Ernesto. Racismo, Psicología y Ley. Racismo, psicología y ley. Tema Monográfico acerca de la inmigración. Artículo recogido de la web de la Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Murcia, Murcia (España). ISSN: 0212-9728. Artículo recibido: 15-4-94. Pág. 11

automática⁸⁷², "obligatoria" -a diferencia del texto derogado que hacia como "facultativa"- de la pena privativa de libertad impuesta a un extranjero no residente legalmente en España por su expulsión del territorio nacional. En el párrafo 1 del número se hace referencia a pena privativa de libertad inferior a seis años y en el 2 a pena de prisión igual o superior a seis años. En ambos casos el acuerdo de expulsión ha de tomarse en sentencia, a instancia del Ministerio fiscal en el segundo caso, sin que el precepto diga nada sobre el primero. El supuesto contemplado en el párrafo 2 queda condicionado a que se acceda al tercer grado penitenciario o el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena⁸⁷³", sin necesidad de motivación, la previa audiencia de Ministerio Fiscal, ni atender a los tratados internacionales firmados por España, los principios constitucionales, ni las circunstancias personales del extranjero penado, arraigo y situación familiar, la existencia o no de algún peligro para la vida del extranjero en el caso de su expulsión y su regreso al país de destino antes de acordar la expulsión.^{874/875} Así pues, la

⁸⁷² SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición. Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. Pág. 575. Según ha manifestado, "ni la aplicación mecánica o automática parece justificada, ni tampoco los Jueces y Tribunales pueden desconocer el sentido y fin de la norma".

⁸⁷³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Código Penal Comentado. (Director y autor). Tomo I. 2ª Edición. BOSCH. Febrero 2004. Págs. 315 y 316.

⁸⁷⁴ ORTS BERENGUER, Enrique y otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. ediciones Alfa Delta Digital 2005. ob cit. Pág. 90.

⁸⁷⁵ "Al respecto debemos recordar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de Ley Orgánica, ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba -y así está en la actualidad- respecto de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas, acordar o no la expulsión, argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento que justificara la excepción, debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado...olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir... y que el TEDH valora la circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión..." (STS nº 901/2004, de 8 de julio).

sustitución de las penas por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España ya no es una decisión discrecional que puede adoptar el Juez o Tribunal sentenciador -como estaba anteriormente (*"podrán ser sustituidas"*,- sino que, se convierte en regla imperativa, de forma que sólo excepcionalmente se admite el cumplimiento de la pena en un Centro Penitenciario.

La nueva redacción del artículo 89 del Código Penal, según ha declarado la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sentencia de 21/06/2005), "supone un importante cambio en la filosofía general que inspiraba la expulsión de los extranjeros, de suerte que lo que era una excepción frente a la regla general de cumplimiento de las penas, ahora se invierte, con la finalidad de, conforme se recoge en la propia exposición de motivos de la ley, evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España, exigiéndose contrariamente la motivación de la decisión cuando, de forma excepcional, se estime que la naturaleza del delito exige y justifica el cumplimiento de la condena en prisión. Del texto legislativo, parece desaparecer el requisito de audiencia, y dado su automatismo, salvo excepciones, la necesidad de mayor motivación que la referencia al articulado en el que de forma taxativa se prevé la precitada sustitución"⁸⁷⁶.

En mi opinión, este cambio de norma se encuentra su justificación por el propio legislador en la Exposición de Motivos de la L.O. 11/2003, es para "*...evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto...*". en mi opinión, tal

⁸⁷⁶ V. LAFONT NICUESA, Luis, Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal, Revista de derecho migratorio y extranjería, Universidad de la Rioja; ISSN 1695-3509, N°. 10, 2005.

razonamiento no justifica la finalidad del legislador, debiendo legitimarse a los Jueces o Tribunales a sostener una decisión potestativa fundamentalmente motivada que justifique la decisión adoptada según cada caso y de forma individualizada, teniendo en cuenta la existencia de otras normas legislativas del mismo rango (LO 4/2000) que regula también la expulsión de extranjeros que puede chocarse y principios fundamentales que pueden vulnerarse, así como, Convenios y Tratados Internacionales firmados por España que no pueden respetarse, sin embargo, se trata de soberanía del Estado y de su política criminal, la cual ha de ser respetada. Al respecto, el Tribunal Constitucional (STC 242/1994), ha declarado que *«no se concibe como modalidad de ejercicio del ius puniendi del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida que frente a una conducta incorrecta del extranjero en el Estado en que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a una política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar»*, sin embargo, el Tribunal Supremo (STS -Sala 2ª- de 8 de julio de 2004 y 2005), ha mantenido su tesis conforme con el ordenamiento jurídico común, de no aplicar estrictamente el mandato del vigente artículo 89.1 del Código Penal, sobre la expulsión automática del extranjero condenado sino mediante un juicio de valor para cada caso concreto tratándose recuperar el vacío de la Ley en cuanto a las circunstancias del penado, arraigo familiar y social, etc.⁸⁷⁷, desigualando por eje; entre el importador de droga con importantes cantidades y el vendedor de la misma sustituyendo la pena por la expulsión del vendedor y negando

⁸⁷⁷ La Audiencia Provincial de Valencia (sentencia de 26/05/2005), anula la expulsión acordada como medida sustitutiva de la pena, al no venir sustentada en un razonamiento que pondere el arraigo del acusado en el territorio nacional, de acuerdo con las nuevas directrices jurisprudenciales interpretativas del artículo 89 del Código penal.

la sustitución al importador pese a lo preceptivo expresamente en el artículo 89.1 CP.

Otro criterio opina que⁸⁷⁸, en otros casos puede resultar injusto que la única consecuencia para el culpable sea la expulsión, mientras que si el mismo delito lo comete una persona con residencia legal en España ha de cumplir la pena impuesta. Todo ello, amén de los reparos que la expulsión automática despierta desde un punto de vista preventivo, dado que difícilmente la amenaza se la pena servirá para disuadir de la comisión de un delito si el extranjero sabe de antemano que la única sanción, en el hipotético caso de ser detenido, será la expulsión de nuestro país. Como ya afirmó PACHECO⁸⁷⁹ "la fuente del Derecho nunca puede ser la mera voluntad del legislador sino que ha de ser la justicia". Efectivamente, el Tribunal Supremo en la citada sentencia 901/2004, de 8 julio, tras la reforma operada por la L.O.11/2003, rechazó el automatismo de la expulsión inmediata de inmigrantes condenados.⁸⁸⁰ La facultad judicial del artículo 89-1º CP, no

⁸⁷⁸ ORTS BERENGUER, Enrique y otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. ediciones Alfa Delta Digital 2005. ob cit. Pág. 90. además, se cita el Auto de 23 de diciembre de 2003 de la Audiencia Provincial de Madrid que pone de relieve que "si los correos de la droga a pequeña escala que transportan a España quinientos o menos gramos de cocaína van a tener como respuesta punitiva celebrar la vista oral en un breve plazo de tiempo y después el regreso de vuelta a su país de origen con el billete pagado, no se puede hablar de un efecto disuasorio de la pena".

⁸⁷⁹ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Editorial EDISOFER SL. Madrid 2000. Pág. 20.

⁸⁸⁰ El Tribunal Supremo argumenta su rechazo por la individualización judicial de la pena, es obvio que también debe serlo aquellas medidas sustitutivas de la pena de prisión. En conclusión, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad". STS

es automática, sino precisa la necesidad de un juicio de valor expreso en delitos contra la salud pública consistentes en la importación de cantidades considerables de droga de la que causa grave daño a la salud, no resulta, en modo alguno, aconsejable⁸⁸¹. Esta Sala en repetidas sentencias, desde la nº 901/2004 de 8 de Julio, seguida por las de 1249/2004 de 28 de Octubre y 1546/2004 de 21 de Diciembre, tiene declarado que el artículo 89 del Código Penal debe ser aplicado tras el imprescindible juicio de ponderación entre los intereses enfrentados en juego, y por tanto con una motivación individualizada a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso, y muy singularmente desde una perspectiva constitucional a la vista de la colisión con bienes jurídicos que pudieran ser más relevantes que los meramente defensistas, y ello ya se valore la expulsión en clave negativa para el condenado –como se hacía en la sentencia de 901/2004 de 8 de Julio–, como en clave positiva para el condenado con el fin de evitar–en tal caso–, el sentimiento de impunidad ante la primera comisión del delito que pudiera suponer su expulsión sin complemento de penas⁸⁸². (STS 1162/2005 de 11 de octubre. R.334/2005). Además, la aplicación automática del artículo 89 del Código Penal está ya promoviendo la comisión de delitos graves dentro del territorio español que quedan impunes desvirtuándose así el efectos de prevención general y especial que tienen las penas y ocasionando evidente discriminación respecto a españoles, extranjeros legalmente residentes en España y ciudadanos de la Unión Europea (STS 1120/2005).

901/2004 del 8 de julio. En el mismo sentido, STS de 21 de diciembre de 2004.

⁸⁸¹ La Audiencia Provincial de Vizcaya (sentencia de 14 de enero de 2005. nº 30/2005. Sala de lo Civil-Penal, Sección 6ª), ha seguido el criterio del alto Tribunal (STS el 8 de julio de 2004) en la cual anula la sustitución de la pena impuesta en sentencia por la expulsión del territorio nacional, en cuanto que se ha producido de forma automática, inmotivada, inaudita parte y sin efectuar el correspondiente juicio de proporcionalidad.

⁸⁸² En este sentido; ARIAS SENSO, Miguel, Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004. LA LEY, ob cit. Págs. 1497-1509.

SANCHEZ MELGAR⁸⁸³, "se hace imprescindible abundar en el estado de cosas (doctrinal y jurisprudencial),..., incidiendo en este discutido precepto "herido de muertes" en su filosofía, si nos creemos que su anunciada reforma resulta inevitable a corto o medio plazo, según dice, las críticas de los autores a la imperatividad de la expulsión ha sido continuada y, por su parte, el Tribunal Supremo ha establecido en los últimos meses un consolidado "corpus", mediante el cual analizando, desde un enfoque de "lectura constitucional" de la norma, y en lo referido a la citada imperatividad como regla general, la supresión de la exigencia de la audiencia previa del penado extranjero, la exigencia de motivación exclusiva de los casos en que se acuerde el cumplimiento de la pena y la concreción de un plazo de expulsión único de 10 años, etc., concluye: 1- que pareo subsanar u orillar la posibles tachas de inconstitucionalidad que este precepto pueda contener, por afectar a derechos fundamentales del penado extranjero, no cabe su aplicación automática, inmotivada e inaudita parte; 2- para decretar la expulsión del extranjero, presidida ésta por los principios de proporcionalidad y ponderación de los bienes en conflicto, deben valorarse específicamente las circunstancias personales del mismo, su arraigo personal y familiar, etc., parámetro este último que por si solo puede excepcionar la necesidad de la expulsión. Y además, añade que, por supuesto, no obsta a tal regla general -obligatoriedad de la sustitución de la pena impuesta por la expulsión- el Juez o Tribunal admita motivadamente como excepción legal, el hecho de que la naturaleza del delito justifique el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario español". Por su parte, en reunión de 28-5-2004, los magistrados de las secciones

⁸⁸³SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición. Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. Págs. 576 y 577.

penales de la AP de Madrid, para unificación de criterio, acordaron: 1- desterrar una aplicación automática y rutinaria del art. 89, de manera que si las penas se aproxima a los seis años de prisión, no se estima razonable la concesión de la expulsión hasta que se cumpla la mitad de la pena, sin perjuicio de casos especiales...; 2- equiparar a los ciudadanos comunitarios con los extranjeros residentes legalmente en España, sin perjuicio de que puedan solicitar el cumplimiento de la pena en el país del que son nacionales".

2. La sustitución de la pena de prisión igual o superior a seis años por la expulsión del territorio español del extranjero no residente legalmente en España

El segundo inciso del apartado primero del artículo 89 del Código Penal establece que: "Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España".

En el supuesto excepcional o parcial⁸⁸⁴ de segundo inciso, al igual como el primer inciso del artículo 89.1, "es factible también cuando la pena sea igual o mayor de a seis años, una

⁸⁸⁴ DEL MORAL GARCIA, Antonio y SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. (coords.) Código Penal (Comentario y Jurisprudencia). Tomo I. Granada, 2002. Págs. 1032 y 1043.

vez que cumpla el extranjero en España las tres cuartas partes de su condena cualquier que sea el grado penitenciario en que se encuentre o alcance el tercer grado⁸⁸⁵. Nótese que a la luz del artículo 89 el único criterio decisivo para acordar el cumplimiento de la condena en España es la naturaleza del delito⁸⁸⁶.

Hemos comprobado en la redacción originaria del segundo inciso del artículo 89 objeto de esta Tesis doctoral que la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años proceda cuando haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. La L.O. 8/2000, no ha modificado el citado texto legal hasta el 1 de octubre de 2003. La entrada en vigor de la vigente redacción dada por la L.O. 11/2003, la cual ha añadido en el segundo inciso del artículo 89.1, para acordar la expulsión, que el extranjero condenado accediere al tercer grado penitenciario o hubiere cumplido las tres cuartas partes de su condena, salvo que la naturaleza del delito justifique el cumplimiento de la condena en España^{887/888}, La sustitución de la libertad condicional por la expulsión, se trata de una resolución denegatoria de la libertad condicional de la pena contraria a lo dispuesto en artículo 90.1 del mismo Código, el cual se establece la libertad condicional en las penas privativas de

⁸⁸⁵ SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. Pág. 574.

⁸⁸⁶ ORTS BERENGUER, Enrique y otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. ediciones Alfa Delta Digital 2005. Pág. 90.

⁸⁸⁷ CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. (dira) Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo. Cuaderno de Derecho Judicial XXIII- 2005. Consejo General del Poder Judicial. Pág. 313.

⁸⁸⁸ FLORES MENDOZA, Fátima, Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Tirant lo blanch, Valencia 2002. Págs. 122. así manifiesta que "esta condición ya se introdujo en el Proyecto de 1992. no se requiere, sin embargo, como en tratamientos anteriores, que el sujeto, haya satisfecho sus responsabilidades civiles, como asó exigía el artículo 21.2, párrafo segundo de la Ley 7/1985.

libertad para aquellos sentenciados en quienes concurran las circunstancias siguientes:⁸⁸⁹

1ª. Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.

2ª. Que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.

La redacción del precepto no puede haber sido más desafortunada. En primer lugar, contiene una redundancia al utilizar el término "excepcionalmente", ya que el sentido del precepto es claro desde su inicio, a la vista de los términos imperativos aludidos. En segundo lugar, exige expresamente que la no expulsión se acuerde de "forma motivada", quizá olvidando que la motivación de todas las resoluciones judiciales es labor de obligado cumplimiento por parte de jueces y magistrados. En tercer lugar, y en atención al único criterio citado para justificar la no expulsión, ¿es qué existen delitos cuya naturaleza aconseja que la pena deba de ser cumplida en un centro penitenciario en España?, ¿de qué delitos se trata?⁸⁹⁰

La única exigencia que se establece es que se encuentren cumplidas por parte de aquél las tres cuartas partes de la condena, sin referencia a otro requisito legal de los exigidos para el régimen ordinario de libertad condicional, con la salvedad de que dicha expulsión debe ser solicitada por el

⁸⁸⁹ En el mismo sentido DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003. Artículo publicado en la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2006, núm. 08-07, p. 07:1-07. Se puede imponer pena de expulsión en lugar de libertad condicional tras cumplir $\frac{3}{4}$ partes de condena. Véanse arts. 78, 90 a 93 CP.

⁸⁹⁰ ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel. El artículo 89.1 del Código Penal. Un ejemplo de infortunio del legislador. Artículo publicado en la revista electrónica derecho.com en el núm. 100.http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PU/cpu/06/Expuls_Exrtanj_MEP.doc. Madrid, enero de 2.005.

Ministerio Fiscal⁸⁹¹ y, a diferencia del supuesto anterior, no es necesario que el extranjero condenado tenga la condición de "ilegal"⁸⁹², con esta condición, se aparta nuevamente el régimen del artículo 89, al menos por lo que afecta a este último supuesto, del tratamiento general de la sustitución del artículo 88, pues la misma, como alternativa a la ejecución de las penas cortas privativas de libertad, ha de tener lugar necesariamente antes del comienzo de la ejecución de tales penas, tal y como establece expresamente el artículo 88.1"⁸⁹³, pero estas sanciones han sufrido cambios sustanciales tras las últimas reformas verificadas en el Código,⁸⁹⁴ por lo que no procede acordar -de forma inmediata- la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional, sin perjuicio de lo que se pueda acordar durante la ejecución de pena en momento en el que se pueda conceder la libertad condicional, (Audiencia Provincial de Córdoba, (S.257/2005 de 17 de mayo. Sala de lo Civil-Penal, Sec.1ª).

Como ya hemos comprobado, en la versión anterior, algunos autores⁸⁹⁵ han criticado la posibilidad de expulsión por entenderse que la cual construye un trato discriminatorio cuando el condenado haya cumplido las tres cuartas partes de

⁸⁹¹ PRATS CANUT. Comentarios al Nuevo Código Penal. QUINTERO OLIVARES (Dir.) MORALES PRATS (cood). 2ª Edición. Aranzadi 2001, Pág. 496.

⁸⁹² LLORCA ORTEGA, Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995. 5ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia 1999. Pág. 282.

⁸⁹³ FLORES MENDOZA, Fátima, Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) PATRICIA LAURENZO COPELLO (Coorda). Tirant lo blanch, Valencia 2002. Págs. 122.

⁸⁹⁴ ORTS BERENGUER, Enrique y Otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. Ediciones Alfa Delta Digital 2005. Pág. 89.

⁸⁹⁵ Entre ellos; MONCLÚS MASÓ, Marta, Scripta Nova. La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona [ISSN 1138-9788] N° 94 (34), 1 de agosto de 2001. . Migración y cambio social. Número extraordinario dedicado al III Coloquio Internacional de Geocrítica (actas del coloquio), Como MAPELLI CAFFARENA, Borja. LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2000:648-649; MIR PUIG, 1996:719-720). Ya que cumplidas las tres cuartas partes de la condena lo que procede es la libertad condicional.

la condena, en este caso, lo que procede es la libertad condicional. Esta posibilidad de expulsión, una vez cumplidas las tres cuartas partes de la condena, como opina la mayor parte de autores⁸⁹⁶ infringe también al principio "non bis in idem", ya que, no cabe duda de que la expulsión es una medida de carácter sancionador y restrictiva de derechos, modalidad que hace casi inviable para los extranjeros el disfrute de la libertad condicional⁸⁹⁷. La expulsión obligatoria de los condenados a penas de prisión iguales o superiores a 6 años en la última fase de cumplimiento, cuando podrían acceder a la libertad condicional no parece acomodada tampoco a los principios constitucionales que informan el Derecho Penal. Por eso, un sector doctrinal ha estimado que al no requerir el artículo 89 la concurrencia de los requisitos legales de la libertad condicional, se ha de entender que la sustitución procederá tan sólo cuando la concesión de aquélla no haya sido posible⁸⁹⁸"

La sustitución de la libertad condicional por la expulsión del extranjero interno en Centro Penitenciario presenta una doble competencia⁸⁹⁹, la primera es la decide por el Juez o Tribunal sentenciador conforme con el artículo 89.1, y la segunda es por el Juez de Vigilancia Penitenciaria quien

⁸⁹⁶ CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. Posición del Extranjero en el Procedimiento-Administrativo. Consejo General del Poder Judicial. Cuaderno de Derecho Judicial. XXIII. 2005. Pág. 326. alguno autores afirman que vulnerar el principio non bis in idem, al implicar doble sanción, penal y administrativa, de los mismos hecho y bajo el mismo fundamento, así como la finalidad que el art. 25.2 de Constitución atribuye a las penas privativas de libertad, la reeducación y la reinserción.

⁸⁹⁷ PERIS RIERA, Jaime/Madrid CONESA Comentarios al Código Penal (dirigidos por MANUEL COBO DEL ROSAL) Tomo III EDERSA 2000. p. 1202.

⁸⁹⁸ ORTS BERENGUER, Enrique y otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. Pág. 91. ediciones Alfa Delta Digital 2005.

⁸⁹⁹ Se la denomina en Francia con la expresión de "double peine" (WACQUANT, 2001: 189-204). MONCLÚS MASÓ, Marta. Scripta Nova. la expulsión del extranjero como sanción penal encubierta. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona [ISSN 1138-9788] N° 94 (34), 1 de agosto de 2001.

determina los supuestos establecidos en el artículo 90 del CP y el artículo 197 del Reglamento Penitenciario. El Código Penal no lo prevé es posible que sea el propio penado el que se dirija al Juez o Tribunal sentenciador solicitando la medida de expulsión, de hecho, el artículo 52.2 del Reglamento Penitenciario impone a la Administración Penitenciaria la obligación de informar a los internos extranjeros de las posibilidades de la sustitución de la pena impuesta o a imponer por medida de expulsión. Cuando el penado solicite su propia expulsión, se dará traslado al Fiscal para que informe sobre la procedencia de la medida, pues al tener reconocida legalmente la iniciativa en esta modalidad de sustitución, y al ser garante del cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público o social (art.3.9 EOMF) ninguna suspensión de condena puede ser acordada sin su previo dictamen⁹⁰⁰. Pues, la única exigencia que se establece es que se encuentren cumplidas por parte de aquél las tres cuartas partes de la condena, sin referencia a otro requisito legal de los exigidos para el régimen ordinario de libertad condicional, con salvedad de que dicha expulsión debe ser solicitada por el Ministerio Fiscal⁹⁰¹.

En el caso del artículo 89.1 CP, se sustituye la libertad condicional por la expulsión, pero ha de tener en cuenta que, por un lado, el Reglamento Penitenciario permite la libertad condicional a través de un expediente especial que prevé el artículo 197⁹⁰², (SAP Gerona 21 de septiembre de 2001), por

⁹⁰⁰ CIRCULAR 3/2001 de 21 de diciembre sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

⁹⁰¹ PRATS CANUT, Josep Miquel. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir) FERMIN MORALES PRATS (cood)], ob cit Pág. 496.

⁹⁰² El artículo 197. establece que: 1. En el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de

otro lado, el extranjero tiene la posibilidad de solicitar el cumplimiento de la pena en su país de origen, conforme a las normas internacionales y comunitarias⁹⁰³, tal normativa penitenciaria autoriza al interno lograr la libertad condicional si cumple con las condiciones legales y reglamentarias del artículo 197.1 del Reglamento Penitenciario y convenios internacionales sobre traslado de personas. En otro orden de ideas señalan DEL MORAL GARCIA/SERRANO BUTRAGUEÑO⁹⁰⁴, España tiene firmados con otros países diversos Tratados y Convenios de cooperación en materia penal, en virtud de los cuales se permita que los Estados signatarios puedan reclamar a sus nacionales para que cumplan en su propia nación la pena privativa de libertad impuesta en otro Estado.

Para GONZÁLEZ CANO,⁹⁰⁵ el traslado de personas condenadas es, en este sentido, un instituto por medio de cual se articula una solución jurídica que permite que un Estado reciba y ejecute una determinada pena impuesta por otro Estado distinto; y que presenta implicaciones en tres ámbitos jurídicos distintos: el internacional, el procesal y el

que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna.

2. Con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el art. 89 C P, con antelación suficiente, se comunicarán al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, en el que se harán constar expresamente las fechas de cumplimiento de las dos terceras partes y de las tres cuartas partes de su condena o condenas.

⁹⁰³ En mismo sentido. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Ob cit Pág. 1291. SANCHEZ YLLERA Ignacio. Comentario al Código penal. Ob. cit Pág. 506. y FLORES MENDOZA, Fátima, Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) Ob. cit. Págs. 106 y 107, ofrece otra alternativa como la extradición en lugar de la expulsión, pero en mi opinión no está combatible, más bien será el traslado y readmisión.

⁹⁰⁴ DEL MORAL GARCIA, Antonio y SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. (coods.) Código penal (Comentario y Jurisprudencia). Ob cit Pág. 1035.

⁹⁰⁵ GONZÁLEZ CANO, M^a Isabel. Aspectos procesales del traslado de personas condenadas de un país a otro, Sevilla marzo de 2000, artículo publicado en la web. espa.mundo.org/informesyestadisticas/informesyestadisticas.htm.

penitenciario, diferenciando del traslado: En primer lugar, la concesión de la libertad condicional al penado extranjero y la autorización, por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, para su cumplimiento en el país de su residencia, siempre que lo permitan las normas de Derecho Internacional, y siempre que sea posible con sujeción a las medidas o normas de conducta y de control arbitradas por el ordenamiento del Estado receptor, prevista en el art. 197.1 RP. En segundo lugar, también presenta diferencias con el traslado, la sustitución por el tribunal sentenciador, a instancia del Ministerio Fiscal, de la libertad condicional por la medida de expulsión del territorio nacional, del penado extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, prevista en el art. 89.1, 2º inciso, CP, y en el art. 197.2 RP, y por último recordando al requisito de la ejecutoriedad de la sentencia, a su firmeza, imprescindible para efectuar el traslado (art. 3.1.b) CTPC).

Según GONZÁLEZ CANO, la diferencia del traslado con la expulsión acordada por el Tribunal sentenciador, a instancia del Ministerio Fiscal, de la libertad condicional por la medida de expulsión del territorio nacional, del penado extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, prevista en el art. 89.1, 2º inciso, CP, y en el art. 197.2 RP., y la diferencia entre la sustitución de la pena por expulsión y la expulsión tras el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena por el penado extranjero, radica únicamente en el tipo de penas a las que resulta aplicable cada modalidad. Así, para penas iguales o inferiores a seis años, se permite la inmediata sustitución por la expulsión, mientras para penas privativas de libertad superiores a seis años, se excluye al condenado extranjero del sistema penitenciario español tan solo tras el cumplimiento de las tres cuartas partes, respondiendo pues a un mayor contenido

retributivo únicamente basado en el dato cuantitativo de la sanción, por otra parte, la radical diferencia entre la sustitución de la pena o de la ejecución de la libertad condicional por la expulsión (art. 89.1 CP en sus dos variantes y 197.2 RP), y la posibilidad del art.197.1 RP, que permite la ejecución de la libertad condicional en el país de residencia del penado. Mientras la expulsión responde a la idea retributiva y realmente busca deshacerse del penado, lejos de todo fin rehabilitador y reinsertador, la ejecución y cumplimiento de la libertad condicional en el país de residencia esta mas conectada con institutos rehabilitadores, y supone la continuidad en la sujeción del penado a un sistema penitenciario aunque en régimen de excarcelación, lo que aproxima enormemente esta figura a la finalidad y razón de ser del traslado de personas condenadas. Por otra parte, hay que decir igualmente que la libertad condicional decretada en el país de condena puede desembocar en otras decisiones tales como su sustitución por expulsión del territorio nacional o acordar su cumplimiento en el país de residencia bajo las condiciones y medidas de control decretadas en el país de condena y acordadas con el Estado receptor (arts. 89 CP y 197 RP).

Efectivamente, como señala DEL MORAL GARCIA/SERRANO BUTRAGUEÑO, España está adherido al Convenio multilateral, sobre el traslado de personas condenadas elaborados en Estrasburgo el 21/03/1985⁹⁰⁶, conforme con la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución española⁹⁰⁷.

⁹⁰⁶ BOE nº 138 del 10/06/1985.

⁹⁰⁷ El artículo 94. 1. de la Constitución española establece que: La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:

- a) Tratados de carácter político.
- b) Tratados o convenios de carácter militar.
- c) Tratados o convenios que afecten a la integridad Territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título

Asimismo Convenios Bilaterales con países de Sudamérica o Asia⁹⁰⁸. En virtud del convenio, el extranjero condenado que es ciudadano de un país parte del convenio tiene la posibilidad de ser trasladada a su país de origen para cumplir su condena. La finalidad del convenio es para desarrollar más la cooperación internacional en materia penal; que dicha cooperación debe servir a los intereses de una buena administración de justicia y favorecer la reinserción social de las personas condenadas; y que estos objetivos exigen que los extranjeros privados de su libertad como consecuencia de una infracción penal tengan la posibilidad de cumplir su condena en su medio social de origen, considerando que el mejor medio para ello es trasladarlos a sus propios países. El traslado podrá solicitarse bien por el Estado de Condena bien por el Estado de Cumplimiento.

De lo que hemos analizamos en esta parte de esta Tesis doctoral, al respecto se desprende que, la situación se va agravada por el hecho de que la regulación de la libertad condicional no deriva de una sola fuente, sino que recibe su fundamento normativo a través de la integración de distintos procedentes del Código Penal (arts. 90 a 93), de la Ley General Penitenciaria (art.72.1) y del Reglamento Penitenciario (art.192 y ss.); y hay que tener en cuenta que la legislación penitenciaria no ha dispuesto ninguna

I.

d) Tratados o Convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.

e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios.

⁹⁰⁸ Instrumento de Ratificación de 18 de febrero de 1985 del Convenio de 21 de marzo de 1983 sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo.

particularidad formal que singularice a los penados extranjeros de los nacionales⁹⁰⁹.

En mi opinión, el artículo 89 ha tenido múltiples críticas en la doctrina y jurisprudencia, por ello, es lógico pensar en otra modalidad alternativa como en el caso planteado del traslado de extranjeros condenados a su país. Entiendo que, el traslado tiene la ventaja de mayor seguridad a la hora de admitir el extranjero por el país el que es nacional, también, es aplicable a todos los extranjeros residentes o no legalmente en España, incluso a los nacionales de la Unión Europea. El traslado surte efecto suspensivo por la interrupción de la ejecución de la condena en España a consecuencia del traslado. (art.8 del Instrumento de Ratificación de 18 de febrero de 1985), mientras la expulsión conforme al 2º inciso del artículo 89.1 tiene carácter sustitutivo, en este caso, se altera la calificación de la expulsión del condena, ¿si es sustitutiva del cumplimiento de la condena (art. 89.1) o es suspensiva por el traslado?

El traslado no afectará a los derechos y obligaciones derivados de los tratados de extradición y otros tratados de cooperación internacional en materia penal que prevean el traslado de detenidos a los efectos de careo o de testimonio. Tampoco, afectará al derecho de los Estados que sean Parte del Convenio Europeo relativo al valor internacional de sentencias penales a concluir entre ellas acuerdos bilaterales o multilaterales, relativos a las cuestiones reguladas por el presente Convenio, para completar sus disposiciones o para facilitar la aplicación de los principios en el que él se inspira. (Art.22.1). Para llevarse a cabo el traslado, según dispone el artículo 3 del Convenio, la duración de la condena

⁹⁰⁹ PERIS RIERA, Jaime/Madrid CONESA Comentarios al Código Penal (dirigidos por MANUEL COBO DEL ROSAL) ob cit Pág. 1208.

que el condenado tendrá que cumplir aún deberá ser al menos de seis meses, y la condena debería ser a consecuencia de comisión u omisiones de hecho constitutiva de una infracción penal con arreglo a la ley del Estado de Cumplimiento o la constituirían si se cometieran en su territorio; exige el consentimiento de la persona condenada para llevar a cabo el traslado en virtud del artículo 3, 1, d) (art.79)

La Instrucción 18/2005 actualización de la instrucción 14/2001 de 14 de diciembre determina que el traslado de personas extranjeras condenadas a sus países de origen, para continuar cumpliendo su condena por el Convenio de Estrasburgo y otros Convenios Bilaterales, tiene como fin principal favorecer la reinserción social, sin olvidar el efecto humanizador en la ejecución, la citada Instrucción regula la tramitación del cumplimiento de la libertad condicional en su país de residencia conforme con lo establecido en el art. 90 y siguientes de la Ley Orgánica 10/95 del Código Penal y el artículo 197 del Reglamento Penitenciario: 1) Próximo el cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes o en su caso de las $\frac{2}{3}$ partes de la condena, conforme a los artículos 192 y siguientes del Reglamento Penitenciario⁹¹⁰, se elevará el expediente de libertad condicional del interno extranjero al Juez de Vigilancia, que incluirá la petición expresa del interno. Con el fin de garantizar que el interno, una vez autorizado a cumplir la libertad condicional en su país de residencia, salga del territorio nacional, se solicitará del Juez de Vigilancia en el expediente de libertad condicional que autorice las medidas de control necesarias para garantizar la salida efectiva y que imponga, como regla de conducta, no regresar a España, antes de la fecha prevista de

⁹¹⁰ V. POZA CISNEROS, María Suspensión, Sustitución y Libertad Condicional, Manuales de formación continuada nº 4, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999. Págs. 235-358

licenciamiento definitivo, sin la previa autorización de dicho órgano judicial. 2) Una vez autorizada por el Juez de Vigilancia la posibilidad de cumplir en su país de residencia el periodo de libertad condicional, se remitirá de forma inmediata, copia de la resolución a la Comisaría Provincial de Policía, solicitando, si el Juez así lo establece, que se dispongan las medidas necesarias tendentes a asegurar la salida efectiva del territorio nacional del interno.

A través del Convenio 112 del Consejo de Europa sobre Traslado de personas condenadas es posible el traslado de españoles condenados desde más de 60 países. Además España ha firmado numerosos convenios bilaterales con el mismo objeto. En total, podemos decir que un extranjero condenado en España tiene la posibilidad de ser trasladado en más de ochenta países distintos para cumplir su condena.^{911/912}, Igualmente los

⁹¹¹ información recogida de la web Fundación Ramón Rubial.com. 21/10/2004.

⁹¹² Los países que han firmado el convenio de Traslado de Personas Condenadas son los siguientes:

1. Albania... Fecha Firma 19-5-98
2. Alemania Fecha Firma 21-3-83
3. Andorra Fecha Firma 4-11-99
4. Armenia Fecha Consentimiento 11-5-01
5. Australia Fecha de Adhesión 05-09-02
6. Austria Fecha Firma 21-3-83
7. Azerbaiján Fecha Firma 25-1-01
8. Bahamas Fecha Firma 12-11-91
9. Bélgica Fecha Firma 21-3-83
10. Bosnia y Herzegovina Fecha firma 30-4-04
11. Bulgaria Fecha Firma 30-9-93
12. Canadá Fecha Firma 21-3-83
13. Chile Fecha Consentimiento 30-7-98
14. Chipre Fecha Firma 27-2-84
15. Costa Rica Fecha Consentimiento 14-4-98
16. Croacia Fecha Consentimiento 25-1-95
17. Dinamarca Fecha Firma 21-3-83 (1)
18. Eslovaquia Fecha 13-2-92 (2)
19. Eslovenia Fecha Firma 14-5-93
20. España Fecha Firma 10-6-83
21. EEUU Fecha Firma 21-3-83
22. Estonia Fecha Firma 4-11-93
23. Finlandia Fecha Consentimiento 29-1-87
24. Francia Fecha Firma 27-4-83
25. Georgia Fecha Consentimiento 21-10-97
26. Grecia Fecha Firma 21-3-83
27. Hungría Fecha Firma 19-11-91

españoles condenados fuera de España tienen la posibilidad de ser trasladado para cumplir su condena en España.

En mi opinión, en primer lugar, el traslado de los condenados extranjeros favorece la anticipación de salida de los condenados extranjeros residentes legalmente en España y los ciudadanos de la Unión Europea, antes de acceder al tercer grado penitenciario o antes de que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, ya que según el artículo 3 del Convenio, la duración de la condena que el condenado tendrá que cumplir aún deberá ser al menos de seis meses. En

28. Irlanda	Fecha Firma	20-8-86
29. Islandia	Fecha Firma	19-9-89
30. Israel	Fecha Consentimiento	24-9-97
31. Italia	Fecha Firma	20-3-84
32. Japón	Fecha Consentimiento	17-2-03
33. Letonia	Fecha Firma	30-10-96
34. Liechtenstein	Fecha Firma	3-5-83
35. Lituania	Fecha Firma	25-1-95
36. Luxemburgo	Fecha Firma	21-3-83
37. Macedonia	Fecha Firma	28-7-99
38. Malta	Fecha Firma	4-11-88
39. Moldavia	Fecha Firma	6-5-97
40. Noruega	Fecha Firma	8-3-85 (3)
41. Países Bajos	Fecha Firma	21-3-83 (4)
42. Panamá	Fecha Consentimiento	5-7-99
43. Polonia	Fecha Firma	22-11-93
44. Portugal	Fecha Firma	21-3-83
45. Reino Unido	Fecha Firma	25-8-83 (5)
46. Rep. Checa	Fecha Firma	13-2-92 (6)
47. Rumania	Fecha Firma	30-6-95
48. San Marino	Fecha consentimiento	25-6-04
49. Serbia y Montenegro	Fecha Consentimiento	11-4-02
50. Suecia	Fecha Firma	21-3-83
51. Suiza	Fecha Firma	21-3-83
52. Tonga	Fecha Consentimiento	3-7-00
53. Trinidad y Tobago	Fecha Consentimiento	22-3-94
54. Turquía	Fecha Firma	19-6-85
55. Ucrania	Fecha Consentimiento	28-9-95
56. Venezuela.	Fecha de adhesión	11-6-03.
1) Incluidas Islas Feroe y Groelandia.		
2) Efectuado por Checoslovaquia.		
3) Incluido Islas Bouvet, Isla de Pedro I y Territorio de la Reina Maud.		
4) Extensión de 28-2-96 a Antillas Holandesas y Aruba.		
5) Reino Unido 19-8-86 extensión Isla de Man 21-1-80 extensión a Anguilla, territorio Británico del Océano Indico, Islas Caimán, Islas Malvinas, Gibraltar, Montserrat, Pitcairn, Islas Ducie y Oeno, Santa Elena, dependencias de Santa Elena y Bases Militares de Akrotiri t Dhekelia en la Isla de Chipre, 23-10-87 extensión a Hong-Kong y 2-9-98 extensión a Islas Vírgenes Británicas.		
6) Efectuado por Checoslovaquia.		

segundo lugar, el Convenio exige el consentimiento de la persona condenada para llevar a cabo el traslado en virtud del artículo 3,1,d), lo haga voluntariamente y siendo plenamente consciente de las consecuencias jurídicas que de ello se deriven. El procedimiento que se siga a este respecto se regirá por la ley del Estado de Condena (art.7). En ambos casos, son contrarios a lo establecido en el 2º inciso del artículo 89.1, porque el condenado no residente legalmente en España no tendrá el derecho de solicitar el traslado en el caso de que no acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, tampoco tendrá la libre voluntad para hacerlo. En tercer lugar, la voluntad del legislador, es el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España para los extranjeros ilegales condenados a pena de prisión igual o superior a seis años por tratarse de delitos graves no quiso dejarles sin condena, lo contrario, el legislador hubiese suprimido el dicho inciso del artículo 89.1. En cuarto lugar, la crítica que merece plantearse en el nuevo artículo 89 del Código Penal era la figura de la sustitución de la pena por la "expulsión", y no al cumplimiento de la pena a quien haya cometido algún delito, sea extranjero o nacional.

En mi opinión, los acuerdos de readmisión de personas en situación irregular en España es más especificados para evitar la permanencia ilegal de extranjeros en España y a su consecuencia resultaría escasa la aplicación del artículo 89 del Código Penal, La Disposición adicional sexta, añadida por la LO.14/2003 sobre los acuerdos de readmisión establece que: los extranjeros que, en virtud de los acuerdos que regulen la readmisión de las personas en situación irregular suscritos por España, deban ser entregados o enviados a los países de los que sean nacionales o desde los que se hayan trasladado hasta el territorio español, les será de aplicación lo

dispuesto en los citados acuerdos y esta ley, así como su normativa de desarrollo.⁹¹³

LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA POR LA EXPULSIÓN

3. La inaplicación de lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal

El tercer párrafo del apartado primero del artículo 89 del Código Penal establece que: "*La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal*".

El Código Penal según señala MIR PUIG⁹¹⁴, introdujo la posibilidad de que, en determinados casos, el Juez o Tribunal **sustituyera** la pena de **prisión** señalada por la ley que no se imponga por más de **un año** o, excepcionalmente, **dos años**, por otra de **arresto de fin de semana** o de multa. También permitió la sustitución de penas de arresto de fin de semana por multa o trabajo en beneficio de la comunidad. Tras suprimir la LO 15/2003 la pena de arresto de fin de semana, ha mantenido la posibilidad de sustituir las indicadas penas de prisión pero por multa o trabajo en beneficio de la comunidad.. Estas posibilidades de sustitución de penas privativas de libertad se prevén como de **estimación discrecional por parte del Juez o Tribunal**, pues se trata de casos en que la pena señalada por la Ley al delito o delitos cometidos es una pena privativa de

⁹¹³ Estados vinculados con España: Argelia, Bulgaria, Eslovaquia, Estonia, Francia, Suiza, Italia, Letonia Lituania, Marruecos, Mauritania, Polonia, Portugal, Rumania, República Dominicana, Ecuador, Colombia, Guinea Bissau.

⁹¹⁴ MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General. 7ª edición 2ª reimpresión. Editorial Reppertor, Barcelona 2005. Págs. 691 y ss.

libertad no prevista como alternativa a otras menos graves. Lo que se concede al Juez o Tribunal es la posibilidad de cambiar la pena señalada al delito por otra no prevista para el mismo. (Al igual como sucede en el artículo 89.1 del mismo Código Penal concede al Juez o Tribunal -en determinadas condiciones- la posibilidad de cambiar la pena señalada al delito por la expulsión del territorio nacional para el extranjero no residente legalmente en España). Para sustituir **penas de prisión que no excedan de un año** por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, bastará que el Juez o Tribunal oiga a las partes y considere que "las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, (ni extranjero no residente legalmente en España) sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo" (art. 88,1 párrafo primero)..., excepcionalmente, puedan los jueces o Tribunales "sustituir, por multa o por multa y trabajo en beneficio de la comunidad, las **penas de prisión que no excedan de dos años** a los reos no habituales cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera a que el cumplimiento de aquéllas había de frustrar sus fines de prevención y reinserción social (art. 88, 1, párrafo segundo).

El artículo 89 del Código Penal establece en el párrafo 3 del número primero que "*La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal.*", novedosamente, se declara inaplicable a la expulsión lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88, previsión lógica y acorde con la finalidad perseguida por la norma, no otra que la de evitar que la pena y su cumplimiento

se convierta en forma de permanencia en España^{915/916} de aquellos inmigrantes no residentes legalmente cuya expulsión se ha acordado por haber delinquido⁹¹⁷. De modo que, una vez firme la sentencia se ha de llevar a efecto la expulsión, sin que quepa suspender la ejecución de la pena, o sustituirla por otra sanción, de acuerdo con los arts. 80, 87 y 88, de manera que de la lectura de esta norma parece inferirse que deberá hacerse efectiva, incluso, cuando el condenado sea un delincuente primero, y resulta castigado con una pena de prisión de corta duración; lo que suscita particulares reservas respecto a la prisión inferior a tres meses, dado que según lo dispuesto en el apartado 2.º del art. 71 -modificado por la L.O. 15/2003- debe ser en todo caso sustituida, sin perjuicio de su eventual suspensión, conforme a lo dispuesto en aquellos preceptos.⁹¹⁸

La referencia a los artículos 80 a 87 del Código Penal según señalan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON⁹¹⁹, "se introdujo en España por la Ley de condena condicional de 17 de marzo de 1908 hoy ya derogada por expresa disposición del Código Penal de 1995. Su regulación se encuentra contemplada en la Sección 1ª del Capítulo III del Título III del Código Penal que, bajo

⁹¹⁵ Así dispone en la Exposición de Motivo IV.1 de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. En definitiva, se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto.

⁹¹⁶ En el mismo sentido, SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. Pág. 574. según ha manifestado que (de principio, la sinceridad del legislador de 2003 es total, pues su programa de intenciones aparte de claro (los inmigrantes ilegales que cometen delitos en España han de ser expulsados).

⁹¹⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Código Penal Comentado [Dir. Y Autor]. Tomo I, 2ª edición. Febrero 2004. BOSCH. Ob cit Pág. 316.

⁹¹⁸ ORTS BERENGUER, Enrique y Otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. ediciones Alfa Delta Digital 2005. Págs. 89 y 90.

⁹¹⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVIES ANTON, Tomas. S. DERECHO PENAL. Parte General, 5ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia, 1999. Pág. 852.

la rúbrica de La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, agrupa los artículos 80 a 87. La ubicación sistemática de dicha institución, junto a la previsión -inédita hasta el momento- de que la suspensión puede considerarse a que el penado observe ciertas reglas de conducta cuya naturaleza de medida de seguridad está fuera de duda- permite que se la considere un auténtico sustitutivo de penas", pero no se aplica a los extranjeros no residentes legalmente en España por la imperativa del artículo 89.1 del mismo Código Penal. Para PERIS RIERA/MADRID CONESA⁹²⁰, el artículo 89 quiebra la sistemática de la sustitución de la pena diseñada con carácter general en el artículo 88, y lo hace de tal modo, y hasta tales extremos, que es posible reconocer que estamos en presencia de una modalidad más o menos específica de la institución, sino ante un régimen completamente autónomo. Autonomía que se manifiesta tanto en los requisitos y duración de las penas a que alcanza, como, sobre todo, en su propio fundamento, alejado por completo de las razones de individualización de la ejecución de las penas que rigen la sustitución y ceñido a objetivos de marcado cariz defensivo.

Se plantea la posibilidad de la inconstitucionalidad por la discriminación contemplada en el párrafo 3º del artículo 89 del Código Penal, al suprimir un derecho ligado a una persona "por ser extranjera" por quebrantar al principio de igualdad ante la ley. Mas, huelga decir que en un Estado Democrático no es admisible esa suerte de discriminaciones entre los condenados, haciendo depender la ejecución y modalidad de la pena de su nacionalidad y situación administrativa. Por consiguiente, hay que concluir que los arts. 80, 87 y 88 son plenamente aplicables a los extranjeros que cumplan su condena

⁹²⁰ PERIS RIERA, Jaime/MADRID CONESA Comentarios al Código Penal (dirigidos por Manuel COBO DEL ROSAL) Tomo III EDESA 2000. Pág. 1202.

en España, con independencia de que cuenten o no con residencia legal.⁹²¹ En contra, LASCURAIN SÁNCHEZ⁹²², recordando -en un caso similar- que, el Tribunal Constitucional "*No ha considerado contrario al principio de igualdad la exclusión del beneficio a los militares*" (STC 180/1985).

Las declaraciones contenidas en la sentencia del Tribunal Constitucional (STC 186/1990, de 15 de noviembre), contiene sucesivas modificaciones legalmente experimentadas por la medida de expulsión de los ciudadanos extranjeros del territorio nacional como alternativa a la imposición a los mismos de una pena de prisión inferior a seis años, pero a la nueva versión dada al art. 89.1 CP por la Ley Orgánica 11/2003 conduce, en el caso de que la medida de expulsión no pudiera llevarse a efecto, a la imposibilidad absoluta de aplicar cualquier sustitutivo al efectivo cumplimiento de las penas privativas de libertad de los contenidos en los arts. 80, 87 y 88 del mismo Código Penal. Recientemente, el Tribunal Constitucional, (Auto 4 de abril de 2006), ha declarado la posibilidad de aplicar los artículos 80, 87 y 88 CP para aquellos extranjeros no residentes legalmente en España. Pues, según el citado Auto, el extranjero cuya expulsión no haya podido realizarse en el plazo máximo legal establecido tiene acceso, en la medida en que reúna los requisitos legalmente exigidos para ello en los arts. 80, 87 y 88 CP, a la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta, o a su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que los penados de nacionalidad española y que los penados extranjeros con residencia legal en España.

⁹²¹ ORTS BERENGUER, Enrique y otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. ediciones Alfa Delta Digital 2005. ob cit. Págs. 89 y 91.

⁹²² LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Comentario al Código Penal. Editorial Civitas SA. Primera Edición 1997. Pág. 278.

El precepto cuestionado establece que se procederá al cumplimiento de la pena originariamente impuesta o del periodo de condena que restase por cumplir, en el caso en que no pueda llevarse a efecto la expulsión del territorio nacional acordada como sustitutiva de la pena de prisión. Esta previsión, en sí misma considerada, resulta plenamente razonable, puesto que, al no poderse llevar a la práctica la medida alternativa o sustitutoria de expulsión del penado, es lógico que la pena privativa de libertad retorne al primer plano. De hecho, la duda de inconstitucionalidad del Juzgado de lo Penal no se refiere a esta lógica consecuencia, sino al hecho de que, puesta en relación con lo dispuesto en el tercer párrafo de ese mismo art. 89.1 CP, pudiera concluirse que, en el caso de que finalmente fuera imposible expulsar al penado extranjero no residente legalmente en España, tampoco podrían serle aplicadas las formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad reguladas en los arts. 80, 87 y 88 CP.

Como ha quedado dicho, el texto legal cuestionado no obliga a llegar a esta conclusión. No obliga a ello su interpretación literal. En primer lugar, es obvio que el último párrafo del art. 89.1 CP no establece expresamente ninguna previsión sobre la imposibilidad de aplicar los arts. 80, 87 y 88 CP en los supuestos en que la expulsión no pueda finalmente verificarse. Tampoco a esta conclusión puede llevar la utilización en este párrafo del término "cumplimiento", puesto que, como ya destacara el Fiscal General del Estado, dicho término en el contexto del Código Penal no es sinónimo de ingreso en prisión, tal como se acredita con su utilización, por ejemplo, en los arts. 73, 75 y 76 CP en relación al establecimiento de los límites máximos de cumplimiento en supuestos de concursos reales de delitos,

utilización que, evidentemente, no prejuzga la aplicabilidad de los sustitutivos penales. Y en segundo lugar, la exclusión de la aplicación de estos sustitutivos en el párrafo tercero del art. 89.1 CP viene prevista en el marco de una disposición que comienza diciendo que "la expulsión se llevará a efecto", lo que no es el caso del supuesto regulado en el último párrafo en el que se prevén los efectos legales cuando la expulsión no se puede llevar a efecto. La conclusión interpretativa de la que parte el órgano judicial para fundamentar el cuestionamiento del precepto tampoco resulta obligada a partir de su interpretación sistemática, puesto que, mientras la regulación establecida en el tercer párrafo del art. 89.1 CP se está refiriendo a una expulsión posible, para descartar que pueda dejarse de practicar por aplicación de los preceptos penales que rigen la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad o su sustitución por otras penas menos gravosas, no obstante reunir el penado extranjero los requisitos legales para ello; sin embargo, el último párrafo del art. 89.1 CP constituye una cláusula de cierre que sólo es aplicable cuando la expulsión no es posible, en cuyo caso nada obsta a que se apliquen, en su caso, las previsiones establecidas en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal.

Por último, tampoco obliga a alcanzar la conclusión de referencia una interpretación teleológica del mencionado precepto. La finalidad de las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad es favorecer la reinserción y rehabilitación social de los penados con penas cortas privativas de libertad mediante su suspensión condicional o su sustitución por otras medidas distintas que eviten el eventual efecto desocializador que podría tener el efectivo ingreso en prisión durante un corto periodo de tiempo. Esta finalidad quedaría frustrada en el caso de entenderse que el penado

extranjero no residente legalmente en España condenado a una pena corta privativa de libertad y cuya expulsión no resultara posible ejecutar se vería obligado indefectiblemente a ingresar en un centro penitenciario para cumplir dicha pena corta privativa de libertad sin posibilidad de que le fueran aplicados, si se cumplen los requisitos legales, los sustitutivos penales.

El Tribunal Constitucional ha declarado (STC.224/1992, Fj. 3.), y ATC 106/1997, de 17 de abril), en relación con un caso semejante aunque no idéntico, se trataba de una resolución denegatoria de la remisión condicional de la pena, lo que no quita para que tal afirmación sea perfectamente trasladable al presente asunto, «la facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionada estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control de la misma en evitación de toda posible arbitrariedad..

- Planteamiento del artículo 71.2 en relación con el artículo 89 del Código penal

El artículo 71.2 del Código Penal, establece literalmente que la pena inferior a tres meses de prisión *«será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección II del capítulo III de este título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda»*, según

señalan DEL ROSAL y VIVES ANTON⁹²³, en las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad, el Capítulo III del Título III del libro I del Código Penal regula, dentro del sistema de penas, las formas sustitutivas de la ejecución de una clase de ellas, las privativas de libertad. Dentro de este Capítulo se diferencian tres Secciones principales amén de una Disposición común, donde se describen otros tantos sustitutivos, entendidos genéricamente; suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, sustitución de las penas privativas de libertad y libertad condicional⁹²⁴. En principio, puede decirse, que el sistema general de imposición y ejecución de las penas propuesto es mucho más flexible y realista que el derogado. Concretamente, en materia de sustitución de unas penas por otras, se parte, como ya hemos expuesto, del criterio sustantivo que evidencia una realidad políticocriminal: la crisis, cuando no inutilidad y hasta perjudicialidad, de la ejecución de las llamadas penas cortas privativas de libertad que, como hemos indicado, ha hecho se cuestione su misma existencia, propugnándose un régimen general de sustitutivos de las mismas, y no sólo para la "pequeña criminalidad", sino incluso también para la "mediana delincuencia". Dicha consideración es, en efecto, por lo que se refiere a la criminalidad más leve, la que informa al artículo 71.2, cuando, con carácter general y de manera imperativa, establece que *en todo caso* la pena de prisión inferior a seis meses será sustituida conforme a lo dispuesto en la Sección 2ª del Capítulo III, manteniéndose la discrecionalidad sobre la concreta opción en favor de uno u otro sustitutivo.

923 COBO DEL ROSAL y VIVIES ANTON, Tomas S. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, 5ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia, 1999. Págs. 849 y ss.

⁹²⁴ POZA CISNEROS, María; Suspensión, Sustitución y Libertad Condicional, Manuales de formación continuada nº 4, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999. Págs. 235-358.

A juicio de CALDERON CEREZO/CHOCLAN MONTAVO⁹²⁵, el artículo 71.2 del Código Penal, representa un importante avance sobre la sustitución obligatoria de prisión continua inferior a seis meses por la pena de arresto de fin de semana o multa en los casos en que proceda una rebaja en grado de la pena señalada al delito. Tal efecto se contempla prevenido en el art. 71.2 del Código. Para MAGRO SERVER,⁹²⁶ frente al límite anterior que se situaba en seis meses, desde el día 1 de octubre se está aplicando para penas de prisión a tres meses, ya que el artículo 33 también ha sido modificado para señalar en el apartado 3.º que «son penas menos graves: a) la pena de prisión de tres meses hasta cinco años». Con ello, frente al límite de mínimos de la pena de seis meses anterior a la LO 15/2003 se sitúa ahora en los tres meses de prisión, con lo que sería absurdo acordar el ingreso en prisión por pena inferior a tres meses, ya que el Apdo. 1.º del artículo 71 permite reducir la pena por debajo de la cuantía mínima señalada en la ley, que en este caso es de tres meses. Por todo ello, la pregunta que surge es: ¿Sería positivo para alguien el cumplimiento de una pena de dos meses por ingreso en prisión? Indudablemente, el régimen que permite el artículo 71.2 nos remite al artículo 88 CP para encontrar acomodo en la sistemática de la sustitución de las penas, sin perjuicio de acordar la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda; es decir, cuando concurren los presupuestos establecidos en el artículo 81 CP.

El artículo 89.1 del Código Penal dispone que, *«Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas*

925 CALDERON CEREZO y CHOCLAN MONTALVO. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 2ª edición Bosch 2001. Pág. 490.

926 MAGRO SERVER, Vicente. La especialización de los Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales en la Ley Contra la Violencia de Género: El problema del sometimiento al art. 98 LOPJ. Artículo publicado en "http://atún.LALEY.net/re_penac/r14p_2005".

en la sentencia por su expulsión del territorio español...», al igual como el artículo 71.2, también, utiliza el mismo termino imperativo "será", de modo que, ambos artículos son mandatos obligatorios para el Juez o Tribunal, por lo que puede surgir ahora preguntar, ¿Si la pena es inferior a tres meses de prisión cabe aplicar el artículo 71.2, en vez del artículo 89.1 del mismo Código Penal, en el caso de que el penado sea un extranjero no residente legalmente en España? A juicio de COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON⁹²⁷, debe mencionarse la imperativa sustitución de la pena de prisión inferior a seis meses por la de arresto de fin de semana, multa o expulsión del penado, según los casos, conforme a lo dispuesto en el artículo 71.2 del Código Penal.

En cuanto a qué penas podrían ser sustituidas, quizás el texto definitivo pudiera aclarar algunas dudas que la praxis ha generado: 1) el supuesto de si cabe la expulsión sustitutiva cuando el reo sea condenado a varias penas, todas ellas inferiores a los seis años de privación de libertad pero que, sumadas, exceden de dicho límite. 2) la cuestión de si es aplicable a la responsabilidad penal subsidiaria por impago de multas 3) si es posible la sustitución en supuestos de penas privativas de libertad impuestas por falta 4) si es posible la expulsión sustitutiva cuando conforme al art. 71.2 CP sea imperativo sustituir la pena de prisión de menos de seis meses.

También la Fiscalía General del Estado, tratando de hacer frente a la dispersión de criterios detectada en la práctica, ha fijado su posición sobre cada una de estas cuestiones en su Circular 2/2006, aunque de nuevo aquí cabe entender que la

⁹²⁷ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, Tomas S. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, 5ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia, 1999. Pág. 857.

seguridad jurídica aconseja una expresa previsión legal al respecto⁹²⁸.

En mi opinión, la voluntad del legislador está orientada hacia la eliminación de toda posibilidad a la permanencia ilegal del extranjero en situación ilegal en España, por haber establecido imperativamente la sustitución de las penas por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España en el artículo 89.1 CP, incluso en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena. Al mismo tiempo, el legislador ha establecido expresamente en el párrafo 3º del número primero del artículo 89 que, "*La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal.*", es decir, la prohibición de posible suspensión o otra sustitución de la pena impuesta al extranjero condenado, incluso en el hipotético supuesto de que el extranjero penado fuese aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, establecida en el artículo 80.4 del mismo Código, así como, la omisión de la previa audiencia del penado que preveía el artículo 89.1, también, la previa audiencia de las partes en la misma sentencia o posteriormente en auto motivado antes de dar inicio a su ejecución de las penas de prisión que no excedan de un año, o "excepcionalmente de dos años" por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad establecida en el artículo 88.1. Ello conduce a entender que la voluntad del legislador está orientada a excluir la concesión de la sustitución de las penas en los casos del artículo 71.2 CP por haber limitado su aplicación "de forma global" por la remisión dada conforme a lo dispuesto en la sección 2ª del capítulo III

⁹²⁸ V. El informe del consejo fiscal sobre el anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

del título III y, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda, tal como hizo -pero de forma concretada- en el artículo 89.1 CP, cuyo tenor establece que "*La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal*". Pero para mejor confección del tejido legislativo y el ordenamiento jurídico criminal, si fuera así la voluntad del legislador, se precisa prohibir expresamente la aplicación del artículo 71.2, a los extranjeros no residente legalmente en España dentro del citado texto o bien incluir la prohibición dentro del propio texto legal del artículo 89 CP tal como hizo claramente el legislador sobre la inaplicación de los artículos 80, 87 y 88 CP para los extranjeros no residentes legalmente en España.

La remisión señalada en el artículo 71.2 conforme a lo dispuesto en la sección II del capítulo III de este título, en particular el artículo 88 del Código Penal excluye la facultad del Juez para sustituir las penas de prisión por trabajo o multa por el mandato imperativo del artículo 89.1, por lo que puede entenderse que la sustitución del artículo 71.2 del mismo Código, pese a su carácter imperativo, excluye, también, de su ámbito de aplicación a los extranjeros no residentes legalmente en España por la ubicación del artículo 89 CP dentro de la sección II del capítulo III del título III del Código penal, y en su virtud la sustitución sería la expulsión del territorio español en lugar de multa o trabajos en beneficio de la comunidad. (Artículo 88.1). Sin embargo, el Tribunal Supremo (STS 18/3/2004) ha declarado que: el artículo 71.2 tras establecer con carácter imperativo la sustitución de la pena deja a salvo, como era lógico, la posibilidad de que se aplique la suspensión de la ejecución "en los casos en que proceda", suspensión que no es beneficio de concesión automática y obligatoria, como parece entenderse en el

recurso, sino facultad potestativa y discrecional, que puede acordarse o no según las circunstancias del hecho y del autor, desde luego de forma motivada (SSTC 224/92, 115/97 y 31/99, exigencia de la motivación incorporada al artículo 80 CP por la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre que entró en vigor el 1 de octubre de 2004).⁹²⁹. Magro Server,⁹³⁰ señala que "el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado sobre la interpretación y alcance del artículo 71.2 CP". Así lo recuerda la Sala 2ª del Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de marzo de 2004, Rec. 12/2003 (La Ley,12696/2004), al señalar que: «El párrafo 2 del artículo 71 establece taxativamente que cuando procede imponer una pena de prisión inferior a seis meses ésta será sustituida en todo caso, conforme a los arts. 88 y 89 del mismo texto legal que son las que integran la Sección 2ª del Capítulo III del Título III, que es a la que se remite al precepto. El artículo 88 atribuye a los Órganos judiciales la posibilidad de sustituir la pena de prisión que no exceda de un año por pena de multa que es lo que resolvió la sentencia impugnada, con criterio ajustado al marco normativo constituido por los arts. 71.2 y 88 del CP, y que fue el seguido por la sentencia de esta Sala de 27 de septiembre de 2000, dictada en el recurso de casación 4739/1998.

⁹²⁹ Conviene recordar, por otra parte, que los autos sobre suspensión de la condena o sobre sustitución de las penas privativas de libertad no son recurribles en casación (STS 539/2002, de 25 de marzo).SAP de Burgos 215/2004 de 7 de diciembre .Sala de lo Penal, Sección 1.

⁹³⁰ MAGRO SERVER, Vicente. La especialización de los Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales en la Ley Contra la Violencia de Género: El problema del sometimiento al art. 98 LOPJ. Artículo publicado en la web, "http://atún.la.ley.net/repenac/r14p_2005".

4. El archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

El párrafo 4º del artículo 89.1 del Código Penal establece que: "La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España".

Como consecuencia de lo dispuesto en el párrafo 4º del apartado 1º del artículo 89 del Código Penal la sustitución de la pena por la expulsión acordada en sentencia, se llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España^{931/932/933}. Este texto es idéntico a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 57⁹³⁴ de la Ley Orgánica 4/2000, teniendo en cuenta que, la expulsión gubernativa se extiende no sólo a los extranjeros no residentes legalmente en España, sino también, a aquellos extranjeros residentes de forma legal, procediendo a efectos de la expulsión gubernativa a la

⁹³¹ COBO DEL ROSAL, Manuel Y QUINTANAR DIEZ, Manuel. Instituciones de Derecho penal español. Parte general. CESEJ - Ediciones. Madrid, 2004. ob cit. Pág. 305.

⁹³² En este sentido, CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. (dira) Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo. Cuaderno de Derecho Judicial XXIII- 2005. Consejo General del Poder Judicial. ob cit. Pág. 331.

⁹³³ MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General. 7ª edición 2ª reimpresión. Editorial Reppertor, Barcelona 2005. Pág. 694.

⁹³⁴ El artículo 57. 4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por la ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, establece que "La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado".

pérdida de la autorización de residencia y trabajo⁹³⁵. PUMPIDO FERREIRO⁹³⁶, "acorde con lo prevenido en las disposiciones administrativas, en el párrafo 4º del repetido número 1 (del art.89 CP), reitera que la expulsión acordada conllevará el archivo de cualquier procedimiento que tuviere como finalidad la autorización para residir o trabajar en España, lo que por su claridad no necesita de comentario alguno". Para GARCIA ALBERO⁹³⁷, tal previsión, si bien puede resultar justificable tratándose de imputables, no tiene justificación alguna en caso de inimputables, toda vez que, inexistente reproche jurídico-penal alguno, se condiciona a modo de sanción la posibilidad de regularizar caso de concurrir sus presupuestos, cuando la propia ley de extranjería, en su redacción conforme a la LO 8/2003, sólo prevé como motivo de expulsión la condena por delito doloso sancionado con pena privativa de libertad superior a un año (art. 57.2)

En mi opinión, en primer lugar, el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización del extranjero condenado para residir o trabajar en España contemplado en el número 4 del artículo 89 del Código Penal, puede plantear la posibilidad de una vulneración no sólo del principio *non bis idem*, sino también del de legalidad, además de la posibilidad de la colisión con las normas administrativas debido a la dualidad de competencia entre dos poderes públicos que regulan los mismos supuestos de forma diferente, -el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador en materia de extranjería- por la

⁹³⁵ CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. (dira) Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo. Cuaderno de Derecho Judicial XXIII- 2005. Consejo General del Poder Judicial. ob cit. Pág. 331.

⁹³⁶ CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Código Penal Comentado. (Director y autor). Tomo I. 2ª Edición. BOSCH. Febrero 2004. ob cit. Pág. 316.

⁹³⁷ GARCIA ALBERO, Ramón. Comentarios al Nuevo Código Penal. GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir). MORALES PRATS, Fermín (coord. 3ª Edición. THOMSON Aranzadi 2004. ob cit. Pág. 583.

intervención penal con aquellos supuestos a que se refieren los apartados 2 y 7 del artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000⁹³⁸. A mí parecer, este párrafo es incongruente ya que, a efecto de expulsión procederá lógicamente el mismo resultado.

Bien explicado por GARCIA CATALAN: "¿Cómo se explica que pueda sancionarse con la expulsión una conducta que no constituye infracción contra la Ley de Extranjería?" Según GARCIA CATALAN⁹³⁹, el propio artículo 51 (de la Ley de Extranjería) señala que incurrirán en responsabilidad administrativa quienes sean autores o participen en "cualquiera de las infracciones tipificadas en los artículos siguientes", pero en éstos no aparece ninguna infracción cuya base fáctica tome como referencia una condena penal antecedente.

En segundo lugar, cuando el extranjero carece de autorización de residencia y se encuentra en situación de trámite para solicitarla o renovar su permiso o autorización de trabajo, no se considera esta persona en situación ilegal en España, hasta que resuelva definitivamente tal tramitación⁹⁴⁰. Por lo tanto, no se considera -en mi opinión- que dicho extranjero está en situación de ilegalidad, y por ende, no estará sujeto a la aplicación del artículo 89.1 CP desde el principio, dada la ausencia del requisito principal exigido por el referido artículo en el sentido de que el

⁹³⁸ Caso similar, CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. (dira) Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo. Cuaderno de Derecho Judicial XXIII- 2005. Consejo General del Poder Judicial. ob cit. Pág. 329. caso similar; los deberes de colaboración entre distintos poderes públicos que imponen los arts. 151 y 152 REx.

⁹³⁹ GARCIA CATALAN, José Manuel. Delincuencia Extranjera e Investigación policial. Atelier 2003. ob cit. Pág. 341.

⁹⁴⁰ V. Tramitación de autorización de trabo y residencia en España: SÁNCHEZ RIBAS, Javier/ FRANCO PANTOJA, Francisco, Guía para orientación legal en inmigración (2ª ed.). Editorial Lex Nova. Abril 2008. Págs. 168-212.

extranjero condenado ha de estar en situación definitiva de "no residente legalmente en España".

El artículo 89.1 del Código Penal exige para su aplicación la ilegalidad del extranjero en cuanto a su estancia o residencia en España, dado que, cuando el extranjero que estuviera todavía en tramitación administrativa para obtener la autorización de residencia o trabajo, hasta que no recaiga una resolución firme que ponga fin al procedimiento administrativo, el extranjero, en este caso, quedaría en una situación legal por haber adquirido "en su poder" el resguardo que justifica su situación pendiente de resolución administrativa firme, dicho resguardo, se considera equivalente a una estancia temporal justificada y acreditada por la autoridad administrativa competente, en este instante, el extranjero, aunque no haya adquirido, todavía, la calidad de residente legal de carácter firme, no alcanzaría la condición de "no residente legalmente en España", por lo que no pueda sujetarse a la aplicación del artículo 89.1 de Código Penal, lo contrario, resultaría confusa la aplicación del párrafo 4º del referido artículo. Además, la sustitución de la ejecución de la pena por la expulsión penal no figura en la Ley de Extranjería como causa de archivo del procedimiento pendiente de resolver, tampoco, el Código Penal no regula el archivo ni la paralización del proceso administrativo en trámite, teniendo presente, que el contenido del texto legal idénticamente establecido en el apartado 4º del artículo 57 de la Ley de Extranjería 4/2000, y es aplicable, por un lado, a los extranjeros residentes o no legalmente en España, y por otro, cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53 de esta Ley Orgánica, (art. 57.1), y cuando el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por

una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año (art.57.2). Entiendo que era innecesario mantener en el Código Penal una regulación como ésta ajena del Código Penal y más propia de la Ley de Extranjería.

En tercera lugar, a tenor del artículo 50 de la Ley Orgánica 4/2000, el ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas previstas en la presente Ley Orgánica, se ajustará a lo dispuesto en la misma y en sus disposiciones de desarrollo, y en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ya que, el archivo del procedimiento administrativo de autorización de trabajo y residencia, ha de ser mediante un acto fundado, motivado y notificado al interesado por la autoridad gubernativa competente con indicación de los recursos que contra el mismo se puedan interponer, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para presentarlos (artículo 57.9 LOE), ello, conforme con lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000 y su Reglamento que remiten expresamente al régimen general sancionador de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre⁹⁴¹. Otra cuestión es que el archivo del procedimiento administrativo ha de acordarse por el órgano administrativo que inició su tramitación⁹⁴², por lo que se recrea al extranjero, a partir de este momento, el derecho de recurrir la resolución administrativa ante el Tribunal de lo contencioso

⁹⁴¹ véase; CALVO ROJAS, Eduardo, "El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares". Reflexiones sobre la nueva ley de Extranjería. Cuaderno de Derecho Judicial, VIII-2001. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2002, Págs. 176-212.

⁹⁴² V. VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, Procedimiento Administrativo Común. (Comentario a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA, 1993. Págs. 318 y ss. Finalización del procedimiento administrativo art. 87 y ss.

administrativo, siguiendo a un proceso de una causa totalmente ajena a la decisión penal en la que principalmente originó el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización del extranjero para residir o trabajar en España⁹⁴³.

Visto de otro aspecto procesal, conforme con lo dispuesto en el párrafo 4º del artículo 89, es el Juez o Tribunal penal quien acordara el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. Creo que esta actuación no es apropiada dentro del procedimiento penal, ya que, el archivo del procedimiento administrativo objeto de autorización de residencia o trabajo en España es competencia de la autoridad administrativa en base a lo dispuesto en la Ley de extranjería y el procedimiento administrativo, por un lado, la decisión penal del archivo del procedimiento administrativo o la autorización de residencia o trabajo del extranjero en España, no está previsto en el Código Penal, ni con carácter principal ni accesorio, como privativo de derecho. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años, establecida en el párrafo g) del artículo 33.2 del Código Penal, es otra pena -además- grave, tampoco es aplicable al caso del extranjero expulsado, tampoco, nada tiene que ver con el artículo 89 CP. Por otro lado, independientemente de la expulsión penal del extranjero penado, la resolución administrativa que acordara el archivo de cualquier procedimiento administrativo es recurrible ante el órgano administrativo que acordó el acto impugnado y posteriormente ante el Tribunal de lo contencioso-

⁹⁴³ VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, Procedimiento Administrativo Común. (Comentario a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA, 1993. Págs. 387 y ss.

administrativo, este recurso no puede interponer en el caso del párrafo 4º del artículo 89.1, ya que, el Juez o Tribunal penal no es competente para resolver, tampoco, la administración por no haber acordado ningún acto administrativo, por lo que conduce, en este caso, negar el derecho del extranjero afectado a la tutela judicial efectiva por no haber podido lograr interponer el correspondiente recurso contra la resolución penal que acordó el archivo de la tramitación de residencia pendiente de resolver por otra vía distinta, extremo este, a mi entender, el Juez o Tribunal penal no es competente para aplicar otras penas sino está prevista en el ordenamiento jurídico español.

Por cuarta parte, la Orden 140/2005, de 2 de febrero, por la que se desarrolla el procedimiento aplicable al proceso de normalización previsto en la disposición transitoria tercera del Real Decreto 2393/ 2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, a efectos de la concesión de la autorización de residencia y trabajo, establece, en el número Décimo que: La concesión de la autorización de residencia y trabajo determinará el archivo de los expedientes de expulsión pendientes de resolución, así como la revocación de oficio de las resoluciones de expulsión que hayan recaído sobre el extranjero titular de la autorización, cuando el expediente o la resolución de expulsión correspondientes estén basados exclusivamente en las causas previstas en el artículo 53, apartados a) y/o b) de la citada Ley Orgánica 4/2000, referidos, respectivamente, a: Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente. Igualmente, encontrarse trabajando en

España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.⁹⁴⁴

La citada Orden permite subsanar la situación ilegal del extranjero con el archivo o la revocación de la orden de expulsión anteriormente dictada contra el mismo. Pues, es obvio que, en principio, la aplicación del artículo 89.1 CP dependería de la situación de la legalidad del extranjero en cuanto a su residencia, es decir que, si coincide que el extranjero lograra subsanar su situación - conforme con la citada Orden - el archivo del procedimiento administrativo, objeto de la autorización del extranjero para residir o trabajar en España acordado según el artículo 89 CP, concurrirá en un vacío en cuanto a la legalidad y quedaría sin sentido, no es por haber infringido una Orden, sino por la indebida aplicación del artículo 89.1 CP, ya que el sujeto no debería sujetarse al artículo 89.1 del Código Penal por la ausencia del imprescindible requisito de la residencia ilegal en España.

Lo anteriormente dicho, en mi opinión, se trata de una falta de coordinación y armonía de política legislativa criminal-administrativa por haber colocado un tema tan específico como el de extranjería en el Código penal. A mi juicio, para subsanar el sentido jurídico del párrafo 4 del

⁹⁴⁴ En este sentido, ORTS BERENGUER, Enrique y otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. ediciones Alfa Delta Digital 2005. Pág. 90, se han manifestado que; "de esta forma, el Derecho Penal viene a garantizar la observancia de la legislación administrativa, en la que se contempla la expulsión de los extranjeros que se encuentran en nuestro país de un modo irregular (art. 53 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformado por L.O. 8(2000, de 22 de diciembre). Pero, por esta vía nos podemos encontrar con situaciones verdaderamente injustas, de personas afincadas en España que, v. gr., se hallan en una situación irregular por no haber renovado la documentación pertinente, y tenga que ser expulsadas por una pena nimia".

artículo 89.1, debe redactarse de la siguiente forma: *La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España, y, [añadirse] "de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000". "o" se pueden añadir otros términos* <sin perjuicio de lo establecido en otras leyes>, Al propio tiempo, debe subsanar la Ley de Extranjería en el sentido de añadir también el término de [o penado] en el número 4 del artículo 57, para que redacta como la siguiente forma "La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado" [añade] <O PENADO O CONDENADO>.

FLORES MENDOZA^{945/946}, "se ha planteado si procede aplicar esta consecuencia jurídico-penal a los extranjeros que se hallen regularizando su estancia o residencia, en definitiva, su permanencia en nuestro país, cuestión asociada a la determinación del momento a tener en cuenta para determinar si el extranjero es o no residente legal. La autora entiende que dicho momento deberá ser el de la ejecución de la sentencia y no el de la comisión de la infracción jurídico-penal. Consecuentemente -a su juicio- la respuesta a la primera cuestión, esto es, si procede la expulsión a los extranjeros que el tiempo de la ejecución de la sentencia estén regularizando su permanencia en España, debe ser positiva".

⁹⁴⁵ FLORES MENDOZA, Fátima, *Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate)* PATRICIA LAURENZO COPELLO (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Pág. 114.

⁹⁴⁶ En este sentido, MAPELLI CAFFARENA y TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª edición. Civitas. Madrid 1996 ob cit. Pág. 109.

Del mismo modo, el artículo 108 del Código Penal prevé, de forma paralela a lo dispuesto en el artículo 89 del mismo Código en cuanto a la legalidad o ilegalidad de la residencia del extranjero a los efectos de su aplicación, para ORTS BERENGUER⁹⁴⁷, la estimación de la legalidad o ilegalidad de la residencia del extranjero a los efectos del presente precepto (se refiere al artículo 108 CP) habrá de hacerse en referencia al momento en que la sentencia en virtud de la cual se ha impuesto la medida de seguridad, haya adquirido carácter firme. Para GARCIA ALBERO⁹⁴⁸, la valoración sobre el carácter legal o ilegal de la residencia deberá hacerse en la fase de la ejecución de la sentencia, retrotrayendo la valoración justo al momento en que ésta ganó firmeza. En mi opinión, el momento para acreditar la legalidad o ilegalidad de la residencia del extranjero deberá ser antes de dictar la sentencia condenatoria, puesto que la pena originaria o la medida de seguridad impuesta al extranjero ha de ser obligatoriamente sustituida por la expulsión "en sentencia" (art. 89.1 y 108 CP), aunque para SANCHEZ MELGAR⁹⁴⁹, no parece razonable obligar al órgano jurisdiccional a tomar esta decisión en la propia sentencia, en tanto puede que en ese momento se carezca de datos concretos sobre la situación administrativa del incuso en la medida de seguridad.

⁹⁴⁷ ORTS BERENGUER, Enrique y otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. ediciones Alfa Delta Digital 2005. ob cit. Pág. 111.

⁹⁴⁸ GARCIA ALBERO, Ramón. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir). MORALES PRATS, Fermín (cod)], 3ª Edición. THOMSON Aranzadi 2004. Pág. 583.

⁹⁴⁹ SANCHEZ MELGAR, Julián. Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia) 2ª edición Sepín Madrid 2006 ob cit. Pág. 663.

5. El supuesto en el que no pudiera llevarse a efecto la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión

El párrafo 5º del reiterado número 1 del artículo 89 establece que: *"En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente"*.

El último párrafo del artículo 89.1 del Código Penal⁹⁵⁰ contempla el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente^{951/952/953/954}, sin prever la posibilidad de suspender o sustituir tal sanción, excluida en el párrafo precedente, (a lo que se refiere los artículos 80, 87 y 88)⁹⁵⁵. GARCIA ALBERO⁹⁵⁶, afirma que, frente al silencio de la original redacción del artículo 108, (en consonancia con lo establecido en el artículo 89), la nueva versión aclara ahora el carácter reversible de dicha sustitución cuando la expulsión no pueda

⁹⁵⁰ Este párrafo fue redactado por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre., en vigor desde 1 de octubre de 2003.

⁹⁵¹ COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DIEZ, Manuel. Instituciones de Derecho penal español. Parte general. CESEJ - Ediciones. Madrid, 2004. ob cit. Pág. 305.

⁹⁵² CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Código Penal Comentado. (Director y autor). Tomo I. 2ª Edición. BOSCH. Febrero 2004. ob cit. Pág. 316.

⁹⁵³ RODRIGUEZ RAMOS, Luis. Código Penal Concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarios, [Cood] La LEY grupo Wolters Kluwer. 2007. Pág. 249.

⁹⁵⁴ MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General. 7ª edición 2ª reimpresión. Editorial Reppertor, Barcelona 2005. Págs. 694 y 695.

⁹⁵⁵ ORTS BERENGUER, Enrique y otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. ediciones Alfa Delta Digital 2005. ob cit. Pág. 90.

⁹⁵⁶ GARCIA ALBERO, Ramón. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir). MORALES PRATS, Fermín (cood)], 3ª Edición. THOMSON Aranzadi 2004. ob cit. Págs. 582 Y 583.

llevarse a efecto: procederá el cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta. Del mismo modo, al igual como el artículo 108⁹⁵⁷ del Código Penal, según afirma CONDE-PUMPIDO FERREIRO⁹⁵⁸, se prevé el supuesto de imposibilidad de ejecución de la expulsión. Aunque no haya aquí una remisión expresa a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, es preciso acudir a ella en cuanto en la misma determina supuestos en que no resulta procedente la expulsión, como en: los casos de españoles de origen que hayan perdido la nacionalidad española, los cónyuges de extranjeros que residen legalmente, las mujeres embarazadas, así como otros supuestos de fuerza mayor o fundados en razones humanitarias, o que la expulsión no se había podido llevar a efecto al no haberse logrado la documentación original del condenado y no poder ser documentado ante las Autoridades de su país⁹⁵⁹.

El legislador en el artículo 89 CP no determina si ese impedimento *-si la expulsión no pudiera llevarse a efecto-* es por causa imputada al propio extranjero o bien a la autoridad administrativa, pues, en mi opinión, lo dispuesto en el párrafo 5º del artículo 89.1, si la expulsión no pudiese llevarse a cabo por motivo ajeno al extranjero, en ese caso, el cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente resultaría injusto introducir un tratamiento «discriminatorio»

⁹⁵⁷ El contenido del párrafo 3º del artículo 108 del Código Penal fue redactado igualmente como lo establecido en el párrafo 5º del artículo 89, el cual establece que; *En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.*

⁹⁵⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Código Penal Comentado. (Director y autor). Tomo I. 2ª Edición. BOSCH. Febrero 2004. ob cit. Pág. 363.

⁹⁵⁹ Vid el Auto de 4 de abril de 2006 del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 2006,

se proveería al extranjero sentenciado en un verdadero agravio comparativo lesivo del derecho a la igualdad por no recibir el mismo trato como otro extranjero en el que se encuentra en la misma situación y que podría hacerse efectiva la expulsión. Tampoco, permite el citado párrafo, en el caso de que la medida de expulsión no pudiera llevarse a efecto, la posibilidad de aplicar cualquier otra medida de las contenidas en los artículos 80 y ss del Código Penal, por lo que se conduce a encontrarnos ante una autentica laguna legal.

Se plantea la cuestión de inconstitucionalidad respecto del último párrafo del apartado primero del artículo 89 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros, que pudiera vulnerar el derecho constitucional a la igualdad recogido en el art. 14 de la Constitución Española en relación directa con el art. 17.1 del mismo texto legal, al otorgar a los extranjeros en situación irregular un tratamiento discriminatorio en el modo de ejecutar las sentencias condenatorias en el ámbito penal al imponer con carácter imperativo el efectivo cumplimiento de las penas privativas de libertad aun en los supuestos en los que la expulsión no pueda llevarse a efecto.

El Tribunal Constitucional, (Auto de 4 de abril de 2006), ha permitido adoptar medidas alternativas al ingreso en prisión en para el extranjero condenado y que no pueda ser expulsado independientemente de los motivos por lo que no se lleve a efecto la expulsión. El planteamiento de la cuestión, según señala el Tribunal Constitucional, se hace eco de la doctrina sentada por el mismo Tribunal en el sentido de que únicamente cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulte

indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma, señalando que dicha interpretación conforme podría hipotéticamente mantenerse argumentando que el párrafo tercero del art. 89.1 CP, al disponer que "la expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88", únicamente se está refiriendo al primer párrafo de dicho apartado y no al último en el que se establece que "se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente" en el caso de que la expulsión no haya sido posible. "la expresión cumplimiento de la pena privativa de libertad es algo opuesto e incompatible con la posible aplicación de alguno de los sustitutivos al efectivo cumplimiento". De manera que, "cualquiera de los criterios de interpretación que utilicemos (literal, sistemático, histórico o teleológico)" conducen "a una misma conclusión: la norma quiere, en aras a lograr a ultranza la eficacia de una determinada política criminal en materia de inmigración ilegal, excluir a todo extranjero en situación irregular de la posible aplicación de cualquier sustitutivo al efectivo ingreso en prisión..., colocando al extranjero en situación irregular en una posición distinta, y [...] discriminatoria, con el resto de posibles condenados (nacionales y extranjeros con residencia legal) frente al sistema de penas previsto en nuestro Código Penal".

El Tribunal Constitucional argumenta que la redacción del último párrafo del 89.1 del Código Penal resulta «plenamente razonable» porque al no poder llevarse a cabo la expulsión, «es lógico que la pena privativa de libertad retorne al primer plano». Pero añade que esto no es «en modo alguno obligado» y «cumplimiento» no es sinónimo de ingreso en prisión. El inmigrante puede acceder a la sustitución de esa medida «por otras menos gravosas en las mismas condiciones que los penados

españoles o extranjeros con residencia legal». Según El Tribunal Constitucional, se pueda adoptar medidas alternativas a la cárcel para un extranjero ilegal delincuente, que no puede ser expulsado, al margen de las causas por las que la expulsión sea inviable, ya que una vez decidida la sustitución de la pena en sentencia por una medida de seguridad en la que no ha podido ejecutar por causa ajena del penado, el cumplimiento de la pena originaria no sería ajustada a derecho, máximo cuando la sentencia ha tenido la firmeza, teniendo presente que la inejecución de la misma ha sido por causa no imputable al penado, pues deberá aplicarse otra medida con las mismas condiciones en vez del cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta. En definitiva, el Tribunal Constitucional rechaza que la cárcel sea la única vía para los inmigrantes condenados a los que no se pueden expulsar.⁹⁶⁰

El párrafo 5º del número 1 del artículo 89 no ha determinado los supuestos en los que no pudiera llevarse a efecto la expulsión, si son atribuidos del propio extranjero condenado o de otras razones ajenas al mismo, ya que, en algunos casos, la expulsión del extranjero esta condicionada con ciertas limitaciones tanto legal como humanitaria.

En cambio, la Ley Orgánica 4/2000⁹⁶¹, proporciona "una particular atención merece el supuesto de las extranjeras embarazadas sometidas a expediente de expulsión o devolución,

⁹⁶⁰ Colegio de Abogados de Zaragoza. Inmigración Extranjería, 23/5/2006.

⁹⁶¹ El artículo 57.5 d), de la ley 4/2000, establece que, la sanción de expulsión no podrá ser impuesta, d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral. Tampoco podrán ser expulsados los cónyuges de los extranjeros, ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero. (art. 57.6).

ya que prima en este caso el derecho que les reconoce la ley a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y posparto. Expresamente disponen los arts. 57.6 y 58.3 de la Ley 4/2000,⁹⁶² que no podrán ser expulsadas ni devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre. Una vez producido el alumbramiento y prestada la atención médica precisa, el menor seguirá lógicamente la suerte de la madre, de tal manera que si ésta es expulsada o devuelta lo hará acompañada de su hijo. El hecho de que el hijo haya nacido en España no es óbice para ello, ya que por este sólo hecho no se adquiere la nacionalidad española; sólo adquieren la nacionalidad española *por ius soli los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España* (artículo 17.1.b) CC). Ello no obstante, también cabe la posibilidad de que la madre abandone al niño u otorgue su consentimiento para que sea dado en adopción, en cuyo caso deberá intervenir la entidad pública competente, asumiendo la tutela e iniciando el oportuno expediente de adopción".⁹⁶³

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 17 de la Convención contra la Tortura u Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ha creado un Comité contra la Tortura u Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Si el extranjero sujeto a expulsión, devuelto o extraditado, no procede su expulsión o devolución a otro Estado cuando existen razones fundadas en peligro previsible, real y personal de ser

⁹⁶² El artículo 57.6 de la Ley Orgánica 4/2000, establece que "Tampoco podrán ser expulsados los cónyuges de los extranjeros, ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y hayan residido legalmente en España durante más de dos años, ni las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre".

⁹⁶³ CIRCULAR 3/2001 de 21 de diciembre sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

sometida a tortura u Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

Los artículos 33 de la Convención de Ginebra de 1951 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, ambos integrantes de nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto establecen la prohibición de expulsión y devolución de los extranjeros a todo país donde exista amenaza de persecución para ellos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora la circunstancia de arraigo, que es extensible a la protección de la familia⁹⁶⁴, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o que sea objeto de tortura o tratos degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión recomienda a los Estados miembros el deber de garantizar en sus leyes y políticas que afectan no nacionales se formulen y apliquen de forma tal que no estimulen o den lugar a discriminación y asegurar que las operaciones de control de inmigración no sean discriminatorias.. La Directiva 2001/40/CEE, de 28 de Mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, en su artículo 3.2 obliga a los Estados miembros a aplicar la Directiva respetando los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales⁹⁶⁵.

El párrafo 5º del artículo 89.1 del Código Penal en su redacción vigente, ha dado lugar a importantes problemas

⁹⁶⁴ La Constitución española establece en el artículo 39.1 que "los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia".

⁹⁶⁵ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima que con mayor motivo habrá de mantenerse la exigencia si se trata del derecho de familia, una de cuyas manifestaciones -tal vez la esencial- es "vivir juntos"-SSTEDH de 24 de Marzo de 1988, Olssen vs. Suecia 9 de Junio de 1998, Bronda vs. Italia entre otras--, vida común que queda totalmente cercenada con la expulsión.

interpretativos, pues una exégesis literal apuntaba al cumplimiento inexorable de la pena privativa de libertad, sin posibilidad de suspensión o sustitución.

El Anteproyecto establece que en todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente. Esta redacción parece clarificar que no necesariamente ha de procederse al ingreso en prisión pues en la ejecución de la pena cabe aplicar si concurren sus requisitos la suspensión o la sustitución.

La Circular 2/2006, admitiendo la aplicabilidad de las disposiciones de la suspensión o sustitución advertía de que esto no obstante, cuando la imposibilidad de materializar la expulsión se hubiera debido a una voluntad deliberadamente rebelde del penado extranjero concretada en actos obstruccionistas, tal circunstancia habrá de ponderarse debidamente a la hora de optar por el cumplimiento en prisión o por la suspensión o sustitución de la pena, para evitar que resulten "premiados" dichos comportamientos, lo que constituiría una incoherencia desde el punto de vista político criminal. Quizás esta matización debiera tener también expreso reflejo legal⁹⁶⁶.

⁹⁶⁶ Informe del consejo fiscal sobre el anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

APARTADO 2º

6. la prohibición de entrada a España

El apartado 2º del artículo 89 del Código Penal establece que: *El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.*

A efecto de la expulsión, el 2º apartado del artículo 89 del Código Penal instituye una prohibición de regreso a España del extranjero expulsado por una duración de diez años⁹⁶⁷, lo que implica un aumento sustancial de la duración de la expulsión, pues antes abarcaba un abanico que iba de los 3 a los 10 años y ahora estos últimos años se constituyen como plazo único y mínimo⁹⁶⁸. La procedencia o no de la expulsión es un argumento discutible - entra el mandato legal y su aplicación por los Tribunales - dependería de ciertas condiciones relacionadas con la gravedad, naturaleza del delito, la duración de la pena y la circunstancia personal del penado, etc., pero, lo que no es discutible es el plazo fijado de diez años de prohibición de regreso a España -para todos los condenados- una vez haya decidida la sustitución de la pena por la expulsión.⁹⁶⁹

⁹⁶⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel Y QUINTANAR DIEZ, Manuel. Instituciones de Derecho penal español. Parte general. CESEJ - Ediciones. Madrid, 2004. ob cit. Pág. 305.

⁹⁶⁸ SANCHEZ MELGAR, Julián. Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia) 2ª edición Sepín Madrid 2006, ob cit Pág. 574.

⁹⁶⁹ El artículo 130 de Código de 1928 establecía que "La expulsión de los extranjeros, decretada por los Tribunales como medida de seguridad, será comunicada a las autoridades gubernativas del lugar en que el reo deje extinguida la condena que le haya sido impuesta, o del en que residiere, para que se lleve a efecto en el plazo que el Tribunal haya fijado para ello". Es similar también a los establecidos en los siguientes artículos: según el artículo 64. 2 de la Ley Orgánica 4/2000 [Redactado conforme a la

ORTS BERENGUER⁹⁷⁰, afirma que, se han introducido también modificaciones importantes en lo que atañe a la prohibición de retorno a nuestro país por parte del expulsado. En la redacción anterior del artículo 89.2⁹⁷¹ se establecía un plazo de tres a diez años durante el cual el extranjero no podía regresar a España,⁹⁷² debiéndose concretar el término exacto en atención a la duración de la pena impuesta. Pues bien, ese marco se ha sustituido por un plazo único de diez años⁹⁷³, aplicable con independencia del delito cometido; plazo que puede resultar excesivo cuando la expulsión se acuerde por una pena privativa de libertad de corta duración, de manera que resultaba más adecuada la previsión anterior de adecuar la prohibición de regreso a la gravedad de la condena impuesta^{974/975}.

Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre] "La ejecución de la resolución de expulsión se efectuará a costa del extranjero si tuviere medios económicos para ello. Caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país, a los efectos oportunos".

⁹⁷⁰ ORTS BERENGUER, Enrique y otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. ediciones Alfa Delta Digital 2005. ob cit. Pág. 91.

⁹⁷¹ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, Código Penal Doctrina y Jurisprudencia. Tomo I. (Dirección CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO). Editorial Trivium 1997. ob cit. Pág. 1292. según ha manifiesta; este apartado "significa que el propio Auto acordando la sustitución -o excepcionalmente la sentencia- deberán fijar ese plazo (en los textos prelegislativos se optaba por el triple de la duración de la pena impuesta cuando se superasen así los tres años).

⁹⁷² El artículo 89.2 en la redacción originaria (vigente hasta 22-1-2001) así como la redacción dada por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre., (vigente desde el 23 de enero de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2003) establecía que "El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas".

⁹⁷³ En este sentido, SANCHEZ YLLERA, Ignacio. Comentario al Código Penal de 1995. Volumen I. Tirant Lo Blanch. Valencia 1996. Págs. 504 y 505. "esta duración es "equiparable al plazo de prescripción del delito".

⁹⁷⁴ En este sentido, CANUT, Josep. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir).FERMIN MORALES PRATS (cood)], 2ª Edición. Aranzadi 2001. Pág. 497. el plazo de duración de la expulsión que se fija entre tres y diez años en función de la gravedad de la pena impuesta, lo que ocurre es que dicho plazo es referido únicamente para los supuestos de expulsión como sustitución de pena privativa de libertad, y que comporta como consecuencia el cumplimiento de la pena sustituida. Pero para el supuesto "sui generis" de libertad condicional no se prevé el plazo de

ORTS BERENGUER añade que, al hilo de lo anterior cabe hacer algunas observaciones en relación con lo dispuesto en el último inciso, en el que se dispone que el extranjero no podrá regresar a España mientras no haya prescrito la pena⁹⁷⁶. Esta cláusula debe su origen a una observación realizada por el Consejo General del Poder Judicial en el informe emitido acerca del anteproyecto instado por el Gobierno, en el que se indicaba la necesidad de relacionar el citado plazo de prohibición de entrada con el de la prescripción de la pena, "pues, podría darse el caso de que delitos muy grave con penas muy elevadas quedaran sin sanción efectiva al reducirse el tiempo de expulsión a un plazo muy inferior al de la duración de la pena o plazo de prescripción, mientras que, por el contrario, delitos sancionados con penas menos graves podrían suponer una prohibición de regresar a España muy superior a la pena impuesta o a la prescripción de la misma" pero, tal y como ha quedado redactado el precepto parece haberse atendido únicamente al primer aspecto, estableciendo que si una vez transcurrido el plazo de diez años fijado para aquella medida el castigo todavía no hubiera prescrito, se deberá prorrogar

interdicción de vuelta a nuestro país, por lo tanto el impedimento de entrada quedará supeditado al plazo de pena que le quede por cumplir tras su expulsión. Cuestión distinta es que como consecuencia de las leyes de extranjería no pueda volver a nuestro país, pero ése será el fundamento de la prohibición y no el que nace de la sentencia, pues la pena ya estará extinguida.

⁹⁷⁵ FLORES MENDOZA, Fátima, *Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate)* PATRICIA LAURENZO COPELLO (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. Págs. 126 y 127. esta periodo, fijado en función de la pena (o en su caso de la pena que resta por cumplir) a contar desde la expulsión, no podrá ser inferior a los tres años ni superior a los diez.

⁹⁷⁶ SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*. Granada, 1999. Pág. 751. "en relación con el periodo de prohibición de regreso convendrá tener en cuenta el plazo de prescripción de la pena de que se trata, pues si la expulsión sustituye, por ejemplo, a una pena de prisión de tres años, de poco servirá una prohibición de regreso de más de cinco años, a partir de los cuales prescribe dicha pena sustituida (ver art. 133 CP). Además, la prohibición de regreso dentro del plazo fijado actúa como una condición resolutoria de la expulsión, por cuanto si el extranjero expulsado "regrese antes de dicho término, cumplirá las penas que le haya sido sustituida"

la prohibición de entrada. En cambio, no se recoge el supuesto contrario, es decir, que cuando la prescripción se produzca antes de los diez años se dé por concluida la medida de expulsión

Según PRATS CANUT/TAMARIT SUMALLA⁹⁷⁷, el punto dos del artículo 89 CP/1995, prevé el plazo de duración de la expulsión que se fija en diez años^{978/979/980} tras la LO 11/2003. Lo que ocurre es que dicho plazo es referido únicamente para los supuestos de expulsión como sustitución de pena privativa de libertad, y que comporta como consecuencia el cumplimiento de la pena sustituida. Pero para el supuesto "sui generis" de libertad condicional no se prevé el plazo de interdicción de vuelta a España, por lo tanto el impedimento de entrada quedará supeditado al plazo de pena que le quede por cumplir tras su expulsión. Cuestión distinta es que como consecuencia de las leyes de extranjería no pueda volver a nuestro país, pero ése será el fundamento de la prohibición y no el que nace de la sentencia, pues la pena ya estará extinguida.

GARCIA CATALAN⁹⁸¹ precisa que esta prohibición se graba en una base de datos, de modo que, si el extranjero quisiera regresar a España antes del plazo establecido en la prohibición, pudiese ser detectado por los servicios policiales de control en los puestos fronterizos y su entrada fuere inadmitida. En cuanto al alcance territorial de la

⁹⁷⁷ CANUT, Josep Miquel/TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir), MORALES PRATS, Fermín (cood)], 3ª Edición. THOMSON Aranzadi 2004. ob cit. Pág. 520.

⁹⁷⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Código Penal Comentado. (Director y autor). Tomo I. 2ª Edición. BOSCH. Febrero 2004. Pág. 316.

⁹⁷⁹ MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General. 7ª edición 2ª reimpresión. Editorial Reppertor, Barcelona 2005. p 695. [art.89, 2 CP. Nota 86].

⁹⁸⁰ RODRIGUEZ RAMOS, Luis. Código Penal Concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarios, [Cood] La LEY grupo Wolters Kluwer. 2007. Pág. 249.

⁹⁸¹ GARCIA CATALAN, José Manuel. Delincuencia Extranjera e Investigación policial. Atelier 2003. Págs. 360 y 361.

prohibición de entrada, según GARCIA CATALAN, se limita exclusivamente España, puesto que es a este territorio al que alude el apartado 3 del artículo 89 del Código Penal. Esto la diferencia de la prohibición de entrada que se genera como consecuencia de una resolución administrativa de expulsión, que tiene un alcance territorial para el conjunto de países firmantes del Acuerdo de Schengen⁹⁸².

En mi opinión, la prohibición de regreso a España -con el plazo fijado de diez años- a la que se refiere el Código Penal a consecuencia de la pena sustituida por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España está limitada únicamente a la expulsión judicial acordada conforme al artículo 89 del Código Penal, puesto que el apartado 3º del citado artículo se remita a los anteriores apartados sobre la prohibición decretada en el mismo sin remisión alguna a la expulsión administrativa. En cambio, la prohibición de entrada en territorio español conforme con lo establecido en el artículo 58.1 de la ley de extranjería, 4/2000, se extienda a toda expulsión,⁹⁸³ sea administrativa o judicial "con la previa solicitud por parte de la autoridad gubernativa" como en los casos a que se refiere el artículo 57.7 de la citada Ley. La expulsión y prohibición de regreso de un extranjero sea por causa penal o gubernativa se extiende no solo al territorio nacional sino a todos los Estados miembros de las Comunidades Europeas por aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990, ya que el extranjero expulsado cuando pretende entrar a un Estado miembros de las Comunidades Europeas figura inscrito en una lista de extranjeros no admisibles mediante Sistema de Información común de los Estados miembros, tal

⁹⁸² V. RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, Manual de ejecución penitenciaria. Madrid. Colex, 1998. Pág.200.

⁹⁸³ El artículo 58.1 redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, establece que: "Toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años y máximo de diez".

medida conduce a la denegación de otorgar al extranjero cualquier visado y por tanto le impide su entrada a cualquier Estado miembros de las Comunidades Europeas a tenor de lo establecido en el artículo 96.3 del Acuerdo de Schengen⁹⁸⁴. Así como la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión⁹⁸⁵, Igualmente, cuando un extranjero sea detenido en el territorio español y se constate que contra él se ha dictado una resolución de expulsión por un Estado miembro de la Unión Europea, se procederá a ejecutar inmediatamente la resolución, sin necesidad de incoar nuevo expediente de expulsión. Se podrá solicitar la autorización del juez de instrucción para su ingreso en un centro de internamiento, con el fin de asegurar la ejecución de la sanción de expulsión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 64.3 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, conforme a las Leyes Orgánicas 8/2000 y 14/2003⁹⁸⁶.

La causa de devolución o retorno se regulaba en la anterior Ley Orgánica 7/1985, hoy, Ley Orgánica 4/2000. El apartado 2º del vigente artículo 58 de la ley 4/2000, regula

⁹⁸⁴ El artículo 96.3 del Acuerdo de Schengen que: "Las decisiones podrán basarse asimismo en el hecho de que el extranjero haya sido objeto de una medida de alejamiento, de devolución o de expulsión que no haya sido revocada ni suspendida y que incluya o vaya acompañada de una prohibición de entrada o, en su caso, de residencia, basada en el incumplimiento de las legislaciones nacionales relativas a la entrada o a la residencia de extranjeros".

⁹⁸⁵ En el mismo sentido, GARCIA ALBERO, Ramón. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir).FERMIN MORALES PRATS (cood)], 3ª Edición. THOMSON Aranzadi 2004. Pág. 583. señala que, "la prohibición de regreso a España aplicada conforme al art. 108 queda ampliada a todo el territorio europeo donde se aplica el Convenio de Schengen, y la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, establece el conocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de tercer países".

⁹⁸⁶ El artículo 64.3 de la Ley Orgánica 4/2000, establece que "Cuando un extranjero sea detenido en territorio español y se constate que contra él se ha dictado una resolución de expulsión por un Estado miembro de la Unión Europea, se procederá a ejecutar inmediatamente la resolución, sin necesidad de incoar nuevo expediente de expulsión. Se podrá solicitar la autorización del juez de instrucción para su ingreso en un centro de internamiento, con el fin de asegurar la ejecución de la sanción de expulsión, de acuerdo con lo previsto en la presente ley".

la devolución sin exigencia de formalidad expediente de expulsión para los extranjeros en los que hayan sido expulsado en los siguientes supuestos: a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España. b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país. Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión. (Artículo 58.5°). El citado artículo mantiene todavía a los efectos de la devolución, el periodo de prohibición de entrada en territorio español por un periodo mínimo de tres años y máximo de diez, al igual como establecía en las redacciones anteriores del artículo 89.2 del Código Penal. Del mismo modo, el apartado 1° del artículo 60 de la misma ley, dispone que los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno.

Las anteriores redacciones del artículo 89 del Código penal fijaban en el número 2° que: "El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas"^{987/988}. Para PERIS

⁹⁸⁷ La redacción originaria vigente hasta 22-1-2001 y La segunda modificación por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, vigente desde el 23 de enero de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2003.

⁹⁸⁸ A. CALDERON CEREZO y CHOCLAN MONTALVO, J. A. Derecho Penal. Tomo I Parte General. 2° Edición Bosch 2001. ob cit. Págs. 491 y 492. "el contenido del régimen sustitutivo lo fija el numero 2.° del art. 89 debe evitarse que se cumpla la pena sustituida si es posible aún cumplir el régimen sustitutivo en sus propios términos".

RIERA/MADRID CONESA⁹⁸⁹, "tras señalar que el extranjero no podrá regresar a nuestro país, en ninguno de los supuestos, en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, prevé. Si regrese antes de dicho término, el cumplimiento de las penas que le haya sido sustituida. Ninguna particularidad presentaría este efecto del regreso, salvo lo relativo a la presencia de un plazo, a no ser por lo que añade el número tercero. Este apartado dispone como excepción, para el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, que será expulsado por la autoridad gubernativa, lo que impide la apreciación del delito de quebrantamiento de condena. Auténtica norma de policía en el más puro sentido administrativo, que ofrece el mismo trato a intentos de quebrantamiento de decisiones judiciales de expulsión que llegando a la misma conclusión derivan, sin embargo, de situaciones tan distintas como la sustitución o libertad condicional"⁹⁹⁰.

⁹⁸⁹ PERIS RIERA, Jaime/Madrid CONESA Comentarios al Código Penal (dirigidos por MANUEL COBO DEL ROSAL) Tomo III EDERSA 2000. ob cit. Pág. 1205. "En la sustitución en sentido estricto no puede haber plazo, como en la suspensión, porque no hay paralización de la ejecución sino cumplimiento sustituido. Aquí se incluye un plazo porque la sustitución no lo es tal, sino una especie de expulsión con prohibición de regreso, sometida ésta sí a plazo".

⁹⁹⁰ En este sentido, POZA CISNEROS, María Suspensión, Sustitución y Libertad Condicional, Manuales de formación continuada n° 4, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999. Págs. 235-358.

APARTADO 3º

7. El intento de quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada.

El apartado 3º del artículo 89 del Código Penal establece que: "El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad".

El apartado 3º del artículo 89 del Código Penal según afirma MANZANARES⁹⁹¹ tiene su origen en el párrafo segundo del artículo 451 del Proyecto de 1992, donde por primera vez se incluye, en el precepto tipificador del quebrantamiento de la expulsión, la expulsión gubernativa del expulsado judicial que fuese "detenido en frontera".⁹⁹² A juicio de MANZANARES, "mal puede se expulsado quien no llegó a pisar el territorio español, bien entendido que si hubiera penetrado en el mismo, habría cometido un delito. Todo indica que el deseo de evitar procesos judiciales y expedientes administrativos ha prevalecido sobre cualquier consideración jurídico-penal. No se perseguirá el quebrantamiento consumado o en grado de

⁹⁹¹ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, [CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO [Director]]. Código penal. Doctrina y jurisprudencia. Trivium SA. Primera Edición. Febrero 1997. Madrid. Pp. 1292 y 1293. MANZANARES afirma que, el número 3 del artículo 89 del Código Penal tiene su origen en el párrafo segundo del artículo 451 del Proyecto de 1992, donde por primera vez se incluye, en el precepto tipificador del quebrantamiento de la expulsión.

⁹⁹² En mi opinión, el quebrantamiento de la decisión judicial de expulsión del extranjero que haya sido expulsado del territorio español se encuentra su origen en el artículo 506 del Código Penal de 1928 cuyo tenor establecía que "El extranjero, cuya expulsión hubiere sido decretada con carácter de medida de seguridad, que fue de nuevo hallado en el Reino, será castigado con prisión de dos meses y un día a seis meses y multa de 1.000 a s.5.000 Pesetas".

tentativa, pero el condenado seguirá fuera de España. Aunque así no cumpla las penas sustituidas".⁹⁹³

El apartado 2º de las anteriores redacciones del artículo 89 del Código Penal establecía que "El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años,..., si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le haya sido sustituidas", es decir que, el mero regreso a España antes de dicho plazo constituía quebrantamiento de la condena sustituida y por tanto, el extranjero cumplirá las penas originariamente impuestas. En la redacción vigente el regreso del extranjero antes del plazo fijado no constituye ningún delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP) sino, simplemente, será devuelto por la autoridad gubernativa. Pues, el vigente artículo 89 ha venido a suprimir lo establecido en las redacciones anteriores por cuanto que el regreso del extranjero no da lugar al cumplimiento de la condena originariamente impuesta cuando quebrantara la prohibición de entrada a España antes del plazo fijado en sentencia, ya que como MIR PUIG⁹⁹⁴ "la sustitución es distinta a la que se produce cuando se incumple alguna de las condiciones de la suspensión de la ejecución de la pena. Tal incumplimiento no puede dar lugar al delito de quebrantamiento de condena, porque no es la condena impuesta (una pena privativa de libertad) lo que se incumple, ya que su ejecución está suspendida. En cambio, cuando se sustituye la pena por otra,

⁹⁹³ El artículo 24 del Código Penal de 1848 establecía las penas en que incurrían los que quebrantaban las sentencias; entre ellas, el extrañado perpetuamente del reino que quebrantaba la sentencia era condenado a reclusión perpetua, la cual cumpliría en el mismo punto de la relegación. Y los sentenciados a extrañamiento o relegación temporal eran condenados a prisión correccional, y cumplida ésta, extinguiría la anterior. Los sentenciados a confinamiento mayor o menor eran condenados a prisión correccional, imponiéndoseles a los primeros del grado medio al máximo, y a los segundos del mínimo al medio, y cumplidas estas condenas, extinguirían la de confinamiento. El desterrado era condenado a confinamiento por el tiempo de destierro.

⁹⁹⁴ MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General. 7ª edición 2ª reimposición. Editorial Reppertor, Barcelona 2005. ob cit. Pág. 694.

ésta debe ejecutar, y si no se cumple se quebranta en cuanto nueva condena".

ORTS BERENGUER⁹⁹⁵ apunta que, "en el caso de que el extranjero regresa a nuestro país antes del plazo fijado, señalaba el art. 89 en su versión anterior⁹⁹⁶, el extranjero debería cumplir las penas que le hubieran sido sustituida (apartado 2.º), a menos que fuera sorprendido en la frontera, en cuyo supuesto sería expulsado por la autoridad gubernativa (apartado 3.º)⁹⁹⁷, por el contrario, tras la L.O 11/2003, el citado precepto prevé, en su apartado 3.º, que cuando el condenado intente quebrantar la decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computar de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad⁹⁹⁸. Por consiguiente, el incumplimiento no determina la aplicación de la pena privativa de libertad sustituida, pero el tiempo que el extranjero hubiera permanecido fuera de España no se computa", al igual como los dispuesto -también- en el apartado 3.º del artículo 108 del mismo Código, empezando a computar de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad. "todo ello, según reza la exposición de Motivo de la mencionada Ley

⁹⁹⁵ ORTS BERENGUER, Enrique y Otros. Seguridad y Ciencias Policiales. Últimas reformas penales sustantivas y procesales. ediciones Alfa Delta Digital 2005. ob cit. Págs. 91 y 111.

⁹⁹⁶ El artículo 89 del Código Penal en la redacción originaria vigente hasta 22-1-2001 y La segunda modificación por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, vigente desde el 23 de enero de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2003. establecía en el número 2-º que: "El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas". Y en el tercero "No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa".

⁹⁹⁷ En este sentido CALDERON CEREZO A. y CHOCLAN MONTALVO J. A. Derecho Penal. Tomo I Parte General. 2º Edición Bosch 2001. Pág. 492.

⁹⁹⁸ Vid: COBO DEL ROSAL, Manuel Y QUINTANAR DIEZ, Manuel. Instituciones de Derecho penal español. Parte general. CESEJ - Ediciones. Madrid, 2004. Págs. 305 y 306.

de reforma, para tratar "de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento en su conjunto"⁹⁹⁹. En su opinión, se trata más bien de la expresión de un planteamiento que no compartimos -según dice- y que parece arrancar de la idea -a menudo colegida de datos manipulados- de que inmigración es sinónimo de delincuencia".

PRATS CANUT/TAMART SUMALLA,^{1000/1001} se pone así de relieve una administrativización de la ejecución; a estos efectos es particularmente ejemplificativo el punto tres del artículo 89 CP/1995, que prevé, en caso de intento de quebrantar la decisión judicial de expulsión que la *autoridad gubernativa* sin más procederá a su devolución. Y dicha expulsión gubernativa afecta tanto a los supuestos de sustitución de pena como de libertad condicional "*sui generis*", lo cual supone equiparar los efectos de incumplimiento de situaciones radicalmente distintas". También como señala SANCHEZ MELGAR¹⁰⁰², "la simple devolución por su incumplimiento no es suficientemente disuasoria, sino su cumplimiento en España, como debería ocurrir también en el caso del artículo 89 del Código penal, o bien el aseguramiento de su cumplimiento en el país de origen".

⁹⁹⁹ En este sentido. SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición. Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. p. 574. "De principio, la sinceridad del legislador de 2003 es total, pues su programa de intenciones aparte de clara se confiesa en la Exposición de motivo de la LO 11/2003".

¹⁰⁰⁰ PRATS CANUT/TAMART SUMALLA. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir).FERMIN MORALES PRATS (cood)], 3ª Edición. THOMSON Aranzadi 2004. ob cit. Pág. 520.

¹⁰⁰¹ Idéntico texto en la 2ª edición: PRATS CANUT, Josep Miquel. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir).FERMIN MORALES PRATS (cood)], Aranzadi 2001. Pág. 497.

¹⁰⁰² SANCHEZ MELGAR, Julián. Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia) 2ª edición Sepín Madrid 2006, ob cit. Pág. 663. "el precepto es correspondencia del art. 89 del Código penal para aquellos casos de condenas inferiores a seis años de privación de libertad".

MIR PUIG¹⁰⁰³ se plantea la cuestión de si el quebrantamiento de la pena sustituida puede constituir además el delito de quebrantamiento de condena (arts. 468 ss. CP). El supuesto cabe en la letra del art. 468, que alcanza a toda <condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia> cualquiera de las sustituciones previstas por el art. 88 no es del todo definitiva, sino que está sometida a una condición: que no se quebrante o incumpla la pena sustitutiva total o parcialmente. Si esta condición no se cumple, "la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente (art. 88.2). Puede decir, pues, que la sustitución de las penas privativas de libertad es tan condicional como la suspensión de su ejecución". En cambio, el apartado 3º del artículo 89 del Código Penal, a diferencia de la regla general, el quebrantamiento de la pena sustituida no constituirá el delito de quebrantamiento de condena establecida en el artículo 468 del CP en el supuesto del extranjero que quebrantara una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada, su castigo será -sin más- devuelto por la autoridad gubernativa a su país de destino.

La Ley de vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933, regulaba también el supuesto de quebrantamiento de expulsión, PUIG PEÑA¹⁰⁰⁴, señala que en caso de quebrantamiento de la orden de expulsión el extranjero será internado en un establecimiento de custodia por un año conforme con lo establecía en el artículo 6.º, 9.º de la Ley de vagos y

¹⁰⁰³ MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General. 7ª edición 2ª reimpresión. Editorial Reppertor, Barcelona 2005. Pág. 693.

¹⁰⁰⁴ PUIG PEÑA, Federico. Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros, tomo IX. Barcelona. Editorial Francisco Seix, S.A. 1958, Págs. 361 y 362

maleantes de 4 de agosto de 1933. La expulsión acordada por esta ley era consecuencia de un procedimiento judicial y decretado por esta autoridad. Igualmente, en el caso del artículo 24 del Código Penal de 1848, según PACHECO¹⁰⁰⁵, era natural en este caso se tomen nuevas medidas contra el que ha quebrantado su condena, al que se le extraña del reino, y vuelve, es necesario mudarle la pena, o añadirle alguna otra; porque si sólo se le torna a extrañar, tornará de seguro a volver. Pero no encontramos que la nueva pena decretada -la relegación- sea oportuna para semejante propósito.

En relación con el artículo 108 del Código Penal, PUMPIDO FERREIRO¹⁰⁰⁶, se hace referencia al quebrantamiento de la decisión judicial de expulsión cuando ésta constituye una medida de seguridad. pues a esta conducta es constitutiva, de delito -el de quebrantamiento de medida de seguridad del artículo 468 de CP- se ha optado en este supuesto por prescindir de su persecución y se ordena a la autoridad gubernativa que proceda a la devolución de la persona que ha quebrantado la medida de expulsión. Por otra parte, la norma que comentamos -según dice- tiene carácter especial respecto de la norma general reguladora del quebrantamiento de las medidas contenidas en el art. 100 del CP, por lo que resulta preferente su aplicación.

Con anterioridad a la modificación operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, la prohibición de volver a España para el extranjero expulsado era de entre tres y diez años, a juicio de SERRANO BUTAGUEÑO¹⁰⁰⁷, "en relación con

¹⁰⁰⁵ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y comentado ob cit. Pág. 486.

¹⁰⁰⁶ CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Código Penal Comentado. (Director y autor). Tomo I. 2ª Edición. BOSCH. Febrero 2004. ob cit. Pág. 363.

¹⁰⁰⁷ DEL MORAL GARCIA, Antonio y SERRANO BUTAGUEÑO, Ignacio. (coords.) Código Penal de 1995. Tomo I. Granada, 2002. Págs. 1033 y 1034. el mismo

el periodo de la prohibición de regreso convendrá tener en cuenta el plazo de prescripción de la pena de que se trata, pues, si la expulsión sustituye, por ejemplo, a una pena de prisión de tres años, de poco servirá una prohibición de regreso de más de cinco años, a partir de los cuales prescribe dicha pena sustituida (ver art. 133 CP), además, la prohibición de regreso dentro del plazo fijado actúa como una condición resolutoria de la sustitución, por cuanto si el extranjero expulsado "regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le haya sido sustituida" (art. 89.2); y también, lógicamente, la correspondiente al delito de quebrantamiento de condena (multa de 12 a 24 meses, del art. 468 CP). Lo anterior, siembre y cuando se encuentre ya dentro del país, es decir, en el interior de nuestra frontera; ya que "si fuese sorprendido en la frontera, será expulsado (directamente) por la autoridad gubernativa" (art. 89.3)". Lo prevenido en el número 3 del precepto vigente, para PUMPIDO FERREIRO¹⁰⁰⁸, es para evitar así los procesos judiciales y hasta los expediente gubernativos, empezando a computar de nuevo el plazo de entrada en su integridad".

En mi opinión, los extranjeros que hayan sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España que intenta quebrantar la prohibición de retorno y consigue entrar en territorio español, la autoridad gubernativa procederá a su devolución inmediata sin que el período de tiempo que hubiere pasado fuera de España les pueden ser computado en la liquidación de la condena. Por ello, es conveniente analizar la modalidad del quebrantamiento del extranjero la decisión judicial de expulsión y la prohibición de entrada para que produzca, en secuencia, su devolución o retorno al país de

comentario: SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio [cood] Código Penal (Comentario y Jurisprudencia). Editorial Comares. Granada, 1999. ob cit. Pág. 751.

¹⁰⁰⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Código Penal Comentado. (Director y autor). Tomo I. 2ª Edición. BOSCH. Febrero 2004. ob cit. Págs. 316 y 317.

destino tal y como se establece el apartado 3º del artículo 89 del Código Penal.

1- Se trata de una incongruencia contenida en el apartado 3º del artículo 89 del Código Penal en cuanto a la devolución o retorno al país de destino del extranjero, en el supuesto de que éste no haya sido expulsado.

El apartado 1º del artículo 89 exige imperativamente la sustitución de la pena por la expulsión del extranjero, mientras que el apartado 3º supone que el extranjero que haya sido expulsado y que intentara quebrantar una decisión judicial de prohibición de entrada o regreso a España durante el periodo fijado en el texto legal, será devuelto a su país por la autoridad gubernativa. Sin embargo cuando el extranjero se encuentra todavía en España por no haber sido expulsado, queda por tanto sin sentido tal devolución del extranjero que intenta quebrantar una decisión judicial de expulsión acordada en sentencia firme cuando dicha expulsión no llegó a ser todavía ejecutada. En mi opinión, para subsanar esto, debería añadirse al apartado 3º el término <expulsado> para quedar redactado del siguiente modo: "El extranjero <expulsado> que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad. Puesto que, el último párrafo del apartado. 1º, reconoce expresamente que la expulsión, a veces, no podría llevarse a efecto".

2- La prohibición de regreso establecida en el apartado 2º del artículo 89 CP, supone que el extranjero, una vez haya sido expulsado, cabe la posibilidad o puede quebrantar tal prohibición de entrada a España, por lo que proceda a su

devolución por la autoridad gubernativa a su país (apartado 3º). Conviene examinar esta apartado como siguiente¹⁰⁰⁹:

a) En primer lugar, el apartado 1º del citado artículo 89, determina de forma clara, los supuestos de la sustitución de las penas por la expulsión, así como los efectos derivados de cada supuesto de forma concreta, tal como, por ejemplo, "*La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal*". (Inciso 3º). También, "*La expulsión así acordada llevará consigo...*" etc. Sin embargo, los apartados 2º y 3º carecen de tal claridad, en cuanto dicen que "*El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años*", expresión de carácter general, sin determinar la situación legal del extranjero, aunque supone que el legislador se refiere al extranjero expulsado. Así pues, el texto legal se entendería mejor si hubiera sido redactado de la siguiente manera: **la expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en el territorio español por un plazo de diez años...**. De lo contrario, el texto conduce a entender que la expulsión es una cosa y la prohibición es otra, porque no se puede prohibir la entrada de un extranjero que intenta quebrantar una decisión

¹⁰⁰⁹ El artículo 89 CP, se aplica únicamente a los extranjeros que no han cumplido con una condición imprescindible establecida en la ley de extranjería, es la carencia de la debida autorización de residencia legal en España, pero tal condición o circunstancia es ajena al ordenamiento jurídico penal y, carece de armonía y coordinación entre dos leyes de distintas características, el penal y la administración. El Código penal por su parte, esforzando desesperadamente sustituir las penas impuestas al penado por medidas administrativas, sin tener en cuenta la medida procesal penal para garantizar la ejecución de lo juzgado, especialmente cuando el penado se encuentra en libertad provisional. Por otra parte, la Ley de extranjería, a su vez, regula también unos supuestos de carácter penal encaminada con la misma finalidad por la sustitución del procedimiento penal por la expulsión cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, además, constituye como causa de expulsión la condena del extranjero dentro o fuera de España por una conducta dolosa que constituya delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.

judicial de expulsión cuando ésta no fue ejecutada desde el principio.

b) El apartado 3º tampoco concuerda con el último inciso del apartado 1º del mismo artículo, el cual dispone que: *"En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente"*. Resulta sorprendente que el apartado 3º del artículo 89 CP beneficie/favorezca al extranjero que intenta quebrantar una decisión judicial de expulsión -sin más- por su devolución, mientras que, según el último inciso del apartado 1º del mismo artículo, se sanciona al extranjero que "obedece" la decisión judicial que acordó la sustitución de la pena por la expulsión, cuando ésta no pudiera llevarse a efecto por causa -en su caso- no imputada a este sujeto. Es obvio el desequilibrio y desigualdad entre los extranjeros condenados cuyas condenas fueran sustituidas por la expulsión, ya que, si no pudiera llevarse a efecto la misma, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente para el extranjero que se encuentra en la prisión provisional; en cambio, si el extranjero se encuentra huido, en libertad provisional o se desconoce su paradero, recibirá mejor trato y estará en mejor situación que el extranjero que se encuentra en la prisión, y quedarían, por tanto, las resoluciones judiciales al igual que las resoluciones administrativa, en la mayoría de los casos, inejecutables.

c) Igualmente, el apartado 3º del citado texto legal establece que *"El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada... será devuelto por la autoridad gubernativa"*, es decir que, en el

caso de quebrantar una condena no se aplica, como norma general, lo establecido en el Código penal si el infractor es un extranjero, sino, que simplemente se proceda a su devolución por la autoridad gubernativa. Considero que este concepto es ajeno al ordenamiento jurídico penal por la aplicación de los artículos del Código Penal según la nacionalidad de la persona condenada y no a los hechos cometidos, infringiendo el principio de igualdad ante la ley. Por lo demás, no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad de otra forma distinta que la prescrita por la Ley y el Reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto¹⁰¹⁰.

d) La prohibición de retorno a España prevista en el artículo 89.2 CP, se aplica por el Juez o Tribunal sentenciador, quién deberá fijar en sentencia "*la prohibición de retorno a España en un plazo de diez años de duración*". Este plazo de diez años no coincide necesariamente con el período de la condena impuesta al extranjero, aunque lógicamente, la duración de la prohibición de regreso debería ser igual que el periodo de la duración de la condena originaria o la prescripción del delito cuya condena haya sido sustituida por la expulsión. La redacción originaria del artículo 89 CP, vigente hasta el 22/1/2001, así como la posterior, vigente desde el 23/1/2001 hasta el 30/9/2003, fijaban la prohibición de entrada en un plazo de tres a diez años. Las anteriores redacciones eran más justas que la

¹⁰¹⁰ El apartado 3º del Código Penal no coincida con lo establecido en el artículo 468 del mismo Código Penal en cuyo tenor: 1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad.

2. En los demás supuestos, se impondrá multa de 12 a 24 meses, salvo que se quebrantaran las prohibiciones a que se refiere el apartado 2 del artículo 57 de este Código, en cuyo caso se podrá imponer la pena de prisión de tres meses a un año o la de trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días.

actual, en vigor desde el 1/10/2003, resultando de ello las siguientes consideraciones: El plazo de diez años de prohibición convierte de forma imperativa, rutinaria para los Jueces o Tribunales sentenciadores, a la ahora de sustituir la pena por la expulsión. El legislador omitió toda relación o equilibrio entre la duración de las penas impuestas y las medidas sustitutivas sin considerar la naturaleza de cada delito. La fijación establecida no sistematiza con el debido juicio de valor ponderado e individual, no atendiendo, además de la duración, la naturaleza del delito, las circunstancias personales del penado. Resultando de todo ello que el acusado llega a conocer de antemano el pronunciamiento judicial antes de redactarse la sentencia, constituyendo por tal motivo innecesaria la celebración del juicio por entender que la decisión judicial ya está pronunciada antes de la vista oral del juicio. Ello, independientemente de la culpabilidad de la comisión del delito y la pena sustituida que motiva la prohibición en cuestión.

e) Cuando el extranjero infractor fuera sorprendido de forma directamente inmediata a la perpetración del ilícito, como la definición de flagrancia empleada por el Tribunal Constitucional (STC. 341/1993, de 18 de noviembre), con ocasión de los recursos de inconstitucionalidad formulados contra el artículo 21 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, el Tribunal declaró que, *"la situación fáctica en la que el delincuente (infractor administrativo, en nuestro caso) es sorprendido -visto directamente o percibido de otro modo- (...) en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito.* Igualmente encajaría tal situación en la definición que de la flagrancia llevaba a cabo el derogado artículo 779. Primera de la LECrim, que en su párrafo 4 reputaba flagrante la conducta de quien fuere sorprendido inmediatamente después

de cometida la infracción con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación en la misma". Según la Consulta de la fiscalía General del Estado de 1/2001, de 9 de mayo sobre el retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España, los perfiles que separan las medidas del retorno y de la expulsión son en muchas ocasiones difíciles de establecer y poco nítidos. Existe una zona intermedia que genera dudas acerca de la aplicabilidad de una u otra figura jurídica, en la cual la valoración de las concretas circunstancias fácticas concurrentes se erige en clave para la adopción de una u otra solución. No obstante, la Fiscalía ha justificado el retorno conforme con lo dispuesto en el artículo 54.2.a de la Ley Orgánica 4/2000, a tenor del cual procede el retorno de quien ha contravenido la prohibición de entrada acordada en una previa orden de expulsión de la que fue objeto, puesto que dicho retorno es procedente pese a que el sujeto haya conseguido entrar efectivamente en territorio nacional y se halle incorporado a la dinámica social propia de la comunidad de destino.

f) Conforme a lo establecido en el primero del artículo 60 de la Ley Orgánica 4/2000¹⁰¹¹, se acordará el **retorno** cuando el extranjero se presente en un puesto fronterizo habilitado y no se le permita el ingreso en el territorio nacional por no reunir los requisitos necesarios para autorizarles la entrada, entre estos requisitos, la existencia de prohibición de entrada a España antes del transcurso del plazo fijado en la resolución judicial o administrativa por haber sido expulsado.

¹⁰¹¹ El artículo 60.1 de la Ley Orgánica 4/2000 establece que "Los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno".

La resolución administrativa de retorno se dictará por la autoridad gubernativa como consecuencia de la de denegación de entrada que al efecto, la cual se adoptará en procedimiento oportuno en donde consten acreditados, el derecho del interesado a la asistencia jurídica, y intérprete que serán gratuitas, y la determinación expresa de la causa por la que se deniega la entrada.

El retorno se ejecutará de forma inmediata y, en todo caso, dentro del plazo de **setenta y dos horas** desde que se hubiese acordado. Si no pudiera ejecutarse dentro de dicho plazo, la autoridad gubernativa o, por delegación de ésta, el responsable del puesto fronterizo habilitado, se dirigirá al Juez de Instrucción a fin de que determine el lugar donde haya de ser internado el extranjero, que no podrá tener carácter penitenciario, hasta que llegue el momento del retorno. Durante el tiempo en que el extranjero permanezca detenido en las instalaciones del puesto fronterizo o en el lugar en que se haya acordado su internamiento, todos los gastos de mantenimiento que se ocasionen serán a cargo de la compañía o transportista que lo hubiese transportado, siempre que no concurra el supuesto previsto en el apartado 3 del artículo 54 de la Ley Orgánica 4/2000, y sin perjuicio de la sanción que pueda llegar a imponerse a la misma.

Igualmente, la compañía o transportista se hará cargo inmediatamente del extranjero al que se le haya denegado la entrada y serán a cuenta de la misma todos los gastos que se deriven del transporte con el fin de ejecutar el retorno, que será realizado directamente por aquélla o por medio de otra empresa de transporte con dirección al Estado a partir del cual le haya transportado, al Estado que haya expedido el documento de viaje con el que haya viajado el extranjero o a cualquier otro Estado donde esté garantizada su admisión. La

detención del extranjero¹⁰¹² a efectos de retorno se comunicará a la Embajada o Consulado de su país y, en todo caso, al Ministerio de Asuntos Exteriores. La resolución de retorno no agota la vía administrativa y la misma será recurrible con arreglo a lo dispuesto en las leyes. Si el extranjero no se hallase en España podrá interponer los recursos, tanto administrativos como jurisdiccionales que corresponda, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, quienes los remitirán al organismo competente¹⁰¹³.

En cuanto a la regulación del quebrantamiento de la prohibición de regresar, el apartado 4º del art. 89 según la redacción dada por el Anteproyecto dispone que si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad. A este respecto cabe subrayar que la modificación supone volver al sistema del art. 89.2 en su versión de 1995 que disponía que si el expulsado regresara antes de ese término "cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas".

Tras la reforma de 2003 el apartado 3º del vigente art. 89 dispone que el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad. Este

¹⁰¹² MARTÍNEZ PARDO, Vicente, Detención e Internamiento de Extranjeros. Thomson Aranzadi. Navarra, Marzo, 2006. Págs. 39 y ss.

¹⁰¹³ Expulsión y Retorno. Información recogida de mir.es titularidad del Ministerio del Interior.

apartado 3º actualmente en vigor da, según la Circular 2/2006 un mismo tratamiento a dos supuestos distintos: el extranjero expulsado sorprendido en frontera y el extranjero expulsado hallado en territorio español, aplicándole la misma consecuencia jurídica: devolución y reinicio del cómputo. Por tanto, los criterios a seguir ante los supuestos de tentativa de regresar o de regreso a España consumado por parte del extranjero en incumplimiento de la prohibición son en ambos casos los de devolución inmediata.

El Anteproyecto vuelve al sistema previsto en la redacción originaria del Código Penal al establecer que si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. En nuestra opinión con la nueva regulación propuesta la voluntad rebelde del expulsado de regresar a España puede verse finalmente coronada por el éxito al no devolversele. Creemos que el sistema de devolución tanto para la tentativa de entrada como para la entrada consumada es más coherente con los objetivos político criminales perseguidos por la expulsión sustitutiva, por lo que entendemos en este punto preferible mantener el sistema introducido en el vigente art. 89 CP¹⁰¹⁴.

A. Las diversas modalidades de entrada del extranjero a España según su nacionalidad

Es conveniente también examinar las diversas modalidades de entrada del extranjero a España. Considerando que lo que no está permitido expresamente en la legislación vigente, Convenio o Tratado internacional, la entrada del extranjero

¹⁰¹⁴ Informe del consejo fiscal sobre el anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

será considerada como ilegal y por tanto procede su denegación o devolución según cada caso. Aunque cabe la posibilidad de encontrar alguna forma de entrada legal a España de un extranjero que haya sido expulsado como veremos más adelante. La entrada ilegal del extranjero a España presenta dos modalidades distintas: la primera, cuando *el extranjero se encuentra sorprendido en la frontera* -"La flagrancia"-; y la segunda, cuando *el extranjero se encuentra físicamente en el país*. La diferencia en ciertos casos resulta confusa sobre la devolución y la expulsión en cuanto a la aplicación de la ley. Ciertamente que, por el imperio del artículo 89.3 CP, "*El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto*", dicha devolución se realiza por la autoridad gubernativa de acuerdo con la ley de extranjería dependiendo del momento y de la situación en la que el extranjero se encuentra físicamente en el territorio español o fuera del mismo intentando entrar a España. *Cuestiones que ante el silencio del Código penal al respecto, han de resolverse, indispensablemente, conforme a lo establecido en la ley de extranjería y su reglamento.*

Para los extranjeros, existen tres modelos de entrada a España, dependiendo de lo establecido en la Ley de extranjería, su Reglamento y los compromisos internacionales asumidos por España en esta materia, Convenios o Tratados, así como de la nacionalidad del extranjero que pretende entrar al territorio español.

Examinaremos únicamente la modalidad de entrada y el derecho del extranjero sin entrar a fondo de los demás trámites derivados de su entrada a España, tratando de dejar de lado los derechos y el procedimiento administrativo que regula esta situación:

a) Ciudadanos no están obligados a obtener previamente visado de entrada a España ni justificar su entrada.

b) Ciudadanos no están obligados a obtener previamente visado de entrada a España pero sí están sujetos a justificar el objeto y condiciones de entrada.

c) Ciudadanos, sí, están obligados a la previa solicitud de visado de entrada desde el consulado de España donde residen los solicitantes.

a) Ciudadanos no están obligados a obtener previamente visado de entrada a España ni justificar su entrada.

Son los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario según la legislación de la Unión Europea y española, así como los ciudadanos de países en los que España sea parte por los Tratados internacionales. De conformidad con el artículo 1 del Convenio de Schengen de 19 de junio de 1990, sólo tienen la consideración de extranjeros las personas que no sean nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas. Como norma general, según la LO.4/2000, el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas ..., etc. (Artículo 25.1).

El Real Decreto 178/2003, establece en su artículo 4.1, que: La entrada en territorio español se efectuará con el

pasaporte o, en su caso, el documento de identidad en vigor y en el que conste la nacionalidad del titular. Es decir, basta con la identificación de la nacionalidad del titular mediante su pasaporte o DNI en vigor. La LO.8/2000, hace mención en la Exposición de motivos I de la ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, la necesidad de recoger los principios adoptados por los Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros de la Unión Europea en su reunión de 16 y 17 de octubre de 1999, en Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, así como el acervo Schengen sobre régimen de entrada, condiciones de expedición de visados, regulación de la estancia de los extranjeros, y responsabilidad y sanciones a transportistas. Sin embargo, de conformidad con la Directiva 73/148, el Estado miembro de acogida puede adoptar la medida de expulsión contra al nacional de un Estado miembro cuando no reúne los requisitos establecidos en su legislación interna (RD.178/2003) con la salvedad de respetar los límites impuestos por el Derecho comunitario

Todo ciudadano de la Unión o miembro de su familia podrá ser expulsado del territorio del Estado miembro de acogida por razones de orden público, seguridad o salud pública. Toda medida relativa a la libertad de circulación y residencia deberá basarse en la conducta personal del interesado. No podrá justificar automáticamente tal medida la existencia de condenas penales. La conducta personal del interesado deberá representar una amenaza suficientemente grave y real para el interés fundamental del Estado de acogida. En este supuesto, no cabe hablar de quebrantar una decisión judicial penal de expulsión y prohibición de entrada de conformidad con el artículo 89.1 CP, ya que, no podrá justificar automáticamente tal medida la existencia de condenas penales, puesto que la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea por razones de orden público, seguridad o salud pública por haber sido

sometido a la legislación reguladora del orden público y de la seguridad pública, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, y a las disposiciones reglamentarias vigentes al respecto. Todo ello, aunque cabe la posibilidad de expulsar los nacionales de la Unión Europea por la vía gubernativa, pero son excluidos del ámbito de aplicación del artículo 89 del Código Penal por la libre circulación que ya he examinado anteriormente en la parte correspondiente a la clasificación de los extranjeros.

b) Ciudadanos no están obligados a obtener previamente visado de entrada a España pero sí están sujetos a justificar el objeto y condiciones de entrada.

El artículo 25.1, redactado conforme a la LO. 8/2000, de la mencionada LO: 4/2000, establece que *"El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios"*. España es parte de los Tratados internacionales con algunos de los países latinoamericanos que regulan el régimen de entrada de sus ciudadanos a España recíprocamente, ya que la entrada del nacional de aquellos países, además del pasaporte en vigor, *deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en*

condiciones de obtener legalmente dichos medios, y no estar sujeto a prohibiciones expresas. (Artículo 25.1).

Estos ciudadanos están sujetos -cuando proceda- a la aplicación del artículo 89.1 del Código Penal, por lo que, los agentes de aduana deberán tener una lista donde deja constancia de todos los datos correspondientes al extranjero cuando pretende entrar a España, por ser exento de VISADO según dispone en los tratados internacionales firmados por España, pero dichos ciudadanos deben justificar el objeto, motivo de estancia, y acreditar los medios de vida para el tiempo que pretendan permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios, también, la existencia o no de orden de expulsión y prohibición de entrada durante el periodo fijado, tanto por orden administrativa como judicial, ya que, la lista debería ser inmensa por tratarse de muchos países y años para revisar, no solo -en su caso- el control sobre la existencia o no de la prohibición acordada por la autoridad española, sino también por todos los países comunitarios.

c) Ciudadanos, sí, están obligados a la previa solicitud de visado de entrada desde el consulado de España del país de destino o donde residen los solicitantes.

Salvo los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, será preciso, además, (del pasaporte) un **VISADO**, para entrar a España. (Artículo 25.2. Redactado conforme a la LO.14/2003). El visado no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en su normativa específica, además, no es el caso que nos ocupa. Sin embargo, excepcionalmente, se

podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en el artículo 45 de la Ley Orgánica 4/2000, cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. El Reglamento (CEE) No 574/1999 del consejo de 12 de marzo de 1999, ha constituido una lista como obstáculo para una mayor seguridad en determinación de los terceros países cuyos nacionales deberán estar provistos de visado al cruzar las fronteras exteriores. (Artículo 6 L 72/4).¹⁰¹⁵ Ya que, los nacionales que cuyos países no están incluidos en la lista podrán, por tanto, entrar en cualquier país de la Unión europea sin visado, entre ellos España.¹⁰¹⁶

El artículo 25 bis, de la citada Ley de extranjería, califica diversos tipos de visados determinantes a los extranjeros que se propongan entrar en territorio español, tal como, Visado de tránsito, de estancia, de residencia, residencia y trabajo, de estudios, etc., el visado deberá válidamente expedido por la representación diplomática

¹⁰¹⁵ Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18. 3. 1999.

¹⁰¹⁶ Lista común contemplada en el artículo 1 de terceros países cuyos nacionales deberán estar provistos de visado al cruzar las fronteras exteriores. I. Afganistán. Albania. Angola. Arabia Saudita. Argelia. Armenia. Azerbaiyán. Bahrein. Bangladesh. Belarus. Benin. Bhutan. Birmania/Myanmar. Bulgaria. Burkina Faso. Burundi. Cabo Verde. Camboya. Camerún. Chad. China (*). Comoras. Congo. Corea del Norte. C.te d'Ivoire. Cuba. Djibouti. Egipto. Emiratos Árabes Unidos. Eritrea. Etiopía. Ex Republica Yugoslava de Macedonia. Fiji. Filipinas. Gabón. Gambia. Georgia. Ghana. Guinea. Guinea-Bissau. Guinea Ecuatorial. Guyana. Haití. India. Indonesia. Irán. Iraq. Jordania. Kazajstán. Kirguistan. Kuwait. Laos. Líbano. Liberia. Libia. Madagascar. Maldivas. Mal. Marruecos. Mauricio. Mauritania. Moldova. Mongolia. Mozambique. Nepal. Níger. Nigeria. Omán. Pakistán. Papua Nueva Guinea. Per. Qatar. República Centroafricana. República Democrática del Congo. República Dominicana. República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro). Rumania. Rusia. Rwanda. Santo Tom. y Príncipe. Senegal. Sierra Leona. Siria. Somalia. Sri Lanka. Sudan. Suriname. Tanzania. Tailandia. Tajikistan. Togo. Tunes. Turkmenistán. Turquía. Ucrania. Uganda. Uzbekistán. Viet Nam. Yemen. Zambia.

II. Entes y autoridades territoriales no reconocidas como estados por todos los estados miembros: Taiwán.

(*) En lo que se refiere a China, se exceptúa a los titulares de pasaportes expedidos por la Hong Kong Special Administrative

española en el país donde resida el solicitante y en vigor, extendido en el pasaporte o documento de viaje o, en su caso, en un documento aparte, salvo lo dispuesto en el apartado 2 del citado artículo 25, como son, lo anteriormente dicho, los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, así como el extranjero se encuentre provisto de tarjeta de identidad de extranjero "residencia" o, excepcionalmente, de una autorización de regreso, si esta en trámite. Como señala la exposición de motivos de la LO.14/2003, de 20 de noviembre, el visado habilitará al extranjero para permanecer en territorio nacional en la situación para cuyo fin haya sido concedido, así como la necesaria concesión de autorización para residir y trabajar

Si el extranjero no se encuentra recogido en los tres supuestos mencionados en los dos apartados anteriormente expresados, ni se cumple con el tercer supuesto ocurrirán las siguientes consecuencias:

1. No podrán entrar en España, ni obtener un visado a tal fin, los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de Convenios internacionales en los que sea parte España.

2. A los extranjeros que no cumplan con los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deban formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo. (Artículo 26. LOE).

B. Polémica sobre la denegación de entrada del extranjero a España.

Se trata de negar la entrada en frontera del extranjero cuando no cumple con los requisitos legales que le habilita su entrada. Pues ha de diferenciarse entre el extranjero que se halle físicamente en el suelo español y el extranjero que se encuentra fuera de España. En principio, todos los puestos fronterizos, aeropuertos, puertos marítimos y terrestre son sujetos a la legislación nacional dimanante de la soberanía española sobre su propio territorio nacional. Sin embargo, el extranjero que se le niega su entrada por incumplimiento de la ley, no puede ser considerado dentro del territorio español, aunque lo es físicamente, por otro término, a quien se le niega su entrada estaría todavía fuera, por no haber sido concedida su entrada.

En mi opinión, el compromiso internacional conserva el derecho fundamental reconocido en los tratados internacionales, convenios, constitución y la legislación dan al extranjero la posibilidad de impugnar la resolución que se le niega su entrada a España. En tal situación el extranjero, pese al incumplimiento de la ley, en su caso, podrá lograr su entrada y permanecer de forma legal en España en tanto resuelve el recurso definitivamente, ya que de conformidad con el apartado 2º del artículo 26 la Ley de Extranjería¹⁰¹⁷, la denegación de entrada será mediante resolución motivada, con

¹⁰¹⁷ El artículo 26.2, de la Ley Orgánica 4/2000, conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre establece que "a los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deban formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo".

información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deban formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo. En tanto, el extranjero adquirirá la condición de titular de un derecho a la tutela judicial efectiva. El problema no se comienza cuando el Tribunal competente desestima el recurso interpuesto por el extranjero contar la resolución administrativa que negó su entrada a España, sino, desde el momento de su notificación de dicha resolución para adquirir su firmeza y para advertir al interesado abandonar el país en un plazo fijado por la misma Ley, si no lo hace voluntariamente el extranjero se convierta en situación irregular o ilegal, es cuando proceda la expulsión mediante otra resolución gubernativa que casi nunca llega a ejecutarse, salvo de forma casual.

Entiendo que, si el extranjero no pudiera lograr la entrada legal en España se considera fuera de España, motivo por lo que no se puede gozar del derecho expresado en el artículo antes mencionado (26.2), toda vez que el derecho del extranjero esta reservado para cursar los recursos procedentes, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes ubicadas en su país de destino o de residencia, estas oficinas tendrán los mismos efectos legales en España. El artículo 65.2 de la Ley Orgánica 4/2000, establece estas posibilidades de carácter recurrible de las resoluciones administrativas sancionadoras pero cuando el extranjero afectado no se encuentre en España.

Efectivamente, según el establece el artículo 26.1.¹⁰¹⁸, los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, no podrán entrar en España, ni obtener un visado a tal fin, pero el caso no es este, sino es el contenido del apartado 2º del mismo artículo, es cuando la ley permita de forma legal aumentar la cantidad de extranjeros que pretendan entrar a España sin el debido cumplimiento de lo exigido por la ley. Por ello, en mi opinión, era necesario modificar el citado párrafo, en el sentido de tramitar el recurso en el país de destino o de residencia del extranjero, y "no en España", ya que, a los extranjeros que no cumplan con los requisitos establecidos para la entrada no se pueden considerarles dentro del país, ni por tanto titulares de ningún derecho, todo ello con el fin de evitar la permanencia oportunamente innecesaria del extranjero en España, y para disminuir el volumen de los procedimientos judiciales en los Tribunales, civiles, penales, contencioso administrativos, y incluso, laborales, así como, los gastos de Abogados, procuradores, interpretes etc., habida cuenta, por tanto, que, con los consiguientes resultados, ya no sólo económicos, sino pérdida de tiempo tanto judicial como administrativo.

La denegación de entrada a España del extranjero ha de ser acordadas mediante una resolución administrativa motivada y notificada en forma y tiempo, teniendo en cuenta las siguientes tramitaciones respecto al derecho del extranjero afectado; como por ejemplo, su declaración y la previa audiencia del interesado, la presencia de Letrado y interprete, la Interposición -en su caso- del correspondiente

¹⁰¹⁸ El artículo 26.1, de la Ley Orgánica 4/2000, conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre establece que "No podrán entrar en España, ni obtener un visado a tal fin, los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de Convenios internacionales en los que sea parte España".

recurso, que también, a su vez, recurrible..., todo ello, no se efectúa en dos días, tampoco quedaría el extranjero en el puesto fronterizo todo el tiempo que dure la tramitación del recurso, puesto que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1º del artículo 21 de la Ley Orgánica 4/2000, "*Los actos y resoluciones administrativas adoptados en relación con los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes*", en definitiva, según lo articulado, el extranjero consigue su finalidad de permanecer en España los suficientes años hasta que se resuelve su situación en España definitivamente por la autoridad judicial competente, todo ello, en cumplimiento de la ley y el derecho a la tutela judicial efectiva.

En cuanto al aspecto penal, cuando el extranjero se encuentra en zona de tránsito, sea aérea, marítima o terrestre y, intente o comete algún delito, la competencia en estos casos incumbe a la autoridad española, sea gubernativa o judicial según cada caso, pero cuando se trata de denegar la entrada del extranjero a España en la frontera por el incumplimiento de algún requisito legal, el derecho a la tutela judicial debe limitarse a quien se encuentra físicamente dentro del territorio español. Lo dicho, no afecta a la soberanía del Estado español sobre su territorio nacional en el sentido jurídico reconocido internacionalmente. Si la entrada del extranjero a España no fuese admitida, pudiendo el extranjero, reclamar su derecho a través de la vía diplomática desde el país de destino por no haber sido hallado legalmente en España.

Lo cierto es que, a mi forma de entender, el caso no se trata de denegar la entrada del extranjero a España, sino, mas bien, "rechazar su entrada", ya que, el término denegar es concepto negativo, supone que la autoridad competente no ha

concedido algún "derecho" que se le ha pedido el extranjero, sin embargo, el término más adecuado es "rechazar" es decir mostrar oposición hacia alguien por no cumplir con los requisitos establecidos por la ley para su recepción. Además, el acto administrativo negativo no tiene efecto suspensivo, pudiendo aplicar este concepto al caso pero en su sentido objetivo de fondo no de forma.

No podemos olvidar, además, que durante el tiempo transcurrido hasta la firmeza de la sentencia para resolver la legalidad o ilegalidad de la entrada del extranjero a España -tratándose de un acto administrativo- el extranjero debe ser en libertad, convirtiéndose al final del trayecto, en el caso de desestimar su recurso, como un extranjero "más" no residente legalmente en España. A pesar de todo ello, el extranjero, en esta situación, no estará en alcance del artículo 89.1 del Código Penal cuando comete algún delito el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años, las penas no serán sustituidas por su expulsión del territorio español, por no reunir -durante la tramitación del proceso- el requisito de no residente legalmente en España. Extremo este que, es controvertido con la voluntad y el reesforzó del legislador en la lucha contra la inmigración ilegal en España, pues, en este caso, si el extranjero llega a cometer "además" algún delito no estaría en peor situación.

Tampoco cabe la expulsión por aplicación de la ley de extranjería, puesto que, el artículo 57.7, a) de la Ley Orgánica 4/2000, condiciona la situación del procedimiento penal por la expulsión del extranjero del territorio nacional, por unos supuestos ajenos del presente casos, por las siguientes razones: Por un la lado, porque no existe expediente administrativo de expulsión contra el extranjero, sino, ante una denegación de entrada, ya que no cabe hablar de

expulsar a una persona cuya presencia en España está pendiente de resolver judicialmente. La denegación de entrada se convierta en expulsión cuando se desestima el recurso planteado sobre la legalidad o el derecho de entrada del extranjero a España. Por otro lado, al no existir expediente de expulsión no habrá constancia del hecho delictivo que se puede acreditar para el expediente de expulsión por la inexistencia del mismo, o en el caso contrario, se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta y no conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión. Salvo la existencia de expediente de expulsión por otra causa independientemente distinta. En este caso estaremos ante un conflicto de ley e indefensión.

En el mismo modo, en esta situación, no es aplicable lo dispuesto en los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como a), d) y f) del artículo 53, de la Ley de Extranjería como causas en las que puedan proponerse la sanción de expulsión del territorio español, ya que, el extranjero que haya sido permitida su entrada por la autoridad española para ejercer su derecho en España por haber sido denegada su entrada, no se puede considerarle irregularmente en territorio español, porque "todavía" no se encuentra en los supuestos establecidos a tal efecto que permita su salida obligatoria ni su expulsión por la autoridad administrativa por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, o por no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente. Igualmente, no proviene por el incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley. Ni por la participación

del extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la LO. 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la citada LO. 1/1992. Ni por inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito. Tampoco, se encuentre dentro de Los que pretendan entrar ilegalmente en el país artículo 58.1,b).

Ninguno de los citados supuestos incluye la situación que tratamos, pues, si el extranjero no realiza la salida de forma voluntaria, dudablemente puede aplicar los demás supuestos de forma directa. La desestimación del recurso interpuesto por el extranjero por haber sido denegada su entrada es de competencia de lo contencioso administrativo al tratarse de acto administrativo, por lo que no se considera recogido en el supuesto a) del citado artículo 58.1, tampoco, existe orden de expulsión contra el extranjero ya que la resolución acordada no trataba de expulsión ni devolución sino denegación de entrada legal en España, a deferencia de devolución por haber intentado o entrado ilegalmente en el país. No cabe, tampoco, la posibilidad de recogerse por el contenido de párrafo c), pero esa no es la intención del legislador, por una parte, la entrada del extranjero desde el principio fue denegada y estando todavía denegada por lo que no cabe por tanto discutir de continuar a una permanencia que no fue anteriormente otorgada. Del mismo modo, la falta de autorización para encontrarse en España, supone que el extranjero consiguió

entrar a España legalmente sin visado en los caso que no le se exija por tratado internacional o convenio, o consiguió la entrada legalmente con un visado validamente en vigor pero ha transcurrido el plazo fijado de su duración sin que haya solicitado la correspondiente autorización para encontrarse en España de forma legal. Todo ello, al no haber considerado el extranjero no residente legalmente en España no será sujeto, por tanto, al ámbito de aplicación del artículo 89 del Código Penal.

APARTADO 4º

8. La exclusión de extranjeros condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal

El apartado 4º del artículo 89 del Código Penal¹ establece que: "Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal".

La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica de 11 de enero de 2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que ha modificado la Ley de Extranjería¹⁰¹⁹, PRATS CANUT/TAMART SUMALLA¹⁰²⁰, se han previsto en su disposición

¹⁰¹⁹ En este sentido, DEL MORAL GARCIA, Antonio y SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. (coods) Código penal (Comentario y Jurisprudencia). Tomo I. Granada, 2002. ob cit. Pág. 1031.

¹⁰²⁰ PRATS CANUT/TAMART SUMALLA. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir).FERMIN MORALES PRATS (cood)], 3ª Edición. THOMSON Aranzadi 2004. Págs. 520 y 521, PRATS CANUT. Comentarios al Nuevo Código Penal. QUINTERO OLIVARES (Dir.) MORALES PRATS (cood). 2ª Edición. Aranzadi 2001, ob cit. Pág. 497.

adicional segunda añadir un párrafo cuatro al artículo 89 de Código Penal en el sentido de excluir de la posible medida de expulsión, aquellos supuestos en que el delito que trae causa de la condena para la cual se solicita una forma alternativa de cumplimiento, ya sea la libertad condicional ya sea la suspensión de la pena, éste previsto en el antes citado nuevo punto 4 del artículo 89 del Código Penal. Éste apartado, señala PUMPIDO FERREIRO¹⁰²¹ "corresponde a igual número del antiguo artículo 89 y es fiel reproducción del mismo por haber sido intocado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, excluye de la aplicación del artículo a los extranjeros que hubieran sido condenados por los delitos previstos en los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal"¹⁰²². Es decir, como dice SANCHEZ MELGAR¹⁰²³, los "delitos de tráfico ilegal de mano de obra y de personas por razones obvias; la expulsión favorecía al delincuente que, una vez expulsado de España, reiniciaba sus labores y actividades delictivas. Los otros se refieren a la comisión en el seno de organizaciones criminales". Al igual que ocurría con la expulsión gubernativa constante el proceso penal, no se aplicará en relación con los delitos de tráfico ilegal de personas o manos de obra, y, en todo caso, la aplicación del

¹⁰²¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Código Penal Comentado. (Director y autor). Tomo I. 2ª Edición. BOSCH. Febrero 2004. ob cit. Pág. 317.

¹⁰²² En este sentido. GARCIA CATALAN, José Manuel. Delincuencia Extranjera e Investigación policial. Atelier 2003. ob cit. Pág. 362. "La expulsión judicial, según el apartado 4 del artículo 89 del Código Penal..., no es posible en los casos de que el extranjero hubiere sido condenado por uno de los delitos a que se refiere los artículos 312, 318 bis, 515,6º y 518 del Código Penal. Sorprende que, en esta enumeración, no se haya incluido el artículo 313. que sanciona a quienes promueven o facilitar la inmigración clandestina de trabajadores a España o a quienes, simulando contrato o colocación u otra forma de engaño semejante, determine o favorezca la emigración de alguna persona a otro país".

¹⁰²³ SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición. Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. ob cit. Pág. 576.

art. 89 del Código Penal debe hacerse huyendo del automatismo.¹⁰²⁴

DEL ROSAL/QUINTANAR DIEZ¹⁰²⁵, puntualizan el referido apartado 4 en el sentido de que "la sustitución para los extranjeros de la pena de prisión por la de expulsión queda exceptuada de los delitos de:

- 1) Trafico ilegal de mano de obra no recluta o determinación de personas a abandonar su puesto de trabajo o empleo de súbditos extranjeros sin permiso de trabajo (art. 312 CP).
- 2) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art.318 bis. CP).
- 3) El delito de asociación ilícita que promueve el tráfico ilegal de persona (art. 515.6 CP).
- 4) El delito de asociación ilícita (517 y 518 CP).¹⁰²⁶

Según PRATS CANUT/TAMART SUMALLA¹⁰²⁷, "éste nuevo apartado no modifica los postulados que informaban el presente artículo

¹⁰²⁴ CADENAS CORTINA, Cristina Concepción. Posición del Extranjero en el Procedimiento-Administrativo. Consejo General del Poder Judicial. Cuaderno de Derecho Judicial. XXIII. 2005. ob cit. Pág. 313.

¹⁰²⁵ COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DIEZ, Manuel. Instituciones de Derecho penal español. Parte general. CESEJ - Ediciones. Madrid, 2004. ob cit. Pág. 306.

¹⁰²⁶ En el mismo sentido, SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. Código penal (Comentario y Jurisprudencia). DEL MORAL GARCIA, Antonio y SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. (coods.) Tomo I. Granada, 2002. Págs. 1031 y ss. "El art. 312 CP, a los delitos de trafico ilegal de mano de obra y sometiendo a condición inhumanas de trabajo. El art. 318 bis CP, al trafico clandestino e ilegal de inmigraciones. El art. 515.6.º CP, al delito de asociación ilícita para el trafico ilegal de personas. El art. 517 CP, a los fundadores, presidentes, directores y miembros activos de cualquier clase de asociación ilícita punible, con excepción de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (que tienen tratamiento punitivo propio en los arts. 571 y ss. CP). y el art. 518 CP, a los colaboradores económicos y cooperadores de todo tipo de las asociaciones ilícitas punibles de cualquier clase, con excepción de bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas (que tienen tratamiento punitivo propio en los arts 571 y ss. CP).

ya que se limita a excepcionar algunos delitos de régimen previsto en el artículo 89 y cabe encontrar su "ratio legis" en el endurecimiento de la persecución de actividades u organizaciones que tiene como víctima el inmigrante ilegal". Para FLORES MENOZA¹⁰²⁸, el nuevo apartado incorporado al artículo 89, introducido por la Ley Orgánica 8/2000, establece una limitación a la expulsión en función del delito por el que ha sido condenado el extranjero no residente legalmente en España, sin perjuicio de que el condenado se pueda acoger a las alternativas del régimen general (suspensión, sustitución, libertad condicional). Se trata, por tanto, de un límite en atención al delito cometido y no a la pena impuesta como en los supuestos anteriores y en el régimen general de la sustitución. Los delitos mencionados, corresponden a los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal, castigados también con penas privativas de libertad, junto a otras, se hallan entre los delitos contra los derechos de los trabajadores, los derechos de los ciudadanos y los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales. Esta novedad encuentra su fundamento, como señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2000, en la necesidad de introducir modificaciones en el campo de las medidas relativas a la lucha contra la inmigración ilegal y, por tanto, en la lucha contra el tráfico y explotación de seres humanos. Sin embargo, en esta ocasión, al menos por lo que respecta a la medida incorporada al número 4 del artículo 89, sí parece estar guiada por fines propios de las consecuencias jurídico-penales¹⁰²⁹. Estos es, la reafirmación del ordenamiento

¹⁰²⁷ PRATS CANUT/TAMART SUMALLA. Comentarios al Nuevo Código Penal. [GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir).FERMIN MORALES PRATS (cood)], 3ª Edición. THOMSON Aranzadi 2004. ob cit. Pág. 521.

¹⁰²⁸ FLORES MENDOZA, Fátima, Inmigración y Derecho Penal (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002. nota 61 en la Pág. 119.

¹⁰²⁹ En este sentido; LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Las consecuencias jurídicas del delito, 1ª Edición. Madrid, Tecnos, 2005. P 78

Jurídico, la prevención general y la prevención especial. Esta decisión del legislador que, por un lado, ha de ser valorada positivamente, por otro, viene a conformar la tesis defendida en este trabajo, que tanto el régimen del artículo 89 (números 1, 2 y 3) como el del artículo 108 del Código Penal no responden a los objetivos que deben orientar a las alternativas a la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad.

La exclusión de los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los arts. 312, 318 bis, 515.6°, 517 y 518 del Código Penal. Al respecto¹⁰³⁰, debe advertirse que la incorporación del art. 313 CP dentro del listado de delitos que no admiten la expulsión sustitutiva supone optar expresamente por admitir la vigencia de este precepto, pese a que la interpretación mayoritaria (asumida por la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2006) partía de que se trataba de un tipo derogado de facto. Tal opción por la expresa vigencia de este precepto va a generar graves dificultades interpretativas en su relación con el art. 318 bis CP. Por los propios razonamientos contenidos en los párrafos transcritos de la Circular 2/2006 se estima que debiera suprimirse la referencia en el art. 89 CP del Anteproyecto al art. 313 CP, considerándose además conveniente derogar expresamente el apartado primero del art. 313 CP. El Anteproyecto suprime con acierto la referencia al art. 515.6° del Código Penal, que quedó vacío de contenido al suprimirse tras la reforma 15/2003. Sin embargo, de forma incoherente, mantiene la referencia a los arts. 517 y 518, preceptos que carecen de sentido sin contar con el referente suprimido. Por

¹⁰³⁰ V. Informe del consejo fiscal sobre el anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

ello debiera también suprimirse la referencia a los mismos en el art. 89.

Existe íntima relación entre el apartado 4º del artículo 89 del Código Penal y el apartado 8 del artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, pues, el apartado 4º del Código Penal excluye en su de aplicación a los extranjeros que hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318.bis, 515.6º, 517 y 518 del mismo Código. En estos supuestos se consideran de especial trascendencia los artículos citados, y se habrá de instar el cumplimiento de la condena en sus propios términos, ya que la expulsión no podrá ser sustituida de acuerdo con el citado artículo 89; sin embargo la expulsión se llevará a efecto tras el cumplimiento de la pena de prisión conforme con lo establecido en el apartado 8 del mencionado artículo 57¹⁰³¹ de la Ley de extranjería. Del mismo modo, cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal, no serán de aplicación la sustitución del procedimiento penal por la expulsión establecida en el párrafo a) del mismo artículo cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza conforme con lo establecido en el apartado 7, letra c) del artículo 57¹⁰³². No obstante lo señalado en el párrafo

¹⁰³¹ El apartado 8 del artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, establece que; "Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad".

¹⁰³² El párrafo a) del artículo 57.7 dispone que "Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su

anterior, el juez podrá autorizar, a instancia del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (art. 57.b)).

El apartado 4 del artículo 89 del Código Penal, a juicio de GARCIA CATALAN¹⁰³³, "tiene cierta semejanza con el artículo 57.8 de la EEX. Existen sin embargo importantes diferencia entre ambos. Así, en un caso se refiere a la expulsión judicial, mientras que el artículo 57.8 se refiere a la expulsión documentada en una resolución administrativa. Remuérdase que no es posible la expulsión judicial de un residente legal en España. Sin embargo, sí es posible la expulsión de un extranjero que tiene tarjeta de residencia por contravenir alguno de los preceptos de la Ley de Extranjería. Ahora bien, producida la expulsión, el extranjero pierde automáticamente la autorización de residencia (artículo 57.4 LEX). El artículo 89 CP impide la expulsión judicial del reo de uno de estos delitos. El artículo 57.8 LEX señala que se expulsará administrativamente a quienes hayan cometido uno de estos delitos, de modo que, si se hallaren en situación de estancia irregular, deberá iniciarse un expediente de expulsión por este motivo que será resuelto por la Autoridad Administrativa o se iniciará igualmente un expediente de conformidad con los preceptuado en el artículo 57.2 de la LEX. Si el extranjero condenado por uno de los delitos referidos es residente legalmente en España, le será de aplicación lo prevenido en este último precepto de la LEX. En cualquier caso, a su juicio, un extranjero condenado por tráfico ilícito de persona o por los otros delitos enunciados, deberá cumplir la condena en España, sin posibilidad de sustitución de la

expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación".

¹⁰³³ GARCIA CATALAN, José Manuel. Delincuencia Extranjera e Investigación policial. Atelier 2003. ob cit. Págs. 362 y 363.

pena por la expulsión del territorio y, posteriormente, será expulsado de España, una vez tramitado el oportuno expediente sancionador y conseguida la preceptiva resolución al efecto".

DEL MORAL GARCIA/SERRANO BUTRAGUEÑO¹⁰³⁴, señalan que, "la aplicación restrictiva del artículo 89 del Código Penal, que hasta ahora han venido haciendo los Tribunales penales españoles, se ha terminado, y ha de ser sustituida por la aplicación obligatoria de dicho precepto impuesta por el citado art. 57.7 pf.º 3.º de la llamada Ley de Extranjería. Eso sí, con las excepciones previstas en el número 4 de este artículo 89 CP, y que repita fielmente el art. 57.8 de la Ley o. 4/2000 (modificada por la Ley O. 8/2000). En estos casos, a tenor del art. 57.8 de la Ley de Extranjería. La expulsión del territorio nacional no actúa como pena sustitutiva de la prisión, sino como pena *accesoria o complementaria* de la misma (o mejor de ciertos delitos), con similitudes de las accesorias del art. 57 CP), o acaso como *medida de seguridad*, de llevarse a cabo la expulsión una vez cumplida o ejecutada la pena privativa de libertad, parece ser que *íntegramente*, y ya se trata de extranjeros legalmente residentes en España o no residentes (al no ser de aplicación los apartados anteriores, dice el número 4 de este art. 89 CP). Lo cual casa mal, con la legislación penitenciaria, con el art. 78 CP, con la posible prescripción de la pena de expulsión, en su caso (ver arts. 133 y 134 CP), y sobre todo, con el sistema de penas accesorias establecida, pues no deja de ser una pena de esas características previstas extramuros del Código Penal (en la Ley de Extranjería) y al margen de los arts. 54-57 del texto punitivo. O con nuestro sistema de medida de seguridad, que sólo se contempla para los inimputables o semi-imputables.

¹⁰³⁴ SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. Código penal (Comentario y Jurisprudencia). DEL MORAL GARCIA, Antonio E SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. (coords.) Tomo I. Granada, 2002. ob cit. Págs. 1031 y ss.

A juicio de los autores, no quieren decir con ello que les parezca mal, que a los responsables de esas clases de delitos, especialmente odiosos, se les expulse de España tras la ejecución de la pena de prisión; sino que han de llevar a cabo las correspondientes reformas de los artículos afectados del Código Penal.

ARROYO ALFONSO¹⁰³⁵ apunta que: "La adición de este apartado (4 del art. 89 CP) implica que los extranjeros que hubieran cometido un delito contra los derechos de los trabajadores, según lo establecido en el artículo 312 del Código Penal (tráfico ilegal de mano de obra), o un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, artículo 318bis (tráfico ilegal de personas), quienes pertenezcan a una asociación ilícita, artículo 515.6º (asociaciones que promuevan el tráfico ilegal de personas), sean miembros activos o fundadores, directores o presidentes de las asociaciones ilícitas contempladas en los artículos 515 1º, 3º, 4º, 5º y 6º CP (artículo 517), o cooperen de forma relevante con las asociaciones ilícitas citadas en el artículo 515 (artículo 518), no podrán beneficiarse de la sustitución de pena establecida en el artículo 89 del CP (expulsión del territorio nacional por un plazo de tres a diez años), prevista para los extranjeros no residentes en España que hubieran cometido delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años, ni tampoco de la suspensión prevista para aquellos que, habiendo cumplido las tres cuartas partes de la condena, que hubieran sido condenados a penas privativas de libertad iguales o superiores a seis años. Llama la atención que se haga referencia a todas las asociaciones ilícitas del art. 515, dado que la reforma va referida

¹⁰³⁵ ARROYO ALFONSO, Soledad. Tendencias del derecho penal. Análisis de las reformas legislativas operadas en derecho penal. Derecho y conocimiento, vol. 1, ISSN 1578-8202. Págs. 565-615.

fundamentalmente a los delitos contra los extranjeros y de tráfico ilegal de mano de obra, si bien tampoco sería coherente establecer esta excepción para quienes pertenezcan a las asociaciones ilícitas dedicadas a estos menesteres y no al resto de los contemplados en el citado artículo. No debe confundirse la expulsión como sustitución de la pena de prisión, con la contemplada en el art. 57.2 LO 4/2000 conforme a su redacción tras la LO 8/2000, que permite la expulsión tras el cumplimiento de la condena⁹. La doctrina ha acogido favorablemente la reforma del artículo 89 CP en ese aspecto.

Los extranjeros condenados por estos delitos -a que se refiere el apartado 4º-, habrán de cumplir la pena privativa de libertad que les haya sido impuesta sin que sea posible acudir al mecanismo de la expulsión sustitutiva de aquella por decisión judicial. Según la Circular 1/2002, de 19 de febrero,^{1036/ 1037} debe repararse en que entre los ilícitos penales que enumera el artículo 89.4 CP no se recogen todas las modalidades delictivas de tráfico ilegal de personas. Quedan fuera del ámbito de aplicación del Art. 89-4º tanto el delito de inmigración clandestina de trabajadores a España o de emigración fraudulenta -artículo 313- en el supuesto de tráfico de personas para su explotación sexual -artículo 188.2-. Tal exclusión no parece tener justificación alguna. Si

¹⁰³⁶ CIRCULAR 1/2002, de 19 de febrero, de la Fiscalía General del Estado sobre aspectos civiles penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería. La Circular 3/2001, de 21 de diciembre sobre «actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería» ha establecido los criterios interpretativos que, adaptados a la nueva normativa, deben guiar la actividad del Ministerio Fiscal respecto a los extranjeros en España. No obstante, su contenido se ciñe a aquellas cuestiones relacionadas con la adopción de medidas privativas de libertad, la expulsión de extranjeros y la situación de los menores extranjeros en España. La citada circular exige a los Fiscales para informar desfavorablemente la expulsión administrativa del territorio nacional de los extranjeros procesados o inculcados por alguno de los delitos recogidos en el artículo 89.4 CP.

¹⁰³⁷ SANCHEZ MELGAR, Julián. (Coord.) Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. 2ª edición. Sepín editorial jurídica. Madrid 2006. ob cit. Pág. 573.

la razón de ser del artículo 89.4º, enmarcado entre las medidas adoptadas para el endurecimiento en la lucha contra la inmigración ilegal, es la de evitar que pueda obtenerse el beneficio de la sustitución de pena por los responsables de delitos de tráfico de personas, se comprende mal que queden fuera de la previsión legal formas de tráfico especialmente graves como son las descritas en los arts. 313 y 188.2. La previsión del artículo 89.4 para los condenados por delitos de tráfico de personas (que se concreta en el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad sin posibilidad de sustitución por la expulsión del territorio) se complementa con lo señalado en el artículo 57, apartados 7 y 8 de la Ley de Extranjería.

- Planteamiento de posible duplicidad de condena "non bis in idem"

El apartado 4º del artículo 89 del Código Penal establece que: *"Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal"*. Este apartado tiene ciertas semejanza y conexión con el número 8 del artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, el cual establece que: *"Cuando los extranjeros, (residentes o no), hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad"*.

La cuestión planteada se contrae a dilucidar; puede vulnerar al principio "non bis in idem" si al extranjero se le condena por un delito de los establecidos en el apartado 4º del artículo 89 del Código Penal, y una vez cumplida la

condena se le castiga con la expulsión del territorio nacional conforme con lo establecido en el artículo 57.8 de la Ley 4/2000¹⁰³⁸,

El principio "*non bis in idem*" "constituye un verdadero derecho fundamental del ciudadano en nuestro Derecho (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3), que ha sido reconocido expresamente también en los textos internacionales orientados a la protección de los derechos humanos, y en particular en el art. 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU y en el art. 4 del Protocolo núm. 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, protegiendo "al ciudadano, no sólo frente a la ulterior sanción –administrativa o penal–, sino frente a la nueva persecución punitiva por los mismos hechos una vez que ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado –absolución o sanción– del mismo" (STC 2/2003, de 16 de enero, FFJJ 2 y 8)¹⁰³⁹. Además vulneraría la dimensión material o sustantiva del principio (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3) por cuanto establece que el mismo sujeto puede ser objeto de una sanción penal y de una sanción administrativa con base en un mismo fundamento, ya que la única causa de expulsión contemplada en el mismo es la comisión del propio hecho delictivo, que ya fue sancionado penalmente. Concurriría, pues, el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *non bis in idem*, es decir, una identidad de sujeto, hecho y fundamento, tal y como hemos venido afirmando en nuestra jurisprudencia (por todas, STC 2/2003, FJ 5). Por lo tanto, este principio "ha

¹⁰³⁸ V. en el mismo sentido; ESTRADA CARRILLO, Vicente. Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de Extranjería. Editorial Trivium, Madrid 1993. Pág. 301.

¹⁰³⁹ En el mismo sentido; DE LAMO RUBIO, Jaime; Principio "Non Bis In Idem" y Principio de Buena Fe Procesal: efectos de la invocación tardía de la vulneración del Ne Bis In Idem. Noticias Jurídicas. Septiembre 2001.

venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos" (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3).

Ha de tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 3 del Código Penal¹⁰⁴⁰, así como, el artículo 32, redactado por la Ley 10/1999, de 21 de abril, de modificación de la L.O.1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana¹⁰⁴¹, el artículo 133 de la LRJP-PAC, y el artículo 1.52 del Código Civil.

La expulsión judicial, según establece el apartado 4 del artículo 89 del Código penal no es posible la expulsión en los casos de que el extranjero hubiera sido condenado por uno de los delitos a que se refieren los artículos 312,318 bis, 515. 6º y 518 del Código Penal. Existen, sin embargo, importantes diferencias entre el artículo 89.4 CP y el artículo 57.8 LOE. GARCIA CATALAN¹⁰⁴², apunta que, en un caso se refiere a la expulsión judicial, mientras que el artículo 57.8 se refiere a la expulsión documentada en una resolución administrativa. En

¹⁰⁴⁰ El art. 3 del CP, establece que: 1. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales. 2. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes

¹⁰⁴¹ El art. 32 de la LPSC establece que: 1. No se podrán imponer sanciones penales y administrativas por unos mismos hechos. 2. Cuando las conductas a que se refiere la presente Ley pudieran revestir caracteres de infracción penal, se remitirán al Ministerio Fiscal los antecedentes necesarios de las actuaciones practicadas, aunque ello no impedirá la tramitación de expedientes sancionadores por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente solo podrá producirse cuando sea firme la resolución recaída en el ámbito penal, quedando hasta entonces interrumpido el plazo de prescripción. Las medidas cautelares adoptadas por las autoridades sancionadoras antes de la intervención judicial podrá mantenerse en vigor mientras no recaiga pronunciamiento expreso al respecto de las Autoridades Judiciales.

¹⁰⁴² GARCIA CATALAN, José Manuel, Delincuencia Extranjera e Investigación Policial. Atelier serie mayor. 2003. Págs. 363 y 364.

el caso del artículo 89.4 no es posible la expulsión judicial de un residente legal en España, sin embargo, sí es posible la expulsión de un extranjero que tiene tarjeta de residencia por contravenir alguno de los preceptos de la Ley de Extranjería. Ahora bien, el Código Penal impide la expulsión judicial del reo de los delitos señalados en el apartado 4 del artículo 89 CP, mientras que el apartado 8 del artículo 57 LOX señala que se expulsará administrativamente a quienes hayan cometido uno de estos delitos, de modo que, sí se hallaren en situación de estancia irregular, deberá iniciarse un expediente de expulsión por este motivo que será resultado por la Autoridad Administrativa o se iniciará igualmente un expediente de conformidad con los preceptuado en el artículo 57.2 de la LEX. Si el extranjero condenado por uno de los delitos referidos es residente legal en España, le será de aplicación lo proveniente en este último precepto de la Ley de Extranjería.

El principio "*ne bis in idem*" se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del Estado¹⁰⁴³. Por ello, en cuanto al derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la interdicción del *bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como

¹⁰⁴³ En este sentido; PUERTA, Luis Román: Duplicidad sancionadora, administrativa y penal, "non bis in idem". Extranjeros y Derecho Penal. Cuaderno de Derecho Judicial, [MARTÍN PALLÍN, José Antonio (dir)]. IV-2003. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2004. Págs. 35-63.

una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental (STC 177/1999). El Tribunal Constitucional (STC 152/2001, de 2 de junio de 2001, Suplemento BOE de 26 de julio de 2001)¹⁰⁴⁴, abordaba el tratamiento a dar a tal principio, y lo hace desde la consideración de la duplicidad de procedimientos sancionadores, administrativo y penal.^{1045/1046}.

El apartado 2 del artículo 57 de la L.O 4/2000, tiene cierta similitud con el apartado 8 del mismo artículo, donde se establece también la expulsión gubernativa del extranjero por haber sido condenado. Algunos autores afirman que la dualidad de castigo penal y administrativa por el mismo hecho y fundamento pudiera vulnerar el principio *non bis in ídem*¹⁰⁴⁷, ya que, no podrán sancionarse los hechos que hayan sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento, conforme con el principio "*non bis in ídem*" (SSTC 94/1986, de 8 de julio y 21/1987, de 19 de febrero, entre otras muchas), por lo que supone la imposibilidad de que puedan imponerse sanciones administrativas y penales en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento, así como que se

¹⁰⁴⁴ Vid. También STC 77/1983, de 3 de octubre, FFJJ 2 y 4.

¹⁰⁴⁵ DE LAMO RUBIO, Jaime. Principio "Non Bis In Idem" y Principio de Buena Fe Procesal: Efectos de la invocación tardía de la vulneración del principio non Bis In Idem. Artículos Doctrinales, Derecho Procesal Penal: Noticias Jurídicas. Septiembre 2001.

¹⁰⁴⁶ En el mismo sentido; TORRES FERNÁNDEZ, María Elena: El Principio non bis ídem en la Jurisprudencia Constitucional, La Ley, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N° 4, 2003. Págs. 1513 al 1531.

¹⁰⁴⁷ En este sentido; BELTRÁN DAMIÁN, María A., Comentarios a la Ley de Extranjería, ASENSI SABATER, J., (cood). Edijus-Fundación Alternativas, Zaragoza, 2001. Pág. 442.

sancione una misma conducta por diferentes autoridades en el curso de distintos procedimientos¹⁰⁴⁸".

A juicio de GARCIA CATALAN¹⁰⁴⁹, "se incumple el principio *non bis in idem* si se pretende la expulsión de un extranjero condenado penalmente tomando como causa eficiente precisamente tal condena".

El principio *non bis in idem*, es decir; un mismo hecho no puede ser sancionado dos veces, y que lleve como consecuencia que si se persigue el hecho como delito, no puede a su vez tratar de sancionarse por vía administrativa, conforme se dispone en el artículo 133 de la Ley 30/1992, sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prohibición que, conforme a la sentencia de 30 de enero de 1981 del Tribunal Constitucional, va íntimamente unida a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogido principalmente en el artículo 25 de la Constitución. Sin embargo, no existe duplicidad de sanción cuando se trata de actuaciones llevadas a cabo por dos o más Administraciones Públicas, y así, ha declarado la Sección 1ª de la Sala de Madrid, (SAP de 10 de octubre de 1997), mayor importancia tiene la circunstancia de coincidir una sanción en otro orden jurisdiccional, sea el penal o el laboral, con la medida de expulsión acordada en el ámbito administrativo, por

¹⁰⁴⁸ ALONSO PÉREZ, Francisco, Régimen Jurídico del Extranjero en España. 2ª Edición. DYKINSON 1997. Pág. 209.

¹⁰⁴⁹ GARCIA CATALAN, José Manuel- Delincuencia Extranjera e Investigación Policial. Atelier serie mayor. 2003. Págs. 340 al 342. Se cita la sentencia del Tribunal Supremo Sala II de 22 de mayo de 2000, "aunque la expulsión del territorio nacional de un extranjero haya sido conceptualizado como sanción y que por eso queda sometido a la garantía del artículo 25.1 CE, sin embargo dicha expulsión por incumplir los requisitos que la legislación de extranjería impone a su estancia en España, no puede ser confundida con una pena, de la que le separan el fundamento y los fines que persigue (TC242/1994, Fj 4ª", añade que, "la opinión de que se produce una vulneración del principio, no ya de *non bis in idem*, toda vez que, según se lee en anterior sentencia, el fundamento de la sanción es diferente, sino del de legalidad".

lo que puede darse una doble sanción, no admitida por el artículo 133 de la Ley 30/1992 ya citado.

Para MIQUEL CALATAYUD,¹⁰⁵⁰ el precepto es rigurosamente anticonstitucional; sustancialmente, porque atenta contra las modernas concepciones, que, por lo demás, han tenido entusiasta consagración en nuestra Carta Magna en el art. 25, párrafo 2º indicativo de que la pena privativa de libertad cumple funciones de educación y reiterado del condenado. Tal Principio constitucional ha sido reiterado en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, cuyo artículo 1º establece, en línea con lo previsto en el artículo 25 de la CE. Para ESTRADA CARRILLO¹⁰⁵¹, lo que sí parece más próximo es la vulneración del principio non bis in idem. Si al extranjero se le condena por un delito, y una vez cumplido se le castiga con una sanción tan grave como la expulsión del territorio nacional, no hay duda de que se le sanciona doblemente por el mismo hecho contra lo que es principio general en el derecho de sanción. La compatibilidad se fundamenta doctrinalmente en la "independencia" de la potestad sancionadora de la administración. GARCIA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ¹⁰⁵², afirman que no hay ya "independencia" posible del poder punitivo de la administración, no podría justificarse en modo alguno que un mismo idéntico hecho legitime una cadena sucesiva de sanciones para un único autor por parte de órganos distintos, ni en fin, resulta siquiera comprensible esa extraña doctrina de las dos verdaderas según la cual lo que es verdad para un Tribunal no tiene por qué serlo para la administración, o viceversa. En línea con la exposición que se

¹⁰⁵⁰ MIQUEL CALATAYUD, J.A., La extranjería en el sistema español de Derecho internacional privado. Editorial TAT. Granada, 1987, Pág. 41 y ss.

¹⁰⁵¹ En el mismo sentido, ESTRADA CARRILLO, Vicente. Comentarios a la ley Orgánica y Reglamento de Extranjería. 2ª edición. Editorial Trivium, Madrid 1993. Pág. 301.

¹⁰⁵² GARCIA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, J.R. Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas, Madrid, 1984. Pág. 171.

hace se pronuncia el Tribunal Constitucional: "la técnica de la doble sanción administrativa y penal no resulta jurídicamente posible tras la entrada en vigor del texto constitucional en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento"¹⁰⁵³.

Para que no se estima doble sanción es que el fundamento de cada una de las sanciones sea diferente: por un lado, la jurisdicción penal es competente para la aplicación de la pena correspondiente al delito enjuiciado, y por otro, la jurisdicción contencioso-administrativa lo es para controlar la regularidad de una sanción de expulsión impuesta como consecuencia de la realización de una actividad ilegal en España, sanción que no compete fijar a los órganos de la jurisdicción penal¹⁰⁵⁴.

Sin embargo, la jurisprudencia ha venido a establecer que el principio *non bis in idem* no impide que una condena penal por delito doloso pueda ser considerada también como causa de expulsión de un extranjero del territorio nacional, pues según establece el Auto del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 1997 (FJ 6), la expulsión del territorio nacional de un extranjero como sanción responde a fines y fundamentos diferentes a las penas por la comisión de delitos, ya que éstas se impone en el marco de la política criminal del Estado. Mientras que aquella se acuerda en el marco de la política de extranjería¹⁰⁵⁵. Siendo estos dos ámbitos que

¹⁰⁵³ ESTRADA CARRILLO, Vicente. Comentarios a la ley Orgánica y Reglamento de Extranjería. 2ª edición. Editorial Trivium, Madrid 1993. Págs. 302.

¹⁰⁵⁴ LOPEZ-MUÑIZ GOÑI Miguel. La nueva Ley de extranjería, ob cit. Págs. 900 y ss.

¹⁰⁵⁵ CADENAS CORTINA, Cristina Concepción, Posición del Extranjero en el Procedimiento-Administrativo. Consejo General del Poder Judicial. Cuaderno de Derecho Judicial. XXIII. 2005. Págs. 326 y 327. citando jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre ellas: (SSTS, 3ª, de 29 de noviembre y 21 de diciembre de 2004, recurso de casación 4215 y 6018 de 2001; de 21 de junio de 2002, recurso de casación 8311/98; de 19 de noviembre de 2002, recurso de

atienden a intereses públicos netamente diferente¹⁰⁵⁶. Así ha declarado el Tribunal Constitucional desde su sentencia de 30 de enero de 1981, el principio *non bis in idem* conduce a la conclusión de que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimiento y en cada uno de ellos se produce la calificación de los mismos hechos, aunque resulte posible la enjuiciamiento y calificación por separado si resultan de normativas diferente, no cabe tal dualidad en la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, quedando así subordinada la Administración a la actuación jurisdiccional, lo que impide que aquella pueda pronunciarse antes de que lo hubiera hecho esta y declarar probados unos hechos que pudieran entrar en contradicción con los determinados posteriormente por la jurisdicción^{1057/1058}.

Según la Fiscalía General del Estado¹⁰⁵⁹, pese a la desaparición de este supuesto, subsisten tras la reforma operada por la L.O. 8/2000, algunas coincidencias, inevitables, entre conductas calificadas como infracciones en la Ley de Extranjería y conductas tipificadas como delito en el Código Penal, piénsese por ejemplo en delitos de traición o de inmigración clandestina. En la mayoría de los casos, la

casación 4995/98, y de 1 y 2 de marzo de 2003, recurso de casación 5495 y 5235 de 2001).

¹⁰⁵⁶En el mismo sentido; V. Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2007.

¹⁰⁵⁷En el mismo sentido, CADENAS CORTINA, Cristina Concepción, Posición del Extranjero en el Procedimiento-Administrativo. Consejo General del Poder Judicial. Cuaderno de Derecho Judicial. XXIII. 2005. ob cit. Pág. 331.

¹⁰⁵⁸ V. ESTRADA CARRILLO, Vicente. Comentarios a la ley Orgánica y Reglamento de Extranjería. Editorial Trivium, Madrid 1993 Pág. 286. Para ESTRADA CARRILLO, la técnica de doble sanción administrativa y penal no resulta jurídicamente posible tras la entrada en vigor del texto constitucional en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.

¹⁰⁵⁹ CIRCULAR 1/2002 de 19 de febrero sobre aspectos civiles penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería.

propia Ley resuelve la dualidad y apostilla «siempre que el hecho no constituya delito». En el resto, será necesario acudir al principio constitucional de «non bis in idem», integrado en art. 25 de la CE¹⁰⁶⁰ y recogido expresamente en el art. 133 de la LRJA-PAC «no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento». Si los hechos presentan características de infracción penal, procede, por tanto, la paralización del procedimiento administrativo en tanto se sustancia el procedimiento penal. Si, acabada la instrucción en el procedimiento penal se dictara auto de archivo o sobreseimiento, deberá la autoridad judicial comunicarlo a la autoridad gubernativa a los efectos de continuación del procedimiento sancionador si procediera, puesto que, con absoluto respeto al principio «non bis in idem» y al reconocimiento de que «unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado», como recoge la STC 77/1983, pueden darse supuestos de compatibilidad entre la licitud penal y la ilicitud administrativa de unos mismos hechos como también ha afirmado el Tribunal Constitucional en ATC 355/1991. En el caso de que el procedimiento penal concluyera con la condena del extranjero, la adopción de la decisión de expulsión dependerá de la aplicación por el Juez de la medida prevista en el art. 89 del Código Penal o en su caso, si tal medida no se adoptara y la condena fuera superior al año, la incoación de un nuevo expediente administrativo para proceder a la expulsión de conformidad con lo dispuesto en el art. 57.2 de la LE.

¹⁰⁶⁰ En sentido contrario; DE LAMO RUBIO, Jaime; Principio "Non Bis In Idem" y Principio de Buena Fe Procesal: efectos de la invocación tardía de la vulneración del Ne Bis In Idem. Noticias Jurídicas. Septiembre 2001.

A criterio de la Fiscalía General del Estado¹⁰⁶¹, la sustitución se complementa con lo señalado en el art. 57, apartados 7 y 8 de la L.O. 4/2000. La regla del principio "*non bis in idem*" sólo existiría cuando se impone una doble sanción, penal y administrativa, por unos mismos hechos que vulneren un mismo bien jurídico protegido. Ahora bien, en el caso del art. 318 bis, la solución concursal parece más compleja. El art. 318 bis define la conducta típica empleando la misma expresión que el art. 515.6 al definir la asociación ilícita. Y además recoge en su apartado 5 una agravación por pertenencia a una asociación, incluso transitoria, dedicada a promover el tráfico ilegal de personas. Ante tal situación optar por el concurso de delitos entre el 318 bis 5 y el art. 515.6 infringiría el principio *non bis in idem* ya que se emplearía dos veces el mismo hecho para agravar la pena.

Recientemente, el Tribunal Constitucional (STC 7/11/2007), ha venido a declarar que las dos medidas (condena y expulsión) no responden a un mismo fundamento porque persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes. No basta 'simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera, el principio *non bis in idem* no tendría más alcance que el que el legislador (o en su caso el Gobierno, como titular de la potestad reglamentaria) quisieran darle. El Tribunal Constitucional

¹⁰⁶¹ CIRCULAR 1/2002 de 19, ob cit. "Posibles interferencias entre el procedimiento administrativo sancionador y procedimiento penal. Principio «*non bis in idem*» La modificación introducida por la L.O 8/2000, ha hecho desaparecer la consideración como infracción de la normativa de extranjería del supuesto de infracción previsto en el apartado g) del artículo 49 de la L.O 4/2000, «La participación por el extranjero en la realización de actividades ilegales», supuesto, que ya se contemplaba en la derogada L.O 1/1985 y que dio lugar a no pocos problemas, tanto de dualidad de procedimientos penales y administrativos, como, de dificultades probatorias en los procedimientos administrativos sancionadores. Los problemas probatorios se dieron fundamentalmente, en casos de imputación de la comisión de infracción penal aún no juzgada, considerada como actividad ilegal a los efectos de la imposición de la sanción administrativa".

razonando que; para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado' (FJ 2)." (STC 188/2005, de 4 de julio, FJ 5).

Para el Tribunal Constitucional, la expulsión gubernativa consiste en una medida que se acuerda legítimamente por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España, que no es un derecho fundamental del que aquéllos sean titulares con fundamento en el art. 19 CE (STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 8), es, por tanto, lícito que la Ley de Extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad.

En mi opinión, la cuestión planteada tiene dos aspectos, penal y administrativo; en el aspecto penal, no afecta al artículo 89 del Código Penal, el cual aplica debidamente la pena impuesta a los extranjeros condenados por los delitos señalados en su apartado 4º conforme con la norma general del ordenamiento jurídico penal común, con independencia de la condición de inmigrantes ilegales, dejando la posibilidad de expulsión a lo establecido en el artículo 90 del mismo Código y el artículo 197 del Reglamento penitenciario. El artículo 89 CP, nada tiene que ver con el apartado 8 del artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, ya que, el artículo 89 CP no hace mención o remisión a la Ley de extranjería para llevar a cabo la

expulsión del extranjero una vez cumplida la pena. La expulsión, en este caso, no puede ser considerada como una pena *accesoria o complementaria* o "*medida*" adoptada por la vía judicial porque no está prevista como adicional en el Código Penal, por lo que no puede afirmarse contraría al principio *non bis in ídem*, sino, se debe cuestionar desde una preceptiva administrativa. No existe, además, remisión alguna en el mencionado apartado 4 para que autorice la autoridad gubernativa llevar a cabo la expulsión del extranjero una vez haya sido cumplidas las penas impuestas por los delitos expresados en el mismo, tal como está sucedido en el apartado 3 del mismo artículo 89 CP al remitir la devolución del extranjero por la autoridad gubernativa en el caso de que el extranjero intentara quebrantar la expulsión y prohibición de entrada a España.

El Tribunal Constitucional (STC 7 de noviembre 2007) ha rechazado la inconstitucionalidad del apartado 2 del artículo 57¹⁰⁶² (antes 53) de la Ley Orgánica 4/2000, en la nueva redacción a los apartados 2 y 8 del artículo 57 dada por el artículo 1, punto 50, de la Ley 8/2000, por cuanto que, dicho precepto no supone una infracción del principio *non bis in ídem* contenido en el artículo 25.1 CE, aunque el Tribunal constitucional ha limitado su examen al apartado 2º, declarando su constitucionalidad, sin haber enjuiciado el precepto impugnado a lo que se refiere al apartado 8 del mismo artículo.

En cuanto al aspecto administrativo; el apartado 8 del artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000 que regula la expulsión

¹⁰⁶² El apartado 2 del art. 57 dispone: "Asimismo constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados".

del territorio español del extranjero condenado por los delitos expresados en el artículo 89.4, está ubicado en el Título III denominado; "*las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador*" conforme con lo establecido en el artículo 50 de la misma Ley, en su virtud el ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas previstas en la citada Ley Orgánica, se ajustará a lo dispuesto en la misma y en sus disposiciones de desarrollo, y en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹⁰⁶³. La redacción del apartado 8 del artículo 57 LOE, es una duplicación del texto señalado en el apartado 4 del artículo 89 CP, en éste se aplica la pena por el hecho delictivo, con independencia de la nacionalidad y la legalidad de estancia del sujeto procesado o condenado en el procedimiento penal, en cambio, el artículo 57.8, sanciona al extranjero -también con independencia de su situación de residencia- por haber cometido el mismo hecho delictivo castigado conforme establece en el Código Penal, ya que, por un lado, no se trata de infracción administrativa previstas en la Ley de Extranjería sino que por hechos ajenos de las infracciones administrativas establecidas en la Ley de Extranjería (no establecidos en el Código penal¹⁰⁶⁴. Por otro lado, los mismos hechos han sido debidamente juzgados y penados por la autoridad judicial competente, por lo que conduce a considerar estos hechos como "cosa juzgada".

¹⁰⁶³ V. VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, Procedimiento Administrativo Común. (Comentario a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA, 1993. Págs. 93 y ss.

¹⁰⁶⁴ Ha de tener en cuenta que la condena penal según la Ley de Extranjería no constituye infracción administrativa sino causa de expulsión.

Igualmente, el apartado 8 del artículo 57 LOE, viola sin duda el principio *non bis in idem* por la existencia de los requisitos requeridos para su aplicación [identidad; sujeto (extranjero), hecho (delictivo) y fundamento], aunque, éste último requisito (el fundamento) es la cláusula clave para justificar la inaplicación del principio *non bis in idem*, por el Tribunal Constitucional (STC 7/11/2007), a su efecto, el fundamento de la expulsión es distinto del fundamento de la condena, ya que, la voluntad del legislador está orientada a intereses públicos, y objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado, por lo tanto, es lícito que la Ley de Extranjería subordine el derecho del extranjero a residir en España por haber cumplido su condena. Respeto pero no comparto tal criterio, dado que, el Tribunal Constitucional debe apreciar la conformidad o disconformidad de la Ley con la Constitución, (art. 28 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

Los apartados 2 y 8 del art. 57 de la Ley Orgánica 4/2000, autoriza la expulsión de los extranjeros condenados por conducta dolosa que constituya delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año. El apartado 8 establece la expulsión de los extranjeros condenados por los delitos señalados en el apartado 4 del artículo 89 del Código Penal, en mi opinión, el precepto es contrario al artículo 25.1 CE, ya que, efectivamente, supone una infracción de los principios de reeducación y reinserción social, así como del principio *non bis in idem*, conectado con los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones y sanciones, porque la causa de la sanción administrativa es la misma que la de la sanción penal. Se aduce, además, que debe considerarse

contraria a la Constitución una sanción penal o administrativa que viene fundamentada en una característica exclusiva del autor extranjero y no en la realización de una determinada conducta prohibida. La decisión de la jurisdicción constitucional debe fundarse en el examen de los distintos preceptos contrarios al contenido constitucional indisponible, señalando las facultades y/o los límites del legislador según una interpretación realizada con base en fundamento jurídico y no político, con una cobertura legal suficiente y tipificada en la norma legal respetuosa con el principio de reserva de ley. Pues, no me parece bien que argumenta que la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras que la medida de expulsión del extranjero del territorio nacional acordada por la autoridad gubernativa se impone en el marco de la política de extranjería, pues, carece de sentido justificar la duplicidad del castigo en base a la política del poder ejecutivo y no en base al ordenamiento jurídico común.

La autoridad gubernativa es legitimada para sancionar a los extranjeros sometidos a la Ley de extranjería, pero tal facultad debería estar limitada a las sanciones derivadas de los hechos meramente constitutivos de infracciones administrativas. Tampoco es idóneo que la Ley de extranjería sanciona -o mejor dicho- "juzga" a los extranjeros por haber cumplido la pena a que se refiere el apartado 4 del artículo 89 del Código Penal, de lo contrario, quebrantaría el principio de la separación de los poderes públicos, tal como está procediendo actualmente.

Resulta injusto que los extranjeros en situación legal de estancia -que no están sujetos al artículo 89 del Código Penal- reciben peor trato que los extranjeros no residentes legalmente en España, puesto que, según el inciso 1º del

artículo 89.1 del Código Penal, proceda la expulsión sin necesidad del cumplimiento la pena impuesta por el delito cometido por el extranjero en situación ilegal, y en 2º inciso, tendrá la posibilidad de sustituir la condena restante por la expulsión del territorio nacional en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, Es decir que, el extranjero no residente legalmente en España condenado según el Código Penal (art. 89.1 CP) no cumple la condena, mientras que el extranjero residente legalmente en España ha de cumplir la condena (art.89.4 CP) y después ha de ser expulsado (art. 57.8 LOE). Pues, en este caso, poco serviría el contenido del artículo 89.4 del Código Penal, porque en todos los modos, procederá la expulsión por la vía administrativa del extranjero sea residente o no en España.

VI. LA EJECUCION DE LA EXPULSION ACORDADA JUDICIALMENTE

VI LA EJECUCION DE LA EXPULSION ACORDADA JUDICIALMENTE

A. Planteamiento de las normas reguladora de la expulsión

A efectos de la sustitución de la penas (inciso 1º del artículo 89 CP) o tras el cumplimiento de la pena en España (inciso 2º) por la expulsión, se debe promoverse exclusivamente mediante un proceso administrativo o policial competente para llevar a cabo la ejecución. No se ventila en dicho proceso, pese a la sustitución de la pena, la existencia de responsabilidad penal alguna sino únicamente el cumplimiento de las garantías previstas en las normas sobre extranjería, dado que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se prevea reglas concretas sobre la ejecución de la expulsión, tampoco, el procedimiento ni el momento procesal oportuno para hacer efectiva la expulsión penal. Por ello, supone que no son aplicables las normas procesales comunes previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino que, se somete a los preceptos correspondientes a la ley de extranjería que regula el proceso de expulsión.

La Disposición Adicional Decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre de modificación de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del poder judicial establece que: Los órganos judiciales comunicarán a la autoridad gubernativa la finalización de los procesos judiciales en los que concurra la comisión de infracciones administrativas a las normas sobre extranjería, a los efectos de que por las autoridades administrativas pueda reanudarse, iniciarse o archivarse, si procede, según los casos, el procedimiento administrativo sancionador. Del mismo modo, comunicarán aquellas condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, a los efectos de incoación del correspondiente expediente sancionador.

Igualmente, comunicarán las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial.

GONZÁLEZ CANO¹⁰⁶⁵ señala que, la diferencia entre la sustitución de la pena por expulsión y la expulsión tras el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena por el penado extranjero, radica únicamente en el tipo de penas a las que resulta aplicable cada modalidad. Así, para penas iguales o inferiores a seis años, se permite la inmediata sustitución por la expulsión, mientras para penas privativas de libertad superiores a seis años, se excluye al condenado extranjero del sistema penitenciario español tan solo tras el cumplimiento de las tres cuartas partes, respondiendo pues a un mayor contenido retributivo únicamente basado en el dato cuantitativo de la sanción. Obsérvese, por otra parte, la radical diferencia entre la sustitución de la pena o de la ejecución de la libertad condicional por la expulsión (art. 89.1 CP en sus dos variantes y 197.2 RP), y la posibilidad del art. 197.1 RP, que permite la ejecución de la libertad

¹⁰⁶⁵ GONZÁLEZ CANO SEVILLA, María Isabel., Artículo publicado en: espanamundo.org/informesyestadisticas.htm. Marzo de 2000.

condicional en el país de residencia del penado. Mientras la expulsión responde a la idea retributiva y realmente busca deshacerse del penado, lejos de todo fin rehabilitador y reinsertador, la ejecución y cumplimiento de la libertad condicional en el país de residencia esta mas conectada con institutos rehabilitadores, y supone la continuidad en la sujeción del penado a un sistema penitenciario aunque en régimen de excarcelación, lo que aproxima enormemente esta figura a la finalidad y razón de ser del traslado de personas condenadas.

Dicha información se articula en España a través del sistema general de información al interno extranjero en el momento de su ingreso en el centro penitenciario, previsto con carácter genérico en el art. 15.2 LOGP, y desarrollado en el art. 52 RP, que abarca no solo la aplicabilidad de un Convenio o Tratado sobre traslado, sino también la posibilidad de sustitución de penas privativas de libertad por expulsión del territorio nacional (art. 89.1 CP), y entendemos, que también debería hacer referencia a otras posibles situaciones, tales como la posibilidad de autorización para el cumplimiento de la libertad condicional en el país de residencia (art. 197.1 RP) y la sustitución de la propia libertad condicional por la expulsión del territorio nacional (art. 89.1 CP y 197.2 RP).

La previsión del artículo 89 vigente que ciñe la decisión a la sentencia conduce a soluciones formalistas y rigurosas que no aportan ningún beneficio y encorsetan mas de lo razonable una alternativa a la pena privativa de libertad que puede ser beneficiosa tanto para el Estado como para el propio penado. El tenor literal del vigente art. 89 CP introduce serios obstáculos a la posibilidad de decidir la expulsión sustitutiva a la fase de ejecución de sentencia, como se permitió durante la vigencia de la anterior versión del art.

89 por el TS (vid. SSTS nº 330/1998, de 3 de marzo y nº 1381/2000, de 11 de septiembre). Sin embargo su redacción de nuevo dio lugar a la dispersión interpretativa y así un sector de la jurisprudencia menor había admitido la posibilidad de acordar la expulsión en ejecución de sentencia (SSAP Vizcaya (Sección 2ª) de 25 de febrero de 2004 y Ciudad Real nº 45/2004 de 7 abril), mientras que otro negaba tal posibilidad (AAP Guipúzcoa de 15 de diciembre de 2005). El TS parecía apuntar implícitamente hacia la admisibilidad de diferir el pronunciamiento sobre la expulsión a la fase de ejecución de sentencia (SSTS nº 298/2004, de 12 de marzo nº 1249/2004, de 28 de octubre y 514/2005, de 22 de abril, nº 274/2006, de 3 de marzo)

Sin embargo la STC nº 145/2006, de 8 de mayo analizó si la sustitución de la pena de menos de seis años por la expulsión, operada en ejecución de sentencia vulneraba el derecho a la ejecución de las Sentencias en sus propios términos como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), declarando que "la interpretación efectuada por el órgano judicial, según la cual cabe aplicar en este supuesto, en fase de ejecución, la nueva normativa, resulta irrazonable básicamente por dos razones: de un lado porque el texto del art. 89.1 CP vigente al tiempo de dictarse la Sentencia condenatoria facultaba al órgano judicial para acordar la sustitución y, pese a ello, nadie la solicitó ni aquél la acordó pudiendo hacerlo; de otro porque la nueva redacción del art. 89.1 CP prevé la sustitución en Sentencia si la pena privativa de libertad es inferior a seis años, y únicamente en el caso de que la pena sea superior a seis años cabe acordar

la expulsión del territorio nacional en fase de ejecución, lo que no sucede en el caso presente"¹⁰⁶⁶.

B. Requisito:

De conformidad con la norma general en cuanto a la ejecución de sentencias, tan pronto como sea firme la sentencia, se procederá a su ejecución por el Juez o por la Audiencia que la hubiere dictado, conforme a las disposiciones generales de la Ley, (art.794. LECrm.), del mismo modo del artículo 803.3. Tan pronto como la sentencia sea firme se procederá a su ejecución, conforme a las reglas generales y a las especiales del artículo 794. La ejecución de las sentencias en causas por delito corresponde al Tribunal que haya dictado la que sea firme. (art.985). Cuando el Tribunal a quien corresponda la ejecución de la sentencia no pudiere practicar por sí mismo todas las diligencias necesarias, comisionará al Juez del partido o demarcación en que deban tener efecto para que las practique. (art.987) todos de la LECrm.

La Disposición Adicional Decimoséptima de la citada Ley Orgánica 19/2.003, de 23 de diciembre, establece que: "*la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial*".

¹⁰⁶⁶ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, Si el extranjero se encuentra detenido o en prisión provisional, el penado extranjero debería permanecer en un Centro Penitenciario a la espera de la ejecución efectiva en tanto tramita su expulsión por la autoridad gubernativa, sin más tramite conforme con el quinto inciso del artículo 89.1 del CP. Si la expulsión no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente (inciso 5º del art. 89). Sin embargo, si el extranjero condenado se encuentra en libertad provisional con paradero desconocido, la ejecución de la sentencia quedaría en suspenso hasta que se encuentra detenido "casualmente" por la autoridad gubernativa por otra causa.

C. Ttramitación:

1.- La instrucción 14/2001 de 14 de diciembre, actualizada por la instrucción 18/2005, determina la tramitación de ejecutar la expulsión de los Penados extranjeros a quienes se ha sustituido la pena inferior a seis años por expulsión por aplicaron del artículo 89.1 CP.

2.- los preventivos extranjeros con expulsión autorizada judicialmente para los extranjeros procesados o inculcados en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza cuya disposición se encuentra (art. 57.7 de la L.O. 4/2000), la expulsión se llevarán a cabo conforme con las siguientes tramitaciones: Se remitirá de forma inmediata copia de la resolución judicial a la Comisaría Provincial de Policía, así como fotocopias de la hoja de filiación y de la documentación del interno

acreditativa de su identidad. En el supuesto de que el interno permaneciera indocumentado, se remitirán a dicha Comisaría las huellas dactilares y la fotografía. En el caso de que el interno tuviera otra u otras causas preventivas o penadas, se comunicará dicho extremo a la autoridad judicial que hubiera autorizado la expulsión y a la Comisaría Provincial de Policía. Así mismo, a la autoridad judicial de la que dependan la otra u otras causas se comunicará la resolución judicial autorizando la expulsión.

3.- En materia de clasificación, teniendo en cuenta los artículos 64.2 de la LOGP y 103 del RP, así como la Disposición adicional decimoséptima de la LO. 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los supuestos de condenados a penas inferiores a seis años a quienes se les haya sustituido la pena por expulsión, se procederá de la siguiente forma:

Transcurrido un mes desde la recepción del testimonio de sentencia sin haberse llevado a efecto la expulsión acordada, la Oficina de Régimen comunicará dicha circunstancia al Juez o Tribunal Sentenciador. La Junta de Tratamiento elevará propuesta de clasificación del penado en la última sesión que celebre dentro del plazo de dos meses desde la recepción del testimonio de sentencia, en el caso de que no se haya ejecutado su expulsión. Si después de elevada dicha propuesta se llevara a efecto la expulsión se comunicará de modo inmediato, vía fax, al Área de Tratamiento. Del mismo modo se comunicará, en su caso, la resolución del Juez o Tribunal Sentenciador que acuerde el cumplimiento de la pena originariamente impuesta al no poder llevarse a efecto la expulsión.

4.- Los penados extranjeros a quienes se ha sustituida la pena igual o superior a seis años por la expulsión al acceder al tercer grado o al cumplimiento de las tres cuartas partes (Art.89.1 CP). Cuando en la Sentencia se acuerde la expulsión al acceder el penado al tercer grado, la Junta de Tratamiento tendrá en cuenta esta previsión para, en caso de que proceda, elevar propuesta de progresión a esos efectos. Una vez firme la clasificación en tercer grado, la Oficina de Régimen comunicará dicho extremo a la Comisaría Provincial de Policía y al Juez o Tribunal Sentenciador. Del mismo modo notificará con tres meses de antelación la fecha de cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena.

D. La posibilidad de sustituir la expulsión por otras medidas.

El Tribunal Constitucional (ATC de 4 de abril de 2006), ha declarado sobre esta posibilidad que "el texto legal cuestionado no obliga a llegar a esta conclusión. No obliga a ello su interpretación literal. En primer lugar, es obvio que el último párrafo del art. 89.1 CP, no establece expresamente ninguna previsión sobre la imposibilidad de aplicar los artículos 80, 87 y 88 CP en los supuestos en que la expulsión no pueda finalmente verificarse. Tampoco a esta conclusión puede llevar la utilización en este párrafo del término "cumplimiento", puesto que, como ya destacara el Fiscal General del Estado, dicho término en el contexto del Código Penal no es sinónimo de ingreso en prisión, tal como se acredita con su utilización, por ejemplo, en los arts. 73, 75 y 76 CP en relación al establecimiento de los límites máximos de cumplimiento en supuestos de concursos reales de delitos, utilización que, evidentemente, no prejuzga la aplicabilidad de los sustitutivos penales. Y, en segundo lugar, la exclusión de la aplicación de estos sustitutivos en el párrafo tercero

del art. 89.1 CP viene prevista en el marco de una disposición que comienza diciendo que "la expulsión se llevará a efecto", lo que no es el caso del supuesto regulado en el último párrafo en el que se prevén los efectos legales cuando la expulsión no se puede llevar a efecto.

La conclusión interpretativa de la que parte el órgano judicial para fundamentar el cuestionamiento del precepto tampoco resulta obligada a partir de su interpretación sistemática, puesto que, mientras la regulación establecida en el tercer párrafo del art. 89.1 CP se está refiriendo a una expulsión posible, para descartar que pueda dejarse de practicar por aplicación de los preceptos penales que rigen la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad o su sustitución por otras penas menos gravosas, no obstante reunir el penado extranjero los requisitos legales para ello; sin embargo, el último párrafo del art. 89.1 CP constituye una cláusula de cierre que sólo es aplicable cuando la expulsión no es posible, en cuyo caso nada obsta a que se apliquen, en su caso, las previsiones establecidas en los artículos 80, 87 y 88 CP.

Por último, tampoco obliga a alcanzar la conclusión de referencia una interpretación teleológica del mencionado precepto. La finalidad de las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad es favorecer la reinserción y rehabilitación social de los penados con penas cortas privativas de libertad mediante su suspensión condicional o su sustitución por otras medidas distintas que eviten el eventual efecto de socializador que podría tener el efectivo ingreso en prisión durante un corto periodo de tiempo. Esta finalidad quedaría frustrada en el caso de entenderse que el penado extranjero no residente legalmente en España condenado a una pena corta privativa de libertad y cuya expulsión no resultara

posible ejecutar se vería obligado indefectiblemente a ingresar en un centro penitenciario para cumplir dicha pena corta privativa de libertad sin posibilidad de que le fueran aplicados, si se cumplen los requisitos legales, los sustitutivos penales.

E. La posibilidad de la sustitución del resto de la pena por la expulsión.

1. Tratándose de penas inferiores a seis años, se remitirán al Tribunal Sentenciador, una vez cumplida la mitad de la condena, informe penal-penitenciario del interno y, en su caso, social, así como la solicitud de éste si la hubiera presentado, interesando la posibilidad de sustituir el resto de la pena por la expulsión, dado que con el tiempo de condena cumplido pueden haberse satisfecho las distintas funciones o fines de la pena.

2. Por los mismos motivos, en penas iguales o superiores a seis años, se remitirán los informes anteriormente señalados y la solicitud del interno, en su caso, al Tribunal Sentenciador y al Ministerio Fiscal, bien tres meses antes del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, bien una vez haya sido clasificado en tercer grado.

3. No procederá llevar a cabo estas actuaciones cuando se trate de penados extranjeros condenados por alguno de los delitos previstos en el artículo 89.4 del Código Penal. (Véase el art. 57.8, de la LOE, cuyo tenor establece que; Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad), ya que si no proceda la expulsión por el Código

penal, la expulsión se llevará a efecto por la ley de extranjería).

4. Tampoco procederá cuando el penado se encuentre en situación de residencia legal o en condiciones de obtener dicha residencia. (Ello, sin perjuicio de lo establecida en los apartados 2 y 8 de art. 57 de la LO. 4/2000). Téngase en cuenta a estos efectos que, en principio, tendrían residencia legal los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como sus familiares -cónyuge, descendientes menores de veintiún años¹⁰⁶⁷ y ascendientes que vivan a sus expensas- y los familiares de ciudadanos españoles. Todos estos extranjeros constituyen el ámbito de aplicación del RD. 178/2003, dictado conforme al Derecho comunitario en materia de extranjería.

F. La expulsión acordada por otros Estados miembros de la Unión Europea

En cuanto a la ejecución de las resoluciones de expulsión dictadas por otros Estados miembros de la Unión Europea, se adapta a lo dispuesto en la Directiva 2001/40/CEE, de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países¹⁰⁶⁸. Así como lo establecido en el artículo 64.3 de la Ley Orgánica 4/2000, conforme a las Leyes Orgánicas 8/2000 y 14/2003, el cual establece que "Cuando un extranjero sea detenido en

¹⁰⁶⁷ En el mismo sentido, LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, Expulsión, Retorno y Devolución de Extranjeros Menores de Edad. LA LEY. Número 6121. 5 de noviembre de 2004. ob cit. Págs. 1334-1342.

¹⁰⁶⁸ V. FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, Extranjeros inscritos en el Sistema de Información de Schengen como no admisibles y eficacia en España de resoluciones de expulsión acordadas por otros estados de la Unión europea. Revista de Derecho migratorio y extranjería de la Universidad de la Rioja, ISSN 1695-3509, N°. 13, 2006.

territorio español y se constate que contra él se ha dictado una resolución de expulsión por un Estado miembro de la Unión Europea, se procederá a ejecutar inmediatamente la resolución, sin necesidad de incoar nuevo expediente de expulsión¹⁰⁶⁹. Se podrá solicitar la autorización del juez de instrucción para su ingreso en un centro de internamiento, con el fin de asegurar la ejecución de la sanción de expulsión, de acuerdo con lo previsto en la presente ley".

G. Planteamiento de posible colisión con el principio de ultraterritorialidad en el país de origen del extranjero condenado.

Conforme al principio de territorialidad, la aplicabilidad del Derecho penal español a los extranjeros que delinquen en España esta reconocido por los artículos 29 del Real Decreto 17 nov. 1852. y 333 de la Ley Orgánica del poder judicial¹⁰⁷⁰ y el artículo 8,1 del Código civil determina que "las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obliga a todos los que se hallen en el territorio español"¹⁰⁷¹. Pues, según este principio, las leyes penales se aplican a los hechos delictivos cometidos dentro del territorio en que se haya producido los hechos, es decir que las leyes penales no pueden aplicarse a hechos realizados allende las fronteras. No obstante, España, reconoce, también, en la legislación interna al principio de la ultraterritorialidad de la ley penal como

¹⁰⁶⁹ V. MARTÍN PALLÍN, José Antonio, Política común de la Unión Europea en materia de extranjería. Extranjeros y derecho penal. Cuaderno de Derecho Judicial. IV-2003. Madrid 2004. Págs. 233-279.

¹⁰⁷⁰ El artículo 335 de la LOPJ establece que "El conocimiento de los delitos comenzados a cometer en España y consumados o frustrados en países extranjeros corresponderá a los Tribunales y Jueces españoles en el caso de que los actos perpetrados en España constituyan por sí delito y sólo respecto a éstos".

¹⁰⁷¹ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 2ª. Edición 1985. Edita. PPU. Promociones Publicaciones Universidades. SA. Ob cit. Págs. 15, según ha manifestado que "El Derecho español es aplicable a los hechos delictivos cometidos dentro del territorio español".

el principio personal en el artículo 23.2 de la L.O.P.J de 1985, principio real o protección (art. 23.3), principio universal o de justicia mundial (art. 23.4), o el principio de justicia supletoria. Igualmente, el proyecto de la ley Orgánica de Código penal español de 1980, en su artículo 10, establecía que "las leyes penales españolas son aplicables a los hechos previstos en ellas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los responsables de los mismos sean españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad de la comisión del hecho". Conforme con lo establecido en el art. 23.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que atribuye al conocimiento de la Jurisdicción española los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional.¹⁰⁷²

En esta Tesis doctoral, se pretende analizar el mismo principio pero de la otra cara de la moneda, es decir, la aplicación del mismo principio en la legislación interna del nacional que haya cometido algún delito allende fuera de su frontera, como el caso del extranjero "expulsado" a consecuencia de cometer algún delito dentro de España, desde la perspectiva del principio de personalidad, es preciso hacer una mención a los efectos que nos interesan con el fin de poder sacar las oportunas conclusiones al respecto con un resumen comparativo de las leyes penales de algún país.

En mi opinión, esta principio por ser ligado directamente con la nacionalidad del ciudadano, puede afectar al extranjero expulsado judicialmente a la hora de regresar a su país de

¹⁰⁷² Así como sostiene el Tribunal Supremo (STS 10 de diciembre de 2003 (RJ 2003\9327)), y STS 24 de junio de 2003, "nuestra jurisprudencia es clara al respecto y en interpretación de los artículos que cita (el artículo 23 LOPJ, aclaramos)".

origen cuando éste aplica al principio personal en su legislación interna, pues, de conformidad con el artículo 89, la sustitución de la pena al extranjero delinciente en sentencia por la expulsión le implica a cumplirse en su país de origen la condena impuesta, aunque sea sustituida por su expulsión del territorio español, por las siguientes razones:

1) La autoridad española se comuniquen de forma inmediata a la oficina consular del país del que es nacional el expulsado a los efectos oportunos conforme con lo dispuesto en el artículo 62.e) bis de la Ley de extranjería, de modo que el país del que es nacional el extranjero que fue expulsado judicialmente por causa penal ha tenido conocimiento previo del hecho delictivo cometido por su nativo, y por consiguiente, la Fiscalía General del Estado del país destinatario será legitimada para promover el pertinente procedimiento penal con la finalidad de denunciar el hecho delictivo cometido fuera de su territorio nacional conforme con el mismo principio que ahora examinamos.

2) La expulsión no está tipificada como una condena en el Código Penal español, tampoco es una pena privativa de libertad, significando que el extranjero condenado en sentencia firme que haya sido expulsado, en realidad no ha cumplido su condena en España, por otro término, la condena impuesta, supuestamente, no ha sido ejecutada por la autoridad judicial española, por lo que puede dar lugar a su ejecución en el país de origen del extranjero expulsado, ya que, por parte de España, según política criminal, el Estado español ha renunciado -tácitamente- el ejercicio de la ejecución de la condena frente al extranjero por su expulsión, pero tal renuncia no está equiparada con el indulto ni la cancelación de la condena para el país del extranjero que es nacional, sino, se considera como una condena no ha sido ejecutada. Sin

embargo, el extranjero expulsado por cualquiera infracción administrativa no se le ocurrirá dicho riesgo por considerar los hechos motivados de la expulsión de carácter administrativo no punible, por lo que debe distinguir entre la expulsión gubernativa del extranjero como consecuencia de una infracción administrativa y la expulsión judicial por haber cometido un delito, pues la forma de ejecutar la expulsión en ambos casos es la misma pero el resultado que afecta al extranjero expulsado es distinto. La expulsión gubernativa está al margen de tal resultado por ser una infracción administrativa carece de jerarquía delictiva en el ámbito penal.

En mi opinión, el artículo 89.1 del Código Penal, nada tiene que ver con el ordenamiento jurídico sino es puramente de carácter político social, lo que implica un considerable injusto con los principios fundamentales que debe respetar.

Por ejemplo, el artículo 4 del vigente Código Penal egipcio, establece que, "se abstendrá de todo procedimiento si el afectado ha sido absuelto con sentencia firme, indultado o penado o haya cumplido la condena parcialmente la pena, en este caso se rebajará proporcionalmente la que le corresponde". Pues, la sustitución de la pena no está incluida en estos casos como causa de abstenerse el procedimiento contra al afectado sino que el Juez o Tribunal no exime al ciudadano expulsado -por causa penal cuya condena no fue ejecutada en España- de la responsabilidad penal por los hechos cometidos fuera del territorio nacional sino está obligado a aplicar la ley que castiga expresamente a los nacionales por los hechos considerados como delitos si hubiesen sido cometidos, total o parcialmente fuera del territorio egipcio cuando regresan a Egipto, conforme con lo establecido expresamente en los artículos 2 y 3 del Código

penal egipcio, como veremos mas adelante. De igual resultado, lo establecido en el párrafo segundo del artículo 89.1 Código Penal español, en este caso, cumplirá la parte proporcionalmente pendiente que le corresponda o la libertad provisional según la legislación interna de este país.

El Derecho penal egipcio reconoce excepcionalmente al principio personal en el artículo 2.1 del Código penal, el cual establece que, *"las disposiciones de esta ley se aplicarán también: al autor y participante de los hechos considerados como delitos si hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, fuera del territorio egipcio"*¹⁰⁷³.

De igual manera, en aplicación del principio personal, se encuentra también en la legislación española, en el artículo 23 de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, así como el artículo 301.4., del Código penal, el cual establece que *"El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero"*, también, el artículo 372.4, *"El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero"*, y el artículo 221.2, del Código Penal español en cuyo tenor; *"Serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero"*.¹⁰⁷⁴ En este sentido el Tribunal Supremo sostiene el mismo criterio (STS 10 de diciembre de

¹⁰⁷³ FATHY SOROUR, Ahmed, Comentario al Código Penal, Parte General, 6ª Edición. Nahda Editorial Cairo 1996, Pág. 657.

¹⁰⁷⁴ Los citados artículos coincide igualmente con el artículo 19 del Código Penal de la Republica de Siria, artículo 4 del Código Penal del Sudán , artículo 5 del Código Penal de Libia y artículo 19 de Código Penal libanés.

2003 (RJ 2003\9327) y (STS 24 de junio de 2003), al señalar que "nuestra jurisprudencia es clara al respecto y en interpretación de los artículos que cita (el artículo 23 LOPJ),

El artículo 2 del Código Penal egipcio¹⁰⁷⁵ se castiga también a los coautores que se encuentran fuera de Egipto, cualquiera que sea su nacionalidad, por los delitos cometidos dentro de Egipto, pero excluye a quien participe estando dentro del país, en los delitos cometidos fuera de Egipto¹⁰⁷⁶, puesto que no se implica dicho artículo a la participación en un delito cometido fuera del territorio - de acuerdo con el principio de la territorialidad de la Ley penal - salvo que el hecho cometido sea punible en Egipto.¹⁰⁷⁷ El artículo 3 del CP egipcio se castiga los hechos cometidos por el ciudadano egipcio fuera del territorio nacional en su regreso, siempre y cuando sean susceptibles de tipificarse, según la Ley penal en el país donde cometió el delito, aunque el texto legal, según declara el Tribunal Supremo egipcio, no determina la forma del regreso si es voluntaria o fuera conducido el delincuente por la autoridad del país donde cometió su delito^{1078/1079}.

El Tribunal Supremo egipcio (STS del 4 de diciembre 2005), ha declarado que el art. 3 del citado Código penal egipcio, debe aplicarse a los autores sometidos a las leyes egipcias en virtud del citado artículo de igual modo cuando los hechos hubiesen sido cometidos parcialmente en el territorio egipcio.

¹⁰⁷⁵ Otros países que aplican también el mismo principio en la legislación interna como por ejemplo; Siria, Sudan, Libia, Líbano.

¹⁰⁷⁶ MAWAD, Abdul-Tawab, Comentario al Código Penal, 2ª edición. Editorial El Nahda, Cairo 2006., Pág. 1256.

¹⁰⁷⁷ Vid. STS. 22/12/2006.

¹⁰⁷⁸ Vid. STS. 12 diciembre 2006.

¹⁰⁷⁹ El contenido del citado artículo concuerda con el artículo 20 del Código Penal de la Republica de Siria, artículo 4 del Código Penal de Sudán, artículo 6 del Código Penal de Libia y el artículo 24 del Código Penal libanés.

Pero antes de aplicar el art. 3, el Juez deberá asegurarse de que el hecho de librarse un cheque sin fondo esta penado también conforme con la Ley de Italia por ser juzgado en Egipto. El alto Tribunal egipcio reconoce también el principio de justicia supletoria, ya que ha declarado que la aplicación de los artículos 3 y 4 del Código Penal egipcio, por la mayoría de los países civilizados, de acuerdo con el acostumbre internacional, deben colaborarse entre sí para apoderar la autoridad competente de otro país con el fin de conseguir intercambio de información, instrucciones, arrestos, ejecuciones, actos que se reflejan las cualidades de los arts 3 y 4 del citado Código penal, considerando por tanto correctas las diligencias practicada por un Juez extranjero del país donde cometió el delito, en virtud de autorización de la Fiscalía General del estado egipcio, debiendo ser recogida y valida para los Tribunales siempre y cuando esta equiparada a la legislación egipcia.¹⁰⁸⁰

En este sentido, el artículo 190 del Código Penal español establece que "La condena de un Juez o Tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia". En cambio, de conformidad con el artículo 6 del Código Penal Chileno, los crímenes o simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República por chilenos o por extranjeros, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados por la ley.

En el supuesto de sustituir la condena por la expulsión, ello supone que el extranjero condenado, a consecuencia de la expulsión, se procede su entrega a la autoridad competente de

¹⁰⁸⁰ Recurso de casación n° 562 de 1 de septiembre de 2004.

su país, o sea, será obligado a retornar a su país de origen, donde cabe la posibilidad de sujetarse a la ley interna que exige a sus nacionales el cumplimiento de las penas impuesta por los delitos cometidos fuera de su territorio nacional, cuando dicho delito sea considerado como tal en el Código penal del país de destino, en tal ocasión es cuando choque la expulsión también con el principio "ne bis in idem".

El país de origen del extranjero expulsado a consecuencia de cometerse un delito, no se valora la expulsión en si misma como medida sustitutiva o suspensiva de la condena, tampoco se considera el nacional como infractor de una regla administrativa, sino, como un delincuente que fue juzgado en virtud de sentencia firme pero sin llevar a cabo a su ejecución en España.

La medida de expulsión para el legislador es una finalidad del Estado por deshacerse del extranjero delincuente que permanece irregularmente en España, la expulsión es una excepción de ejecutar lo juzgado, pero en mi opinión, a quien comete un delito ha de ser juzgado y penado en España de conformidad con el principio de territorialidad, ya que, hasta que no cumple o cancela la condena impuesta, el extranjero expulsado estaría sujeto a la ley interna en su país por el cumplimiento de la condena que originó su expulsión, por lo que se vulneraría la regla «ne bis in idem».

No es intrascendente olvidar que la mayoría de los países, entre ellos España, castiga a sus nacionales por los hechos delictivos considerados como tales cometidos fuera de su territorio nacional que en tal caso podría haberse contravención de aquella regla o principio penal, de cuerdo con el principio de interterritorialidad. En este sentido, el Tribunal Supremo español (STS de 30 octubre 2001 Sala de lo

Contencioso-Administrativo, Sección 6ª en el recurso de casación 7328 de 1997) ha declarado que, "Lo que viene a decirnos el recurrente es que habiendo sido condenado por tráfico de droga en España, donde ha cumplido la condena por ese delito, en su país sería condenado nuevamente por el mismo delito, con lo que se conculcaría la citada regla del «ne bis in idem». Sin embargo, y dejando aparte el hecho de que la prohibición citada no podría decirse nunca que la ha incumplido ni el Ministerio ni los tribunales españoles que, en modo alguno han encausado nuevamente al recurrente por los hechos por los que fue condenado, y que sólo en tal caso podría hablarse de contravención de aquella regla o principio penal, el hecho mismo de denegar el asilo no supone que el recurrente vaya a ser entregado a las autoridades saudíes ni que vaya a ser obligado a retornar precisamente a Arabia Saudí".

Por el contrario, en mi opinión, se deduce que la citada sentencia afirmación de lo que anteriormente dicho, con la diferencia de la expulsión y la salida obligatoria derivada a la negación de acceder la solicitud de asilo. El caso de expulsión, efectivamente, ha de ser entregado a la autoridad y obligado a retornar precisamente a su país, puesto que, el caso de la sentencia es por denegar la solicitud de asilo, ya que, el solicitante tiene la libre elección para regresar a cualquier otro país que no sea exigible el previo visado para efectuar su entrada liberalmente. Por otra parte, negar el derecho de asilo no conlleva en si mismo carácter delictivo.

H. La responsabilidad civil derivada del delito

1. Planteamiento sobre la responsabilidad civil derivada de los delitos cometidos por extranjeros no residentes legalmente en España.

Como regla general, toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios (arts. 109 y 116 CP). La responsabilidad civil denominada "ex delicto", se presenta, como decía la STS 2ª 15 de abril de 1991, como un bien económico que pertenece a la víctima, integrante de un derecho de reclamación hasta cubrir el importe de los daños y perjuicios causados por la transgresión punible, una responsabilidad subordinada a la criminal, que no es accesoria de la pena impuesta, sino que responde al interés privado y ha de ser objeto de rogación expresa para que pueda ser atendida... que comprende la indemnización de los daños y perjuicios que sean consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo... que exige una relación de causalidad entre la acción u omisión delictiva y el daño o perjuicio sobrevenidos, y se rige como obligación de reparar y como crédito de resarcimiento, por las normas del Código Penal integradas por las generales del Código Civil¹⁰⁸¹. Si las obligaciones de dar, de hacer o no hacer que consiste la reparación del daño han de ser cumplidas personalmente por el culpable o pueden ser ejecutadas a su costa¹⁰⁸².

¹⁰⁸¹ En este sentido, SAINZ/CANTERO CAPARÓS, José E., "La responsabilidad civil derivada del delito", en M. COBO DEL ROSAL (dir) / M BAJO FERNÁNDEZ (coord.), Comentarios a la legislación penal. Tomo XVI, 1994, Págs. 87. 132.

¹⁰⁸² MONTES PENADÉS, Vicente L. Comentarios al Código Penal de 1995. (VIVES ANTON, Tomas S., [Cood.]), Volumen I, Tirante lo Blanch, Valencia 1996. Págs. 584 y 585.

El archivo de la ejecutoria penal no justifica el automático cierre de las piezas separadas de responsabilidad civil si existen bienes embargados o se han localizado fuentes de ingresos que puedan servir para satisfacer las indemnizaciones declaradas en sentencia. La pregunta que he de hacer es en el caso de la expulsión obligatoria del extranjero penado ¿A quién incumbe indemnizar al perjudicado cuando proceda?

En mi opinión, el Estado español quien debe tomarse las medidas necesarias para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos españoles y extranjeros legalmente residen contra actos violentos o delictivos cometidos por los extranjeros no residentes legalmente en España, ya que, la lesión del derecho del perjudicado debería ser imputable a consecuencia directa del mal funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieron confiado debido a la comisión por omisión de la debida intervención policial que ha motivado la permanencia ilegal del extranjero en el territorio español. Ello se ha de derivar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración un vez acreditada la concurrencia de uno de los requisitos de la responsabilidad administrativa, como la antijuricidad de la lesión, y que la actuación policial resulta abatida.

La idea es similar a la indemnización del Estado a las víctimas por los actos terroristas, en este sentido, el Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo, aprobadas por el Comité de Ministros el 11 de julio de 2002 en la 80. 4ª reunión de los Delegados de los Ministros establece que: Los Estados tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para proteger los derechos fundamentales de las personas sometidas a su

jurisdicción contra actos terroristas, muy especialmente su derecho a la vida. Esta obligación positiva justifica plenamente la lucha de los Estados contra el terrorismo, respetando las presentes líneas directrices. En su artículo XVII, sobre la indemnización a las víctimas de actos terroristas dispone que: Cuando no pueda asegurarse enteramente la reparación por otras fuentes, particularmente por la confiscación de los bienes de los autores, de los organizadores de actos terroristas y de las personas que los financien, el Estado deberá, por los actos acontecidos en su territorio, contribuir a la indemnización de las víctimas por los atentados contra sus personas y contra la salud.

2. Exigencia de la responsabilidad del Estado.

La cuestión planteada para fundamentar la responsabilidad del Estado, a saber, la permanencia ilegal del extranjero en España en la fecha en que cometió el delito constituye o no una negligente actuación de las administraciones y que, sobre esa base, cabe o no declarar la responsabilidad civil del Estado.

En el supuesto de que el extranjero cometiere un delito causando daños y perjuicios a un ciudadano/s a consecuencia de acto omisito por parte de la Administración, la pregunta es: ¿Si el Estado debe o no responder de los daños ocasionados a los perjudicados por los delitos dolosos o culposos cometidos por extranjeros residentes ilegalmente en España, cuando no se halla orden gubernativa de expulsión contra éstos, o existe orden de expulsión pero ésta no pudiera llevarse a efecto por causa imputada a la autoridad gubernativa?. Por decirlo de otros términos, ¿Cabe o no exigir al Estado de la responsabilidad civil subsidiaria por la inejecución de la orden de expulsión? es decir; la no ejecución de una orden de

expulsión puede responder a causas relacionadas con la negligencia del cumplimiento de las obligaciones por parte de la Administración cuando la resolución de expulsión sea notificada al extranjero o cuando la autoridad administrativa no ha solicitado la autorización judicial para la ejecución de la orden de expulsión.

En mi opinión, si la inejecución de una resolución administrativa de expulsión ejecutable fuera debida a circunstancias o factores ineludibles o fuerza mayor que se impide a su cumplimiento, en este caso, no cabe exigir esta responsabilidad del Estado, lo contrario, la Administración, debería a asumir la responsabilidad civil derivada del delito.

3. La responsabilidad civil en la ley de Extranjería

La derogada Ley Orgánica 7/1985 en su artículo 21.2 disponía que "*Si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar*". Sin embargo, este requisito ha desaparecido en la vigente Ley de Extranjería 4/2000. Igualmente, el actual Código Penal no exige la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito o falta, si hubiere lugar a la hora de proceder la expulsión del extranjero tal como exigía el artículo 21.2 de la derogada Ley antes citada. Entiendo que, ante el silencio del Código Penal debería aplicar la norma general cuando procede como se verá a continuación:

4. La responsabilidad civil en el Código Penal

Las penas privativas de libertad impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas por su expulsión del territorio español, son penas no ejecutadas por el imperio del inciso primero del artículo 89.1 del Código Penal, pues, al margen de la discutida polémica sobre la calificación sustituiría, lo cierto es que prácticamente, la ejecución de la pena impuesta al extranjero condenado -sea sustituida sea suspendida- no llevará a efecto, por lo que no serán extensivas a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados conforme a lo establecido en el artículo 80.3 del mismo Código, sin la necesidad de valorar la nacionalidad de quien debe satisfacer dicha responsabilidad civil derivada del delito una vez declarada su existencia por el Juez o Tribunal quien establecen razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución, (art. 115 CP). Dicho esto, he de añadir que, el artículo 80.3 no es combatible con el párrafo 3º del artículo 89.1 dado que éste excluye expresamente la aplicación del artículo 80 CP.

Con arreglo al dispuesto en el artículo 621 de la LECrm. *"Los autos dictados En estos incidentes se llevarán a efecto, sin perjuicio de que las partes a quienes perjudiquen puedan reproducir sus pretensiones en el juicio oral, o de la acción civil correspondiente, que podrán entablar en otro caso"*, pues, a consecuencia de la aplicación del artículo 89.1, el perjudicado a la hora de promover la acción civil, el demandado o penado se encuentra en situación de rebeldía a efecto de su expulsión. En definitiva, ¿A quien incumbe indemnizar a la víctima?

5. Cobertura legal

Resulta especialmente interesante recordar lo establecido en el artículo 106 de la Constitución española en el que garantiza los derechos de los particulares a ser "*indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.*" se trata de medidas que afecta a la efectividad de un derecho constitucional que no puede abandonarse por el legislador o su aplicación a una decisión confusa y discrecional de los órganos jurisdiccionales, por lo que hace riguroso pronunciar, en desarrollo del citado artículo, la obligación del Estado en su condición de responsable expresamente en el sentido de indemnizar a las víctimas afectados de hechos delictivos cometidos por los extranjeros residentes ilegalmente en el territorio nacional, por el hecho de no haber cumplido " el Estado" la obligación de proteger tanto a los ciudadanos nacionales como los extranjeros residentes legalmente en España, ello cuando produce descuido o negligencia en el caso de la existencia de orden de expulsión firme dictada por la autoridad administrativa y no llegó a cabo su ejecución por causa no imputable al presuntamente expulsado siempre que la omisión sea consecuencia de irregularidad o infracción reglamentaria imputable al mal funcionamiento o la inactividad y al descuido de las autoridades administrativas.

MONTES PENADÉS¹⁰⁸³, apunta que el artículo 121 del Código Penal impone la responsabilidad subsidiaria de los "entes

¹⁰⁸³ MONTES PENADÉS, Vicente L. Comentarios al Código Penal de 1995. (VIVES ANTON, Tomas S., [Cood.]), Volumen I, Tirante lo Blanch, Valencia 1996. Págs. 643-644.

públicos" por hechos punibles llevados a cabo por personas que sean *autoridades*, agentes y contratados de la misma, o *funcionarios públicos*, bajo dos presupuestos: a) que la acción se produzca con el ejercicio de los cargos o funciones; y, b) la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieran confiados. El precepto confiere al perjudicado una serie de opción entre exigir la responsabilidad derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, conforme a las normas que desarrolla el artículo 106.2 de la Constitución entre las cuales la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre¹⁰⁸⁴, los artículos 121 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa, los artículos 292 y ss de la Ley Orgánica del poder judicial, etc., y con más razón cuando ha existido infracción de los reglamentos generales de policía, por omisión o falta de diligencia en medidas de vigilancia (SSTS 14 de enero de 1994, 18 de mayo de 1994, etc.) e incluso en el caso de extralimitarse en el servicio, siempre que la actuación tenga conexión con él, (SSTS 26 de diciembre de 1990, 11 de septiembre de 1991, 10 de enero 1992, y 12 de mayo de 1994).

La responsabilidad civil subsidiaria por un delito será siempre la consecuencia de la actuación de un funcionario que se sustrae al cumplimiento de sus funciones de acuerdo con la ley¹⁰⁸⁵. (STS 562/2002 del 2 de abril de 2002 Sala II de lo Penal Recurso: 1356/2000). El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, STSJ 18 de marzo de 1999), declara que el artículo 121

¹⁰⁸⁴ VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, Procedimiento Administrativo Común. (Comentario a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA, 1993. Págs. 450 y ss.

¹⁰⁸⁵ V. GRACIA MARTIN, José Luis. Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: El Sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito. 2ª. Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000 Pág. 471.

del vigente Código Penal se hace expresa referencia a la responsabilidad subsidiaria del Estado y derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo pero delimita la responsabilidad civil subsidiaria del Estado a los supuestos expresamente previstos en el mismo por hechos delictivos cometidos, con o sin extralimitación, por personas dependientes del Estado en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, el Tribunal Supremo (SSTS 14 de enero de 1994 y 18 de mayo de 1994) afirma la responsabilidad subsidiaria del Estado cuando existe infracción de los reglamentos generales de policía, por omisión o falta de diligencia en medidas de vigilancia.

La Audiencia Provincial de Valencia Sección 3ª, Sala de lo Civil-Penal, (Sentencia 115/2001 del 19 de noviembre de 2001), afirma que "El Tribunal Supremo ha señalado que para que se genere responsabilidad civil subsidiaria son necesarios dos requisitos:

a) Que entre el infractor y el responsable civil subsidiario exista un vínculo, relación jurídica o de hecho, en virtud del cual el autor de la infracción penal se halla bajo la dependencia (onerosa o gratuita, duradera, y permanente o puramente circunstancial y esporádica) de su principal, o al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario.

b) Que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno de la actividad, cometido o tarea confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o

ámbito de actuaciones (Sentencias de 8 de febrero de 1990, 29 de junio de 1987, 30 de marzo de 1983, 2 de marzo de 1979, etc.)¹⁰⁸⁶.

El Tribunal Supremo se efectúa con un criterio amplio, con acentuación del carácter objetivo del instituto de la responsabilidad civil subsidiaria, tal ha sido más arriba apuntado al menos, apoyándose la fundamentación de tal responsabilidad civil subsidiaria no solo "en los pilares tradicionales de la culpa in eligendo y la culpa in vigilando, sino también y sobre todo en la teoría del riesgo, conforme al principio "*qui sentire commodum, debet sentire incomodum*" (ver la citada Sentencia de 23 de abril de 1996). Tales consideraciones necesitan ser adaptadas al supuesto del caso concreto porque el "caballo de batalla"; habrá de consistir en determinar cuándo se estima que la actividad del infractor, aun siendo anormal o con extralimitaciones, se encuentra o no dentro del ámbito del ejercicio, del cometido o de la actividad que le está encomendada. (STS 26-3-97).

En el caso de que se hubiera producido tal descuido o negligencia, ello no permitiría la declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Estado ante la jurisdicción civil en base de que la vía adecuada para encauzar la acción de responsabilidad ejercitada corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de conformidad con lo establecido en los arts. 142.6 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 2. e) de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que prohíbe expresamente que las Administraciones públicas sean demandadas

¹⁰⁸⁶ En este sentido V. MIR PUIG, Santiago, Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, 2º ed. Barcelona Bosch. 1982. Pág. 147.

por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social¹⁰⁸⁷.

6. El modo de considerar la responsabilidad del Estado.

En mi opinión, no basta con la comisión del delito dentro del periodo comprendido entre la fecha en la que el extranjero fue debidamente notificado por la resolución recaída de su expulsión, sino con la simple situación ilegal del extranjero, será causa suficiente para justificar la negligencia de la autoridad administrativa, por un lado, por no haber otorgado la necesaria autorización de residencia cuando proceda, y por otro lado, por no haber localizado ni existido una resolución de expulsión, o existía pero no ha llevado a cabo, ya que, los hechos delictivos cometidos por el extranjero, son resultados derivados de su permanencia ilegalmente en el país, por lo que, sin duda, conduce al incumplimiento de la fuerza de seguridad del Estado de sus obligaciones en cuanto a la protección de los ciudadanos; en concreto, por no haber realizado las gestiones necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Ley de Extranjería.

La ausencia de una orden de expulsión en si misma sitúa la administración en peor situación que si hubiera existido tal orden, suponía, en estos casos, que la autoridad competente ignora el paradero del extranjero residente ilegalmente dentro del territorio nacional. Teniendo en cuenta que, los supuestos en los que la autoridad administrativa coincide decretar una resolución de expulsión son cuando el propio extranjero provoca tal situación, cuando pretende regularizar su situación de residencia, en este momento convierte en residente ilegal una vez que la autoridad gubernativa deniega

¹⁰⁸⁷ V. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3", S. 115/2001 de 19 de noviembre de 2001, Sala de lo Civil-Penal.

su solicitud, puesto que dicha denegación conlleva consigo la salida obligatoria del extranjero por haber sido denegada su solicitud de residencia en España. Pero la salida obligatoria prácticamente es voluntaria para el extranjero en la que casi nunca lleva a cabo de forma sacrificada, al menos, en este caso, incumbe a la fuerza de seguridad del Estado a asegurarse el cumplimiento de ejecutar lo decretado por su superioridad.

En todo caso, cuando no se cumplan con los requisitos requeridos de conformidad con el artículo 121 del Código Penal cabe la posibilidad de dirigirse simultáneamente al procedimiento administrativo donde desarrolla la responsabilidad patrimonial derivada al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸⁸ V. Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso-Administrativo) Recurso 256/2001. sentencia de 28 de octubre de 2003. Se condena al Estado, como responsable subsidiario y titular de AENA, a pagar indemnizaciones por valor de más de 89.000 euros más intereses a 118 afectados como motivos de la condena no sólo los retrasos sino también la pérdida o extravío temporal de equipajes, traslados en taxi y otros gastos demostrados, como pérdida de servicios, lucro cesante o daño moral.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA: En la parte histórica, según los historiadores del Derecho penal se puede afirmarse que el contenido del texto legal objeto de esta Tesis doctoral no es una figura de reciente creación, sino, se encuentra su antecedente equivalente a lo largo de las diversas y consecutivas etapas históricas del ordenamiento jurídico español, esto es, se encuentra también regulada en el periodo codificado, habida cuenta que dicho origen o antecedente no fue regulado de forma conjunta como está redactado actualmente el artículo 89 del Código Penal. En el periodo anterior a la codificación, la expulsión no era exclusivamente vinculada a los extranjeros, como ocurrió en la época de "España primitiva" donde figuraba la expulsión del que era considerado indigno de seguir perteneciendo a ella. Pero lo cierto es que - como ya hemos comprobado- los términos expresados en el vigente artículo 89, tal como: "expulsión del extranjero", "no residente en España", "condenado", "prohibición de regreso", "quebrantamiento de expulsión" y "la sustitución de la pena", todo ello, existían -de un modo u otro- en los anteriores Códigos Penales españoles.

En la fase anterior al Derecho penal codificado, de entrada, puede afirmarse que la expulsión ha existido siempre, del análisis histórico merecen ser destacados, desde un punto de vista general, fundamentalmente cuatro periodos transformados: el de la *venganza privada*, *venganza divina*, *venganza pública* y el periodo *humanitario*. Respecto a la expulsión "con sus diferentes conceptos" se disputaba por el

poder político y religioso con carácter individual y colectivo y masivo, había leyes sueltas, basadas en los usos, costumbres y criterios religiosos de aquellas épocas, con ausencia técnica jurídica. El periodo de los cartagineses, romanos, visigodos, el extranjero se obtenía un grado de ciudadanía con el hecho de la residencia, muy parecida a la vecindad. En el periodo Fuero Juzgo, aplicaban las penas de extrañamiento y destierro y la pena de expulsión con la privación de algún derecho y la confiscación de los bienes del condenado de expulsión. En la Alta Edad Media no existía propiamente una justicia legal, pues la ley era una accidental, ocasional, la gravedad de las penas dependía del estamento al que perteneciera el delincuente y consistían en el destierro, deportación con sanciones económicas y embargo de sus bienes. También, existía la pena de expulsión en plazo breve y perentorio en la época de la Novísima Recopilación.

En el periodo codificado, no debe confundirse que el extrañamiento, destierro y confinamiento, son tres especies de penas restrictivas de la libertad que existieron en los Códigos penales anteriores, eran penas individuales y se aplicaban tanto a españoles como extranjeros. La pena de deportación se contemplaba únicamente en el Código Penal de 1822 y en el de 1928; la de extrañamiento, confinamiento y destierro figuraba en todos los Códigos hasta la fecha en que entró en vigor el Código Penal de 1995. El término "expulsión" suele referirse únicamente a los extranjeros como pena y tenía en el campo penalístico una amplitud extraordinaria, ya que podía comprender a cualquier extranjero, con independencia de su origen, naturaleza o condición.

Por primera vez en el derecho jurídico-penal española, se encuentra el término de "*expulsión del extranjero*" y "*residente en el territorio español*" en el Código Penal de

1822, (art. 214), la expulsión se contemplaba como una pena privativa de libertad y se aplicaba únicamente a los delincuentes extranjeros residentes en el territorio español. El Código de 1822 distinguía entre el nacional y el extranjero, igualmente, el extranjero católico y el extranjero que pertenecía a otra religión (arts. 229 y 786), en ambos casos se castigaban al extranjero, además de cumplir la pena impuesta, con la expulsión para siempre de España, Extremo que sirve como argumento de la existencia de la expulsión del territorio español del extranjero residente en España, a diferencia del artículo 89 del Código de 1995, éste se limita su aplicación al extranjero "no" residente legalmente, teniendo en cuenta que esta limitación se remonta a los compromisos de los Tratados internacionales, Convenios emanados de las Naciones Unidas, Convenio Europeo, Protocolos, Directivas de la Comunidad Europea y del Consejo firmados por España y las garantías previstas en el artículo 19 en relación con el artículo 13.1 de la Constitución española.

Igualmente, el artículo 89 del Código penal de 1995, se encuentra su origen histórico en el Código Penal de 1848 al igual como su reforma de 1850, en cuanto a la existencia de la expulsión del extranjero para siempre, si fuere perpetuo; y si fuere temporal, por el tiempo de la condena (art. 103), de idéntica forma del artículo 112 del Código penal de 1870. La expulsión se encontraba también en el Código de 1928 (art.90.4^a), catalogada como una medida de seguridad (art.130), su aplicación era discrecional para los Jueces o Tribunales (como ha venido redactada la versión originaria del artículo 89 de Código de 1995), el artículo 91 exigía a los Tribunales, además de la pena correspondiente, acordar "*en sus sentencias*", ciertas condiciones, al igual como sucede en el vigente artículo 89.1 del Código Penal, así la comunicación a las autoridades gubernativas para llevar a cabo la expulsión,

asimismo, el artículo 218 empleaba el término *<El extranjero residente en territorio español, y utilizaba el verbo imperativo "será". A su vez, el artículo 89 del Código Penal de 1932, también utilizaba el término "será expulsado del territorio español por el tiempo de la condena", así como el término "El extranjero residente en territorio español" (art.127).*

La expulsión establecida actualmente en el artículo 89 del Código Penal, figura como pena "sustituida" para el extranjero no residente legalmente en España, tal sustitución de pena, sin embargo, existía también en los Códigos de 1848 y 1850 (art.107.2ª), así como, el artículo 116.3º del Código de 1870, constituían la posibilidad de sustituir la pena de confinamiento por el alistamiento en el servicio militar en determinadas condiciones, no siendo tampoco novedad la sustitución de las penas por la medida de expulsión establecida en el actual artículo, ya que, el confinamiento era una pena privativa de libertad sustituida por la afiliación de un servicio, paralelamente a la sustitución contemplada en el artículo 89, y semejante al artículo 88. El término empleado en el artículo 89.1 de 1995 en cuanto a la clasificación de extranjeros "residente" en el territorio español, se encontraba en el artículo 140 del Código Penal de 1870, también en artículo 17 del Decreto de 4 de octubre de 1935 sustituyendo el término "domiciliados". El quebrantamiento de la expulsión se encuentra en el artículo 52 del Código Penal de 1822 y el artículo 506 del Código de 1928.

En definitiva, de la evolución histórica de la expulsión penal y de la actual redacción del Código penal, la conclusión que cabe extraer que la expulsión del extranjero del territorio español, la sustitución de la pena, y el quebrantamiento de la expulsión no constituye -en mi opinión-

novedad alguna, ya que, como hemos comprobado, se encuentra su antecedente penal histórico en los Códigos penales anteriores. También se encuentra de forma más específica en el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, denominado el "Decreto de Extranjería".

SEGUNDA: La creación del artículo 89 en el Código Penal ha acarreado gran polémica tanto en el ámbito doctrinal como en la jurisprudencia, múltiples y distintos criterios y críticas han venido a esforzar con el objeto de encontrar una justificación apropiada de la figura jurídica, naturaleza, calificación, situación de la sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España. El Código Penal de 1995, se produjo por primera vez desde el año 1995, en el ordenamiento jurídico-penal español, la medida de expulsión como una alternativa sustitutiva de la pena, o viceversa, todas las penas privativas de libertad establecidas en el Código Penal, (exceptuando las penas impuestas por los delitos señalados en el apartado 4º del mismo artículo 89), son sustituidas por la expulsión, siempre cuando se trata de un extranjero no residente legalmente en España.

La situación y naturaleza de la medida sustitutiva de expulsión resulta ser un caso "excepcional" de la regla común en el Código penal, ya que, la aplicación del artículo 89 dependería "excepcionalmente" del penado que desempeña una figura esencial relativa a su nacionalidad y situación de residencia que constituye pieza clave para la aplicación del citado artículo objeto de estudio en esta Tesis doctoral, ya que, no basta con su calidad de extranjero, sino, ha de ser en situación ilegal en España, aunque el termino "residente" tiene una cierta reglamentación de legalidad, por lo que no puede existir una residencia legal y otra ilegal. El artículo

89 excluye "expresamente" de su ámbito de aplicación a los extranjeros residentes "legalmente", y tácitamente a los nacionales de la Comunidad Europea, pese a que estos últimos, no adquieren automáticamente la residencia legal por el mero hecho de ser comunitarios, sino, tendrán la obligación de tramitar su residencia cuando pretendan residir en España más de tres meses, tampoco, pueden ser expulsados por dicho motivo, salvo por motivo de orden o de salud pública únicamente por la vía administrativa. La expulsión por vía penal de los nacionales de la Unión Europea no ha venido excepcionada o excluida expresamente en el artículo 89, pero se entiende por dos motivos: el primero, por el compromiso firmado al respecto por las partes miembros en la Unión Europea, excepto el supuesto de orden público antes citado, el segundo es por la ineficacia de su expulsión, dada la posibilidad de quebrantar la prohibición de entrada por la ausencia de control en fronteras y la libre circulación también pactada por las partes.

TERCERA: La distinción entre extranjeros y nacionales, ha suscitado el planteamiento de una posible vulneración del principio de igualdad por la discriminación introducida entre los penados extranjeros no residentes legalmente en relación con los penados nacionales o extranjeros residentes legalmente en España. Efectivamente, tal principio constitucional ha sido configurado por doctrina reiterada del Tribunal Constitucional como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hechos iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, abarcando también a la igualdad en la aplicación de la ley, y obliga al legislador a no introducir entre los ciudadanos diferenciaciones carentes de todo fundamento razonable o no articuladas en torno a rasgos o elementos que resulten

pertinentes para la diferenciación normativa¹⁰⁸⁹. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar que, tal principio no prohíbe que el legislador contemple diferencia situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, La igualdad lo es ante la ley y ante la aplicación de la ley, y no implica la necesidad de que todos los españoles se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad¹⁰⁹⁰. Resulta claro que los extranjeros "residentes legalmente en España, son titulares de los derechos fundamentales que recoge la Constitución en su artículo 19 en relación con el artículo 13.1 C.E en los términos que establezcan los tratados y la Ley¹⁰⁹¹. Por lo que, del mismo apedazar sentido no implica la necesidad de que todos los extranjeros se encuentren siempre en condiciones de absoluta igualdad, menos aún entre residente y no legalmente en España.

Desde un punto de vista más específica y por lo que la aplicación del artículo 89.1 respecto a la duración o el grado de las penas sustituidas son totalmente igualadas, sean penas privativas de libertad inferiores a seis años, sean privativas de libertad de prisión, sean localización permanente o responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa del artículo 35 CP. Indudablemente, es un trato discriminatorio sin la mínima consideración de la gravedad, proporcionalidad, peligrosidad del autor ni del delito cometido, sino, exclusivamente, se proceda obligatoriamente la sustitución por la expulsión por el mero hecho de su condición de extranjero careciente de autorización de trabajo o de residencia. La condición de la legalidad del extranjero es puramente formal

¹⁰⁸⁹ Vid. STC 19/1988 [RTC 1988,19]. SSTC de 14 y 22 julio 1982 (RTC 1982,49 y 59), STC.25 junio 1990. RJ1 990, 5665.

¹⁰⁹⁰ vid. STC 83/1984 /RTC 1984, 83). STC 63/1984/RTC 1984, 63), 49/1985 (RTC 1985,49) y 52/1986 /RTC, 1986,52).

¹⁰⁹¹ vid STC 116/1993, de 29 de marzo, y STC 94/1993, STC 107/1984

concerniente a la autoridad administrativa, para ésta, el extranjero puede adquirir esta situación de "residente ilegal" por cometer cualquiera infracción de las llamadas "leves", es por ejemplo, como, la infracción leve de tráfico o Hacienda por haber presentado la correspondiente declaración fuera del plazo reglamentario fijado, esta clase de infracciones no se debe convertir al infractor en un delincuente, del mismo modo, el legislador ha de tener en cuenta la gravedad de los hechos delictivos en función de su naturaleza y duración conforme a la regla general establecida en el artículo 33 del mismo Código, pues no es lo mismo la prisión superior a cinco años (art.33.2 a) que el impago de multa (art. 35 CP).

Por lo que se refiere al párrafo 3º del artículo 89, se plantea la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el último párrafo del apartado primero del artículo 89 del Código Penal, por posible vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE), en relación con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE), al permitir a los delincuentes nacionales o extranjeros residentes legalmente en España acceder a todo un amplio elenco de medidas alternativas al efectivo ingreso en prisión que también extinguen su responsabilidad criminal, posibilidad que impide de raíz a los delincuentes no residentes legalmente en España, aun a pesar de que se haya constatado la imposibilidad de llevar a efecto la opción prioritaria de su expulsión por causas ajenas a su voluntad, y con total abstracción de las circunstancias personales del delincuente y objetivas del delito cometido, ya que, de la misma manera que "todos los delincuentes deben poder recibir la misma pena cuando cometan una idéntica infracción criminal", también "deben potencialmente poder acogerse a las mismas modalidades de extinción de su responsabilidad criminal, sin ser objeto de trato distinto por motivaciones ajenas a los fines de prevención general y especial propios del sistema jurídico-

penal". Pues sobre el último párrafo del apartado primero del artículo 89 del Código Penal, el Tribunal Constitucional ha pronunciado favorablemente su compatibilidad con el artículo 14 CE en relación con el artículo 17 CE¹⁰⁹².

CUARTA: Se trata de una cuestión dudosa y confusa del artículo que nos ocupa en relación con el artículo 71.2 del Código Penal, éste artículo también regula con carácter imperativo la sustitución de la pena conforme a lo dispuesto en la sección 2.ª del Capítulo III, donde está ubicado el artículo 89.1, en consecuencia, ¿cual de los preceptos que se debe aplicar si el penado fuere extranjero? Teniendo en cuenta que la sustitución en ambos casos se aplica según la duración de la pena no según la gravedad de los hechos delictivos ni las circunstancias del autor. El artículo 71.2 hace una directa remisión al artículo 88 CP, por ello, tras la entrada en vigor la reforma del artículo 88 y 71.2 CP, la sustitución ha sido obligatoria, pero ante la prohibición expresada en el párrafo 3º del primer apartado del artículo 89 eventualmente no puede aplicar la sustitución del artículo 71.2, cuando se trata de un penado extranjero en situación ilegal, por lo que puede afirmarse que el artículo 89 es un precepto excepcional de la regla general del Código Penal, y es más perjudicial para el reo extranjero no residente legalmente en España.

QUINTA: La sustitución de la pena por una medida de expulsión no está emparejada, puesto que, la sustitución supone sustituir una cosa por otra de igual característica, como el caso de la sustitución contemplada en el artículo 108.1 del mismo Código. La modalidad jurídica de la situación, naturaleza y la figura sustitutiva de la sustitución de la

¹⁰⁹² Vid Auto del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 2006.

ejecución de las penas privativas de libertad por la expulsión resulta ser verdaderamente confusa y no está fundamentada sistemáticamente con la regla general del ordenamiento jurídico penal español, ni diseñada conforme al resto de lo establecido en la sección 2ª del Capitulo III, en particular como lo preceptivo en el artículo 88. La naturaleza de esta sustitución tiene una naturaleza propia creada por la voluntad del legislador, sin módulos de conversión, a consecuencia de un criterio político-criminal y social, tal criterio jurídicamente es propio a la política de la Ley de extranjería y su integración social, que a ésta incumbe legítimamente diseñar, por lo que entiendo que la sustitución de la pena por la expulsión, su ubicación y regulación no es apropiada en el Código Penal.

Entiendo que el Estado es titular del Derecho penal, para definir los delitos, determinar las penas, su aplicación, las medidas de corrección y de seguridad a todos los individuos sean o no españoles, ya no se trata de facultad dada al legislador, sino, se trata de un vicio legislativo y de clara contradicción, posibilidad de colisión con otros preceptos, dualidad de castigo, dificultad de aplicación del artículo 89, no sólo entre los preceptos articulados en el mismo Código, sino también, con la Ley de Extranjería y el Reglamento Penitenciario.

SEXTA: La confusa conexión entre el artículo 89 y el artículo 95.2 del Código Penal en relación con el artículo 96.3.2ª y 108.1 del mismo Código, en el caso de la hipótesis, ¿Si fuere acordada la medida de expulsión -como medida no privativa de libertad del artículo 96.3.2ª- conforme al mandato del artículo 95.2, la expulsión debe incluir también, la prohibición de regreso, el archivo de cualquier procedimiento administrativo, y el quebrantamiento de expulsión señalados en

el artículo 108, o si se limita a la aplicación de la medida de expulsión señalada en el artículo 96.3.2ª.?, ¿Estamos ante una expulsión distinta de la establecida en artículo 108 con todos sus efectos?, ya que ambas son medidas de seguridad no privativas de libertad.¿Cuáles son las diferencias entre ambos artículos, el artículo 95.2 y 108 del Código Penal?. Del mismo modo puede ocurrir, entre el artículo 89.1 y el artículo 95.1, en los supuestos previstos en el Capítulo II del Código cuando el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito. El artículo 89.1, se impone obligatoriamente la misma medida no privativa de libertad cuando la pena que hubiere podido imponerse fuere privativa de libertad con la única justificación de la llamada "pena sustituida" cuando se trata de un extranjero no residente legalmente en España. en definitiva, puede afirmarse que el artículo 89 objeto de esta Tesis doctoral es una excepción del ordenamiento jurídico español.

La situación de la sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad por la expulsión está forzosamente mal situada en el Código Penal, por ello, si fuera precisa la expulsión del extranjero por la vía penal, en mi opinión, sería adecuadamente, (como una alternativa menos discutida), omitir el artículo 89 del Código Penal y incluir la expulsión dentro del Capítulo I Título IV, en el catálogo de las medidas de seguridad, donde puede encajarse bien conforme con el supuesto 1º del artículo 95, en el sentido de "crear" o añadir un nuevo párrafo cuyo tenor se puede redactarse del siguiente modo, *"si el sujeto que haya cometido un hecho previsto como delito fuere extranjero no residente legalmente en España, el Juez acordará la medida prevista en el artículo 96.3.2ª"*. En consecuencia, se configura como instrumento directo y aplicable cuando las penas que hubiera podido imponerse fueren privativas de libertad.

SÉPTIMA: No me parece inviable la despenalización de los delitos cometidos a quienes tengan la condición de inmigrante ilegal, no resulta técnicamente de recibo hacer depender la aplicación de las penas a la nacionalidad del penado. La solución a una realidad tan compleja sólo puede llegar de una búsqueda de otra alternativa, la expulsión de extranjeros no resulta hacedera en vía penal, debiendo revestirse de carácter administrativo que regula tradicionalmente el tema de extranjería. La figura del artículo 89 está justificada por la propia voluntad del legislador como una alternativa de carácter política criminal, pues, con La Ley de Extranjería el legislador consigue la misma finalidad independientemente del artículo 89 del Código Penal, la Ley de extranjería, pese a su aspecto administrativo, se ha incluido una modalidad penal más amplia que la discutida figura del artículo 89 CP para lograr la expulsión del extranjero del territorio nacional sin alterar la regla general del Código penal, sin excepciones, sin consideración de la situación de la legalidad de residencia del extranjero, ni su condición de delincuente¹⁰⁹³. En teoría, entiendo que la sustitución por la expulsión del extranjero establecida en el artículo 89 del Código Penal no supone una medida más restrictiva de su derecho o más limitadora de su prerrogativa a la vista de su situación ilegal en España. Ello porque la expulsión se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España, sin necesidad alguna de darle al extranjero una oportunidad de cometer además un delito para ser expulsado.

¹⁰⁹³ V. LAFONT NICUESA, Luis, Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal, Revista de derecho migratorio y extranjería, Universidad de la Rioja; ob cit. ISSN 1695-3509, N°. 10, 2005.

Como otra alternativa del artículo 89, para el extranjero que haya delinquido, residente o no legalmente en España, es factible la sustitución del procedimiento penal por su expulsión por la vía gubernativa con las mismas condiciones exigidas por el artículo 89 CP, por cuanto que, puede sustituir el procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, también, toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada al territorio español, igualmente, procederá la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, y, el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar el extranjero en España. Asimismo, la posibilidad de expulsión, por la vía gubernativa del extranjero condenado dentro o fuera de España, así como, la expulsión de los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 del Código Penal, una vez cumplida la pena privativa de libertad, pese a que las penas impuestas por la comisión de estos delitos no están expresamente sustituibles por la expulsión conforme al mandato del artículo 89 CP.

OCTAVA: El legislador penal ha tenido dificultad a la hora de intentar hacer frente y dar una respuesta adecuada desde el Código Penal a este grave problema social, evidencia por diversas reformas que han experimentado el precepto relativo a la materia que nos ocupa. El artículo 89 quiebra y perturba la sistemática del mecanismo del ordenamiento jurídico penal español en su conjunto por la inadecuada justificación de la figura de la sustitución establecida en el mismo. Creo que, es conveniente eliminar el artículo 89 del Código Penal y mantener aplicable la regla general para todos los penados sin discriminación ni excepción. Pues, cuando se trata de un

extranjero condenado por un delito, éste debe cumplir la pena impuesta en las mismas condiciones que el reo español, posteriormente, en la fase de ejecución, al tratarse de un extranjero, habrán otras alternativas para su precisa expulsión, como por ejemplo, el Traslado o inicialmente, como ya he señalado antes, hacer efectiva la aplicación del artículo 57 de la vigente Ley de Extranjería dentro del procedimiento penal en la fase de diligencias previas sin necesidad de la celebración de juicio, de tal manera, el legislador persigue igualmente su finalidad sin necesidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con la expulsión penal del extranjero, toda vez que tal finalidad puede perseguir adecuadamente por otra vía.¹⁰⁹⁴

La escasa aplicación de la Ley de extranjería en los procedimientos penales seguidos en los Juzgados de Instrucción ha sido motivo para crear el artículo 89 en el Código Penal, puesto que, en la vigencia de la derogada Ley de Extranjería no solía aplicar la expulsión del extranjero por la vía penal en los modos que establecía en la misma, de igual manera esta ocurriendo ahora con la vigente Ley, ya que, ni el Juez, ni el Ministerio Fiscal, ni el propio defensor del procesado suelen solicitar la sustitución del proceso penal por la expulsión del extranjero, ello, porque la sustitución en ese caso se debe solicitarse por la autoridad gubernativa con la existencia previa de un expediente de expulsión administrativa contra el extranjero procesado. La dificultad de aplicar esta facultad está reflejada en la jurisprudencia por las múltiples causas penales con penas de corta duración que han llegado hasta sentencia, por no haber sido sustituido el procedimiento

¹⁰⁹⁴ Vid (STC 115/1987), "la posibilidad de que los extranjeros sean sancionados en primer lugar mediante pena privativa de libertad por el delito que cometieron y, en segundo lugar, con la expulsión del territorio nacional tras haber cumplido la condena".

penal en la fase de Diligencias previas antes de dictar sentencia, ello conduce a una interpretación lógica, es por la ausencia de cobertura legal que exige tal intervención, ello puede ocurrir por los siguientes motivos. En primer lugar; la actuación del Juez en un procedimiento penal está limitado a la aplicación de lo establecido en el Código Penal¹⁰⁹⁵ y la Ley de enjuiciamiento Criminal, únicamente se debe autorizar formalmente la sustitución de la pena por la expulsión cuando sea solicitada por la autoridad gubernativa, lo contrario, no puede adoptar tal sustitución de oficio. En segundo lugar; en teoría, la conexión entre Juzgados y policía es escasa, ello, a mi juicio, explica la razón en la que, obligó al legislador crear el artículo 89 en el Código Penal con la finalidad de reforzar la expulsión y deshacerse del extranjero delincuente dentro del proceso penal donde resulta obligatorio para el Juez o Tribunal penal adoptar dicha medida por decisión propia y imperativa.

En mi opinión, no obstante, no es lo mismo la sustitución del procedimiento penal en su fase inicial que la sustitución de la pena en la sentencia, la primera tiene varias ventajas que la segunda, por ejemplo; deshacerse cuando antes del extranjero delincuente, economía procesal, orden económico, disminución del volumen de pleitos en los Juzgados y Tribunales etc., sin embargo, para hacer efectiva la sustitución del procedimiento penal en aplicación de lo establecido en la ley de Extranjería creo conveniente apartar el artículo 89 del Código Penal, y regulando la expulsión penal del extranjero delincuente conforme a lo dispuesto en la Ley de Extranjería en conexión con la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el sentido de modificar el apartado 7º. a) del artículo 57 de la Ley 4/2000, haciendo valer que la

¹⁰⁹⁵ Vid Auto del Tribunal Supremo, (ATS de 12/11/1993) el cual declaró que, "el marco penal abstracto del delito por el que ha sido condenado".

sustitución del procedimiento judicial por delito o falta, procederá de oficio o a instancia del Fiscal y al propio tiempo, creando un nuevo apartado en artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el fin de justificar la legalidad de clausura o el sobreseimiento del procedimiento penal, cuando resulte del sumario haberse sustituido por la expulsión del extranjero. De esta manera, serviría, también, de revestir la legalidad de la clausura o el archivo del procedimiento penal que haya sido sustituido por la expulsión del extranjero procesado. Teniendo presente que la sustitución del procedimiento penal es más amplia que la del artículo 89, se recoge tanto al extranjero residente o no legalmente en España, ya que, no se trata sólo de la situación de legalidad de residencia sino, de la delincuencia del mismo, no obstante, se aplica además por la comisión de delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza.

NOVENA: Ha de observar que la ejecución de la expulsión establecida en el segundo inciso del primer apartado del artículo 89, se procede cuando el condenado se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, resulta incongruente y sin sentido la salvedad excepcionalmente motivada y justificada para el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, ya que en ambos casos tiene el mismo resultado. En el caso del cumplimiento de la pena en una Centro Penitenciario constituya también otra sustitución, no de la pena sino de la libertad condicional por la expulsión, extremo que puede ocasionar una colisión para su tramitación, el Tribunal sentenciador, el Juez de Vigilancia conforme con los supuestos establecidos en el artículo 197 del Reglamento penitenciario y la ley de extranjería (art.57.2).

DÉCIMA: Existe una íntima conexión entre el artículo 89 del Código Penal y la Ley de Extranjería, por cuanto que, ambos regulan la situación del extranjero pero de forma muy desequilibrada, incongruente, y constituye dualidad de potestad y doble castigo sobre el mismo hecho, la Ley de extranjería se castiga al extranjero que haya sido condenado, se refiere, a mi juicio, al extranjero residente legalmente en España, el cual no fue obviamente, sujeto al artículo 89 CP, quedando, por un lado; que el extranjero no residente legalmente estaría en mejor situación que el extranjero residente legalmente en España, ya que, éste ha de cumplir la condena y luego será expulsado por la vía gubernativa por haber sido condenado, y por otro lado; resulta incongruente la aplicación del artículo 89 porque la sustitución de la pena en el caso excepcional procederá cuando el condenado se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena.

Otra cuestión que merece destacar es la dualidad de castigo en lo referido del último apartado 4º del artículo 89 CP, en relación con el apartado 8º del artículo 57 de la Ley de Extranjería, también es sobrante el texto del apartado núm. 4 del artículo 89 CP, toda vez que la expulsión se alcanzaría una vez que el extranjero -residente legalmente en España- haya cumplido la condena, pero la finalidad del legislador está dirigida a atrapar también al extranjero en situación legal en España, quedando éste en peor situación que aquel que no residente legalmente en España, pero por un punto de vista jurídico, la imposición, por la autoridad gubernativa, de una sanción de medida de seguridad como la expulsión con posterioridad a la punición cumplida de la conducta penal es, indiscutiblemente, contraria al principio de legalidad, y non bis in idem, además, quebrante al ordenamiento jurídico penal español al establecer otras medidas complementarias no

contempladas en el Código penal para quien haya sido cumplido su condena y logró su libertad especialmente cuando se trata de un extranjero residente legalmente en España. Pues, tratándose de un proceso de carácter penal, concierne a los Jueces o Tribunales sentenciadores o el Juez de Vigilancia, quienes deben resolver según los supuestos establecidos en el artículo 197 del Reglamento penitenciario.

UNDÉCIMA: La expulsión penal del artículo 89, dada su carácter obligatoria y la omisión de la audiencia del penado, el legislador no ha tenido en cuenta la existencia de las normas legales emanadas de los Convenios y Tratados internacionales que limitan al legislador a la hora de salvaguardar a los extranjeros de la medida de expulsión, cuando concurren algunas circunstancias vinculadas al extranjero como persona, que en muchas ocasiones requieren especial prestación de ayuda o protección del Estado. En evitación de cualquier circunstancia que pudiera impedir la ejecución de las resoluciones judiciales, se debe tener en consideración las siguientes circunstancias; tal como, la dignidad humana, arraigo familiar, social, razones humanitarias, el embarazo de las mujeres y aquellas mujeres que sufren violencia doméstica, así como, la prohibición de expulsar a los extranjeros amenazados con torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes en el país de destino. Existe también, excepcionalmente y de carácter individual, otra prohibición de salida del territorio español por razones de seguridad nacional o de salud pública. Estos acontecimientos o circunstancias, constituyen seriamente un obstáculo para la ejecución de la sentencia que puede sustituir la pena por la expulsión del extranjero afectado. Lo cierto es que la aplicación del citado artículo 89 CP, no dependería solamente de la situación de la residencia ilegal del extranjero en España, sino, existen, además, ciertas

circunstancias que indudablemente pueden impedir la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas al extranjero por su expulsión, como por ejemplo, en el caso del extranjero indocumentado donde resultaría difícilmente reconocer su paradero, constituye un obstáculo a la ahora de llevar a cabo la expulsión, por lo que conduce lógicamente a la ineficacia de las resoluciones judiciales por no hacer efectiva la ejecución de lo juzgado.

DUODÉCIMA: Técnicamente, desde un punto de vista de los elementos básicos del Derecho penal, la expulsión -en si misma- no constituirá amenaza alguna porque realmente no es un castigo equivalente a una pena. La ciencia del Derecho penal exige determinados elementos o aspectos fundamentalmente básicos que deben existir respecto al delito, tal como: acción, antijuridicidad, tipicidad, culpabilidad, punibilidad, sin la existencia de una ley que lo sancione no habrá delito, si su ejecución no ha sido prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena o castigo, no constituirá delito. La acción o omisión del acto debe estar sancionada con una pena, sin la conminación de una penalidad para la acción o la omisión no existe delito, por lo tanto, el extranjero que cometiere algún delito, y su pena haya sido sustituida por la expulsión, realmente, no significa que haya recibido la pena correspondiente al delito que cometió, porque la expulsión no es una pena sino una medida de seguridad (art. 33 en relación con art. 96.3.2ª), es cierto que existe una pena acordada en sentencia, pero en la realidad esta pena no ha sido ejecutada a consecuencia de la voluntad propia del legislador, esta voluntad no tiene respaldo legal conforme con la regla general del ordenamiento jurídico penal español, al permitir la sustitución, suspensión, o la renuncia de la condena del extranjero condenado por razón de su nacionalidad o legalidad de residencia, sino ha de ser por causa de justificada

conforme con norma jurídica fundamentada en el Derecho penal, por lo que entiendo que la razón político criminal no es suficiente como justificación.

Es cierto que existen delitos sin que urge necesariamente la aplicación de la correspondiente condena, pero estos delitos tiene causa justificada por la ley como concurre cuando el hecho no es antijurídico por concurrir una causa de justificación, por ejemplo; la legitima defensa, o si no imputable, o cuando el autor es un enajenado, en estos casos, no existe hecho punible y por tanto, no hay condena por la existencia de causa de justificación. Ahora bien, el caso del artículo 89, técnicamente, carece de un elemento sustancial del delito, como es sabido, el de la punibilidad, sin la "sanción con pena", sin la conminación de una penalidad para la acción o la omisión no existe delito, quedando por tanto, la sustitución establecida en el citado artículo injustificada jurídicamente, toda vez que, como es sabido también, que la expulsión no está catalogada como una causa de justificación, ni como una pena sino como una medida de seguridad, y jamás debe confundirse la pena con la medida de seguridad, no las dos grandes finalidades del orden punitivo: represión y prevención.

DECIMOTERCERA: Respecto al archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización del extranjero para residir o trabajar en España (párrafo 4º del art.89.1), cabe afirmar que, en primer lugar; no se trata solamente de una sustitución de la pena por la expulsión sino también encontramos ante la aplicación de otra pena privativa de derecho de carácter accesorio que no está catalogada en el artículo 33 del Código Penal, por tratarse de privación de derecho a residir o trabajar en España. En segundo lugar; este texto legal contradice con lo establecido

en el inciso primero del artículo 89.1, el cual exige para su aplicación la residencia ilegal del extranjero, ya que, el extranjero tramitado para residir o trabajar en España no será en situación ilegal hasta que resuelve definitivamente la denegación de la autorización solicitada para residir o trabajar) en tanto no será sujeto a la aplicación del artículo 89.1 CP desde un principio, dada la ausencia del requisito principal que exige la residencia ilegal del extranjero condenado. En tercer lugar; el mandato quebranta la regla de la separación de los poderes públicos, por cuanto que, el archivo del procedimiento administrativo objeto de autorización de residencia o trabajo en España es de carácter administrativo, regido por la Ley de extranjería y del procedimiento administrativo, por un lado, la decisión penal que acuerda el archivo de un procedimiento administrativo no está prevista en el Código Penal, ni con carácter principal ni accesorio, por otro lado, la competencia de conceder, denegar o archivar el procedimiento administrativo corresponderá a la autoridad administrativa, la resolución que acuerda el archivo de cualquier procedimiento administrativo es recurrible ante el mismo órgano que acordó el archivo del procedimiento, y posteriormente ante el Tribunal de lo contencioso-administrativo, este recurso no puede interponer en el caso del párrafo 4º del artículo 89.1, ya que, el Juez o Tribunal penal no es competente para resolver, tampoco, la administración por no haber acordado ningún acto administrativo, por lo que conduce, en este caso, negar el derecho del extranjero afectado a la tutela judicial efectiva por no haber podido lograr interponer el correspondiente recurso contra la resolución penal que acordó el archivo del procedimiento administrativo que tuvo por objeto la autorización del extranjero para residir o trabajar en España, en definitiva, considero que el Juez o Tribunal penal no es

competente para aplicar otras penas sino esta prevista en el ordenamiento jurídico español.

DECIMOCUARTA: El artículo 89.1 párrafo 5º no justifica el cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente cuando la expulsión no pudiera llevarse a efecto, tampoco determina cual es la causa que impida la expulsión, si es imputada al propio extranjero o a la autoridad gubernativa, tampoco determina los supuestos o motivos que origina tal impedimento. La prohibición de regreso está fijada para toda expulsión sin proporción ni consideración de la duración de la pena originariamente impuesta. Tampoco es adecuado que el cómputo del plazo no se debe desde la firmeza de la sentencia sino desde la fecha de expulsión, negando el tiempo transcurrido desde la firmeza de la sentencia hasta la fecha de la expulsión cuando el retraso sea imputado a acusa ajena del condenado pendiente de expulsión.

Cabe destacar otra excepción de la regla general en el supuesto de quebrantar la decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada por el extranjero, en este caso no se aplica al artículo 468 del CP, sino, basta con la simple devolución sin más trámite.

DECIMOQUINTA: El artículo 89 nada dice sobre la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito, no condiciona la expulsión del extranjero a reparar los daños y perjuicios por él causados conforme a la regla establecida en el Código Penal, puesto que, con arreglo a lo establecido en el artículo 109 y siguientes, los extranjeros no residentes legalmente en España que hayan sido expulsados al artículo 89 no están exentos de dicha responsabilidad. Quedando injustificada privar el perjudicado de su derecho a ser

indemnizado por causa ajena y no justificada conforme con la regla general establecida en el propio Código, teniendo en cuenta que el artículo 21.2 de la derogada Ley 7/1985, exigía el aseguramiento en todo caso la satisfacción -por el extranjero expulsado- de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar.

En definitiva, puede afirmarse que el contenido del artículo 89 del Código Penal, en mi opinión, es una "excepción" de la regla general del Derecho penal español en todos sus aspectos. Si hablamos de política, ésta se debe a la política de extranjería que en este caso prevalece frente a la política criminal. Y como dicen, GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERRA¹⁰⁹⁶. El delito y la pena no dependen del arbitrio del legislador, sino de los principios abstractos de justicia.

¹⁰⁹⁶ GROIZARD, Alejandro y GOMEZ DE LA SERNA. El Código Penal de 1870 Concordado y Comentado. Tomo II. TIMOTEO Arnaiz. Burgos 1872. ob cit. Pág. 55.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO Y ALONSO

- De la Vigencia y Aplicación del Código Penal de 1822, Revista de Estudios Penitenciarios, núm. 1. 1946.

ALONSO OLEA, Manuel:

- LEGISLACIÓN SOBRE EXTRANJEROS. (Dir) Editorial Civitas, primera edición. Madrid 1994.

ALONSO PEREZ, Francisco:

- RÉGIMEN JURÍDICO DEL EXTRANJERO EN ESPAÑA. 2ª Edición DYKINSON 1997.

- Expulsión administrativa de extranjeros, Innovaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre. LA LEY. Revista jurídica de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Año XXV. Núm. 6053, julio de 2004.

ALTAVISTA, COM:

- CODIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL: Normas y Leyes Penales españolas. Evolución histórica, Teorías.

ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL:

- NUEVA ENCICLOPEDIA WIKIPEDIA. Edición en español de 2001.

APARIICO WILHELMI, Marco:

- La última reforma de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 14/2003), un análisis crítico a la luz de su falta de eficacia y

de eficiencia. Revista de derecho migratorio y extranjería, Lex nova. ISSN 1695-3509, N°. 6, 2004.

ARJONA COLOMO, Miguel:

- NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA. Publicada bajo la dirección de MASCAREÑAS, Carlos-E., Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y eminentes profesores y juristas, TOMO IX. Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona. 1958.

ARANGUEZ SANCEZ, Carlos:

- Reformas introducidas en el Código penal por la LO 8/2000. Comentario sistemático a la Ley de Extranjería. Granada 2001.

APRAIZ MORENO, Fernando:

- Derecho de extranjería. Tomo II. J.M Bosch Editorial. Barcelona 1998.

ARIAS SENSO, Miguel:

- Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004. Diario LA LEY, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Año XXVI. Número 6160, lunes 3 de enero de 2005.

ARROYO ALFONSO, Soledad:

- Tendencias del Derecho Penal. Análisis de las reformas legislativas operadas en derecho penal.

ASÚA BATURRITA:

- Política Criminal y Política de Extranjería. La expulsión del extranjero como sustitutivo de la respuesta punitiva ordinaria, Tendencias del Derecho penal. Incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración, LAURENZO COPELLO, P. (coord.), XLII-2001

AYUNTAMIENTO DE SAGUNTO.

- Delegación de Turismo. Oficina de Turismo Plaza Cronista Chabret s/n. Sagunto (Valencia) España. 2004.

BAEZA AVALLONE, Vicente:

- La jurisprudencia como fuente del derecho Penal, Anales del Centro de Alzira de la UNED, ALZIRA (Valencia) 1992.

BELESTÁ SEGURA, Luis:

- Antecedentes del artículo 66 del Código Penal de 1995. Noticia jurídica. Com. Derecho penal, septiembre 1999.

BELTRÁN DAMIÁN, María A.:

- Comentarios a la Ley de Extranjería, ASENSI SABATER, J., (cood), Edijus-Fundación Alternativas, Zaragoza, 2001.

BETTIOL:

- Diritto penale, 3ª edic. Palermo 1955.

BAUCELLS I LLADÓS, Joan:

- ¿El derecho penal español un instrumento de protección de los derechos de los extranjeros? ISSN 1695-0194. 2006.

BERGALLI, R.:

- Sistema Penal y Problemas Sociales. (Cood-colaborador), Tirant lo blanch. Valencia 2003.

CALVO ROJAS, Eduardo:

- El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares. Reflexiones sobre la nueva ley de Extranjería. Cuaderno de Derecho Judicial, VIII-2001. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2002.

CALDERON CEREZO A. y CHOCLAN MONTALVO J. A.:

- DERECHO PENAL. Tomo I, Parte General. 2º Edición, Editorial BOSCH, marzo 2001.

CANUT, Josep Miquel:

- Comentarios al Nuevo Código Penal. [QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir). MORALES PRATS, Fermín (cood)], 2ª Edición. Aranzadi 2001.

CADENAS CORTINA, Cristina Concepción:

- POSICIÓN DEL EXTRANJERO EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Cuaderno de Derecho Judicial. XXIII. 2005, Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial.

CANCIO MELIÁ, Manuel:

- El Derecho penal Español ante la inmigración; Un estudio políticocriminal. En Derecho penal y política transnacional. 1ª Edición Edit. Atelier 2005.

- La expulsión de los ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP), En Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Edit. Tomos- Civitas, Navarra, 2005. Págs. 183-215.

CANCIO MELIÁ, Manuel/MARAVÉR GÓMEZ, Mario:

- El Derecho Penal español ante la inmigración: Revista Cenipec. Enero-diciembre 2006.

CHAMI. PABLO A.:

- Curso dictado en el CIDICSEF, Centro de Investigación y Difusión de la Cultura Sefardí. Junio de 1999.

CHUECA SANCHO, Ángel:

- El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros. Revista de Derecho de migratorio y extranjería, Universidad de la Rioja; ISSN 1695-3509, Nº. 1, 2002.

CIRCULARES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO:

- 15-2-1994, núm. 1/1994, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España y la creación de servicios de extranjerías en las fiscalías.

- 3/2001 de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

- 1/2002 de 19 de febrero sobre aspectos civiles penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería.

- 1/2005 sobre aplicación de la reforma del código penal operada por ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

CLIMENT DURÁN, Carlos Y PASTOR ALCOY, Francisco:

- CÓDIGO PENAL CON TODAS SUS REFORMAS COMPARADAS POR ARTÍCULOS. Consejo Valenciano de Colegios de Abogados. Quiles, Artes Gráficas, SA. 2004.

CLIMENTE DURAN, Carlos:

- EL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LAS PENAS EN EL NUEVO CÓDIGO PENA. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. núm. 76, julio 1995.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomas S:

- DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, 2ª Edición. Tirant lo blanch. Valencia, 1987.

- DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, 5ª Edición corregida, aumentada y actualizada. Tirant lo Blanch. Valencia 1999.

COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel:

- INSTITUCIONES DE DERECHO PENAL ESPAÑOL, Parte general. CESEJ Ediciones, Centro de Estudio Superiores de Especialidades Jurídicas. Madrid, 2004.

COMENTARIO AL CÓDIGO PENAL DE 1944:

- Comentario al texto refundido de 1973 y reformas posteriores, ENCICLOPEDIA. WIKIPEDIA. El Código Penal de España. Madrid 2001.

COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO:

- Comentario sobre la expulsión de extranjeros, cear.es, 18/07/2003.

CONSULTAS DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO:

- 5/1987, RCL.1988\933, de la Fiscalía General del Estado.

- 2/1990, RCL 1991\532, de la Fiscalía General del Estado.

- 3/2000 de 21 de diciembre, sobre la competencia de los Órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en cuestiones de cuantía indeterminada en materia de extranjería.

- 1/2001, de 9 de mayo, retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido:

- CÓDIGO PENAL. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. Trivium SA. Primera Edición. Madrid. Febrero 1997.

- CÓDIGO PENAL COMENTADO, (Director y autor). DÍAZ MARTÍNEZ, P. (cood). Tomo I. 2ª Edición. Editorial BOSCH, Febrero 2004.

- Anulación de la Instrucción nº 3/2003 sobre la expulsión de menores, (RI. §1006978), 03/12/2004, Diario del Derecho, iustel. Edición de 16/5/2008.

CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego:

- Consideraciones sobre la autorización judicial de expulsión como sustitutiva del proceso penal. Tribunales de justicia. Revista mensual de jurisprudencia, doctrina y práctica procesales. La Ley-Actualidad, N° 4, abril 1998.

COY FERRER, Ernesto:

- RACISMO, PSICOLOGÍA Y LEY, psicología y ley. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Murcia, ISSN: 0212-9728. 1994.

CUELLO CALÓN, Eugenio:

- DERECHO PENAL. Tomo I, Parte General, Volumen primero, Decimoctava edición Bosch. Barcelona 1980.

DE LA MUELA, Miaja:

- Derecho Internacional Privado, II. Madrid, 1957.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel:

- La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003, LA LEY, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Año XXV. Número 6042. Jueves, 17 de junio de 2004.

DE LAMO RUBIO, Jaime:

- Principio "Non Bis In Idem" y Principio de Buena Fe Procesal: efectos de la invocación tardía de la vulneración del Ne Bis In Idem. Artículos Doctrinales, Derecho Procesal Penal: Noticias Jurídicas. Septiembre 2001.

DEL MORAL GARCIA, Antonio y SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio:

- CÓDIGO PENAL (Comentario y Jurisprudencia) (coods). Tomo I. Comares. Granada, 2002.

DEL ROSAL, Juan:

- Tratado de Derecho Penal español, Parte General. Vol. II. Ediciones DARRO, MCMLXXII. Madrid 1969.
- Tratado de derecho penal español. Parte General. Vol. I. 2ª Edición revisada por C. del Rosal. M. Madrid 1976.

DEL ARCO, Palomo:

- Migración y Cambio Social, Número extraordinario dedicado al III Coloquio Internacional de Geocrítica. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona [ISSN 1138-9788] 2000:139-207. Nº 94 (34), 1 de agosto de 2001.

DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA, Reglamento:

- Boletín Oficial del Estado, Separata, primera edición; febrero de 1996.

DERECHO PENAL:

- Repertorios de legislación. La Ley, Madrid, febrero 1986.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis:

- El Nuevo Modelo Penal de la Seguridad Ciudadana. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, 06-03-2004.
- La Evolución del Sistema de Penas en España. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Núm. 08-07. ISSN 1695-0194. 2006.

DIARIOS OFICIALES DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS:

- Diario Oficial de la Unión Europea L 56 de 4.4.1964.
- Diario Oficial de la Unión Europea L 121 de 26.5.1972.
- Diario Oficial de la Unión Europea L 14 de 20.1.1975.
- Diario Oficial de la Unión Europea L 18. 3. 4. 1999.

- Diario Oficial de la Unión Europea L 149/34 de 2.6.2001
- Diario Oficial de la Unión Europea L 60 de 27.2.2004
- Diario Oficial de la Unión Europea L 158 de 30.4.2004.
- Diario Oficial de la Unión Europea L 261/23 de 6.8.2004
- Diario Oficial de la Unión Europea L 349/11 de 25.11.2004
- División de Prensa e Información, comunicado de prensa nº 1/1999.
- Directiva 2001/40/CEE.
- Directiva 2003/109/CEE.

DIALNET:

- La expulsión de Extranjeros. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario. Monografías de jurisprudencia La Ley Penal. Número: 13, 2005.

ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel:

- EL ARTÍCULO 89.1 DEL CÓDIGO PENAL, UN EJEMPLO DE INFORTUNIO DEL LEGISLADOR. Revista electrónica "El Derecho", núm. 100, enero de 2005 Madrid.

ENCICLOPEDIA WIKIPEDIA:

- HISTORIA DE ESPAÑA, Comentario al periodo de codificación en España. 2006
- COMENTARIO AL ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL, Madrid 2007.
- PREHISTORIA EN LA PENÍNSULA IBÉRICA, 15 agosto de 2007.

ESTRADA CARRILLO, Vicente:

- COMENTARIOS A LA LEY ORGÁNICA Y REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA. Editorial Trivium, Madrid 1989.
- EXTRANJERÍA, COMENTARIOS A LA LEY ORGÁNICA Y REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA, 2ª Edición, Editorial Trivium. Madrid 1993.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL:

- COMENTARIO A LA CODIFICACIÓN, NORMAS Y LEYES PENALES ESPAÑOLAS, Altavista.com. 2006.

FATHY SOROUR, Ahmed:

- COMENTARIO AL CÓDIGO PENAL, Parte General, 6ª Edición. Nahda Editorial. El Cairo 1996.

FERNANDEZ ROZAS, José Carlos y FERNANDEZ PEREZ, Ana:

- LEY DE EXTRANJERÍA Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA. Editorial TECNOS ANAYA, S.A. Madrid 2002.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis:

- Extranjeros inscritos en el Sistema de Información de Schengen como no admisibles y eficacia en España de resoluciones de expulsión acordadas por otros estados de la Unión europea. Revista de Derecho migratorio y extranjería de la Universidad de la Rioja, ISSN 1695-3509, N°. 13, 2006.

FLORES MENDOZA, Fátima:

- INMIGRACION Y DERECHO PENAL, (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002.

FUNDACIÓN RAMÓN RUBIAL:

- RESIDENCIA, EXPULSIÓN, Y PENADOS EXTRANJEROS, Investigación realizada por la Fundación Ramón Rubial publicados el 21/10/2004.

GÁLVEZ MUÑOZ, Luis:

- COMENTARIO A LA LEY ORGÁNICA 7/1985 Y SU REGLAMENTO, Revista electrónica Sinopsis. Congreso, es. 2003.

GARCIA ALBERO, Ramón:

- COMENTARIOS AL NUEVO CÓDIGO PENAL, [QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir), MORALES PRATS, Fermín (Cood.)] 2ª Edición. Aranzadi 2001.

GARCIA ARÁN, Mercedes:

- LA CONCEPCIÓN DE LA PENA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1994. Curso del Proyecto de Código Penal de 1994. [BOIX, Javier/Orts, Enrique (dirs.)], Tomo I. UIMP, Valencia junio 1995.

GARCIA CATALAN, José Manuel:

- DELINCUENCIA EXTRANJERA E INVESTIGACIÓN POLICIAL, Editorial Atelier serie mayor, 2003.

GARCIA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, J.R.:

- Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas, Madrid, 1984.

GARCÍA ESPAÑA, Elisa:

- INMIGRACION Y DERECHO PENAL, (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Editorial Tirant lo blanch. Valencia 2002.

GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antonio:

- INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL. Cuarta edición. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid 2006.

- COMENTARIOS AL NUEVO CÓDIGO PENAL. [QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir), MORALES PRATS, Fermín (Cood.)] 3ª Edición. THOMSON Aranzadi Navarra 2004.

GÓMEZ CAMPELO, Esther:

- Algunos apuntes sobre la protección de los inmigrantes menores de edad en la vigente normativa sobre extranjería. III encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo, Universidad de Gerona 11 y 12 de noviembre de 2005.

GONZALES RIVAS, Juan José:

- Las Sanciones Administrativas en la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional, Supremo, de la Audiencias Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia. Doctrina y Jurisprudencia Actualidad Editorial. Madrid 1994.

GONZÁLEZ CANO, M^a Isabel:

- Aspectos procesales del traslado de personas condenadas de un país a otro, espamundo.org. Sevilla, marzo de 2000.

GONZÁLEZ, Jaime I:

- POLÍTICA DE EXTRANJERÍA. EXTRANJEROS Y DERECHO PENAL. Cuaderno de Derecho Judicial, [MARTÍN PALLÍN, José Antonio (dir)]. Consejo General del Poder Judicial. IV-2003. Madrid 2004.

GRACIA MARTIN, José Luis:

- LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO. El Sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito. 2^a. Edición. Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

GROIZARD, Alejandro Y GOMEZ DE LA SERNA:

- EL CÓDIGO PENAL DE 1870, Concordado y Comentado, TOMO II. TIMOTEO Arnaiz. Burgos 1872.

- El Código Penal de 1870 comentado y concordado, tomo I, Madrid, 1923; tomo II, Madrid 1924; tomo IV, Madrid 1912.

INFORME DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL:

- 1 de diciembre de 2004, del Consejo General del Poder Judicial sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

INFORME DEL CONSEJO FISCAL:

- Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO:

- 6/1991 (RCL 1992\748) y 7/1991 (RCL 1992\749).

- 4/2001, de 25 de julio, de la Fiscalía General del Estado, sobre la autorización judicial de la expulsión de los extranjeros imputados en procedimientos penales.

- Actualización de la Instrucción de 14/2001 sobre las actuaciones relativas a penados extranjeros a quienes en sentencia no se ha sustituido la pena o parte de la misma por expulsión. 21 de diciembre de 2005.

- Instrucción número 2/2002 de 11 de febrero sobre organización de las Fiscalías en materia de extranjería

- Instrucción número 14/2005 de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre actuación de dependencias policiales en relación con mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica o de género en situación administrativa irregular.

IRIARTE ÁNGEL, José Luis:

- LOS DERECHOS CIVILES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA, La Ley Editorial, 1988.

JARAMILLO GARCIA, A.:

- NOVÍSIMO CÓDIGO PENAL. Comentado y Cotejado con el de 1870. Prologo de ALAMILLO SAGADO, Ildefonso. Volumen I- Libro I. Imp. De Silvestre Ferreira. PADILLEROS, NÚM 4. Salamanca 1928.

JOAQUIN TOMAS:

- Nueva Enciclopedia Jurídica, con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros, tomo IX. Barcelona. Editorial Francisco Seix, S.A. 1958.

LA LEY PENAL:

- La Expulsión de Extranjeros, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, Universidad de Rioja ISSN 1697-5758, N°. 14, 2005.

LAFONT NICUESA, Luis:

- Excepciones a la Expulsión Judicial del Extranjero en el ámbito penal, Revista de derecho migratorio y extranjería, Universidad de la Rioja; ISSN 1695-3509, N°. 10, 2005.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo:

- LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO, 1ª Edición., Editorial Tecnos, Madrid 2005.

- PRISIÓN Y SUSTITUTIVOS PENALES. EL NUEVO DERECHO PENAL ESPAÑOL, Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Cood. Por; MORALES PRATS, Fermín/QUINTER OLVARES, Gonzalo, 2001.

LAURENZO COPELLO, Patricia:

- INMIGRACIÓN Y DERECHO PENAL, (Bases para un debate) (Cooda). Tirant lo blanch. Valencia 2002.

LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio:

- COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL, [RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.) y BARREIRO, Agustín Jorge (Cood.)] CIVITAS, S.A. Primera edición Madrid 1997.

LOPEZ BAJA DE QUIROGA, Jacobo:

- CÓDIGOS PENALES ESPAÑOLES, Editorial AKAL. S.A. 1988.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/RODRIGUEZ RAMOS, Luis:

- CÓDIGO PENAL COMENTADO. (Coods.) Editorial AKAL S.A. 1990.

LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel:

- Expulsión, Retorno y Devolución de Extranjeros Menores de Edad. LA LEY. Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. AÑO XXV. Número 6121. 5 de noviembre de 2004.

LOPEZ- MUÑIZ GOÑI, Miguel:

- LA NUEVA LEY DE EXTRANJERÍA, (Guía práctica y Jurisprudencia) Ley 4/2000, reformada por la Ley 8/2000 y su Reglamento, 2ª Edición. Editorial COLEX, Madrid 2001.

LLORCA ORTEGA, José:

- MANUAL DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA CONFORME AL CÓDIGO PENAL DE 1995. 5º Edición. Tirant lo blanch. Valencia 1999.

MAGRO SERVER, Vicente:

- La especialización de los Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales en la Ley Contra la Violencia de Género, El problema del sometimiento al artículo 98 LOPJ. Atún. La Ley, 2005.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis:

- CÓDIGO PENAL [DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA], Tomo I. Derechos Fundamentales, (Dirección CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido). 1ª Edición febrero de 1997. Editorial Trivium Madrid.

MAPELLI CAFFARENA, Borja:

- EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1994, [BOIX, Javier/Orts, Enrique (dirs.)], Tomo I. Curso UIMP Valencia. Junio 1995.

MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS, Basoco:

- LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO, 3ª Edición, Civitas. Madrid, 1996.

- LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO, 4ª Edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

MARTÍN PALLÍN, José Antonio:

- Política común de la Unión Europea en materia de extranjería. Extranjeros y derecho penal. Cuaderno de Derecho Judicial. IV-2003. Madrid 2004.

MARTÍNEZ PARDO, Vicente:

- DETENCIÓN E INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS. 1ª edición. Editorial Thomson Aranzadi. Navarra, Marzo, 2006.

MARTÍNEZ, Pedro:

- Diario digital, La Fogata publicado el 8 de enero del 2000.

MATEO AYALA, Eladio-José:

- EL PERIODO DE LA CODIFICACIÓN, Proyectos de Códigos penales y Códigos penales españoles en el siglo XIX. Artículo publicado en VLEX.com 26/7/2007.

MAWAD, Abdul-Tawab:

- COMENTARIO AL CÓDIGO PENAL, 2ª edición. El Nahda Editorial, El Cairo 2006.

MELÓN MUÑOZ, Alfonso:

- LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL EN EL ÁMBITO DE LA EXTRANJERÍA. Extranjería, Manuales de formación continuada 39, Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2007.

MIR PUIG, Santiago:

- Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, 2º edición, Bosch. Barcelona 1982.

- DERECHO PENAL, Parte General, (Fundamentos y Teoría del Delito), 2ª edición, PPU Promociones Publicitarias Universitarias. Barcelona 1985.

- DERECHO PENAL. Parte General, 5ª edición. Barcelona 1988.

- DERECHO PENAL, Parte General. 7ª edición 2ª reimpresión. Editorial Reppertor, Barcelona 2005.

MÍKEL DE EPALZA:

- LOS MORISCOS ANTES Y DESPUÉS DE LA EXPULSIÓN, Artículo publicado en www.cervantesvirtual.com.

MIQUEL CALATAYUD, J. A.:

- La extranjería en el sistema español de Derecho internacional privado. Editorial TAT. Granada 1987.

MIR.ES:

- LA EXPULSIÓN Y RETORNO, Un dominio informativa en Internet de titularidad del Ministerio del Interior.

MONTES PENADÉS, Vicente L.

- COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL DE 1995. (VIVES ANTON, Tomas S., [Cood.]), Volumen I, Tirante lo Blanch, Valencia 1996.

MONCLÚS MASÓ, Marta:

- La Expulsión del extranjero como sanción penal encubierta, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. [ISSN 1138-9788] N° 94 (34), Barcelona 1 de agosto de 2001.

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo:

- TEORÍA DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.

NAVARRO CARDOSO, Fernando:

- EXPULSIÓN PENAL DE EXTRANJEROS: una Simbiosis de Derecho Penal simbólico y Derecho penal del enemigo. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (DIR), Iustel.com, RGDP, N° 2, noviembre 2004.

- EXPULSIÓN PENAL DE EXTRANJEROS: Revista de Derecho Penal y Criminología, n° 17-2006.

NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA:

- Nueva enciclopedia jurídica, MADCAREÑAS Carlos-E, (Dir.) con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y de eminentes profesores y juristas, TOMO IX. Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona 1958.

ORDÓÑEZ SOLÍS, David:

- Los Derechos de los ciudadanos en la Comunidad Europea. Boletín de información sobre las Comunidades Europea. ISSN 0213-4500, N° 34-35, 1991.

ORTS BERENGUER, Enrique:

- SEGURIDAD Y CIENCIAS POLICIALES, ÚLTIMAS REFORMAS PENALES SUSTANTIVAS Y PROCESALES, con colaboración de: GOMEZ COLOMER, Juan Luis. GONZALEZ CUSSAC, José Luis. PLANCHEDELL GARGALLO, Andrea. MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. ALONSO RIMO, Alberto. ROIG

TORRES, Margarita. GUARDIOLA GARCIA, Javier. Ediciones Alfa Delta Digital. © 2006.

- Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria, Ministerio del Interior, Madrid, 2005.

ORTS BERENGUER, Enrique/ GONZALEZ CUSSAC, José Luis:

- COMPENDIO DE DERECHO PENAL, (parte general y Parte especial)
Tirant lo Blanch. 1ª Edición. Valencia 2004.

ORTOLÁ TOMÁS, Andrés:

- LA EXPULSIÓN DE LOS MORISCOS, Publicación; club. Telepolis.com
1999.

PACHECO, Joaquín Francisco:

- Estudios de Derecho Penal, Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840, 2ª edición. Madrid 1854.

- El Código Penal comentado y concordado, 3era. Edición, Madrid Tomo I. 1867.

- EL CÓDIGO PENAL Concordado y Comentado, Estudio preliminar y anotaciones de TÉLLEZ AGULLERA, Abel. EDISOFER s.l. Libros Jurídicos. Madrid 2000.

PAZ RUBIO, José María:

- Expulsión de Extranjeros, Extranjeros y Derecho Penal, Cuaderno de Derecho Judicial IV-2003. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2004.

- Sustitución de la Pena de Prisión por Expulsión del Territorio Nacional. La ley penal; Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, ISSN 1697-5758, N°. 10, 2004.

- Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala II de 8 de julio de 2004. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología sobre la sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional. 2006.

PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS:

- Comentarios al artículo 27 del Código Civil, EDERSA, Madrid, 1979.

PÉREZ, Francisco Alonso:

- RÉGIMEN JURÍDICO DEL EXTRANJERO EN ESPAÑA, (Comentarios, Jurisprudencia, Legislación y Formularios), 2ª Edición. DYKINSON Madrid 1997.

PERIS RIERA, Jaime/Madrid CONESA:

- COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL, Dirigido por COBO DEL ROSAL, Manuel, Tomo III. EDERSA 2000.

POZA CISNEROS, María:

- Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad, Cuadernos de Derecho Judicial N°. 24, Madrid 1996.

- Suspensión, Sustitución y Libertad Condicional, Manuales de formación continuada n° 4, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999.

PRATS CANUT, Josep Miquel:

- COMENTARIOS AL NUEVO CÓDIGO PENAL, [QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir), MORALES PRATS, Fermín (cood.)], 2ª Edición. ARANZADI Editorial. Pamplona 2001.

PRATS CANUT, Josep Miquel/TAMART SUMALLA, Josep María:

- COMENTARIOS AL NUEVO CÓDIGO PENAL, [QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir), MORALES PRATS, Fermín (cood)], 3ª Edición. THOMSON ARANZADI, 2004.

PROYECTO DE LA LEY ORGÁNICA DEL CÓDIGO PENAL:

- Secretaria General Técnica, edita: Centro de Publicidad del Ministerio de Justicia e Interior. Madrid 1994.

PUIG PEÑA, Federico:

- CÓDIGO PENAL ANOTADO, MASCAREÑAS, Carlos-E. (Dir.), Nueva enciclopedia jurídica con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISÉ PRATS y de eminentes profesores y juristas. TOMO IX. Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona 1958.

PUERTA, Luis Román:

- DUPLICIDAD SANCIONADORA, ADMINISTRATIVA Y PENAL, "non bis in idem". Extranjeros y Derecho Penal. Cuaderno de Derecho Judicial, [MARTÍN PALLÍN, José Antonio (dir)]. IV-2003. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2004.

REQUERO IBAÑEZ, José Luis:

- EXTRANJERÍA Y REFUGIO, PRACTICA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, (Doctrina y Jurisprudencia), La Ley-Actualidad. Madrid 1997.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos:

- MANUAL DE EJECUCIÓN PENITENCIARIA. Madrid. COLEX, 1998.

RODRIGUEZ DEVESA, José María:

- DERROCHO PENAL ESPAÑOL, Parte general, Décima edición. Editorial DYKINSON. Madrid 1986.

RODRIGUEZ RAMOS, Luis:

- CÓDIGO PENAL, Concordado con Jurisprudencia Sistematizada y Leyes Penales Especiales y Complementarias, [Cood] Editorial; La LEY, Grupo Wolters Kluwer. 2007.

RODRÍGUEZ MESA, M^a José/RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón:

- INMIGRACIÓN Y SISTEMA PENAL. 1^a Edición, Editorial Tirant Lo Blanch 2006.

ROMA VALDÉS:

- Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, Universidad de Barcelona N^o 94, agosto de 2007.

SAINZ GUERRA, Juan:

- LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL EN ESPAÑA. (Universitas Giennensis) Universidad de Jaén 1^a Edición. Marzo 2004.

SAINZ/CANTERO CAPARÓS, José E.:

- La responsabilidad civil derivada del delito, en COBO DEL ROSAL, M. (dir)/BAJO FERNÁNDEZ. M. (coord.), Comentarios a la legislación penal. Tomo XVI, 1994.

SANCHEZ YLLERA, Ignacio:

- COMENTARIO AL CÓDIGO PENAL, Volumen I [VIVES ANTÓN, Tomás S. Cood)]. Tirant lo blanch. Valencia 1996.

SÁNCHEZ MELGAR, Julián:

- CÓDIGO PENAL. Comentarios y Jurisprudencia, (Coord), 2^a edición. SEPÍN editorial jurídica. Madrid 2006.

SANZ MULAS, Nieves:

- EL DERECHO PENAL Y LA NUEVA SOCIEDAD, [Cooda] Comares. Granada 2007.

SÁNCHEZ RIBAS, Javier/ FRANCO PANTOJA, Francisco:

- GUÍA PARA ORIENTACIÓN LEGAL EN INMIGRACIÓN, (2ª ed.). Editorial Lex Nova. Abril 2008.

SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio:

- CÓDIGO PENAL DE 1995, (Comentarios y Jurisprudencia) (cood) Tomo I. Comares. Granada 1999.

- CÓDIGO PENAL (Comentario y Jurisprudencia) [DEL MORAL GARCÍA, Antonio/SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (coods)]. Tomo I. Comares. Granada, 2002.

SERRANO PASCUAL, Mariano:

- LAS FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA PRISIÓN EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL, Editorial Trivium, Madrid 1999.

SEQUEROS SAZATORNI, L:

- MIGRACIÓN Y CAMBIO SOCIAL, Número extraordinario dedicado al III Coloquio Internacional de Neocrítica. Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona N° 94 2001.

SOLA RECHE, Esteban:

- INMIGRACION Y DERECHO PENAL, (Bases para un debate) LAURENZO COPELLO, Patricia (Coorda). Tirant lo blanch. Valencia 2002.

SUÁREZ FERNÁNDEZ, Luis:

- LA DOCTRINA DEL MÁXIMO RELIGIOSO, Historia de España enciclopedia WIKIPEDIA. 2001.

SCHMIDT. VERLEGUNG SIGMUND FEYRABENDS J.:

- Constitutio Criminalis Carolina, Wikipedia, enciclopedia libre. Frankfurt 1577.

TELLEZ AGUILERA, Abel:

- EL CÓDIGO PENAL CONCORDADO Y COMENTADO, EDISOFER, SL, Libros Jurídicos. Madrid 2000.
- NUEVAS PENAS Y MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN, EDISOFER. SL, Libros Jurídicos. Madrid, 2005.

TOMAS Y VALIENTE, Francisco:

- Manual de Historia del Derecho español, 4º edición. Tecnos Madrid 1983.

TOMAS, Joaquín:

- Nueva enciclopedia jurídica. Con la colaboración de BUENA VENTURA PELLISE PRATS y Otros, tomo IX. Barcelona. Editorial Francisco Seix, S.A. 1958.

TORRUBIA DAVID, Francisco José:

- La extranjería desde el punto de vista de la Administración Periférica del Estado: Autorizaciones y Sanciones Administrativas en Materia de Extranjería. Extranjería. Manuales de formación continuada, N°. 39, Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2006.

TORRES FERNÁNDEZ, María Elena:

- El principio non bis idem en la jurisprudencia constitucional, La Ley, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N° 4, 2003.
- La expulsión de extranjeros condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años. Comentario de la STS de 8 de julio de 2004 a propósito de la reforma operada por la LO 11/2003. LA LEY, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N° 76, 2004.

VALLDECABRES ORTIS, Isabel:

- COMENTARIO AL CÓDIGO PENAL DE 1995, Volumen I. Tirant lo Blanch. Valencia 1996.

VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos:

- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN. (Comentario a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA, 1993.

VIZMANOS, Tomás María y MARTINEZ, Cirilo Álvarez:

- COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL. Tomo I. Editorial; Establecimiento Tipográfico de J. González y A. Vicente. Madrid 1848.

VIVES ANTON, Tomas S.:

- COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL DE 1995. Editorial Tirant lo blanch. Valencia. 1996.

VILLENA RODRÍGUEZ, María:

- Demografía, mercado de trabajo y política de inmigración, accesible en eumed.net/cursecon/librería. ISBN: 84-689-0087-7, Sevilla 2004.

VOLTAIRE:

- Diccionario filosófico de Voltaire, Valencia 1901.

APENDICE JURISPRUDENCIAL

APENDICE JURISPRUDENCIAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- 13 de marzo de 1985: Tribunal Constitucional: ATC (182/1985).
- 30 de septiembre de 1985: Tribunal Constitucional: Sala Segunda (99/1985).
- 12 de febrero de 1986: Tribunal Constitucional: ATC (127/1986).
- 18 de marzo de 1987: Tribunal Constitucional: (58/1997).
- 07 de julio de 1987: Tribunal Constitucional: Sala Primera (115/1987).
- 03 de octubre de 1991: Tribunal Constitucional: Sala Primera (188/1991).
- 22 de marzo de 1993: Tribunal Constitucional: Sala Primera (94/1993)
- 29 de marzo de 1993: Tribunal Constitucional: Sala Primera.
- 17 de enero de 1994: Tribunal Constitucional (13/1994).
- 12 de febrero de 1994: Tribunal Constitucional: (21/1996).
- 20 de junio de 1994: Tribunal Constitucional: Sala Primera (81/1994)
- 27 de julio de 1994: Tribunal Constitucional (242/1994)
- 19 de junio de 1995: Tribunal Constitucional: Sala Segunda (96/19959).
- 11 de septiembre de 1995: Tribunal Constitucional: Sala Segunda (130/1995).
- 16 de abril de 1996: Tribunal Constitucional: (66/1996).
- 21 de mayo de 1996: Tribunal Constitucional: Sala Primera (86/1996)
- 18 de marzo de 1997: Tribunal Constitucional: (58/1997)
- 17 de abril de 1997: Tribunal Constitucional, ATC (106/1997).

- 03 de octubre de 1997: Tribunal Constitucional.
- 25 de noviembre de 1997: Tribunal Constitucional, 1ª (2383/1995).
- 29 de junio de 1988: Tribunal Constitucional, (141/1998).
- 12 de enero de 1998: Tribunal Constitucional: (5/1998).
- 28 de septiembre de 1998: Tribunal Constitucional: (184/1998).
- 04 de agosto de 1999 Tribunal Constitucional (147/1999).
- 27 de septiembre de 1999: Tribunal Constitucional: Sala Segunda.
- 31 de enero de 2000: Tribunal Constitucional: Sala Primera (25/2000).
- 27 de marzo de 2000: Tribunal Constitucional (87/2000).
- 30 de marzo de 2000: Tribunal Constitucional (91/2000).
- 10 de abril de 2000: Tribunal Constitucional: Sala 1ª (95/2000).
- 29 de mayo de 2000: Tribunal Constitucional: Sala Segunda (147/2000).
- 26 de junio de 2000: Tribunal Constitucional: Sala Segunda.
- 24 de julio de 2000: Tribunal Constitucional: Sala Segunda (207/2000).
- 30 de octubre de 2000: Tribunal Constitucional (256/2000).
- 29 de enero de 2001: Tribunal Constitucional: (13/2001).
- 26 de marzo de 2001: Tribunal Constitucional: (82/2001).
- 05 de marzo de 2003: Tribunal Constitucional, (32/2003)
- 31 de octubre de 2003: Tribunal Constitucional (55/2003)
- 04 de octubre de 2004: Tribunal Constitucional, (167/2004).
- 13 de septiembre de 2004: Tribunal Constitucional, (148/2004).
- 20 de septiembre de 2004 Tribunal Constitucional, Sala Primera.
- 31 de enero de 2005: Tribunal Constitucional: (15/2005).
- 04 de abril de 2005: Tribunal Constitucional, Sala Primera

- 24 de noviembre de 2005: Tribunal Constitucional, Sala Pleno
- 12 de diciembre de 2005: Tribunal Constitucional: Sala Segunda (Auto)
- 16 de enero de 2006: Tribunal Constitucional: (8/2006).
- 30 de enero de 2006: Tribunal Constitucional: (29 2006).
- 30 de enero de 2006: Tribunal Constitucional: (30 2006).
- 13 de febrero de 2003: Tribunal Constitucional, 32/2003).
- 13 de febrero de 2006: Tribunal Constitucional: (49/2006).
- 27 de febrero de 2006: Tribunal Constitucional: (56/2006).
- 13 de marzo de 2006: Tribunal Constitucional: Sala Primera (81/2006).
- 24 de marzo de 2006: Tribunal Constitucional.
- 04 de abril de 2006: Tribunal Constitucional (Auto).
- 08 de mayo de 2006: Tribunal Constitucional: Sala Segunda (145- 2006).
- 05 de junio de 2006: Tribunal Constitucional: Sala Primera (169 2006).
- 05 de junio de 2006: Tribunal Constitucional: Sala Primera (170 2006).
- 03 de julio de 2006: Tribunal Constitucional: Sala Primera (201- 2006).
- 03 de julio de 2006: Tribunal Constitucional: Sala Primera (202-2006).
- 24 de julio de 2006: Tribunal Constitucional: Sala Primera.
- 11 de septiembre de 2006: Tribunal Constitucional, Sala Primera, (254-2006).
- 23 de octubre de 2006: Tribunal Constitucional, Sala II, (303-2006).
- 07 de noviembre de 2007: Tribunal Constitucional, (R. 1707/2001) y (236-2007).
- 26 de noviembre de 2007: Tribunal Constitucional, Auto (439/2007)

- 20 de diciembre de 2007: Tribunal Constitucional, (260-2007)
- 17 de diciembre de 2007: Tribunal Constitucional, Auto (467-2007)

TRIBUNAL SUPREMO (SALA II de lo penal)

- 08 de junio de 1981: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal.
- 29 de marzo de 1990: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal.
- 16 de febrero de 1998: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal.
- 03 de marzo de 1998: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal, Sec. 2ª.
- 02 de junio de 1999: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal.
- 22 de mayo de 2000: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal.
- 04 de septiembre de 2000: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal, Sec. 2ª.
- 11 de septiembre de 2000: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal, Sec.2ª.
- 05 de febrero de 2001: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal.
- 10 de mayo de 2001: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal.
- 21 de enero de 2002: Tribunal Supremo Sala II de lo Penal, Sec.2ª.
- 25 de marzo de 2002: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal.
- 02 de abril de 2002: Tribunal Supremo Sala: Sala II de lo Penal.
- 24 de junio de 2003: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal.
- 11 de julio de 2003: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal.
- 07 de octubre de 2003: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal.
- 10 de diciembre de 2003: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal.

- 18 de marzo de 2004: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal, Sala 2ª.
- 22 de abril de 2004: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal.
- 01 de julio de 2004: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal.
- 08 de julio de 2004: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal.
- 10 de junio de 2004: Tribunal Supremo: Sala III de lo Penal.
- 28 de Octubre de 2004: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal. Sentencia nº 1249.
- 21 de diciembre de 2004: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal, Sec.1ª
- 22 de abril de 2005: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal, Sec.1ª
- 17 de mayo de 2005: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal, Sec.1ª
- 07 de junio de 2005: Tribunal Supremo Sala: Sala II de lo Penal, Sec.1ª
- 28 de junio de 2005: Tribunal Supremo: Sala II de lo Pena, ATS 1278/2005
- 08 de julio de 2005: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal, Sec.1ª.
- 12 de julio de 2005: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal, Sección 1
- 28 de Septiembre de 2005: Tribunal Supremo, Sentencia nº 1120.
- 11 de Octubre de 2005: Tribunal Supremo, Sentencia nº 1162.
- 23 de noviembre de 2005: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal.
- 17 de Febrero de 2006: Tribunal Supremo, Sentencia nº 172.
- 03 de marzo de 2006: Tribunal Supremo, Sala II de lo penal.
- 23 de mayo de 2006: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal.
- 31 de Mayo de 2006: Tribunal Supremo Sentencia nº 601.
- 27 de Junio de 2006: Tribunal Supremo, Sentencia n ° 696.
- 24 de julio de 2006: Tribunal Supremo, Sala 2ª.

- 13 de noviembre de 2006: Tribunal Supremo, Sentencia nº 1099
- 23 de noviembre de 2006: Tribunal Supremo, Sentencia nº 1231
- 01 de diciembre de 2006: Tribunal Supremo, Sentencia nº 1177
- 12 de diciembre de 2006: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal.
- 22 de diciembre de 2006: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal.
- 25 de enero de 2007: Tribunal Supremo, Sentencia nº 35.
- 13 de febrero de 2007: Tribunal Supremo: Sala II de lo Penal.
- 26 de febrero de 2007: Tribunal Supremo Sentencia nº 140.
- 18 de octubre de 2007: Tribunal Supremo, Sentencia nº 828.
- 29 de Noviembre de 2007: Tribunal Supremo Sentencia nº 1116.
- 20 de Febrero de 2008: Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo penal, nº 125/2008, de R. 11098/2007.

AUDIENCIAS PROVINCIALES:

- 27 de febrero de 1998: Audiencia Provincial de Cádiz, Sec.1ª.
- 06 de julio de 1999: Audiencia Provincial de Madrid: Sala de lo Penal, Sección 7.
- 08 de julio de 1999: Audiencia Provincial de Salamanca: Sala de lo Civil-Penal, Sección Única.
- 23 de julio de 1999: Audiencia Provincial de Barcelona: Sala de lo Penal, Sección 10.
- 06 de septiembre de 1999: Audiencia Provincial de Castellón de a Plana: Sala de lo Civil-Penal, Sección 3.
- 25 de octubre de 1999: Audiencia Provincial de Navarra: Sala de lo Civil-Penal, Sección 3.
- 22 de diciembre de 1999: Audiencia Provincial de Madrid: Sala de lo Penal, Sección 17.

- 07 de marzo de 2000: Audiencia Provincial de Córdoba: Sala de lo Civil-Penal, Sección 3.
- 15 de junio de 2000: Audiencia Provincial de Lérida: Sala de lo Civil-Penal, Sección 1.
- 19 de junio de 2000: Audiencia Provincial de Madrid: Sala de lo Penal, Sección 17.
- 29 de junio de 2000: Audiencia Provincial de Madrid: Sala de lo Penal, Sección 16.
- 25 de septiembre de 2000: Audiencia Provincial de Lérida: Sala de lo Civil-Penal, Sección 1.
- 26 de septiembre de 2000: Audiencia Provincial de Madrid: Sala de lo Civil-Penal, Sección 23.
- 21 de noviembre de 2000: Audiencia Provincial de Lérida: Sala de lo Civil-Penal, Sección 1.
- 23 de febrero de 2001: Audiencia Provincial de Cádiz: Sala de lo Civil-Penal, Sección 7.
- 14 de marzo de 2001: Audiencia Provincial de La Rioja: Sala de lo Civil-Penal, Sección Única.
- 17 de mayo de 2001: Audiencia Provincial de Cádiz: Sala de lo Civil-Penal, Sección 7.
- 17 de septiembre de 2001: Audiencia Provincial de Gerona: Sala de lo Penal, Sección 3.
- 21 de septiembre de 2001: Audiencia Provincial de Gerona: Sala de lo Penal, Sección 3.
- 19 de noviembre de 2001: Audiencia Provincial de Valencia: Sala de lo Civil-Penal, Sección 3.
- 08 de febrero de 2002: Audiencia Provincial de Barcelona: Sala de lo Penal, Sección 6.
- 18 de febrero de 2002: Audiencia Provincial de Cádiz: Sala de lo Civil-Penal, Sección 4.
- 09 de marzo de 2002: Audiencia Provincial de Barcelona: Sala de lo Penal, Sección 5.
- 11 de abril de 2002: Audiencia Provincial de Barcelona: Sala de lo Penal, Sección 6.

- 09 de mayo de 2002: Audiencia Provincial de Cádiz: Sala de lo Civil-Penal, Sección 8.
- 25 de junio de 2002: Audiencia Provincial de Gerona: Sala de lo Penal, Sección 3.
- 16 de julio de 2002: Audiencia Provincial de Lérida: Sala de lo Civil-Penal, Sección 1.
- 17 de julio de 2002: Audiencia Provincial de Gerona: Sala de lo Penal, Sección 3.
- 27 de junio de 2002: Audiencia Provincial de Lérida: Sala de lo Civil-Penal, Sección 1.
- 17 de diciembre de 2002: Audiencia Provincial de Huesca: Sala de lo Civil-Penal, Sección Única.
- 11 de abril de 2003: Audiencia Provincial de Gerona: Sala de lo Penal, Sección 3.
- 11 de junio de 2003: Audiencia Provincial de Cádiz: Sala de lo Civil-Penal, Sección 6.
- 19 de Noviembre de 2003: Audiencia Provincial de Madrid: Sala de lo Civil-Penal, Sección I^a.
- 23 de diciembre de 2003: Auto de la Audiencia Provincial de Madrid.
- 05 de enero de 2004: Audiencia Provincial de Gerona: Sala de lo Penal, Sección 3.
- 28 de enero de 2004: Audiencia Provincial de Tarragona 2^a.
- 19 de febrero de 2004: Audiencia Provincial de Barcelona: Sala de lo Penal, Sección 7.
- 24 de febrero de 2004: Audiencia Provincial de Madrid: Sala de lo Penal, Sección 17.
- 23 de marzo de 2004: Audiencia Provincial de Madrid: Sala de lo Penal, Sección 6.
- 23 de marzo de 2004: Audiencia Provincial de Sevilla: Sala de lo Penal, Sección 4.
- 23 de marzo de 2004: Audiencia Provincial de Valladolid: Sala de lo Penal, Sección 4.

- 23 de abril de 2004: Audiencia Provincial de Madrid Sala: Sala de lo Penal, Sección 1.
- 14 de mayo de 2004: Audiencia Provincial de Las Palmas: Sala de lo Civil-Penal, Sección 1.
- 05 de julio de 2004: Audiencia Provincial de Almería: Sala de lo Civil-Penal, Sección 3.
- 09 de julio de 2004: Audiencia Provincial de Madrid: Sala de lo Penal, Sección 6.
- 19 de julio de 2004: Audiencia Provincial de Tarragona: Sala de lo Penal, Sección 2.
- 18 de agosto de 2004: Audiencia Provincial de Las Palmas: Sala de lo Civil-Penal, Sección 2.
- 29 de septiembre de 2004: Audiencia Provincial de Vizcaya: Sala de lo Civil-Penal, Sección 6.
- 21 de octubre de 2004: Audiencia Provincial de Barcelona: Sala de lo Penal, Sección 10.
- 28 de octubre de 2004: Audiencia Provincial de Barcelona: Sala de lo Penal, Sección 7.
- 02 de noviembre de 2004: Audiencia Provincial de Vizcaya: Sala de lo Civil-Penal, Sección 6.
- 13 de noviembre de 2004: Audiencia Provincial de Tarragona: Sala de lo Penal, Sección 2.
- 16 de noviembre de 2004: Audiencia Provincial de Barcelona: Sala de lo Penal, Sección 7.
- 17 de noviembre de 2004: Audiencia Provincial de Guipúzcoa: Sala de lo Civil-Penal, Sección 2.
- 23 de noviembre de 2004: Audiencia Provincial de Tarragona: Sala de lo Penal, Sección 2.
- 07 de diciembre de 2004 Audiencia Provincial de Burgos Sala de lo Penal, Sección 1.
- 17 de diciembre de 2004: Audiencia Provincial de Las Palmas: Sala de lo Civil-Penal, Sección 1.
- 03 de enero de 2005: Audiencia Provincial de Tarragona: Sala de lo Penal, Sección 2.

- 11 de enero de 2005: Audiencia Provincial de Vizcaya: Sala de lo Civil-Penal, Sección 1.
- 14 de enero de 2005: Audiencia Provincial de Vizcaya: Sala de lo Civil-Penal, Sección 6ª.
- 31 de enero de 2005 Audiencia Provincial de Valladolid Sección 2ª.
- 02 de febrero de 2005. Audiencia Provincial de Barcelona: Sala de lo Penal Sección 7.
- 03 de marzo de 2005: Audiencia Provincial de Castellón de la Plana Sala de lo Civil-Penal, Sección 2.
- 06 de abril de 2005: Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, Sala de lo Civil-Penal, Sección 2.
- 02 de mayo de 2005 Audiencia Provincial de Cuenca Sección 1ª.
- 02 de mayo de 2005. Audiencia Provincial de Barcelona: Sala de lo Penal, Sección 5.
- 17 de mayo de 2005: Audiencia Provincial de Córdoba: Sala de lo Civil-Penal, Sección 1.
- 19 de mayo de 2005 Audiencia Provincial de Barcelona Sala de lo Penal, Sección 10.
- 23 de mayo de 2005: Audiencia Provincial de Guipúzcoa: Sala de lo Civil-Penal, Sección 1.
- 26 de mayo de 2005: Audiencia Provincial de Valencia.
- 21 de junio de 2005 Audiencia Provincial de Ciudad Real Sala 1ª.
- 24 de junio de 2005 Audiencia Provincial de Huelva: Sala de lo Penal, Sección 2ª.
- 30 de junio de 2005: Audiencia Provincial de Álava: Sala de lo Civil-Penal, Sección 1.

TRIBUNAL SUPREMO Sala III de lo Contencioso-Administrativo:

Ley Orgánica 4/2000:

- 26 de abril de 2001: Tribunal Supremo, Sala 3ª. Sección 6ª.
- 18 de diciembre de 2001: Tribunal Supremo, Sala Tercera Sec. 6ª
- 26 de enero de 2002: Tribunal Supremo, Sala tercera, Sec, 6ª.
- 20 de marzo de 2003: Tribunal Supremo, Sala3ª.
- 10 de junio de 2004: Tribunal Supremo, Sala 3ª.
- 27 de octubre de 2004: Tribunal Supremo, (REC. 17/2003; S. 3.ª).
- 09 de febrero de 2005: Tribunal Supremo, Sala 3ª.
- 01 de abril de 2005: Tribunal Supremo Sala 3ª, Sec. 5ª.
- 31 de mayo de 2005: Tribunal Supremo, sección 5ª.
- 28 de octubre de 2005: Tribunal Supremo,(REC. 3478/2003; S.3.ª).
- 09 diciembre de 2005: Tribunal Supremo Sala 3ª, Sec. 5ª.
- 14 de diciembre de 2005: Tribunal Supremo, Sala 3ª.
- 30 de junio de 2006: Tribunal Supremo, (REC. 5101/2003; S. 3.ª).
- 14 de diciembre de 2006: Tribunal Supremo, (REC. 6529/2003; S. 3.ª).
- 09 de marzo de 2007: Tribunal Supremo, (REC. 9887/2003; S. 3.ª).
- 12 de febrero de 2008: Tribunal Supremo, (REC. 2525/2004; S. 3.ª)

Art. 21.2, de la Ley Orgánica 7/1985:

- 23-3-1994 (RJ 1994\1806).

Art. 26 de la Ley Orgánica 7/1985:

- 08 Julio de 1988: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1988\5638).

- 18 noviembre de 1988: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1988\8746).
- 20 de octubre de 1989: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1989\7256).
- 22 de abril de 1989: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1989\3135)
- 24 enero de 1990: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1990\95).
- 16 de mayo de 1990: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1990\4113).
- 18 de mayo de 1990: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1990\3997).
- 11 julio de 1990: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1990\5992).
- 24 de julio de 1990: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1990\6340).
- 10 de septiembre de 1990: Tribunal Supremo, Sala3ª (RJ 1990\6867).
- 29 de noviembre de1990: Tribunal Supremo, Sala3ª (RJ 1990\9041).
- 23 de enero de 1991: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1991\332).
- 24 de enero de 1991: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1991\428).
- 07 de febrero de 1991 (RJ 1991\1035).
- 18 de marzo de 1991: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1991\2288).
- 23 de octubre de 1991: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1991\6963).
- 09 de abril de 1992: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1992\2634).
- 07 de julio de 1992: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1992\5716).
- 23 de noviembre de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\8625).

- 01 de febrero de 1994: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1994\1074).

Art. 26, apartado b) de la Ley Orgánica 7/1985:

- 02 de octubre de 1991: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1991\7619)

Art. 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985:

- 23 septiembre de 1987: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1987\6145).
- 15 de marzo de 1989: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1989\2096).
- 10 de junio de 1990: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1990\4701).
- 21 de julio de 1990: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1990\6145).
- 11 de octubre de 1990: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1990\7614).
- 20 de noviembre de 1990: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1990\9129).
- 29 de mayo de 1991: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1991\3902).
- 22 de junio de 1992: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1992\4707).
- 10 noviembre de 1992: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1992\8928).
- 23 de abril de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\2855).
- 06 de julio de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\8523).
- 29 de octubre de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\7773).

- 17 de diciembre de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\9935).
- 24 de enero de 1994: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1994\414).
- 08 de febrero de 1994: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1994\989).
- 21 de febrero de 1994: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1994\1190).

Art. 26.1, apartado a) de la Ley Orgánica 7/1985:

- 24 de julio de 1990: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1990\6339).
- 20 de noviembre de 1991: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1991\8649).
- 10 de marzo de 1992: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1992\1743).
- 16 de junio de 1992: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1992\4933).
- 01 de febrero de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\654).
- 23 de marzo de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\4960).
- 18 de octubre de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\7500).
- 23 de noviembre de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\8358).
- 03 de enero de 1994: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1994\546).
- 28 de febrero de 1994: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1994\979).
- 31 de mayo de 1994: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1994\4350).

Art. 26.1, apartado b) de la Ley Orgánica 7/1985:

- 17 de marzo de 1988: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1988\2307).
- 28 de enero de 1989: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1989\400).
- 07 de mayo de 1990: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1990\3802).
- 21 de junio de 1990: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1990\5166).
- 18 de septiembre de 1990: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1990\6951).
- 29 de mayo de 1991: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1991\4222).
- 16 de junio de 1992: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1992\4933).
- 30 de enero de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\416).
- 02 de febrero de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\912).
- 13 de marzo de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\1943).
- 07 de junio de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\4498).
- 26 de junio de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\4747).
- 28 de octubre de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\7772).
- 29 de octubre de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\7778).
- 25 de noviembre de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\8359).

Art. 26.1, apartado c) de la Ley Orgánica 7/1985:

- 24 de febrero de 1989: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1989\1148)
- 13 de noviembre de 1989: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1989\7805)
- 22 de junio de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\4406)

Art. 26.1, apartado d) de la Ley Orgánica 7/1985:

- 24 de octubre de 1990: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1990\7789).
- 10 de diciembre de 1991: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1991\9207).
- 10 de marzo de 1992: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1992\1743).
- 26 de octubre de 1992: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1992\7985).
- 29 de enero de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\230).
- 30 de abril de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\2873).

Art. 26.1, apartado e) de la Ley Orgánica 7/1985:

- 21 de junio de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\4614).

Art. 26.1, apartado f) de la Ley Orgánica 7/1985:

- 18 de septiembre de 1987: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1987\6072).
- 20 de febrero de 1989: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1989\1128).

- 18 de mayo de 1990: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1990\4907).
- 08 de junio de 1992: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1992\4791).
- 01 de febrero de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\654).
- 23 de marzo de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\4960).
- 30 de abril de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\2875).
- 31 mayo de 1994: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1994\4350).

Art. 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985:

- 29 de octubre de 1993: Tribunal Supremo, Sala 3ª (RJ 1993\7773).

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

Art. 26,2 de la Ley Orgánica 7/1985:

- 12 de noviembre de 1996: Tribunal Constitucional, (182/1996).

Art. 21 de la Ley Orgánica 7/1985:

- 25 de noviembre de 1997: Tribunal Constitucional, (2203/1997).

AUTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- 06 de marzo de 1996: Tribunal Constitucional (Auto 55/1996).
- 27 de enero de 1997: Tribunal Constitucional (Auto 23/1997).
- 10 de febrero de 1997: Tribunal Constitucional (Auto 33/1997).
- 07 de abril de 1997: Tribunal Constitucional (Auto 94/1997).

- 07 de abril de 1997: Tribunal Constitucional (Auto 102/1997).
- 17 de abril de 1997: Tribunal Constitucional (Auto 106/1997).
- 16 de julio de 1997: Tribunal Constitucional (Auto 277/1997).

JUZGADOS:

- 10 de octubre de 1995. Juzgado de 1ª Instancia y Instrucción nº Uno de Vila-Real (Castellón).¹⁰⁹⁷
- 12 de agosto de 1999, Juzgado de Instrucción nº 2 de Sagunto, (Auto)¹⁰⁹⁸
- 12 de diciembre de 2001. Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº dos de Valencia.
- 26 de abril de 2004. Auto del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Alicante.
- 18 de julio de 2005. El Juzgado Contencioso-administrativo nº cinco de Valencia.
- 28 de septiembre de 2005. Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 27 de Madrid.
- 23 de noviembre de 2005. Juzgado de lo Contencioso Administrativo número Tres de Pamplona.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA:

- 13 de junio de 1998: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo contencioso-administrativo Sse. 2ª¹⁰⁹⁹
- 06 de noviembre de 2000: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Civil-Penal.

¹⁰⁹⁷ Actuación realizada por el doctorado.

¹⁰⁹⁸ Actuación realizada por el doctorado en las Diligencias Previas 1696/98 con resultado favorable.

¹⁰⁹⁹ Actuación realizada por el doctorado, sentencia nº 685. R nº 909/96, dejando sin efecto la expulsión impugnada por ser contraria a derecho.

- 28 de febrero de 2001: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo contencioso-administrativo Sse. 2ª.¹¹⁰⁰
- 12 de diciembre de 2001: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo contencioso-administrativo Sse. 3ª.
- 17 de julio de 2002: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo contencioso-administrativo Sse. 3ª.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA EXPULSIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS [TEDH]:

- 18 de febrero de 1991 núm. 0238/1991, caso de Monstaquim vs. Bélgica.
- 20 de marzo de 1991, núm. 0261/1991
- 26 de marzo de 1992, núm. 0349/1992
- 24 de enero de 1993, caso de Boncheski vs. Francia.
- 13 de julio de 1995, núm. 0521/1995
- 15 de noviembre de 1996, núm. 0697/1996
- 29 de enero de 1997, núm. 0727/1997
- 26 de abril de 1997, caso de Mehemin vs. Francia.
- 26 de septiembre de 1997, nº 0826/1997, Caso de Dallia vs. Francia
- 21 de noviembre de 1997, núm. 0842/1997
- 19 de febrero de 1998, núm. 0870/1998
- 24 de marzo de 1988, Caso de Olssen vs. Suecia.
- 09 de Junio de 1998, Caso de Bronda vs. Italia.
- 06 de julio de 2000, núm. 41874/1998
- 11 de julio de 2000, núm. 43258/1998
- 05 de octubre de 2000, núm. 39652/1998

¹¹⁰⁰ Actuación realizada por el doctorado, Sentencia nº 207/01.R. 2768/98, con resultado favorable.

- 05 de noviembre de 2000, núm. 39652/1998.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera):

- 09 de agosto de 1994, núm. C-43/1993
- 30 de septiembre de 1997, núm. C-98/1996
- 30 de septiembre de 1997, núm. C-36/1996
- 19 de enero de 1999, núm. C-348/1999
- 02 de marzo de 1999 asunto C-416/1996
- 10 de febrero de 2000, núm. C-340/1997
- 17 de febrero de 2005. núm. C-215/2003
- 27 de abril de 2006, núm. C-441/2002
