

## EL EXTRANJERO DELINCUENTE «SIN PAPELES» Y LA EXPULSIÓN (A PROPOSITO DE LA STS 8-7-2004)

ISABEL DURÁN SECO

Doctora en Derecho. Ayudante de Universidad de Derecho Penal  
Universidad de León<sup>1</sup>

### Sumario\*:

I. Planteamiento de la cuestión y sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2004. II. La expulsión de los

---

\* ABREVIATURAS UTILIZADAS: AAP (Auto Audiencia Provincial); AJA (Actualidad Jurídica Aranzadi); ap. (apartado); AP (Actualidad Penal); art. (artículo); ATC (Auto del Tribunal Constitucional); CC (Código Civil); CE (Constitución Española); CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos); CDJ (Cuadernos de Derecho Judicial); coord. (Coordinador); coords. (Coordinadores); CP (Código Penal); CGPJ (Consejo General del Poder Judicial); dir. (Director); DP (Derecho Penal); ed. (edición); EPB (Enciclopedia Penal Básica); JD (Jueces para la Democracia); JUR (Resoluciones no publicadas en los productos CD/DVD de Aranzadi. Westlaw.es. Servicio internet de Aranzadi); LECr. (Ley de Enjuiciamiento Criminal); LL (La Ley); LO (Ley Orgánica); LODLEE (Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social); LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial); MF (Ministerio Fiscal); n. (nota); núm. (número); PG (Parte General); RD (Real Decreto); RTC (Repertorio del Tribunal Constitucional. Westlaw.es. Servicio internet de Aranzadi); SAP (Sentencia de la Audiencia Provincial); SSTC (Sentencias del Tribunal Constitucional); STC (Sentencia del Tribunal Constitucional); STS (Sentencia del Tribunal Supremo); TC (Tribunal Constitucional); TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos); TS (Tribunal Supremo); v. (Véase); VVAA (Varios autores).

<sup>1</sup> El presente trabajo se inscribe en los proyectos de investigación BJU2001-0121 (Ministerio de Ciencia y Tecnología), LE55/02 (Junta de Castilla y León), SEJ 2004-00062/JURI (Ministerio de Educación y Ciencia) y otro financiado por la Excma. Diputación Provincial de León, de los que es investigador principal el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo.

extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años. III. Contenido de la sentencia del tribunal supremo de 8 de julio de 2004. III.1. El precedente: El auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de septiembre de 2003. III.2. Derechos fundamentales que deben informar esta materia. III.3. El trámite de audiencia del penado. III.4. Naturaleza de la expulsión. IV. Breves apuntes sobre la interpretación judicial ¿El tribunal supremo se convierte con esta sentencia en legislador?. V. Recapitulación y algunas ideas para una propuesta de *Lege Ferenda*

## I. Planteamiento de la cuestión y sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2004

Los fenómenos migratorios han adquirido una importancia capital, constituyendo la construcción de una política de inmigración uno de los retos más importantes de la Europa de hoy, aunque los movimientos migratorios no son un fenómeno nuevo. En la actualidad tales movimientos migratorios han alcanzado unas cotas elevadas<sup>2</sup>. Las principales causas del aumento de este movimiento migratorio son los problemas económicos, políticos, guerras civiles y persecuciones. Millones de personas se trasladan a los países del primer mundo en busca del nivel económico, social, cultural, asistencial, de libertad, pluralidad política y seguridad que se reconoce a los nacionales de los Estados a los que acuden.

---

<sup>2</sup> Y España está siendo utilizada, ampliamente, por los flujos migratorios ilegales, tanto como lugar de destino como de tránsito. Sobre esto puede verse HERRERO HERRERO, Migración de extranjeros. Su relación con la delincuencia. Perspectiva criminológica, AP 2003-1, 246 ss, donde se analizan también las formas delictivas más frecuentes y específicas.

De la llegada de estos ciudadanos a España<sup>3</sup> surgen una serie de problemas que afectan a la práctica totalidad de los ámbitos de la sociedad<sup>4</sup>. Nos encontramos, pues, ante una sociedad multicultural<sup>5</sup>.

Desde un punto de vista penal los problemas pueden verse desde dos ópticas diferentes. En primer lugar, desde la del extranjero ilegal como víctima y, en segundo lugar, desde la del extranjero ilegal como delincuente. Así, una parte de los inmigrantes que pretenden y, en su caso, consiguen entrar y trabajar en los países desarrollados se van a encontrar en una situación ilegal y se convierten en el objetivo de organizaciones que tratan de obtener ventajas económicas derivadas de la

---

<sup>3</sup> Sobre la inmigración extranjera en España, desde un punto de vista criminológico, v. GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, 2001, *passim*.

<sup>4</sup> Basta escuchar a los que nos rodean para darse cuenta de que estamos ante un tema que preocupa a todos, si delinquen o no, si nos quitan el trabajo o son necesarios como mano de obra, si nuestros hijos estarán bien en la escuela con esos chicos de otros países, si deben ser expulsados, qué hacer con sus costumbres etc. Todas ellas son cuestiones que pueden leerse en la prensa diaria. Así y, a título de ejemplo, citaré algunos de estos titulares aparecidos en el diario El País: NAIR, Samir, «El velo: ¿símbolo de opresión o de identidad?. Explicar y convencer» (14-9-2003, 15); BENLYAZID, Farida, «El velo: ¿símbolo de opresión o de identidad?. ¿Por qué el pañuelo?» (14-9-2003, 15); «Admitida a trámite la querrela contra una empresa por tráfico de trabajadores» (17-12-2003, 54); «La Audiencia de Madrid tumba la reforma para expulsar a inmigrantes delincuentes» (8-1-2004, 17); «El 54% de los españoles sostiene que hay demasiados inmigrantes» (22-1-2004, 28); «Los inmigrantes se atan a las hipotecas» (26-1-2004, 57); «Por qué Europa necesita una estrategia de inmigración» (29-1-2004, 8); «Los 'irregulares' de Aznar» (31-1-2004, 22); «Inmigrantes imprescindibles» (4-2-2004, 9); «El 33% de los extranjeros no requiere atención específica en los colegios» (2-2-2004, 32); «La guarida de los 'negreros' del Sáhara» (9-2-2004, 22); AZNÁREZ, Malén, «Inmigrantes y delitos, las apariencias engañan» «Recetas para esquivar el gueto» (22-2-2004, 12); «Alemania aprueba una ley de migración para atraer mano de obra cualificada» (10-7-2004, 5); DANIEL, Jean, «Antisemitismo: la verdad cara a cara» (19-7-2004, 13); «El Supremo anula la expulsión de inmigrantes condenados a seis años» (27-7-2004, 21). Sin duda, pues, todos los ámbitos de la sociedad se ven afectados por la llegada de estos inmigrantes, el laboral, el sanitario, el civil etc. Un gran número de publicaciones han venido ocupándose de la situación de los inmigrantes en España. Por ejemplo, y entre muchas otras, puede citarse, sobre el extranjero «sin papeles» ante los riesgos profesionales: MARTÍNEZ BARROSO/TASCÓN LÓPEZ, *El extranjero «sin papeles» ante los riesgos profesionales* (a propósito de una doctrina recientemente unificada por las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio y 7 de octubre de 2003 y algunas cuestiones todavía en el aire tras la última reforma de la «Ley de Extranjería», *Información Laboral* 14, 2003, mayo 2004, 2-27. Sobre extranjeros en prisión v. GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración*, 2001, 266 ss.; HERRERO HERRERO, *AP* 2003-1, 250 ss.; VALENZUELA RATIA, *La delincuencia de los extranjeros*, *AP* 2003-2, 527 ss. Sobre aspectos jurídicos y socioeconómicos puede verse PRESNO LINERA (coord.), *Extranjería e inmigración: Aspectos jurídicos y socioeconómicos*, 2004. Un análisis sobre la normativa de extranjería lo encontramos en: AGUEDO NAVARRO/ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, 2001.

<sup>5</sup> Al respecto puede verse VVAA, *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, 1994; VVAA, *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, CDJ XI, 1998.

necesidad de los ciudadanos extranjeros<sup>6</sup>. Pero, desde otro punto de vista, el que ahora interesa con el fin de comentar la STS de 8-7-2004, nos encontramos con algunos extranjeros sin residencia legal que cometen hechos delictivos en España. En estos dos ámbitos el Derecho penal debe ofrecer una respuesta. Nos centraremos en la respuesta que el ordenamiento jurídico español ofrece a la segunda de las perspectivas mencionadas.

Pues bien, el aumento de los flujos migratorios se ha visto también reflejado en la delincuencia<sup>7</sup>. Si atendemos a la población extranjera en las prisiones españolas, se puede afirmar que la misma ha aumentado en los últimos años<sup>8</sup>, pareciendo asociarse la inmigración a la delincuencia<sup>9</sup>. A menudo se alzan voces en la sociedad española en el sentido de que hay que echar de nuestro país a los extranjeros que delinquen, que debemos vaciar las prisiones de esos sujetos<sup>10</sup>. Y esa parece ser la opción por la que se ha decantado el legislador penal de la reforma operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre. El Derecho penal ha optado por aplicar el régimen de la expulsión a estos sujetos. Vamos a estu-

---

<sup>6</sup> Sobre los extranjeros como sujetos pasivos de la delincuencia puede verse HERRERO HERRERO, AP 2003-1, 263 ss.

<sup>7</sup> Sin que ello implique, en mi opinión, que el delincuente extranjero lo sea precisamente por ser extranjero; sino que más bien es por otras razones. En palabras de GARCÍA AMADO, ¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?, en: *Ensayos de Filosofía Jurídica*, 2003, 353: «Lo que provoca el crecimiento de los delitos no es la condición de nacional de un país u otro o de miembro de una cultura o credo, sino la pobreza, las míseras condiciones de existencia, la segregación racial y hasta la condena anticipada a vivir en la ilegalidad». La doctrina española se ha ocupado de este tema; así desde un punto de vista criminológico puede verse, HERRERO HERRERO, AP 2003-1, 233 ss.

<sup>8</sup> Un exhaustivo análisis sobre este tema puede verse en GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración*, 2001.

<sup>9</sup> Afirma que la delincuencia de extranjeros en España es superior a la de los autóctonos HERRERO HERRERO, AP 2003-1, 249, aunque también señala que ello es matizable, pues en las cifras que ofrece se está haciendo referencia tanto a delitos como a faltas y los extranjeros detenidos por faltas son mucho más numerosos que los nacionales.

<sup>10</sup> Y en ocasiones, y por desgracia, que deben marcharse los extranjeros de España. Quizá la sociedad española no está acostumbrada a la convivencia con otras culturas. Quizá sea una etapa que hemos de pasar, y quizá en pocos años reclamemos la presencia de los inmigrantes en nuestro país. Así, por ejemplo, Alemania, donde la población inmigrante es elevada (aproximadamente el 9%), aprobó el pasado 9 de julio de 2004, y tras cuatro años de debates y trámites parlamentarios, una Ley de emigración para atraer mano de obra cualificada. Esta ley entrará en vigor el 1 de enero de 2005 y según noticia de prensa (*El País*, 10-7-2004, 5) posibilita la entrada en el país de mano de obra especializada, aunque, eso sí, facilita la expulsión de extranjeros sospechosos de terrorismo y mantiene la suspensión de permisos de entrada para trabajadores sin especialización o con escasa especialización. Ello no quiere decir que en Alemania no haya habido y haya problemas en torno a esta cuestión.

diar, pues, una de las medidas legales que posibilitan la excarcelación de los penados extranjeros<sup>11</sup>.

Centrándonos ya en la sentencia objeto de este comentario<sup>12</sup>, la STS de 8-7-2004, se trata de un ciudadano de nacionalidad búlgara que fue condenado por la Audiencia Provincial de Madrid<sup>13</sup> como autor responsable de un delito contra la salud pública, con la atenuante de drogadicción, a las penas de tres años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 18.707,40 euros, con arresto de quince días en caso de impago, así como al pago de las costas procesales. En el fundamento jurídico quinto de la SAP se sustituye la pena de prisión por la de expulsión del territorio nacional con la imposición de no poder volver a España en el plazo de diez años.

Frente a la SAP Madrid, la representación del acusado interpuso recurso de casación. Dos fueron los motivos de casación<sup>14</sup>, que, ciertamente y tal y como ha hecho el TS, pueden concretarse en uno: la impugnación de la expulsión del territorio español como sustitución de la pena de prisión.

Así las cosas, el martes 27 de julio de 2004 la prensa se hacía eco del fallo de la sentencia del TS que resolvía el mencionado recurso de casación con titulares como «El Supremo anula la expulsión de inmigrantes condenados a seis años. Una sentencia considera inconstitucional la aplicación automática de la medida»<sup>15</sup>; «El Tribunal Supremo anula la expulsión inmediata de inmigrantes condenados que establece el Cód-

---

<sup>11</sup> Como ha puesto de manifiesto GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración*, 2001, 468, las medidas legales que posibilitan la excarcelación de los penados extranjeros en España son cuatro: en primer lugar, la expulsión como sustitutivo de la pena privativa de libertad inferior a seis años; en segundo lugar y enmarcada dentro del Convenio Europeo sobre traslado de personas condenadas, la posibilidad de que, si el penado consiente, pueda cumplir su condena en su país de origen (esta vía queda restringida a los internos que sean ciudadanos de las naciones signatarias del Convenio); en tercer lugar, y atendiendo al art. 76.2 LOGP y al art. 197 del Reglamento que lo desarrolla, existe la posibilidad de cumplir el periodo de libertad condicional en el país de origen; y, por último finalmente, puede sustituirse el último periodo de condena por la expulsión del país.

<sup>12</sup> STS núm. 901\2004 de 8 de julio de 2004. Ponente: Joaquín Giménez García. Hace referencia a esta sentencia PALOMAR OLMEDA, *Los derechos de los extranjeros: un filón para la jurisprudencia*, AJA núm. 637, 23-09-2004, 4 ss.

<sup>13</sup> SAP Madrid de 19 de noviembre de 2003 (JUR 89126).

<sup>14</sup> El primero de los motivos, por infracción de Ley al amparo del art. 849.1º LECr. y de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración de los arts. 89 CP y 24.1 CE. El segundo de los motivos, por quebrantamiento de forma por vulneración de los derechos fundamentales al amparo del art. 852 LECr. y del art. 5.4 LOPJ (arts. 10, 17, 24 y 25 CE).

<sup>15</sup> El País 27-9-2004, 21.

go Penal»<sup>16</sup>; «El Tribunal Supremo anula la expulsión automática de delincuentes extranjeros»<sup>17</sup>; «El Supremo anula la expulsión automática de ‘sin papeles’ que cometan delitos»<sup>18</sup>; «El Supremo anula la expulsión automática de delincuentes extranjeros que inició el PP»<sup>19</sup>.

Por tanto, antes de entrar con el contenido de la STS objeto de análisis, hemos de hacer referencia a la regulación de la expulsión contenida en el CP 1995 en su redacción original y en su redacción tras la reforma operada por la citada Ley.

## II. La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años

Los arts. 89 y 108 CP preveían, en su redacción original, la posibilidad de sustituir las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad privativas de libertad a los extranjeros sin residencia legal por la expulsión del territorio nacional<sup>20</sup>. A esa redacción original le han sucedido dos modificaciones, una de ellas para añadir un nuevo párrafo al art. 89 CP (LO 8/2000, que introdujo el ap. 4 del art. 89 CP) y la otra (no exenta de críticas), la contenida en la reciente LO 11/2003, de 29 de septiembre. Centrándonos en el art. 89 CP<sup>21</sup> en su redacción actual (tras la

<sup>16</sup> El Mundo, [www.elmundo.es](http://www.elmundo.es), 27-9-2004.

<sup>17</sup> La Nueva España, [www.lne.es](http://www.lne.es), 27-9-2004.

<sup>18</sup> Sur Digital, [www.diariosur.es](http://www.diariosur.es), 27-9-2004.

<sup>19</sup> La verdad, [www.laverdad.es](http://www.laverdad.es), 27-9-2004.

<sup>20</sup> Sobre la expulsión, en la regulación anterior a la LO 11/2003, puede verse, entre otros: POZA CISNEROS, Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad, en: *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, CDJ XXIV, 1996, 185-300; RODRÍGUEZ CANDELA, La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal, JD 1998, 33, 59 ss.; PALOMO DEL ARCO, La expulsión de extranjeros en el proceso penal, en: *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal* (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000), *Manuales de Formación Continuada*, 5, CGPJ, 1999, 139 ss. MONCLÚS MASÓ, La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta, en: *Scripta Nova*, Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, n° 94 (34), 1 agosto 2001 ([www.ub.es/geocrit/sn\\_94-34.htm](http://www.ub.es/geocrit/sn_94-34.htm)); 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, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, 2002, 16-96; FLORES MENDOZA, La expulsión del extranjero en el Código penal español, en: LAURENZO COPELLO, (coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, 2002, 97-132. Refiriéndose a la regulación actual, BEJERANO GUERRA, El extranjero frente al ordenamiento penal. Novedades sobre la expulsión sustitutiva de la pena, *Iuris* 81, 2004, 56 ss.; DE LA ROSA CORTINA, La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras las Ley Orgánica 11/2003, LL núm. 6042, 17-6-2004, 1 ss.

LO 11/2003), establece lo siguiente: «1. 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./ Igualmente, los jueces o tribunales<sup>22</sup>, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España<sup>23</sup> condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de

---

<sup>21</sup> Como complemento a los arts. 89 y 108 CP ha de tenerse en cuenta la reforma de la LOPJ operada por LO 19/2003, de 23 de diciembre, cuya Disposición Adicional 17ª dispone: «Comunicaciones de los órganos judiciales a la autoridad gubernativa en relación con extranjeros. 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».

<sup>22</sup> Ya puso de manifiesto RODRÍGUEZ CANDELA, JD, 1998, 33, 64, y puede seguir manteniéndose, que hubiese sido más correcto referirse al Tribunal y no al Juzgado porque, de conformidad con las reglas de competencia objetiva, tales delitos graves se juzgaran por la Audiencia Provincial o por el Tribunal del Jurado, y ello a pesar de las modificaciones sufridas en ambas leyes desde que este autor se manifestara como acabamos de ver. V. art. 14 LECr redactado conforme a la Ley 36/1998, de 10 de noviembre; apartado 1º art. 14 redactado conforme a LO 14/1999, de 9 de julio; apartado 3º art. 14 redactado conforme a Ley 38/2002, de 24 de octubre; art. 1 LO 8/1995, de 16 de noviembre, que modifica LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

<sup>23</sup> En la redacción original del art. 89 CP no se hacía referencia a que se tratase de un extranjero no residente legalmente, sino que simplemente se aludía a extranjero. En la regulación actual se exige, no sólo cuando se trate de penas privativas de libertad inferiores a seis años, sino también cuando se trate de penas privativas de libertad superiores a seis años, que se trate de un extranjero no residente legalmente. Con esto se aclaran los posibles equívocos a que daba lugar la regulación anterior, que sólo mencionaba al extranjero no residente legalmente en España cuando trataba el supuesto de la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a 6 años, ya que cuando trataba la sustitución en el supuesto de penas privativas de libertad superiores a 6 años aludía simplemente al extranjero. A esta cuestión se refería, por ejemplo, POZA CISNEROS, CDJ XXIV, 1996, 280.

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./ La expulsión se llevará a efecto<sup>24</sup> sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal./ La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España./ 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 periodo de condena pendiente<sup>25</sup>./ 2. 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<sup>26</sup>./ 3. 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./ 4. 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, 515.6<sup>o</sup> (este último núm. suprimido por LO 15/2003), 517 y 518 Código Penal».

Conviene, en primer término, recordar cuál era la regulación anterior para comprender el alcance de la vigente. De acuerdo con la redacción del texto anterior del art. 89 CP (antes de la LO 11/2003), los jueces y tribunales podían sustituir las penas privativas de libertad impuestas a un extranjero no residente legalmente en España<sup>27</sup> por la expulsión del territorio nacional. Por lo tanto, la expulsión venía siendo discrecional<sup>28</sup>. Aun-

<sup>24</sup> En el Anteproyecto de la LO 11/2003 se añadía «desde la firmeza de la sentencia».

<sup>25</sup> Este último inciso «o del periodo de condena pendiente» se añadió en el Proyecto, pues nada se decía en el Anteproyecto.

<sup>26</sup> Este último inciso «y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena» se añadió en el Proyecto.

<sup>27</sup> Pues, a pesar de que, como hemos visto (*supra* n. 23), en la redacción original cuando se trataba de sustituir penas privativas de libertad superiores a seis años sólo se hacía referencia a extranjero, la doctrina mayoritaria venía entendiendo que ese extranjero debía ser un residente ilegal en España.

<sup>28</sup> En cuanto al procedimiento de sustitución de la pena, puede verse entre otros, PALOMO DEL ARCO, Manuales de Formación continuada, 5, 1999, 180 ss.; NAVARRO VILLANUEVA, Suspensión y modificación de la condena penal, 2002, 213 ss.; DE LA ROSA CORTINA, LL núm 6042, 17-6-2004, 4 s. Una exposición detallada de cada una de las fases del procedimiento y de los requisitos necesarios para poder proceder a la expulsión de los extranjeros que se hallen ilegalmente en territorio español y hayan cometido ciertos delitos puede verse en LÓPEZ MUÑOZ, La incidencia de la jurisdicción en el procedimiento de expulsión de extranjeros que hayan cometido delitos en España, AP 2003-2, 565 ss.

que la ley no señalaba ningún criterio sobre el que fundar la decisión, algún autor ponía el acento en que se podían tener en cuenta aspectos como el arraigo del penado extranjero, especialmente si tenía lazos familiares en España<sup>29</sup>. El CP establecía la siguiente distinción: si se trataba de penas privativas de libertad inferiores a seis años, podían sustituirse por la expulsión; si se trataba de pena de prisión<sup>30</sup> superior a seis años, también podía aplicarse la expulsión del territorio nacional, pero era necesario que se hubiesen cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos se requería además, en primer lugar, que la medida sustitutiva de expulsión del territorio nacional fuese instada por el Ministerio Fiscal. Para ello, los directores de los establecimientos penitenciarios debían informar al Ministerio Público de los penados extranjeros que estuvieran cumpliendo condenas inferiores a seis años de prisión<sup>31</sup>. En segundo lugar, era necesario oír al reo<sup>32</sup>. Y, en tercer lugar, se requería el acuerdo en la propia sentencia o en auto posterior de ejecución del juez o tribunal sentenciador<sup>33</sup>.

El extranjero no podía regresar a España en un plazo que iba desde los tres a los diez años contados desde la fecha de su expulsión. Para determinar ese plazo se debía atender a la duración de la pena privativa de libertad que se le hubiese impuesto. En caso de incumplimiento, es decir, cuando el extranjero regresase antes de dicho término, debía cumplir las penas que le habían sido sustituidas<sup>34</sup> y nada se decía del quebrantamiento de condena<sup>35</sup>. En caso de que el extranjero intentase

<sup>29</sup> En este sentido LAMO RUBIO, El Código Penal de 1995 y su ejecución, 1997, 196.

<sup>30</sup> El art. 89 CP hacía y hace referencia lógicamente a penas de prisión superiores a seis años, puesto que no hay otras penas privativas de libertad distintas a la prisión y que sean superiores a seis años.

<sup>31</sup> Art. 27 del Reglamento Penitenciario: «Sustitución de penas impuestas a extranjeros por medidas de expulsión. También se notificará al Ministerio Fiscal la fecha previsible de extinción de la condena en los supuestos legales de sustitución de la pena por medida de expulsión del territorio nacional y, en todo caso, cuando se trate de penados extranjeros que extingan condenas inferiores a seis años de privación de libertad».

<sup>32</sup> Consideraba AYO FERNÁNDEZ, Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias, 1997, 131, que pese a no estar previsto el trámite de audiencia de las demás partes, era «factible el otorgamiento judicial de dicho trámite, garantizándose el debate contradictorio en la aplicación de la medida, mediante una reinterpretación del art. 89.1 a la luz del artículo 24 de la Constitución».

<sup>33</sup> Así lo pone de manifiesto SERRANO BUTRAGUEÑO, Las penas en el nuevo Código penal, 1996, 94.

<sup>34</sup> Nos encontramos, según SERRANO BUTRAGUEÑO, en: MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUEÑO (coords.), Código Penal. Comentarios y jurisprudencia, I, 2002, 1033, ante una condición resolutoria de la sustitución.

<sup>35</sup> Según el art. 468 CP: «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, y con la multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos». Por tanto, surgía la duda de si era o no aplicable el delito de quebrantamiento de condena en estos supuestos. No entraré aquí a dilucidar

quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, era expulsado por la autoridad gubernativa.

Este régimen de sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión no se podía aplicar a los extranjeros que hubiesen sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 CP<sup>36</sup>.

Este era, *grosso modo*, el régimen de la expulsión hasta hace relativamente poco tiempo. Un régimen y una institución, como veremos más abajo, no exentos de críticas. El ap. 3 del art. 1 de LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, modificó los apartados 1, 2 y 3 del artículo 89, quedando sin modificar el apartado 4.

Los cambios a los que se ha visto sometido el régimen de la expulsión son, principalmente, los siguientes:

1. La regla general, en el tratamiento de los extranjeros no residentes legalmente en España y que cometen hechos delictivos, se convierte en la expulsión del territorio nacional<sup>37</sup>. En el texto actual

---

esta cuestión. En opinión de SÁNCHEZ YLLERA, en: VIVES ANTÓN (coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, 1996, 505, se trata de una norma de policía en sentido administrativo. También planteaba esta cuestión LASCURAIN SÁNCHEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), Comentarios al Código Penal, 1ª ed., 1997, 291, aunque sin resolverla. Así afirmaba: «Repárese, para finalizar, en la generosidad con que el apartado tercero regula la tentativa del quebrantamiento de la expulsión y en la duda que genera el apartado segundo respecto a si su regulación del quebrantamiento cierra el paso al delito de quebrantamiento de condena». Por su parte ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), Inmigración y Derecho Penal, 2002, 86, consideraba, refiriéndose al supuesto en el que el extranjero incumple el plazo, que, por haberse eliminado la referencia al quebrantamiento de condena que sí figuraba en el proyecto, debía seguirse el mismo régimen previsto para el quebrantamiento de otras penas sustitutivas, es decir, el resurgimiento de la ejecutoriedad de la pena desplazada sin que proceda apreciar el quebrantamiento de condena.

<sup>36</sup> Esta limitación a la posibilidad de aplicar la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del extranjero que delinque en España y no reside legalmente a aquellos que cometan alguno de los delitos contenidos en los artículos mencionados fue introducida por la Disposición Adicional 2ª de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, que adicionó el apartado 4º del art. 89 CP. Con ello se pretendía, correctamente, endurecer la persecución de actividades u organizaciones que tuviesen como víctima al inmigrante ilegal. Por cierto, que la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre, ha suprimido el núm. 6 del art. 515 CP.

<sup>37</sup> Surge la interesante cuestión de cuál será la pena sustitutiva (si sólo multa y trabajos en beneficio de la comunidad o si también expulsión) cuando nos encontremos ante una pena privativa de libertad inferior a tres meses y que, por imperativo legal, según

no se dice que las penas *podrán* ser sustituidas, sino que se señala que *serán* sustituidas. Se produce pues un cambio del «podrán» al «serán». Ello hace que lo que hasta ahora era potestativo<sup>38</sup> se convierta en obligatorio<sup>39</sup>. De este modo parece pues que la expulsión va a ser automática<sup>40</sup>. El legislador ha incluido una excepción,

---

establece el art. 71.2 CP, debe ser sustituida (art. 71.2 CP: «No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección 2ª del capítulo III de este título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda»). Entiendo que, dado que lo que se señala es que sea sustituida, deberá serlo conforme al art. 89 (que se encuentra en la Sección 2ª del Capítulo III del Título III). De otra opinión parece ser DE LA ROSA CORTINA, LL núm. 6042, 17-6-2004, 4, para quien lo primero que ha de hacerse es decidir si se sustituye la pena por arresto de fin de semana o por multa, y en el caso de que la sustitución sea por multa no cabrá la expulsión; si lo que se hace es sustituir la pena de prisión por arresto de fin de semana el juez deberá expulsar al sujeto. Este autor afirma (*ibidem*) que una vez que entre en vigor la LO 15/2003, de 25 de noviembre (el 1 de octubre de 2004), «y toda vez que la sustitución tiene imperativamente que ejecutarse si la pena impuesta es de menos de tres meses por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, penas ambas no privativas de libertad, entiendo que no procede la expulsión sustitutiva. Como argumento adicional, el actual art. 88.4 (que pasará a ser el 88.3 con la entrada en vigor de la reforma 15/2003) dispone que 'en ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras' por lo que no cabría aplicar el art. 71.2 y el 88 (sustitución obligatoria) y posteriormente aplicar una nueva sustitución conforme al art. 89».

<sup>38</sup> Cuando la autoridad judicial decidía la expulsión del reo ejercía una facultad discrecional de primer grado, por lo que no era posible la revisión casacional. Lo que, por cierto, no significaba que se pudiese tratar de una decisión arbitraria, sino que debía ser razonada.

<sup>39</sup> Consideraba que la expulsión era obligatoria ya antes incluso de la entrada en vigor de la LO 11/2003, SERRANO BUTRAGUEÑO, en: MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUEÑO (coord.), CP I, 2002, 1031, argumentando que, dada la reforma operada en el apartado 7, párrafo 3º, del art. 57 LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por LO 8/2000 de 22 de diciembre (en el que se señalaba: «En el supuesto de que se trate de extranjeros no residentes legalmente en España y que fueran condenados por sentencia firme, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal»), «la aplicación restrictiva del art. 89 CP, que hasta ahora han venido haciendo los Tribunales 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». En mi opinión, lo que el art. 57 decía es que, en caso de extranjero no residente legalmente en España y que cometía un delito, debía aplicarse lo dispuesto en el art. 89 CP, es decir, se abría la potestad del juez o tribunal para expulsar al sujeto. En la actualidad el art. 57.7 LODLEE tiene una nueva redacción dada por LO 11/2003.

<sup>40</sup> Lo que desde luego puede resultar criticable para aquellos autores que exclúan la aplicación de la expulsión de modo automático y generalizado. Así, por ejemplo, para ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), Inmigración y Derecho Penal, 2002, 63, la expulsión se podía aplicar de modo limitado a los supuestos que lo hiciesen aconsejable, teniendo en cuenta la adecuación a los cometidos que fundamentasen la sanción punitiva: prevención disuasoria, confirmación del respeto a la norma penal infringida, y procedencia de la sustitución para no obstaculizar la reinserción social del condenado.

que no existía antes<sup>41</sup>, al régimen general de la expulsión: cuando el Juez o el 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<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> O más bien que no se planteaba, puesto que era una posibilidad normal. No se establecía una excepción como tal, pero dado que la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España y que cometía un hecho delictivo era potestativa, el Juez o Tribunal podía acordar, no sólo atendiendo a la naturaleza del delito sino a otras circunstancias, que el penado cumpliera la condena en un centro penitenciario español.

<sup>42</sup> Por razones de espacio no puedo entrar a analizar con detalle cuáles pueden ser estos supuestos excepcionales, aunque sí voy a resumir mi opinión. Efectivamente, surge la interesante cuestión de a qué ha querido referirse el legislador con la excepción. Si por naturaleza del delito el legislador se refiere a un grupo de delitos que afectan a un bien jurídico determinado, entonces quizá hubiese sido suficiente con la excepción del ap. 1 del art. 89 CP y se podía haber suprimido el ap. 4. A no ser, claro está, que se interprete que si se comete uno de los delitos mencionados en el ap. 4 del art. 89 CP, en ningún caso cabe la expulsión; mientras que existe otro grupo de delitos (entiendo que deben ser graves, puesto que lo que se señala es que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario español), en los que será el juez o tribunal el que decida si procede o no la expulsión. La resolución debe ser motivada. Pero no es esta la única interpretación posible; cabría también pensar que cuando se está hablando de naturaleza del delito se hace referencia a naturaleza grave o menos grave. En este supuesto surgiría la duda de si son los delitos de naturaleza grave los que indican que la pena debe cumplirse en España y que no procede la expulsión, o cabe también la interpretación contraria, es decir, que determinados delitos por su naturaleza menos grave aconsejan que la pena se cumpla en un centro penitenciario español y que el sujeto no sea expulsado (de esta opinión GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, en: GRACIA MARTÍN (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2004, 337, quienes refiriéndose a la responsabilidad personal subsidiaria, y teniendo en cuenta que la misma supone una privación de libertad inferior a tres meses, indican que la misma será sustituida por la expulsión «salvo que el juez haga uso de la excepción prevista en el último inciso del párrafo primero del art. 89.1, excepción que —dicho sea de paso— debería ser en casos como el planteado la regla general»). En mi opinión, los supuestos del ap. 4 art. 89 CP quedan perfectamente incluidos en el ap. 1 art. 89 CP, de modo que lo único que los distingue es que en el ap. 1 la no expulsión es potestativa mientras que en los supuestos del ap. 4 es obligatoria. En los casos en los que no se expulse al ciudadano, se entiende que no será de aplicación la previsión contenida en el art. 89 CP del archivo de los procedimientos administrativos. La jurisprudencia que se ha pronunciado hasta el momento lo ha hecho en el sentido de entender que por naturaleza del delito deben comprenderse los delitos relativos a la salud pública, concretamente al tráfico de drogas y que en esos casos procede aplicar la excepción, por lo que el sujeto deberá cumplir la pena en un centro penitenciario español. Así, por ejemplo, SAP Barcelona de 11-11-2003 (JUR 2004\4849); SAP Barcelona, de 20-11-2003 (JUR 2004\27861); AAP Cádiz, de 10-12-2003 (JUR 2004\59213); SAP Cádiz, de 11-12-2003 (JUR 2004\59367); SAP Barcelona, de 21-1-2004 (JUR 90589); SAP Barcelona, de 22-1-2004 (JUR 90665); SAP Barcelona, de 22-1-2004 (JUR 90666); AAP Santa Cruz de Tenerife, de 6-2-2004 (JUR 103105); AAP Murcia de 16-2-2004 (JUR 82839); AAP Santa Cruz de Tenerife, de 16-4-2004 (JUR 152069); AAP Santa Cruz de Tenerife, de 19-4-2004 (JUR 151776). Algunas de estas sentencias y autos hacen referencia al Convenio Internacional, de fecha 20 de diciembre de 1968, de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes, ratificado por España en Instrumento de fecha 30 de julio de 1999, que en su art. 3.6 establece: «Las partes

2. Se continúa con la distinción entre expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España a los que se les impone una pena privativa de libertad inferior a seis años y exclusión de aquellos a los que se le ha impuesto una pena privativa de libertad superior a seis años, pero que hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena, aunque aquí se añade la posibilidad de expulsión cuando el extranjero haya accedido al tercer grado penitenciario<sup>43</sup>, algo que no se preveía en la regulación derogada. Lo que debe tenerse en cuenta a efectos del cómputo de los seis años para comprobar si procede o no la expulsión es la pena en concreto y no en abstracto<sup>44</sup>.
3. En ningún caso se hace referencia a que sea necesario, para la sustitución, oír previamente al penado (lo que tiene, en principio, su lógica, ya que, si la sustitución es obligatoria, pierde sentido la audiencia)<sup>45</sup>.

---

se esforzarán por asegurarse de que cualesquiera facultades legales discrecionales conforme a su derecho interno se ejerzan para dar máxima eficacia a las medidas de detención y represión respecto de estos delitos teniendo debidamente en cuenta su necesidad de ejercer un efecto disuasivo en lo referente a la consumación de estos delitos». Sin embargo, no existe uniformidad en la jurisprudencia en torno a esta cuestión, pues también hay jurisprudencia que expulsa a pesar de tratarse de delitos contra la salud pública. Por ejemplo, SAP Alicante, de 13-10-2003 (JUR 264742); SAP Madrid, de 17-10-2003 (JUR 200487481); SAP Melilla, de 18-11-2003 (JUR 200450477); SAP Madrid, de 19-11-2003 (JUR 200489126); SAP Tarragona, de 28-1-2004 (JUR 90963); AAP Santa Cruz de Tenerife, de 30-1-2004 (JUR 70940); y existe un auto que aplica la excepcionalidad de la naturaleza del delito y no es de tráfico de drogas: AAP Soria, de 20-11-2003 (JUR 200443155), a un sujeto condenado como autor de un delito de violencia física habitual, delito de lesiones y dos faltas de lesiones, ello porque estamos ante «hechos particularmente graves y reprobables». Para DE LA ROSA CORTINA, LL núm. 6042, 17-6-2004, 4, también como criterio general deben excluirse del régimen de expulsión, además de los delitos de tráfico de drogas, «los delitos cometidos por las organizaciones criminales, conforme a razones expuestas en la Convención de las Naciones Unidas sobre Crimen Organizado Transnacional, aprobada por la Asamblea General (A755/383), suscrito por España, y publicado en BOE de 29 de septiembre de 2003, número 233». En opinión de BEJERANO GUERRA, Iuris 81, marzo 2004, 61, el legislador puede estar refiriéndose a delitos contra la salud pública, fundamentalmente tráfico de drogas.

<sup>43</sup> Se hace necesaria, pues, la remisión al Reglamento Penitenciario (RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario). «La clasificación en tercer grado se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad» (art. 102.4 Reglamento Penitenciario). «Los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad» (art. 104. 4 Reglamento Penitenciario).

<sup>44</sup> En el mismo sentido, PALOMO DEL ARCO, Manuales de Formación Continuada, 5, 1999, 177; DE LA ROSA CORTINA, LL núm. 6042, 17-6-2004, 3.

<sup>45</sup> A ello me referiré en un epígrafe aparte, por tratarse de una de las cuestiones que analiza la STS objeto de estudio.

4. Se excluye a los extranjeros de la posibilidad de suspensión y (otra) sustitución de la pena, dado que se establece que no se puede aplicar lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal<sup>46</sup>.
5. Si existe algún procedimiento administrativo que tenga por objeto la autorización para residir o trabajar en España, se archivará. El texto del Proyecto no hacía referencia a qué tipo de procedimiento. En el texto finalmente aprobado se añadió el adjetivo administrativo. Del archivo del procedimiento administrativo nada se decía en la regulación derogada.
6. En el supuesto de que no pueda llevarse a cabo la expulsión, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente<sup>47</sup>. En la regulación anterior nada se decía de qué ocurría si la expulsión no podía llevarse a efecto.

---

<sup>46</sup> Por cierto, en la redacción del Proyecto de esta LO 11/2003 se excluía a los extranjeros únicamente de la posibilidad de suspensión de la pena, ya que se señalaba que lo que no podía aplicarse era lo dispuesto en los arts. 80 y 83 del CP. Sin embargo, se aprobó una enmienda del Grupo Parlamentario Coalición Canaria, la 113. La enmienda consistía en la sustitución de la referencia a los artículos 80 y 83 del Código Penal por la de los artículos 80, 87 y 88. La justificación era la siguiente: «En el citado párrafo figura la apelación a los artículos 80 y 83 del Código Penal cuando la referencia debería hacerse a los artículos 80 y 88 si es que el legislador quería establecer la imposibilidad de conceder la suspensión provisional de ejecución de la pena o la sustitución de la misma por la pena pecuniaria a dichos reos. Aun así, ello deja abierta la vía a la suspensión a los reos en situación de drogodependencia que pueden recibir dicho beneficio aún condenados a penas superiores según establece el artículo 87 del Código Penal. Por lo tanto, con el fin de corregir el defecto y extender la prohibición a todos ellos, el precepto debería referirse a los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal».

<sup>47</sup> No resulta fácil comprender a qué ha querido referirse el legislador con esta previsión. Si, por ejemplo, se está haciendo referencia a que no puede llevarse a cabo la expulsión porque no se conoce el lugar de procedencia del sujeto (en muchos casos se trata de indocumentados); o quizá, como ha señalado BENÉITEZ MERINO, en: CONDE PUMPIDO FERREIRO (dir.), Código Penal comentado I, 2004, 363 (aunque refiriéndose al art. 108 CP), en estos supuestos ha de acudirse, aunque no haya una remisión expresa, a la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En esta ley se determinan supuestos en los que no resulta procedente la expulsión, como son los casos de españoles de origen que hayan perdido la nacionalidad española, o los cónyuges de extranjeros que residen legalmente, las mujeres embarazadas, así como otros supuestos de fuerza mayor o fundados en razones humanitarias. Sin embargo, en mi opinión, se hace difícil sostener esa opinión respecto del art. 89 CP, pues si esta segunda interpretación fuese posible, entonces sería conveniente la audiencia del reo y, además, la regla general no podría ser la expulsión del extranjero con la única excepción de la naturaleza del delito, que es lo que dispone el precepto. Para GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, en: GRACIA MARTÍN (coord.), Lecciones, 2004, 339 s. n. 123, se debe hacer uso de esta previsión cuando no haya garantías de respeto de los derechos humanos en el país de origen.

7. Se produce una ampliación del periodo de expulsión. El extranjero no puede regresar a España en un periodo de diez años. En la regulación derogada el plazo iba, como hemos visto, de tres a diez años y había que atender a la duración de la pena impuesta a la hora de establecer el plazo de expulsión<sup>48</sup>. Además, otra novedad es que, en todo caso, el extranjero no podrá regresar a España mientras no haya prescrito la pena. Esto supuso una novedad del Proyecto respecto del Anteproyecto y, claro está, una novedad respecto de la regulación anterior. Por lo tanto, el periodo en el que el sujeto no va a poder regresar a España puede ser, en algún supuesto, de más de diez años, puesto que hay que tener en cuenta el periodo de prescripción de la pena<sup>49</sup>. De este modo, hay que poner en relación con el art. 89 los arts. 133 y 134 CP<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Se observa cómo el plazo de prohibición de entrada ha ido aumentando. Así la LO 7/1985 establecía en su art. 36 únicamente la duración mínima, en 3 años, lo que el Reglamento de ejecución de dicha Ley completó fijando el máximo en los 5 años (art. 99.1.b del RD 155/1996). La LO 4/2000 amplió la duración de prohibición de entrada hasta 10 años (art. 58.1).

<sup>49</sup> Así, por ejemplo SAP La Rioja, de 15-10-2003 (JUR 276420), en la que se expulsa al sujeto por el periodo de prescripción de la pena, en concreto 15 años.

<sup>50</sup> En el art. 133 CP se establece la prescripción de la pena impuesta por sentencia firme. Dependiendo de la duración de la pena, así será el periodo de prescripción. El tiempo de prescripción de la pena empezará a computarse, según el art. 134 CP, desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si esta hubiese comenzado a cumplirse. Pues bien, en este punto hay que realizar una distinción, tal y como han hecho correctamente GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, en: GRACIA MARTÍN (coord.), *Lecciones*, 2004, 339. Por una parte, centrándonos en la expulsión de sujetos que no sean residentes legales y que hayan sido condenados a penas privativas de libertad de hasta seis años, es decir, los casos de sustitución total, que son los que estamos tratando en este trabajo, hay que señalar que el plazo de expulsión podrá ser de 15 años cuando la pena impuesta supere los 5 años pero sea inferior a 6 años, puesto que en ese supuesto el plazo de prescripción, según el art. 133 CP, es de 15 años. Así que, cuando la pena a imponer sea inferior a 5 años, el sujeto será expulsado por un periodo de 10 años, pero si la pena a imponer es superior a 5 años e inferior a 6 el periodo de expulsión será de 15 años. En el supuesto de sustitución parcial, es decir, cuando el sujeto condenado a una pena privativa de libertad superior a 6 años cumpla en España tres cuartas partes de la condena y después de ello sea expulsado, el periodo de expulsión será siempre y en todo caso de 10 años. La razón nos viene dada por el comienzo del cómputo de la prescripción de la pena. Si ese periodo comienza a contarse cuando la fecha de la sentencia es firme o, si la pena ha empezado a cumplirse, cuando se quebrante, eso significa que, en el caso de que el sujeto haya cumplido las tres cuartas partes de la condena y tras ese momento es expulsado, sólo podrá serlo por un periodo de 10 años, pues no estamos ante un supuesto de quebrantamiento de condena que indique que el tiempo de la prescripción deba empezar a computarse desde ese momento, ni tampoco podemos entender que el tiempo de la prescripción empezó a computarse desde que la sentencia fue firme, pues para eso no debería haber empezado a cumplirse la pena, cosa que no ocurre en el supuesto al que me estoy refiriendo, puesto que el sujeto cumplió tres cuartas partes, lo que indica que se interrumpe el periodo de cómputo de la prescripción. De este modo, la forma de conjugar estos artículos es entendiendo que lo que quiso decir el legislador es que

8. Cuando el extranjero intente quebrantar la decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada, no se dice que será expulsado por la autoridad gubernativa, sino que será devuelto, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad. Además, hasta hace relativamente poco tiempo se señalaba que, si regresaba antes del término, debía cumplir las penas que le habían sido sustituidas.

Pues bien, estas son las novedades y así está la situación actual en torno a la expulsión. Sin embargo, en el momento de escribir estas líneas los medios de comunicación nos han asaltado con una nueva noticia, que hace que se vaticine un próximo cambio: «El Gobierno suprimirá la expulsión automática de 'sin papeles' condenados a menos de seis años»<sup>51</sup>. «Los irregulares cumplirán las penas de menos de seis años antes de ser expulsados»<sup>52</sup>. Según estas noticias, el Gobierno estudia suprimir la expulsión automática de extranjeros en situación irregular que hayan cometido delitos castigados con penas inferiores a seis años de prisión. El objetivo es que cumplan la condena prevista y luego sean repatriados a sus países de origen<sup>53</sup>. La Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración, Consuelo Rumí, ha afirmado que la expulsión «no se suprime en ningún caso»; lo que ocurre es que se ejecuta un vez cumplida la condena: «si no —indicó— se anima a cometer pequeños delitos y es discriminatorio con respecto a los inmigrantes regulares, que tienen que ir a la cárcel para cumplir la pena que les corresponda y después se les expulsa»<sup>54</sup>. Afirmaba la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración que la reforma del CP que incluyó ese artículo «fue un error», por «ineficaz» e «injusta»: «Ineficaz, porque no servía en modo alguno para combatir la inmigración irregular ni aportaba nada en la lucha contra los delincuentes extranjeros. E injusta porque, como ya advertí en aquel momento (cuando fue anunciada), introduce un agravio difícilmente compren-

---

en estos supuestos, es decir, cuando el sujeto haya cumplido tres cuartas partes de condena en un centro penitenciario español, el periodo de expulsión será de 10 años contados desde el momento en que cumplió esas tres cuartas partes de condena y fue expulsado. Aunque podría parecer que la intención del legislador fue la de elevar en todos los supuestos el plazo de expulsión, sin embargo, no cabe otra interpretación, dado que no sólo debemos tener en cuenta los periodos de prescripción, sino también el momento en el que ese periodo empieza a computarse. De modo que la expresión «y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena» sólo tiene sentido respecto de los sujetos condenados a una pena de entre 5 y 6 años. Así, al sujeto condenado a una pena de 5 años se le expulsará por un periodo de 15 años, mientras que si se le condena, por ejemplo, a 4 años y 11 meses se le expulsará por un periodo de 10 años.

<sup>51</sup> El País, 2-8-2004, 13.

<sup>52</sup> ABC, 3-8-2004, 13.

<sup>53</sup> Es de suponer que por vía administrativa.

<sup>54</sup> ABC, 3-8-2004, 13.

sible en razón de la nacionalidad y de la condición legal del delincuente, de forma que el que se hallaba en situación irregular salía francamente favorecido con su expulsión, al librarse de cumplir la pena de cárcel»<sup>55</sup>. La intención por parte del Gobierno actual de modificar el art. 89 CP es, sin duda, una consecuencia de la STS objeto de este comentario. Sin embargo, ya antes de que se dictara, se había mostrado, por parte del Gobierno, la disposición a cambiar el texto<sup>56</sup>, poniendo de manifiesto el Ministro de Justicia, Juan Fernando López Aguilar, que «no es razonable y dudo que sea realmente eficaz desde el punto de vista de política criminal que un extranjero en situación de residencia irregular condenado a cinco años de prisión por la comisión de un delito sea expulsado de España sin tener que cumplir ni un solo día de su condena, mientras que un español o un extranjero con residencia legal, si cometen el mismo delito, sí tendrán que cumplir su condena de privación de libertad»<sup>57</sup>.

Conviene recordar ahora que la regulación de la sustitución de la pena por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España ha sido desde sus orígenes objeto de crítica por parte de la doctrina española.

Efectivamente, aunque pueden encontrarse posiciones a favor de la expulsión<sup>58</sup>, la doctrina española, en general, ha venido, desde sus orígenes, criticando la institución de la expulsión. Así, aparte de las críticas que la doctrina ha hecho a aspectos concretos de la institución<sup>59</sup> existe una

---

<sup>55</sup> El País, 2-8-2004, 13.

<sup>56</sup> Lo que sin duda es lógico si tenemos en cuenta la posición que mantuvo en el debate de la LO 11/2003 el partido que sustenta al actual Gobierno.

<sup>57</sup> El País, 2-8-2004, 13, haciendo referencia a la primera comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados por parte del Ministro el 25-5-2004. Y aún con anterioridad en El País, 22-4-2004, 20, podíamos leer un titular que decía así: «No habrá expulsión de extranjeros», en el que el Ministro de Justicia, Juan Fernando López Aguilar, recordaba que el PSOE y la inmensa mayoría de los partidos se habían opuesto a esa parte de la reforma aprobada con la mayoría absoluta del PP, al pasar por las Cortes, por ser «discriminatoria» entre unos condenados y otros.

<sup>58</sup> Así, por ejemplo, saluda la incorporación de la expulsión al CP SÁNCHEZ GARCÍA, El sistema de penas, LL 1996-2, 1509. En opinión de ROMA VALDÉS, La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros, AP 1999-2, 853, si al extranjero condenado se le obliga a cumplir la pena privativa de libertad en España, se resta eficacia a la aplicación de la política de inmigración establecida por la Unión Europea. Además, algunos extranjeros cometerían determinadas infracciones para evitar o retrasar la expulsión, de modo que el delito se convertiría en un mecanismo defraudatorio de la política común de inmigración. Para DE LA ROSA CORTINA, LL núm. 6042, 17-6-2004, 2, «un instituto como el de la expulsión sustitutiva de extranjeros irregulares es absolutamente necesario en la actualidad por razones en sí mismo (sic) evidentes».

<sup>59</sup> Destacaré únicamente ahora la opinión de algunos autores en torno a la expulsión y los problemas en el ámbito de la prevención que la misma puede ocasionar. SÁNCHEZ GARCÍA, LL 1996-2, 1509, quien, por lo demás como hemos visto se muestra favorable a la inclusión de la expulsión en el CP, señalaba que una de las críticas que había sufrido este

crítica general a la propia existencia de la expulsión. Por cierto que, sin duda, estas críticas crecerán con la regulación vigente. Así, en opinión de MAPELLI CAFFARENA, «se trata de una sustitución penal que responde más a los movimientos nacionalistas que recorren la Europa de nuestros días que a las necesidades preventivo especiales del condenado»<sup>60</sup>. Y es que no se puede pensar en que la sustitución de la pena por la expulsión es un beneficio para el extranjero, porque precisamente se restringe a los que no residen legalmente<sup>61</sup>. Se pone en duda la constitucionalidad de esta

---

precepto, que aparecía ya en el Proyecto de CP de 1990, era su fundamento en razones puramente pragmáticas y que era desaconsejable por motivos de prevención general. Para NAVARRO VILLANUEVA, Suspensión y modificación, 2002, 212, «la ley no toma en consideración ninguna finalidad preventivo-especial en este tipo de sustitución». ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), Inmigración y Derecho Penal, 2002, 47, 55, consideraba que la expulsión sustitutiva contradecía las finalidades preventivas del sistema penal, operando como una respuesta beneficiosa para el infractor. Para LUZÓN PEÑA, Voz: «Sustitución de la pena» en: Enciclopedia Penal Básica, 2002, 1152, aunque la expulsión se basa en razones utilitarias, las mismas son muy discutibles desde la perspectiva de la prevención o retribución. GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, en: GRACIA MARTÍN (coord.), Lecciones, 2004, 337 s., no descartan que la amenaza de expulsión produzca en algunos extranjeros no residentes un efecto de prevención general, consideran que la expulsión supone un considerable menoscabo de las exigencias de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general y añaden que tampoco los fines de prevención especial son los que han guiado al legislador. En sentido contrario RODRÍGUEZ CANDELA, JD, 33, 59 s., para quien el art. 89 CP obedecía a razones de prevención general, y así afirmaba: «No cabe duda que la expulsión supone un mal, para ciudadanos extracomunitarios, a quién va dirigido este sustitutivo, en muchas ocasiones peor que el cumplimiento de la pena privativa de libertad». Le sigue PALOMO DEL ARCO, Manuales de Formación continuada, 5, 1999, 170, para quien a través de la expulsión judicial sólo se atendía a funciones de prevención general y de expiación; afirmaba este autor que «no sin acierto, un sector de la doctrina, ha puesto en relieve, su correspondencia con razones de prevención general, pues la expulsión, especialmente para ciudadanos extracomunitarios, en multitud de ocasiones resulta más gravosa que el cumplimiento de la pena privativa de libertad». No se entiende muy bien por qué este autor se refiere a la expulsión «especialmente para ciudadanos extracomunitarios», pues a los ciudadanos comunitarios no se les puede expulsar (aunque esta es mi opinión, pues no hay ni doctrinal ni jurisprudencialmente un criterio uniforme en torno a este tema). En sentido similar DE LA ROSA CORTINA, LL núm. 6042, 17-6-2004, 6, n. 13, quien, a pesar de que pone de manifiesto la desactivación de la finalidad preventivo general, sin embargo, afirma que en relación con las penas cortas la finalidad no se pierde, pues para muchos extranjeros, fundamentalmente los procedentes del tercer mundo, la expulsión puede tener una significación mucho más afflictiva.

<sup>60</sup> MAPELLI CAFFARENA, en: MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, Las consecuencias jurídicas del delito, 3ª ed., 1996, 108. En sentido similar POZA CISNEROS, CDJ XXIV, 1996, 274, poniendo de manifiesto que «la ausencia de finalidades preventivo-especiales en la sustitución prevista en el art. 89 CP se revela, de modo característico, en la naturaleza del único requisito subjetivo exigido, esto es, la condición de extranjero no residente legalmente en España».

<sup>61</sup> En el mismo sentido, MAPELLI CAFFARENA, en: MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, Las consecuencias, 3ª, 1996, 109, quien además considera que se trata de una medida «que complementa otras normas orientadas a seleccionar la 'calidad' de los extranjeros y de paso ayuda a paliar el grave problema de congestión que sufren nuestros establecimientos penitenciarios».

disposición<sup>62</sup>. Haciendo referencia al art. 89 CP, afirma SERRANO PASCUAL, tras realizar una serie de críticas a la institución de la expulsión: «Demasiadas contradicciones y disfuncionalidades sólo para satisfacer intereses económicos, de descongestión de las prisiones y de política migratoria, ajenas por completo a los principios en los que se fundamentan las alternativas penales<sup>63</sup>. Para MONCLÚS MASÓ, «la expulsión del extranjero constituye una medida que se fundamenta en objetivos absolutamente defensistas y que supone la constatación de la ausencia de una política migratoria racional»<sup>64</sup>. Según GARCÍA ARÁN, «la posibilidad de sustituir la pena parece presidida por la voluntad de perder de vista al condenado»<sup>65</sup>. Para HEREDIA PUENTE/FÁBREGA RUIZ, la expulsión atenta contra el principio de igualdad, va en contra del art. 8.1 CC, puesto que las leyes penales obligan a todos por igual, españoles y extranjeros, y en contra del art. 18 LOPJ, que establece que las resoluciones judiciales sólo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes y que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos<sup>66</sup>. PEITEADO MARISCAL lo califica de complejo y criticable<sup>67</sup>. ASÚA BATARRITA considera que la normativa que instaura la expulsión como alternativa a la pena se revela incongruente y contradictoria, además de bordear peligrosamente el sistema de garantías y de principios constitucionales<sup>68</sup>. Haciendo referencia a la regulación actual, considera DE LA ROSA CORTINA, que la expulsión supone una forma atípica de truncamiento del proceso, y aunque la justificación que pudiera tener deriva de evitar el fraude que implica la comisión de pequeños delitos para demorar la expulsión del país, «su regulación genérica, para cualquier supuesto delictivo conminado con pena inferior a seis años sin cualquier otra consideración, la configuran como una medida de política criminal meramente utilitarista, de difícil justificación preventiva»<sup>69</sup>. Para BEJERANO

<sup>62</sup> En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, en: MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias*, 3ª, 1996, 109.

<sup>63</sup> SERRANO PASCUAL, *Las formas substitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, 1999, 389.

<sup>64</sup> MONCLÚS MASÓ, *Scripta Nova*, Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, n° 94 (34), 1-8-2001 ([www.ub.es/geocrit/sn\\_94-34.htm](http://www.ub.es/geocrit/sn_94-34.htm)).

<sup>65</sup> GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*, 1997, 124.

<sup>66</sup> HEREDIA PUENTE/FÁBREGA RUIZ, *Medidas cautelares en el Derecho de Extranjería*, 1997, 92.

<sup>67</sup> PEITEADO MARISCAL, *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, 2000, 290.

<sup>68</sup> ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración y Derecho Penal*, 2002, 19.

<sup>69</sup> DE LA ROSA CORTINA, LL núm. 6042, 17-6-2004, 6 n. 12; y como reflexión general señala: «Hay un riesgo cierto en la regulación del art. 89 de desactivar la finalidad preventivo general de la pena entre los extranjeros no residentes legales, incrementada tras la reforma por la imperatividad cuasi absoluta de la sustitución» (2).

GUERRA, la nueva redacción dada a los arts. 89 y 108 CP «se inserta en la línea de una política criminal que tiene como clave la renuncia al ordenamiento jurídico y a la ejecución de sus penas en beneficio de una política de extranjería basada en la expulsión»<sup>70</sup>.

Finalmente, antes de concluir este epígrafe, me gustaría señalar que estoy de acuerdo, como luego se verá, con el rechazo de la regulación de la expulsión contenida en el CP español.

### III. Contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio 2004

El TS analiza en esta sentencia la regulación actualmente en vigor<sup>71</sup>. Hace referencia, en primer lugar, al importante cambio que se ha producido en la filosofía general que inspiraba la expulsión de los extranjeros ilegales por la comisión de delitos: lo que antes era discrecional se ha convertido en obligatorio. La razón de este giro está, según el TS, en «una filosofía puramente defensiva de devolver a sus países de origen a los que hayan cometido [un delito] en España dentro del marco legal previsto en el artículo, con el propósito confesado en la Exposición de Motivos de la Ley que se comenta, 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...’, justificándose tal decisión porque la expulsión ‘...se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y han delinuido...’».

En segundo lugar, nos recuerda el TS que, como consecuencia de la imperatividad de la expulsión, desaparece la necesidad de previa audiencia del penado, de la que se derivaba la exigencia de motivación de la decisión que se adoptase, pues ahora sólo se pide la motivación cuando, de forma excepcional, se estime que «la naturaleza del delito» exige y justifica el cumplimiento de la condena en prisión.

<sup>70</sup> BEJERANO GUERRA, *Iuris* 81, marzo 2004, 56.

<sup>71</sup> Nos recuerda el TS en esta sentencia la indudable importancia que tiene el debate sobre la expulsión desde una triple perspectiva. En primer lugar, por el número, cada vez más creciente, de personas susceptibles de que se les aplique la medida de expulsión, debido al aumento del número de inmigrantes ilegales. En segundo lugar, por la afectación directa que supone la medida de expulsión en relación a otros derechos fundamentales de las personas a las que se les aplica, con independencia de su condición de ilegal. Y, en tercer y último lugar, porque la regulación actual del art. 89 CP constituye un ejemplo del «vértigo legislativo» que tiene por objeto el CP, puesto que ya ha tenido tres versiones diferentes.

En tercer lugar, se refiere al cambio producido en el periodo de efectividad de la expulsión, que antes era de tres a diez años, lo que permitía una individualización temporal de la medida, y ahora es, en todo caso, de diez años.

Pues bien, en lo que sigue haré, en primer lugar, referencia a un AAP Madrid crítico con el régimen de la expulsión tras la reforma operada y que puede considerarse un precedente de la STS de que nos ocupamos. En segundo lugar, me referiré a las diversas cuestiones que se tratan en la sentencia: los derechos fundamentales que deben informar a la institución de la expulsión, la necesidad o no del trámite de audiencia y la naturaleza de la expulsión.

### *III.1. El precedente: El auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de diciembre de 2003*

La STS que aquí pretende comentarse tiene un precedente. Precisamente la Audiencia Provincial de Madrid se pronunció el 29-12-2003<sup>72</sup> sobre la regulación de la expulsión contenida en la nueva redacción dada al artículo 89 CP. También en esa ocasión los medios de comunicación se hicieron eco del asunto con titulares como: «La Audiencia de Madrid tumba la reforma legal para expulsar a inmigrantes delincuentes»<sup>73</sup>. El auto de la Audiencia en cuestión es sumamente crítico con la redacción dada al art. 89 CP. Aunque en realidad lo único que tienen en común la STS y el AAP Madrid es que consideran que la aplicación de la expulsión no debe ser la regla general. Sin embargo, he estimado oportuno traerlo aquí a colación, precisamente por eso: por el rechazo por parte de algunos jueces a la aplicación, como regla general, de la expulsión. En el supuesto de hecho del AAP Madrid no existe ningún problema para rechazar la expulsión, pues es perfectamente incluíble en la excepción que, atendiendo a la naturaleza del delito, se prevé en el apartado 1 del art. 89 CP<sup>74</sup>.

Los fundamentos del AAP Madrid y de la STS son, como digo, distintos, pues mientras el AAP Madrid 29-12-2003 rechaza la aplicación de la expulsión por considerar que esos sujetos deben cumplir la pena en España para que se respete tanto la prevención general como la especial teniendo en cuenta el hecho cometido por el penado, la STS considera que la expulsión no debe ser automática y que hay que tener en cuenta las circunstancias del penado.

---

<sup>72</sup> Magistrados: Alberto Jorge Barreiro (ponente); Inmaculada Melero Claudio; Carlos Martín Meizoso.

<sup>73</sup> El País, 8-1-2004, 17.

<sup>74</sup> V. *supra* n. 42.

La Audiencia rechaza sustituir por la expulsión la condena de cinco años de prisión impuesta a un narcotraficante detenido en Madrid con casi medio kilo de cocaína. El penado solicitó la sustitución de la pena de cinco años por la expulsión del territorio nacional. El Ministerio Fiscal y la defensa impugnaron el auto denegatorio de la medida de expulsión. La Audiencia critica la actual postura de la Fiscalía, favorable a la sustitución de la pena. El auto impugnado basaba su fundamentación en el siguiente razonamiento: «La sustitución de la pena por la expulsión en tales casos de tráfico de cantidades intermedias de cocaína (de 200 a 400 gramos) excluiría el efecto coercitivo y disuasorio de la norma penal, ya que los ciudadanos procedentes de países donde se produce o se comercia con tal sustancia, adquirirían la convicción de que tienen una especie de licencia para la comisión de una primera acción delictiva, cuya pena quedaría inejecutada, generándoseles como única consecuencia negativa la devolución a su país de origen. Tal situación de impunidad no sólo desactivaría la función preventiva disuasoria de la pena establecida en la norma penal (perspectiva de la prevención general negativa), sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos, sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de algunas conductas delictivas consideradas socialmente como graves (perspectiva de la prevención general positiva)». Pues bien, afirma el AAP Madrid 29-12-2003 que, con respecto a este razonamiento, el escrito de recurso no ofrece ningún contraargumento, y añade: «No cabe duda 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. Y desde luego estaríamos ante una especie de invitación a los millones de ciudadanos de los países andinos en que se produce y obtiene la cocaína para que viajen a España con medio kilo de la referida sustancia». La Audiencia critica al Ministerio Fiscal por pretender una inejecución efectiva de las penas privativas de libertad<sup>75</sup>. Por lo que se refiere al principio de legalidad y al art. 89 CP afirma con acierto el AAP: «Y no cabe operar con el principio de legalidad como baluarte argumental, alegando que ese es el criterio hermenéutico que inexorablemente se deriva de la reforma del art. 89 del C. Penal, pues ese precepto permite establecer excepciones y estimamos que una de ellas ha

---

<sup>75</sup> Y en tono quizá un tanto jocoso añade: «No tiene explicación sencilla una metamorfosis tan espectacular de criterio. El Ministerio Público ha pasado de considerar que la tenencia de 130 gramos de cocaína ha de penarse necesariamente con nueve años de prisión, a estimar que el transporte de cuatrocientos o quinientos gramos debe sancionarse con un viaje de vuelta gratis al país de origen y la advertencia de que no regresen a España en un periodo de diez años».

de ser la acogida por la Sala, con arreglo a la razonabilidad y al sentido común. Lo cual no quiere decir que todos los delitos contra la salud pública queden excluidos de la aplicación del art. 89 como, mediante una lectura superficial del auto recurrido, afirma el Ministerio Público, sino sólo de un sector concreto de esa clase de delitos». Y concluye con unas palabras al legislador, considerando que, «debido al exceso de trasiego normativo al que asistimos últimamente, es posible que el legislador no haya confeccionado en el caso del art. 89 CP un texto legal lo suficientemente claro, meditado y previsor con respecto a sus consecuencias reales»<sup>76</sup>.

### III.2. Derechos fundamentales que deben informar esta materia

Como punto de partida, tanto el legislador a la hora de abordar el marco legal de la expulsión del extranjero como el intérprete a la hora de aplicarlo deben tener en cuenta los compromisos internacionales asumidos por España<sup>77</sup>. Conviene poner de manifiesto cuáles son los *derechos fundamentales que deben informar esta materia*<sup>78</sup>. También el TS en la sentencia objeto de comentario hace referencia a esta cuestión, pues considera que hemos de interpretar el art. 89 CP actualmente en vigor desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona.

El art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 reza así: «1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. /2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país».

Además, hemos de tener en cuenta los arts. 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que desarrolla esta materia. El art. 12 dice así: «1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. /2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. /3. Los dere-

---

<sup>76</sup> Hacen también referencia al trasiego normativo y a que quizá no se haya confeccionado un texto claro meditado y previsor, el AAP Santa Cruz de Tenerife, de 16-4-2004 (JUR 152069) y el AAP Santa Cruz de Tenerife, de 19-4-2004 (JUR 151776).

<sup>77</sup> En este sentido DE LA ROSA CORTINA, LL núm. 6042, 17-6-2004, 2.

<sup>78</sup> Sigo aquí la exposición de PALOMO DEL ARCO, Manuales de Formación continuada, 5, 1999, 143 ss. Sobre las garantías jurídicas de los extranjeros puede verse FERNÁNDEZ VALVERDE, Las garantías jurídicas de los extranjeros, PJ, 67, 2002, 277 ss. V. también QUESADA POLO, La expulsión de extranjeros y el respeto de la vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en: Perfiles del Derecho Constitucional en la vida privada y familiar, CDJ XXII, 1996, 1997, 309 ss.

chos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. /4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país». El art. 13 dice así: «El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas».

El art. 19 de nuestra Carta Magna señala: «Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional./Asimismo tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos». Ciertamente nada se dice de los extranjeros, pero aquí ha de traerse a colación la STC 1993\94, de 22 de marzo, que, interpretando este art. 19 CE, establece que es aplicable también a los ciudadanos extranjeros, pese a su dicción literal, entendiéndose que es preciso tener en cuenta otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que destaca el art. 13 CE<sup>79</sup>, cuyo apartado segundo solamente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el art. 23 CE. Así, concluye que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en el art. 19.

Pero la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado y el concomitante derecho a residir dentro de ellas no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (según interpretación del art. 10.1 CE<sup>80</sup> por STC 1984\107, de 23 de noviembre, FJ

---

<sup>79</sup> Art. 13 CE. «1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley./2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales./3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo./4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España».

<sup>80</sup> Art. 10.1 CE: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

3), ni pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano<sup>81</sup>. Por tanto, resulta perfectamente lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos teniendo en cuenta la nacionalidad de las personas, pero deben hacerlo respetando el contenido de los arts. 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Tribunal Constitucional<sup>82</sup> considera que al legislador se le presentan dos límites a la hora de regular la expulsión de los extranjeros que residen legalmente en el país. En primer lugar, la predeterminación en una norma de las condiciones en que procede la expulsión; y, en segundo, la apertura de posibilidades de defensa del extranjero afectado, exponiendo las razones que le asisten en contra de su expulsión.

Por fin, hemos también de tener en cuenta el art. 15 CE<sup>83</sup> y el art. 3 del CEDH<sup>84</sup>, cuando existan razones fundadas para creer que la expulsión de una persona a otro Estado integra el peligro de que sea sometida a tortura u otras penas o mediadas degradantes. En este sentido, el art. 3 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, de 10 de diciembre de 1984 prohíbe la extradición, expulsión o devolución en esas circunstancias.

Por su parte, la STS 8-7-2004 hace también referencia a toda esta cuestión. Considera que la normativa vigente debe ser interpretada desde una lectura constitucional ante la realidad de que puede afectar a los derechos fundamentales de la persona reconocidos en la Constitución, «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 interpretaran conforme a tales Tratados y en concreto a la jurisprudencia del TEDH en lo referente a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de Noviembre de 1950». Además, el TS hace aquí referencia al Informe del CGPJ sobre el entonces Proyecto de LO que modificó el art. 89 CP, y nos recuerda cómo argumentaba el Consejo, con 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 perso-

<sup>81</sup> PALOMO DEL ARCO, *Manuales de Formación continuada*, 5, 1999, 145.

<sup>82</sup> STC 20-07-1994 (RTC 242).

<sup>83</sup> Art. 15 CE. «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

<sup>84</sup> Art. 3 CEDH: «Prohibición de tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

nales 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 CEDH, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión...»<sup>85</sup>. Así, continúa alegando el TS, «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»<sup>86</sup>. Antes de concluir, el TS hace referencia al TC, que también se ha pronunciado sobre esta cuestión<sup>87</sup>, «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, *Losen vs. Suecia*, 9 de Junio de 1998, *Bronda vs. Italia*, entre otras, vida común que queda totalmente cercenada con la expulsión». Y concluye: «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

---

<sup>85</sup> Respecto a ello pone de manifiesto DE LA ROSA CORTINA, LL núm. 6042, 17-6-2004, 4, que pese a que el texto del art. 89 CP no asumió esta propuesta del CGPJ, «parece que por vía interpretativa habría de asumir su filosofía, flexibilizando en casos debidamente justificados la rigidez de la Ley».

<sup>86</sup> El TS pone aquí el ejemplo de diversas sentencias en las que el TEDH tiene en cuenta estas circunstancias, aunque en algún caso sí que aplica la expulsión. Así: «a) La Sentencia de 18 de Febrero de 1991 —caso *Moustaquim 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 mero 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 y, 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*— ó la de 8 de Diciembre de 1998».

<sup>87</sup> Aunque ciertamente, como reconoce el propio TS, con anterioridad a la reforma.

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».

Frente a esta exposición, hemos de recordar aquí que las sentencias del TC citadas por el TS, tal y como reconoce el propio TS, son anteriores a la actual reforma y en ellas aún estaba vigente el art. 21 LO 7/1985, en virtud del cual se podía expulsar tanto a los extranjeros que se encontrasen legalmente en España como a los que se encontrasen de modo ilegal. De ahí que, lógicamente, se esté haciendo mención a los límites que se le presentan al legislador a la hora de expulsar a los que residen legalmente y que se afirme que se trata de una medida restrictiva de derechos de los extranjeros que se encontraban residiendo legítimamente en España. Con la regulación actual contenida en el art. 89 CP el extranjero objeto de expulsión será un ciudadano que se encuentre de modo ilegal en España. La cuestión es, por tanto, si los límites a los que se refieren el TC y el TS en la sentencia objeto de comentario, y que deben informar la materia de expulsión, son aplicables a los extranjeros ilegales. El TS opina que sí, puesto que concluye que es imprescindible el trámite de audiencia del penado y la motivación de la decisión para analizar las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar.

### *III.3. El trámite de audiencia al penado*

En la regulación anterior, como ha quedado señalado, era necesario el trámite de audiencia, tanto en el supuesto de sustitución de penas privativas de libertad como en el supuesto de sustitución de medidas de seguridad privativas de libertad. Así lo establecían los arts. 89.1 y 108.1 CP. Se trataba de una audiencia de carácter personal, en la que el sujeto debía manifestar su parecer sobre la adopción de la medida. Entiendo que el trámite de audiencia debía respetarse tanto si era el sujeto el que había solicitado la medida como si no era así<sup>88</sup>. Por ello, y dado que

---

<sup>88</sup> En contra AYO FERNÁNDEZ, *Las penas*, 1997, 131, quien consideraba que en el caso en el que el propio sujeto hubiera solicitado la medida y hubiese sido condenado a una pena de prisión inferior a seis años, la solicitud de la medida sustituiría el trámite de audiencia; LAMO RUBIO, *El Código Penal*, 1997, 195, declarando que si la expulsión la ha solicitado el propio penado era innecesaria esta audiencia, «a no ser que la petición la hubiere formulado a través de su representante procesal, en cuyo caso, entendemos, es necesaria la audiencia personal del penado, dado, de una parte la redacción del precepto analizado, y de otra el gran interés que para el mismo tiene la decisión que se adopte».

la expulsión era una potestad del juez o tribunal, parece que debían tenerse en cuenta las circunstancias personales del sujeto antes de tomar la decisión de expulsar o no.

La regulación actual continúa manteniendo el trámite de audiencia en el supuesto de sustitución de medidas de seguridad (privativas de libertad o no), pero no así en el caso de sustitución de penas privativas de libertad<sup>89</sup>. Dado que, como hemos visto, la expulsión se convierte en la regla general, no siendo facultativa su imposición por el juez, no sé entiende por qué en el supuesto de sustitución por medidas de seguridad se mantiene el trámite de audiencia del reo, ya que la única posibilidad de no imponer la medida de expulsión será atender a la naturaleza del delito, y eso poco tiene que ver con lo que diga el reo en el trámite de audiencia. Parece, pues, que tiene su lógica el que no se recoja el trámite de audiencia del reo<sup>90</sup>. Sin embargo, la mayoría de la doctrina que al respecto se ha pronunciado señala que deben respetarse los derechos fundamentales y que el extranjero debe ser y será oído, puesto que, si la expulsión se decide en sentencia, la concurrencia de sus requisitos será objeto del proceso penal, por lo que el imputado tendrá la oportunidad de ser oído tanto a través de su letrado como por medio de esa manifestación de la auto-defensa integrada en el derecho a la última palabra<sup>91</sup>, aunque ello no es,

---

<sup>89</sup> Dato cuando menos curioso, pues quizá también debería haberse eliminado el trámite de audiencia en el supuesto de sustitución de las medidas de seguridad previsto en el art. 108 CP, o, si existe alguna razón para mantenerlo, entonces no se entiende por qué no aparece en el art. 89 CP. Esta cuestión se plantea en la SAP Girona, de 9-3-2004 (JUR 206), considerando los recurrentes que en el art. 89 CP se produce una discriminación porque el art. 108 CP (reformado en la misma ley que el art. 89 CP) contempla la sustitución de las medidas de seguridad impuestas a extranjeros no residentes legalmente, pero previa audiencia de estos, por lo que estiman que la norma contenida en el art. 89.1 CP puede ser contraria al art. 14 CE. Al respecto señala la AP: «Dejando al margen de que la constitucionalidad del artículo 89.1 del CP según la redacción dada por la Ley 11/2003 de 29 de Septiembre, no procede cuestionarse ahora y de que la falta del trámite de audiencia queda sustituida por el acto del Juicio Oral en donde ambos admitieron su condición de ilegales, lo cierto es que, como bien dice el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación, no se demuestra en qué medida la alegada inconstitucionalidad de dicho precepto afecte para nada a la culpabilidad o, inocencia de los apelantes, sino a la forma de ejecutar la pena, de ahí que la alegación primera tenga que declinar».

<sup>90</sup> En este sentido, refiriéndose a las penas, señala DE LA ROSA CORTINA, LL núm. 6042, 17-6-2004, 5, que «parece que el legislador parte de que puesto que el ámbito funcional de la deliberación no afecta a aspectos particulares relativos al penado y a sus circunstancias, sino a aspectos relativos al interés público en el cumplimiento de la pena, nada tiene que decir el penado».

<sup>91</sup> Así lo pone de manifiesto DE LA ROSA CORTINA, LL núm. 6042, 17-6-2004, 5. Aunque respecto del trámite de audiencia en el régimen anterior ponía de manifiesto POZA CISNEROS, CDJ XXIV, 1996, 285, que no era suficiente con el uso de la palabra que se prevé para todo acusado al finalizar el juicio oral, sino que la audiencia debía concederse explícitamente a tal efecto. Además, afirmaba que en este trámite era necesaria la asistencia letrada, tanto en el caso de sustitución de la pena completa, como en el caso en que se limita a su cuarta parte.

como veremos a continuación, en opinión de del TS, suficiente. Estoy de acuerdo en que deben respetarse los derechos fundamentales y en que el extranjero debe ser oído. No obstante, creo que, con la regulación actual, se hace difícil la interpretación ofrecida por el TS.

Efectivamente, la Sentencia del TS objeto de este comentario nos ofrece su interpretación en cuanto al trámite de audiencia del reo se refiere<sup>92</sup>. Así, la representación del procesado denunció la ausencia del trámite de audiencia de su representado. El TS señaló: «Se denuncia la omisión del trámite de audiencia, al respecto hay que decir que en este aspecto, el art. 89 introduce, o parece introducir con su silencio, una innovación al eliminar el trámite. Sin perjuicio de reconocer que como innovación procesal, tal artículo es aplicable al caso de autos pues ya estaba vigente en el momento de dictarse la sentencia, es lo cierto que la exigencia de la audiencia viene dictada, como ya hemos dicho, por la existencia de derechos relevantes que pueden ser sacrificados o anulados con tal decisión de expulsión, por lo que es preciso una relectura del precepto en clave constitucional como ya hemos dicho, bien que tal audiencia pueda efectuarse dentro del propio Plenario. En el presente caso se ha acordado *sic et simpliciter* tal medida solicitada por el Ministerio Fiscal en el trámite de conclusiones definitivas, cuando ya se habían concluido los debates, restando sólo el derecho a la última palabra, que obviamente no satisface las exigencias de tutela de los valores de la familia y el derecho a elegir residencia, en consecuencia ya podemos anticipar que el recurso formalizado va a prosperar con consiguiente eliminación de la medida de expulsión acordada. Las demás denuncias son consecuencia de la decisión tan automática como infundada, que se adoptó en una aplicación literal del art. 89-1º». Se denunció, en segundo lugar, lo sorpresivo de la petición de expulsión del Ministerio Fiscal efectuada en el trámite de conclusiones definitivas. El TS consideró que se había producido indefensión y declaró: «Lo usual será que tal petición se efectúe en las conclusiones provisionales, lo que permite conocer *ex ante* y temporáneamente tal petición para efectuar las alegaciones y probanzas que se estimen procedentes por la parte afectada. En el presente caso tal

---

<sup>92</sup> Refiriéndose a esta sentencia concluye PALOMAR OLMEDA, AJA núm. 637, 23-09-2004, que «la STS supone un evidente replanteamiento de la virtualidad del art. 89.1 del Código Penal, en el sentido de entender que el mismo no puede ser objeto de una interpretación extensiva ni literal, sino una interpretación teleológica y de conjunto que exige la participación y la presencia del condenado y de las circunstancias que el mismo pueda alegar en orden a la sustitución o no de la pena impuesta». «Una vez más, la 'interpretación concordada' y de conjunto lima una regulación ciertamente dudosa en términos constitucionales y realmente compleja en términos reales. En términos coloquiales, podríamos decir que devuelven holgura al ámbito de actuación judicial y que, además, limitan claramente el automatismo de la decisión final fundada —la limitación— en los pronunciamientos de los tribunales sobre derechos humanos» ( 6 s.)

momento supuso, de hecho, una indefensión con trascendencia en la quiebra de la protección de derechos fundamentales como el de defensa, causante de indefensión y protección a la familia».

En tercer lugar, se denunció la desproporción de la medida porque el recurrente fue condenado a tres años de prisión y ya había cumplido prácticamente casi la mitad de la pena, por lo que en realidad la expulsión no estaría sustituyendo a la pena, sino que más bien se acumulaba a la pena<sup>93</sup>. En cuarto y último lugar, se planteó una cuestión de suma importancia e íntimamente conectada también con la ausencia de audiencia del reo, la del arraigo del penado en España. En el supuesto en concreto se dice que el sujeto residía en España desde hacía 17 años, que tenía constituida familia desde hacía dos, existiendo dos hijos menores nacidos en España y bajo su potestad. El TS considera que no le corresponde indagar sobre la veracidad de tales afirmaciones, sino sólo «verificar que la expulsión se ha acordado de forma automática, inmotivada, inaudita parte y sin efectuar el imprescindible juicio de proporcionalidad y ponderación, ciertamente de conformidad con la literalidad del art. 89, que como hemos dicho es preciso integrar desde la perspectiva constitucional más amplia como ya se ha razonado». Todo lo anterior lleva al TS a estimar la decisión de expulsión no ajustada a Derecho<sup>94</sup>.

Vemos, pues, que por lo que se refiere al trámite de audiencia, no estamos ante una cuestión baladí, puesto que, ya desde el origen del art. 89 CP, se ha discutido mucho en torno a esta cuestión. En el proyecto de

---

<sup>93</sup> Nótese que estamos ante una cuestión de especial trascendencia y que con frecuencia se dará en la práctica. Por ello, propongo que, en una posible nueva redacción del art. 89 CP (también del art. 108 CP), el legislador se haga eco de ella y establezca que en determinados supuestos en los que el sujeto ya haya cumplido una parte de la condena que se le impuso se haga imposible la sustitución por la expulsión. Sobre ello véase el último epígrafe del presente estudio.

<sup>94</sup> Hay un AAP Badajoz, de 15 de junio de 2004 (JUR 91162), en el que no se decreta la expulsión a pesar de pedirla el MF, estimando la Audiencia que es el Juzgador «a quo» el que debe decidir sobre la expulsión y que, dado que decidió no expulsar, no ha lugar a estimar el recurso. Pero lo curioso es la afirmación que realiza, en la que parece que debe tenerse en cuenta el arraigo del sujeto en España también con la redacción actual del art. 89 CP: «La cuestionada medida de expulsión está revestida de una inseguridad que no se compagina suficientemente con los fines de la pena, al perseguir a la postre unos fines ajenos al Derecho Penal y no neutralizar realmente la peligrosidad criminal con tan sólo dicha expulsión del extranjero, por lo que, en consecuencia y a fin de evitar asimismo situaciones graves de falta de afianzamiento familiar del extranjero (en el presente caso ha manifestado que toda su familia se encuentra residiendo en Villanueva de la Serena, y que no tiene parientes en Marruecos), se impone la desestimación del presente recurso y la consiguiente confirmación de la resolución de instancia».

LO de CP de 1994, en el art. 90<sup>95</sup>, que después pasó a ser el art. 89 CP, en su redacción original nada se decía de la audiencia del reo. Ello ocasionó que se introdujesen diversas enmiendas en torno a esta cuestión. De este modo, las enmiendas número 20 y 21 del Grupo Parlamentario Vasco y Sr. Albistur Marín (Grupo Mixto EuE), relativas al art. 90.1 y 90.2 respectivamente, consideraron que debía sustituirse la expresión «a instancia del Ministerio Fiscal» por la de «oídas las partes» y ello debido al principio de igualdad de las partes. Las enmiendas número 203 y 204 del mismo grupo y referentes al apartado 1 y 2 del art. 90 respectivamente consideraban que debía añadirse tras la frase «se le podrá sustituir dicha pena» la frase «oído el condenado y con su aceptación», considerando que no eran necesarias nuevas reglas de expulsión de extranjeros. Por su parte, el Grupo Socialista introdujo la enmienda número 594 en la que propuso una nueva redacción del art. 90<sup>96</sup>, por razones de mejor técnica legislativa, en la que preveía el trámite de audiencia del penado en el supuesto del ap. 1 del art. 90, es decir, de sustitución de penas privativas de libertad de hasta seis años, pero sólo para el caso en el que la pena fuese superior a seis años de prisión. La enmienda 594 fue incorporada.

---

<sup>95</sup> Art. 90 Proyecto de CP 1994: «1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las penas privativas de libertad no superiores 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 término, cumplirá las penas que le hubieren sido sustituidas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 449 del este Código». Art. 449 Proyecto de CP 1994: «El extranjero que quebrantare una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español, será castigado con la 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».

<sup>96</sup> Enmienda núm. 594. Grupo Socialista. Redacción del art. 90: «1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años, impuestas a un extranjero que no resida legalmente en España, podrán ser sustituidas por su 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./ 2. 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 hubieren sido sustituidas./3. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el extranjero que intentare 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».

Sin embargo, posteriormente, en el dictamen de la Comisión el art. 90 pasó a tener otra redacción, en la que se hacía referencia al trámite de audiencia del penado en ambos supuestos, es decir, tanto cuando la pena era de menos de seis años como cuando era de más de seis años, pues de uno u otro modo algunos de los grupos parlamentarios venían reclamando ese trámite de audiencia como absolutamente necesario<sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> Veamos cómo fue este debate. El Grupo Parlamentario Vasco, en la defensa de sus enmiendas, afirmó en palabras del Sr. Olabarria Muñoz: «En el art. 90.1, señor Presidente, relativo a los extranjeros, a la posibilidad de sustituir las penas de los extranjeros no residentes legalmente por la expulsión del territorio nacional, nosotros volvemos a reproducir nuestros criterios ya explicitados de que la previa audiencia no ha de ser sólo con el Ministerio Fiscal, sino oídas las partes; la audiencia tiene que ser con las partes del proceso. También aquí existen intereses legítimos, en concreto y de forma muy singular en el condenado, y también existe el interés legítimo de la acusación particular en su caso. Esto sirve también como argumentación a la enmienda al art. 90.2, que es la relativa al extranjero condenado a pena privativa de libertad superior a dos años, donde también se prevé la posibilidad de sustitución de esta pena por la expulsión del territorio nacional y donde esta audiencia que se consigna en el precepto del proyecto de ley tiene que ser una audiencia no sólo con el Ministerio Fiscal, señor Presidente, por la ya sobreabundantemente argumentadas razones, sino también con todas las partes del procedimiento». El grupo Socialista representado por el Sr. De la Rocha Rubi dijo lo siguiente: «Las enmiendas 20 y 21 del Partido Nacionalista Vasco pretenden incluir la expresión 'previa audiencia de las partes' —y preveía que fuera no sólo la audiencia del Ministerio Fiscal, sino también de las partes—. Mi grupo cree que aquí lo verdaderamente importante es oír al penado extranjero, porque puede explicar al juez muchas cuestiones absolutamente imprescindibles para la toma de decisiones. Puede ocurrir que el penado diga que él prefiere volver a su país en libertad y que se le sustituya la pena de prisión aquí por libertad en su país; puede decir lo contrario, que prefiere quedarse aquí en prisión porque en su país puede estar perseguido por otro tipo de circunstancias, y quiero recordar que hay legislaciones en algunos países absolutamente retrógradas que incluso pueden tener penas degradantes, penas corporales etcétera; puede haber elementos de referencia familiar que aportar también al juez. Por ello se introdujo en la Ponencia la expresión 'previa audiencia del penado' pero sólo en uno de los párrafos. Ahora ofrezco una enmienda trasaccional al art. 90.1, mediante la que se eliminaría en ese párrafo la frase 'previa audiencia del penado' para incluirlo al final y que dijera 'en ambos casos será necesario oír previamente al penado'. El Sr. Olabarria Muñoz retiró las enmiendas 20 y 21, en vista de las palabras del Sr. De la Rocha Rubi. Aunque ciertamente no muy convencido. Así señaló: «Cuando nosotros solicitamos que esas previas audiencias no sean sólo con el Ministerio Fiscal, sino con las demás partes del procedimiento —incluida la acusación particular, incluido el condenado—, es una cuestión de fuero realmente la que estamos defendiendo, una cuestión de principios casi axiológicos del procedimiento, cual es el principio de igualdad entre las partes. Esa individualización sobre la que ha argumentado el Sr. De la Rocha es muy pertinente en el caso de la expulsión o de la alternativa de la expulsión del territorio del Estado español de extranjeros no residentes legalmente. Evidentemente, es la voluntad del condenado en este momento la más relevante, pero las demás no son irrelevantes, señor De la Rocha. También el acusador particular, además del condenado, debe ser escuchado, así como todas las demás partes del procedimiento por razones de carácter general. Este criterio de individualización de los intereses legítimos o de la atribución a unos intereses legítimos de mayor relevancia a estos efectos que a otros intereses que también son legítimos es dudoso. En todo caso, a pesar de esta argumentación, señor Presidente, que no pretende ser en absoluto beligerante, también las enmiendas 20 y 21 van a ser retiradas».

En el texto que fue remitido por el Congreso de los Diputados el art. 90 pasó a ser el art. 89. La ponencia mantuvo este texto<sup>98</sup>.

Con esto ha quedado clara la constante preocupación, por lo que al trámite de audiencia se refiere, por parte de diferentes grupos políticos, de la doctrina y de la jurisprudencia. El trámite de audiencia ha venido siendo considerado necesario. Sin embargo, el legislador de la reforma ha decidido suprimirlo y la jurisprudencia del TS, objeto de este comentario, considera que ha de buscarse otra interpretación del precepto en el sentido de entender que es preciso ese trámite. Me referiré en breve a si considero correcta o no la interpretación del TS.

### *III.4. Naturaleza de la expulsión*

La STS que comentamos, aunque sin analizarlo con detalle, afirma 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 libertad como lo patentiza la reforma del art. 96 llevada a cabo —en este caso— por la L.O. 15/2003 que entrará en vigor el 1 de Octubre de este año de 2004. En el párrafo 3º apartado segundo, se califica como medida de seguridad no privativa de la libertad la expulsión de extranjeros».

Pues bien, aunque no voy a agotar aquí el debate sobre la naturaleza de la expulsión, que ciertamente ha sido muy amplio<sup>99</sup>, sí he de seña-

---

<sup>98</sup> Aunque también en el Senado se propusieron enmiendas, pero no fueron admitidas.

<sup>99</sup> Resulta conveniente, en mi opinión, a la hora de dar respuesta a este interrogante sobre la naturaleza jurídica de la expulsión, diferenciar los supuestos dependiendo de a qué sustituya la expulsión, a una pena privativa de libertad de menos de seis años, a una pena de prisión de más de seis años o, por fin, a una medida de seguridad. No es el momento ahora de analizar esto con detalle. Próximamente verá la luz, si las circunstancias y el legislador lo permiten, un trabajo realizado en coautoría sobre este tema en el que intervengo. Baste por ahora citar a algunos autores de la doctrina española para poner de relieve el estado de la cuestión. Téngase en cuenta que la mayoría de ellos se han pronunciado estando vigente la redacción original del art. 89 CP y que quizá la nueva redacción podría haberles hecho cambiar de opinión: MAPELLI CAFFARENA, en: MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias*, 3ª, 1996, 109, piensa que la expulsión tiene una naturaleza híbrida entre la suspensión de la pena y la aplicación de una medida de seguridad y debió haberse incluido, como tal suspensión, en la primera Sección del Capítulo I del Libro I del CP; POZA CISNEROS, *CDJ XXIV*, 1996, 283, opina que la naturaleza de la expulsión es más bien la de medida de seguridad; LAMO RUBIO, *El Código penal*, 1997, 191, señala que cabe, como mucho, considerarla una de las que la doctrina denomina «alternativas a la prisión» y que se sustituyen penas privativas de libertad por algo similar a una medida de seguridad; LASCURAIN SÁNCHEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios*, 1ª, 1997, 291, cree que estamos ante

una institución que se aproxima a los casos de exención, como excepción en el ámbito normal de aplicación de la Ley penal; HEREDIA PUENTE/FÁBREGA RUIZ, *Medidas cautelares*, 1997, 93, niegan que estemos ante una verdadera sustitución de pena, pero no porque se trate de una alternativa a la prisión, sino que se trata de una acumulación de pena y expulsión, puesto que, si el sujeto regresa antes del periodo establecido, debe cumplir la pena por incumplir la expulsión, con lo que no habría realmente sustitución (no olvidemos que está haciendo referencia a la regulación anterior); IZQUIERDO ESCUDERO, *Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el art. 89 CP*, LL 1997-5, 1861 (le sigue: PEITEADO MARISCAL, *La ejecución*, 2000, 293), piensa que la pena sustitutiva no es la expulsión, sino la prohibición de regresar a España por un tiempo determinado, y, para que se empiece a cumplir dicha pena, lógicamente, el sujeto debe ser expulsado; la pena es la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos (1863); RODRÍGUEZ CANDELA, JD, 1998, 33, 60, cree que estamos ante una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros, vinculada a la política de extranjería; ROMA VALDÉS, AP 1999-2, 858, señala que no se puede concebir como una pena por no encontrarse en el catálogo de penas y considera que resulta criticable el hecho de ubicar sistemáticamente la institución establecida en el art. 89 dentro de la sección dedicada a la sustitución de las penas privativas de libertad, ya que en puridad no se sustituye una pena, sino que se condiciona su efectiva aplicación al cumplimiento de una condición particular referida en un auto penalmente relevante que tiene la virtualidad de otorgar eficacia a un acto administrativo particular y previo a su dictado (no olvidemos que se hace referencia a la regulación anterior, en la que se establecía que, si el extranjero regresaba antes del periodo previsto, debía cumplir las penas que le habían sido sustituidas); HERNANDO GALÁN, *El extranjero en el sistema penitenciario*, en: *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal* (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000), *Manuales de Formación continuada*, 5, 1999-2000, 220, afirma que la expulsión más parece una suspensión de la condena que una sustitución, planteándose la mencionada autora la interesante cuestión de qué ocurre cuando el sujeto incumple y debe cumplir las penas que le fueron sustituidas, si se le descuenta o no la parte que ya ha extinguido, haciéndole albergar esta circunstancia la duda de si estamos más bien ante una suspensión; PERIS RIERA/MADRID CONESA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, III, 2000, 1202, consideran que estamos ante una institución autónoma, «ante un simple modelo de expulsión, y cuyos caracteres están más cerca de una medida de seguridad que de una pena» (1206); ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración y Derecho Penal*, 2002, 58 ss., opina que se trata de una figura de naturaleza jurídica dispar, distinta en función de su ubicación normativa, puesto que una cosa es la expulsión administrativa, otra la contenida en el art. 89 CP y otra la incluida en el art. 108 CP; aunque reconoce que «en su fundamento y en su contenido sustancial no se diferencia de la sanción administrativa de expulsión, aunque su imposición sea competencia de la autoridad judicial bajo la forma de denominación de sustitutivo de una pena»; DE LA ROSA CORTINA, LL núm. 6042, 17-6-2004, 2, parece estar de acuerdo con el TS, aunque lo hace aludiendo a la regulación contenida antes de la reforma introducida por LO 15/2003 de 25 de noviembre [dado que entiende, correctamente, que la redacción del art. 96 CP en este aspecto se mantiene, afirmando que no es una pena por no encontrarse en el catálogo de penas, y que el CP la considera una medida de seguridad no privativa de libertad (art. 96.2. 5<sup>ª</sup>)]. También la jurisprudencia constitucional se ha ocupado del tema. El TC, antes de la reforma, se ha pronunciado y diferencia su naturaleza según se realice con consentimiento o no del sujeto, es decir, según sea o no voluntaria la expulsión. En el supuesto de expulsión no voluntaria (SSTC 203/1997, de 25 de noviembre, 242/1994, de 20 de julio) «no se trata de una pena, pero indiscutiblemente puede llegar a ser, de no aceptarse por el afectado, una medida restrictiva de derechos de los extranjeros que se encuentran residiendo legítimamente en España, en este caso, del derecho a permanecer en nuestro país, cuya relevancia consti-

lar que no estoy de acuerdo con lo señalado por el TS. Ciertamente, el art. 96 CP, en su redacción dada por la LO 15/2003, establece en su apartado 3 que son medidas no privativas de libertad: 2<sup>a</sup>. «La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España». En efecto, esta reforma ha entrado en vigor el 1 de octubre de 2004, pero es que en su redacción anterior el art. 96 establecía en su apartado 3. 5<sup>a</sup> como medida no privativa de libertad «la expulsión de territorio nacional, de extranjeros no residentes legalmente en España». Por lo tanto, no alcanzo a ver la diferencia, pues la redacción es la misma. Lo que significa que esto poco nos puede aclarar sobre cuál es la naturaleza jurídica de la expulsión. No comparto, pues, la opinión de la STS en este punto. El debate sigue, pues, abierto, y ninguna luz ha arrojado la reforma operada por LO 11/2003<sup>100</sup>.

#### **IV. Breves apuntes sobre la interpretación judicial ¿el Tribunal Supremo se convierte con esta sentencia en legislador?**

Al analizar el contenido de la STS de 8-7-2004 he hecho referencia a cuáles son los derechos fundamentales que deben informar esta materia, al trámite de audiencia y al arraigo del penado. Pues bien, como ha quedado reflejado allí, el razonamiento del TS ha venido a ser —expuesto ahora por mi resumidamente, a grandes rasgos y con un exceso de simplificación— el siguiente: el trámite de audiencia es necesario aunque el art.

---

tucional se ha afirmado en la jurisprudencia de este Tribunal». No hay que olvidar que el TC afirma que se trata de una medida restrictiva de derechos de los extranjeros que se encuentran residiendo legalmente en España porque en aquel momento estaba vigente el art. 21 LO 7/1985 en virtud del cual podía ser expulsado tanto el extranjero legal como el ilegal, por lo que si se expulsaba a un residente legal, que tenía derecho a residir, lógicamente se trataba de una medida restrictiva de derechos. Cuando el que solicita la expulsión es el propio afectado el TC (STC 203/1997, de 25 de noviembre, ATC 33/1997, de 10 de febrero) señala que «lo que se está planteando es la concesión de un beneficio consistente en eludir la privación de la libertad personal, al adquirir esta consecuencia una evidente prevalencia sobre la limitación consistente en la privación de la libertad de circulación por el territorio nacional». La STC 24/2000, de 31 de enero, reitera que no se trata de una pena, ni dado su carácter puntual de agotamiento en un solo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de finalidades preventivo-especiales, de manera que cuando sea denegada no resulta invocable un Derecho constitucional de reinserción; y añade que se trata de «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».

<sup>100</sup> Y, desde luego, ninguna luz para considerarlo una medida, sino quizá más bien una pena. En realidad se trata, en mi opinión, de una manifestación egoísta de los Estados. Así, pone de manifiesto DE LA ROSA CORTINA, LL núm. 6042, 17-6-2004, 2, cómo algunos autores han señalado el egoísmo que supone «pasar la patata caliente» trasladando delincuentes al país de origen.

89 CP nada diga, pues no cabe otra interpretación que se ajuste al perfil constitucional. Es precisa, pues, una relectura del precepto en clave constitucional. La única forma de conjurar la tacha de posible inconstitucionalidad de la reforma legal será injertar el trámite de audiencia al penado antes de decidirse la expulsión, así como la obligación de que el juez motive la decisión en todos los casos, pues, según la doctrina del TC, esa es la única forma de poder efectuar un juicio de proporcionalidad y ponderación de los derechos que puedan entrar en conflicto con la expulsión.

Pues bien, en lo que sigue trataré de ofrecer mi opinión al lector en torno a esta postura del TS. Adelanto ya que —siempre a mi modo de ver— el TS se ha excedido en la «relectura» que hace del art. 89 CP. Se lea como se lea el art. 89 CP, no puede decir lo que el Supremo dice que dice<sup>101</sup>. Intentaré explicar el porqué.

---

<sup>101</sup> Y ello aunque resulte razonable su interpretación; pero ese no ha sido el sentir del legislador de la reforma. En sentido similar se han pronunciado otros autores. Concluido el presente trabajo, se han publicado, al menos, otros dos en los que se hace referencia a la sentencia objeto de este comentario y que no han podido ser analizados con la profundidad debida, pero que deben ser mencionados. En primer lugar, MUÑOZ CUESTA, ¿Es necesario el trámite de audiencia para proceder a la expulsión de un extranjero no residente que ha cometido un delito en España? Comentario a la STS, Sala 2ª de 8 de julio de 2004 (RJ 2004, 4291), Revista de Actualización, Repertorio de Jurisprudencia, 19, 2004, 15 ss. El autor comparte, desde el punto de vista teórico o de *lege ferenda*, la argumentación del TS; sin embargo, considera que la tozudez de la norma y el principio de legalidad no permiten la interpretación realizada (18). Así, manifiesta que la única excepción que cabe a la expulsión, por aplicación del principio de legalidad, es la relativa a la naturaleza del delito que justifique el cumplimiento de la pena en España y que las circunstancias personales no serán de valor alguno respecto a la decisión que se adopte en torno a la expulsión, pues la redacción de la norma no deja margen a otra interpretación (17). En segundo lugar, NAVARRO CARDOSO, Expulsión «penal» de extranjeros: una simbiosis de Derecho penal «simbólico» y Derecho penal de «enemigo», Revista General de Derecho Penal, Iustel, n.º 2, noviembre, 2004 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)). Aunque su trabajo no es un comentario a la sentencia objeto de análisis, sin embargo, hace una constante referencia a la misma. Para NAVARRO CARDOSO la decisión del TS es criticable puesto que el límite en la interpretación de la norma es el sentido literal posible. «Y si en el ejercicio de sus funciones, un juez o tribunal tiene dudas sobre la constitucionalidad de un precepto, el ordenamiento jurídico prevé unos mecanismos para solventar dichas dudas a través de la conocida cuestión de constitucionalidad (artículos 35 a 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en desarrollo del artículo 163 de la Constitución). De aquí se deriva la imposibilidad —e inconveniencia— de desarrollar una política de ‘injertos’, ‘inventando’ lo que es a todas luces evidente que no dice la norma (fundamentalmente, porque el legislador decidió que no lo dijese al reformar y suprimir ese trámite de audiencia que sí estaba previsto en la redacción originaria)» (11 s.); «...el esfuerzo, sin duda loable, que realiza la Sala 2ª del Tribunal Supremo en la ya reiterada Sentencia de 8 de julio de 2004 es de muy dudosa constitucionalidad, al erigirse el juzgador ordinario en legislador sobrevenido, diciendo lo que la ley no dice —porque no quiso decirlo—» (22). NAVARRO CARDOSO, Expulsión «penal» de extranjeros: una simbiosis de Derecho penal «simbólico» y Derecho penal de «enemigo», Revista General de Derecho Penal, Iustel, n.º 2, noviembre, 2004 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)), cita además el trabajo en prensa de ARIAS SENSO, Expulsión de extranjeros imputados y condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS de 08.07.2004, LL 2004.

Comenzaré haciendo referencia a la jurisprudencia como fuente del Derecho penal. La jurisprudencia del TS no es fuente directa de creación de Derecho para el ordenamiento en general, sino sólo de complemento mediante la interpretación de las otras fuentes directas, ya que el art. 1.6 CC reza: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho»<sup>102</sup>.

En esta ocasión no estamos ante la jurisprudencia constitucional pero, aunque de ella se tratara, conviene recordar que «la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene fuerza absolutamente vinculante, la misma que la de una ley derogatoria, cuando en el fallo de sus sentencias declara la inconstitucionalidad de algún precepto de la ley penal, resolviendo un recurso de inconstitucionalidad; o también —con igual fuerza vinculante que una interpretación auténtica, o sea hecha por la propia ley— cuando al resolver en dichos casos declara la vigencia de un precepto legal pero sólo si se lo interpreta de un determinado modo que sea conforme a la Constitución, excluyendo alguna otra interpretación posible que sería inconstitucional. En cambio, los fallos y fundamentación de las resoluciones del TC que resuelven recursos de amparo, no son absolutamente vinculantes, ya que el propio TC puede modificar su doctrina; pero si no lo hace, y su jurisprudencia es reiterada, tiene un carácter prácticamente vinculante para los tribunales ordinarios por ser el TC el intérprete superior de la Constitución como norma suprema a la que está subordinado el resto del ordenamiento jurídico»<sup>103</sup>.

Y así, si atendemos al art. 5 LOPJ<sup>104</sup>, cuando un órgano considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la constitución,

<sup>102</sup> Cfr., por todos, LUZÓN PEÑA, Curso DP, PG I, 1996, 157 s.

<sup>103</sup> Cfr., por todos, LUZÓN PEÑA, Curso DP, PG I, 1996, 158.

<sup>104</sup> Art. 5 LOPJ: «1. La Constitución es la norma suprema del Ordenamiento Jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos./2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica./ 3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional./4. En todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional».

debe plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional. Pero procederá al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

Por tanto, según lo expuesto, es el TC el que puede declarar la constitucionalidad o no de un determinado precepto y cómo interpretarlo en sentido constitucional. Y esa interpretación tiene carácter vinculante para el resto de los tribunales. Los otros tribunales pueden hacer interpretaciones para acomodar la norma a la CE. Pero como veremos, en mi opinión, lo que hace en esta ocasión el TS excede de la acomodación y más bien está creando.

Pues bien, el TS, en un loable intento de encontrar acomodo —algo, por cierto, harto complicado— constitucional al art. 89 CP, cita sentencias del TEDH y del TC, en las que se reclama la audiencia del penado y el tener en cuenta el arraigo del mismo antes de decretar la expulsión. Sin embargo, considero que el TS se ha excedido en su interpretación y que quizá hubiera resultado más correcto plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Además, en mi opinión, con la interpretación que hace no se resuelve el problema de la posible inconstitucionalidad del art. 89 CP, pues existen otros posibles motivos de inconstitucionalidad<sup>105</sup>. Así, por ejemplo, otro motivo de posible inconstitucionalidad podría ser que la exclusión de los beneficios de suspensión de la ejecutividad de la pena infringe el principio de igualdad en la aplicación de la ley, consagrado en el art. 14 CE; también se podría estar infringiendo el principio de igualdad al no aplicarse la misma pena a los que cometen los mismos hechos<sup>106</sup>, pues si es extranjero residente ilegal se le expulsa, mientras que si es extranjero residente legal (o nacional) cumplirá la pena<sup>107</sup>. No parece cumplirse el principio de proporcionalidad, según el cual la gravedad de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, a la gravedad del injusto<sup>108</sup>. Y no sólo porque no se le dé audiencia al reo y no se tenga en cuenta el arraigo del penado antes

---

<sup>105</sup> En otro trabajo expondremos, con detalle, todos estos motivos de posible inconstitucionalidad del precepto.

<sup>106</sup> Digo que «podría ser» porque debemos recordar que hay un dato diferenciador que es que el sujeto no se encuentra legalmente en España. Así, si llegásemos a la conclusión de que esa condición (no encontrarse legalmente en España) es relevante, entonces no se trataría desigualmente lo desigual, lo cual no infringiría el principio de igualdad. La respuesta a esta cuestión deberá esperar al estudio más profundo del tema que estamos realizando.

<sup>107</sup> Lo que está ocasionado, por cierto, que sujetos miembros de la Comunidad Europea aleguen que no son residentes legales con el fin de ser expulsados y no tener que cumplir la pena (SAP Alicante de 18-5-2002, JUR 239953).

<sup>108</sup> LUZÓN PEÑA, Curso DP, PG I, 1996, 85 s.

de proceder o no a la expulsión, sino también, y sobre todo, porque se violan, en mi opinión, principios básicos (al menos el de proporcionalidad) que deben informar el Derecho penal, al imponer siempre y en todo caso en supuestos de hecho muy distintos la misma consecuencia jurídica: la expulsión. Así, deberá expulsarse por un periodo de 10 años al extranjero no residente legalmente en España que cometa una falta de hurto. Como el lector podrá apreciar, tan nimio comportamiento no cuenta con suficiente peso como para aparejarle una consecuencia tan grave como es la expulsión por un periodo de 10 años. Y, por otra parte, a ese otro sujeto condenado por un robo con violencia a la pena de 5 años y 11 meses de prisión se le expulsará también por un periodo de 10 años<sup>109</sup>. Por tanto, el art. 89 CP no permite la individualización de la pena en coherencia con la entidad del hecho cometido.

Efectivamente, nos encontramos, pues, ante un problema de interpretación<sup>110</sup>, o más bien, ante un exceso en la interpretación del TS,

---

<sup>109</sup> También bajo la vigencia de la regulación anterior la doctrina se planteó esta cuestión. Y así, la tacha de potencial inconstitucionalidad del art. 89 CP podía salvarse según señalaba correctamente ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO, (coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, 2002, 52, «a través de una aplicación restringida que permita situar en segundo término los criterios de la política de extranjería, respetando los principios elementales del derecho punitivo».

<sup>110</sup> No es el momento de entrar en esta cuestión, pero creo que tiene razón GARCÍA AMADO, ¿Interpretación judicial con propósito de enmienda (del legislador)? Acerca de la jurisprudencia sobre el artículo 133 del Código Civil, LL 2001-5, 1675, cuando expresa (y lo reproduzco literalmente, pues no podría expresarlo más claramente): «Hay dos maneras principales de entender el derecho, su interpretación y el trabajo del juez. Para unos el derecho es mandato de un legislador que se tiene por o se impone como legítimo, mandato expresado en enunciados lingüísticos cuyo significado, en lo que tenga de oscuro o incierto, se desentraña o se fija mediante la actividad intelectual que llamamos interpretación, de modo que la labor del juez deberá consistir en aplicar los mandatos contenidos en tales enunciados a los casos que caigan bajo su referencia o, en terminología jurídica tradicional, que sean subsumibles bajo ellos, ya sea porque es claro que el caso forma parte de la referencia de los términos con que el enunciado legal define el supuesto de hecho, ya porque mediante la interpretación se haya acotado de un modo u otro dicha referencia en lo que tuviere de dudoso. Esta primera concepción, por tanto, ve en las normas jurídicas alguna forma de combinación de voluntad y lenguaje y entiende al juez como atado a la misma e impedido para enmendar lo preceptuado por el legislador y/o los límites que marca la semántica de los enunciados legales. Para otros, por el contrario, la esencia de lo jurídico está en ciertos contenidos axiológicos que residen más allá de voluntades o palabras, por lo que el derecho es visto, en su fondo, como sistema de valores, presidido por la justicia en su cúspide, y con lo que la interpretación de las normas jurídicas, más allá de la disquisición sobre significados lingüísticos o propósitos legislativos, es averiguación de las verdades axiológicas que fundan la auténtica solución justa del caso. Desde tal concepción el juez, más que servidor de la ley, es sacerdote de la justicia y su obligación de respeto al legislador y su vinculación a la dicción legal, incluso en lo que ésta puede tener de clara, acaba allí donde detecte una discrepancia entre lo que la ley lingüísticamente expresa, y cualquier hablante competente puede entender la misma, y lo que sean las verdaderas exigencias de la justicia en esa rama

pues, nos guste o no, el art. 89 CP no prevé la audiencia del reo y establece como regla general la expulsión de los extranjeros que delinquen y no poseen residencia legal, sin tener en cuenta sus circunstancias personales<sup>111</sup>. El art. 89 CP no dice otra cosa. Así considero, siguiendo a GARCÍA AMADO, que no es lícito que los jueces retuerzan el significado de la ley haciéndole decir lo opuesto a lo que cualquier hablante normal entendería aunque «llamen luego a ese resultado interpretación correcta y debida y, así, tranquilamente apliquen una ley que no estiman inconstitucional porque le han hecho decir lo que ellos tienen por constitucional y justo. Si la ley no significa lo que dice, sino lo que el juez quiere que diga, ninguna ley será inconstitucional (y nunca se planteará la cuestión de inconstitucionalidad) porque ya le dará el juez la vuelta a su significado para que encaje con lo que a ese juez le parezca que la Constitución demanda, y mal que le pese al legislativo»<sup>112</sup>.

del derecho o en ese caso. Por tanto, al derecho el juez lo sirve aun cuando desatienda el mandato del legislador, con tal que tal contravención de lo que la ley dice se haga en nombre de lo que el derecho, en su verdadera sustancia, pide». Y en nota a pie añade respecto de esta última forma de interpretación. «Este modo de pensar suele expresarse hoy en día bajo el ropaje del llamado 'constitucionalismo', de manera que se considera justificada la decisión contraria al claro tener literal de los preceptos legales cuando la misma se fundamenta en la invocación de algún valor o principio constitucional. Con esto se introduce subrepticamente una auténtica revolución en nuestros esquemas constitucionales, pues ante la ley cuyos claros términos ... se consideren contrarios a algún valor básico que en la Constitución se contenga mencionado o de ellas se induzca, el juez poseería la alternativa de plantear la cuestión de constitucionalidad o simplemente de inaplicar por su cuenta y riesgo aquella ley y decidir en su contra en nombre de aquel principio. Esto último no parece que fuera el propósito de nuestro constituyente, que por algo dio sus competencias también al legislador (entiéndase que tampoco estamos poniendo en duda la eficacia directa de la Constitución ni afirmando que sus preceptos no sean aplicables en ausencia de desarrollo legal de los mismos; sólo decimos que cuando tal desarrollo legal existe y no se ha atacado su constitucionalidad por vías constitucionales, el juez debe atenerse a la ley y no anteponer a ella su personal interpretación de los valores de la Constitución)».

<sup>111</sup> Podría pensarse que la «no audiencia del reo» no excluye la consideración de las otras circunstancias, es decir, de las circunstancias personales como el arraigo del penado y su situación familiar, ya que el conocimiento de estas podría obtenerse por otros medios. Pero es que, aparte de no preverse la audiencia del penado, el art. 89 CP establece como regla general la expulsión y, aunque sin la audiencia del reo el juez pudiera tener conocimiento de esas circunstancias, también debería imponer la expulsión, puesto que la única posibilidad para no expulsar es atender a la naturaleza del delito. Lo que quiero decir con esto es que no hemos de olvidar que el art. 89 CP no sólo excluye la audiencia del reo, sino que también establece como regla general la expulsión.

<sup>112</sup> GARCÍA AMADO, LL 2001-5, 1675. Evidentemente y como continúa señalando el mencionado autor, correctamente en mi opinión, sobre este planteamiento se podrá discrepar «y discrepará especialmente quien crea que la justicia (bajo cualquiera de sus nombres y ropajes) vale más que cualquier democracia y que los jueces pueden conocerla mejor y más certeramente que ningún legislador, por mucho que a éste lo haya elegido el pueblo soberano».

Por todo ello considero que el TC, con carácter general, podía haber dado una respuesta acorde a esta cuestión y podría haberla dejado más clara. El TS debería haber planteado la cuestión de inconstitucionalidad ante el TS. El que no se haya hecho así puede estar creando cierta inseguridad jurídica, pues quizá otro órgano jurisprudencial haga una interpretación distinta del art. 89 CP. No estaría de más que se plantease la cuestión de inconstitucionalidad del art. 89 CP, o como señalaré a continuación y, además parece ser la intención del Gobierno, que se modifique el mencionado precepto. Lo que sí me gustaría dejar claro es que es el TC el que debería haber resuelto esta cuestión.

Por tanto, la solución pasa, a mi entender, bien por la modificación del precepto o bien por buscar alguna alternativa a la expulsión.

## V. Recapitulación y algunas ideas para una propuesta de *Lege Ferenda*

En mi opinión, la idea base que expone el TS en la sentencia objeto de estudio, y también el AAP Madrid de 29-12-2003, es totalmente razonable. Es decir, considero que la expulsión no debería en ningún supuesto ser algo automático, sino que ha de analizarse caso a caso y que deben tenerse en cuenta las circunstancias del sujeto. Para ello sería importante establecer el trámite de audiencia. Además, para el supuesto del AAP Madrid, cabe afirmar, en mi opinión, que en los casos de tráfico de drogas debería restringirse la expulsión, y desde luego no debe aplicarse de modo automático, como correctamente ha puesto de manifiesto el mencionado auto. Con lo dicho no se duda de la buena intención del TS ni de que lo que propone sea lo más adecuado; sólo se duda de si la Ley permite acogerlo. Los razonamientos del TS no acaban de convencer, pues no hemos de olvidar que la ley ha cambiado y los jueces no pueden suplir al legislador porque consideren que una ley no es razonable.

Por tanto, considero que la respuesta a todo esto ha de ser bien buscar una alternativa a la expulsión, como podría ser el traslado de los sujetos para que cumplan la pena en su país, a través de los convenios de traslado<sup>113</sup>, o bien, como he venido señalando, la modificación del art. 89 CP<sup>114</sup>. Aunque quizá podría buscarse alguna interpretación posible,

---

<sup>113</sup> En este sentido BEJERANO GUERRA, *Iuris* 81, marzo 2004, 62, quien propone esta alternativa que permitiría y garantizaría el cumplimiento de la condena y además resultaría respetuosa con la finalidad de reinserción a la que deben orientarse las penas privativas de libertad.

<sup>114</sup> Sin perjuicio de que se plantee el posible recurso de inconstitucionalidad respecto de su actual redacción.

ello resulta harto complicado<sup>115</sup>. Creo que no hay que descartar un sistema mixto entre el cumplimiento de la pena en España y los convenios de traslados. En mi opinión estamos ante una materia necesitada de reforma. Cuál ha de ser esta nueva regulación es una cuestión compleja, y requerirá precisiones que aquí no son posibles, aunque sí daré algunas pautas que, en mi opinión, deben seguirse a la hora de redactar un nuevo texto.

La modificación legislativa del art. 89 CP debería también llevar consigo la del art. 108 CP. Para proponer una nueva redacción al art. 89 CP creo que es de gran ayuda tener en cuenta las enmiendas que los diversos grupos parlamentarios hicieron al Proyecto origen de la LO 11/2003, de 29-IX, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. De hecho el propio Grupo socialista introdujo una enmienda proponiendo una nueva redacción al texto del art. 89, por lo que quizá sea la redacción que la nueva minoría mayoritaria (el Grupo Socialista) piensa plantear.

Muchas de las enmiendas que pretendían introducirse por los distintos grupos políticos rechazaban el que la expulsión de los extranjeros «ilegales» se convirtiese en la regla general. Algunas consideraban que debía suprimirse la modificación de los apartados 1, 2 y 3 del art. 89 CP, puesto que con la nueva redacción se infringiría, y entiendo que así está efectivamente ocurriendo, el principio de proporcionalidad, ya que cualquier delito sancionado con pena inferior a seis años tendría la misma consecuencia<sup>116</sup>. Otros grupos parlamentarios propusieron enmiendas de modi-

---

<sup>115</sup> Por lo que se refiere al supuesto que analiza el AAP Madrid relativo al tráfico de drogas, ha quedado claro que el propio artículo 89 CP permite, a través de la excepción del art. 89 CP, excluir la expulsión, atendiendo a la naturaleza del delito. Por lo tanto, considero que en este caso no hay problema para no aplicar la expulsión y que el sujeto cumpla la pena en un centro penitenciario español. Por lo que se refiere a la STS, cabría interpretar el ap. 1 del art. 89 CP, que establece que cuando no se pueda llevar a cabo la expulsión se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente, en el sentido, apuntado por BENEITEZ MERINO, en: CONDE PUMPIDO FERREIRO (dir.), Código Penal comentado, Tomo I, 2004, 363 (aunque refiriéndose al art. 108 CP), de que no puede llevarse a cabo la expulsión por razones humanitarias o, como he señalado más arriba, porque ya se ha cumplido una parte de la pena y expulsarle supondría una vulneración del *non bis in idem*.

<sup>116</sup> Enmienda núm. 19 Grupo Parlamentario (EAJ-PNV). También rechazando el automatismo de la expulsión: Enmiendas núm. 28, 36, 63 del Grupo Parlamentario Mixto, considerando que se promueve a la impunidad, pudiendo provocar paradójicamente en unos casos ámbitos de impunidad para cierto tipo de delincuentes y en otros reacciones poco adecuadas a la situación especial de algunas personas arraigadas.

ficación, alguna de ellas parciales<sup>117</sup>, y otras de nueva redacción. En este sentido, el Grupo Parlamentario Catalán propuso una nueva redacción al art. 89 CP<sup>118</sup>; el Grupo Parlamentario Mixto, considerando que si la expul-

<sup>117</sup> En este sentido, enmienda núm. 78 Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, sustituyendo el «serán» por «podrán ser», para que sea el juez el que decida en cada caso; enmienda núm. 79 Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, proponiendo sustituir dónde dice: «Las penas privativas de libertad inferiores a seis años» por «Las penas privativas de libertad superiores a 3 años e inferiores a 6», considerando que es imprescindible tener en cuenta que hablamos de penas privativas de libertad inferiores a seis años, que pueden incluir las condenas por faltas, por lo que habría que establecer algún límite por abajo, como el de más de 3 años que proponen, pues en caso contrario se infringiría el principio de proporcionalidad, al tener las mismas consecuencias la condena por un delito de hurto no violento que la condena por un delito de robo con intimidación (y en coherencia con esta enmienda introducen otra de supresión a partir de «salvo que el Juez...»); la enmienda núm. 81. Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, propone sustituir tras «a instancias del Ministerio Fiscal» dónde dice «acordarán», por : «podrán acordar, previa audiencia del interesado»; enmienda núm. 82 Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, añadir tras «...que la naturaleza del delito...», el siguiente inciso: «...su arraigo en España, la posibilidad de obtención de la residencia y su integración social...», considerando que, dado que se prevé que la expulsión sea obligatoria, habrá que tener en cuenta en la excepcionalidad otras cuestiones como el arraigo, la residencia y la integración social (en coherencia con esta introducen la núm. 83 de supresión desde «salvo que...» hasta el final del párrafo); enmienda núm. 84 Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, de supresión del apartado 3º en coherencia a una enmienda introducida al punto 1º del apartado IV de la Exposición de Motivos; enmienda núm. 85 Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida de supresión del apartado 4 en coherencia con enmiendas anteriores; enmienda núm. 86 Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, en vez de que el extranjero no pueda regresar a España en un plazo de 10 años, que no pueda regresar en un plazo de entre 3 y 10 años, pues de lo contrario no se atendería al principio de proporcionalidad; enmienda núm. 113, Grupo Parlamentario Coalición Canaria, proponiendo sustituir la referencia a los artículos 80 y 83 del Código Penal por la de los artículos 80, 87 y 88, y ello porque figura la apelación a los artículos 80 y 83 del Código Penal cuando la referencia debería hacerse a los artículos 80 y 88, si es que el legislador quería establecer la imposibilidad de conceder la suspensión provisional de ejecución de la pena o la sustitución de la misma por la pena pecuniaria a dichos reos. Aun así, ello deja abierta la vía a la suspensión a los reos en situación de drogodependencia, que pueden recibir dicho beneficio aun condenados a penas superiores, según establece el artículo 87 CP. Por lo tanto, con el fin de corregir el defecto y extender la prohibición a todos ellos, el precepto debería referirse a los arts. 80, 87 y 88 del CP (esta enmienda fue aprobada en trámite de ponencia); enmienda núm. 50, Grupo Parlamentario Mixto, sustituir la expresión «...en un plazo de diez años...», por: «...en un plazo inferior a tres años...», y ello porque el plazo para permitir la entrada de nuevo a extranjeros condenados es excesivo y contribuye más a estigmatizarlos que a facilitar su resocialización, se está aplicando la tolerancia cero, que ha dado escasos resultados positivos allí donde se ha puesto en práctica, y ha contribuido a incrementar aún más la marginalidad y la delincuencia; y, por fin, la enmienda núm. 51 Grupo Parlamentario Mixto, que pretendía suprimir la expresión «...empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad», en coherencia con la enmienda anterior, pues la aplicación de este inciso significaría ampliar aún más el plazo de prohibición de entrada.

<sup>118</sup> Enmienda núm. 139: «1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España, serán sustituidas en la sen-

sión es obligatoria se vulnera el principio de proporcionalidad de las penas, el principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón del origen<sup>119</sup>. Por fin, el Grupo Parlamentario Socialista realizó la

---

tencia por su expulsión del territorio español salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, del interesado y de las personas afectadas por el delito, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. La no residencia legal en España del condenado deberá ser apreciada en el momento de la ejecución de la sentencia. La expulsión se llevará a efecto desde la firmeza de la sentencia sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80 y 83 del Código Penal. 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. A instancias del Ministerio Fiscal o del condenado, antes de que, en su caso, acceda al tercer grado penitenciario o de que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, los Jueces o Tribunales podrán acordar por auto motivado, atendidas las circunstancias y previo informe de Instituciones Penitenciarias, que el penado continúe el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. 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. En ningún caso podrán ser expulsados aquellos extranjeros que se encuentren en los supuestos previstos en los apartados 5 y 6 del artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. 2. 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 y en todo caso mientras no haya prescrito la pena, en los términos del artículo 133. Si regresase antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido substituidas. 3. El extranjero que contraviniera una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores, será retornado o devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad». Esta enmienda se aceptó parcialmente, para que la decisión de expulsión diese lugar sólo al archivo de los procedimientos administrativos que se estuviesen tramitando para autorizar la residencia o el derecho a trabajar del extranjero afectado. Así se propuso, por parte del Grupo Parlamentario Popular, un texto transaccional: «La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España».

<sup>119</sup> Este Grupo propuso una enmienda (núm. 49) de modificación al apartado 1, que quedaría redactado como sigue: «Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente podrán ser substituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español de forma motivada, previa audiencia del condenado y del Ministerio Fiscal. Igualmente, los Jueces o Tribunales, oídos el reo y el Ministerio Fiscal, podrán acordar de forma motivada 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...», (el resto igual).

siguiente propuesta de redacción<sup>120</sup>, que reproduzco en el texto por las razones ya aludidas: «Los Jueces y Tribunales, previa audiencia del Ministerio Fiscal, valorando la gravedad de la infracción cometida, la salvaguardia de los derechos de los ofendidos o perjudicados por el delito y las circunstancias personales del condenado, podrán sustituir la pena privativa de libertad inferior a seis años impuesta a un extranjero no residente legalmente en España por la expulsión del territorio nacional. El Juez de Vigilancia Penitenciaria, oído el Ministerio Fiscal y previo informe de Instituciones Penitenciarias, acordará la sustitución de la pena restante por la expulsión cuando a los extranjeros que se hallen cumpliendo condena en España, cualquiera que sea su duración, les correspondiera acceder al tercer grado penitenciario, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la gravedad de la infracción o las circunstancias personales justifican su prosecución en territorio español. En ambos casos será necesario oír previamente al penado. La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para trabajar o residir en España. 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 en España. 2. El extranjero expulsado en aplicación al apartado anterior no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años contados desde la fecha de expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho término, cumplirá la pena que se le haya sido sustituida (sic). 3. No obstante, el extranjero que sea sorprendido en la frontera intentando quebrantar la prohibición expresa de regresar al territorio español, será devuelto por la autoridad gubernativa a su país. 4. 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, 515.6.<sup>a</sup>, 517 y 518 del Código Penal». El Grupo Socialista argumentó la enmienda considerando que es más adecuado dejar en manos del Juez o Tribunal sentenciador la resolución a adoptar. Además, se introduce, con el fin de clarificar los elementos que el Juez debe ponderar, la mención a la expresa gravedad de la infracción, las circunstancias personales del extranjero o la salvaguardia de los intereses del ofendido o perjudicado por el delito. Como se observa también, se introduce una modificación respecto a la sustitución de penas privativas de libertad superiores a seis años, atribuyendo la competencia para decretar o no la expulsión al juez de vigilancia penitenciaria. Se establece un plazo de prohibición de regreso que va de los cinco a los diez años, considerando que la ausencia de posibilidades por parte del Juez de modular el período de prohibición conculca el principio de proporcionalidad.

<sup>120</sup> Enmienda núm. 171.

Por una parte, a modo de conclusión del presente trabajo y, por otra, como posible redacción futura de los arts. 89 y 108 CP y que, sin duda, deberá ser sometida a revisión, procede insistir en la necesidad de efectuar una profunda reforma del instituto de la expulsión como medida sustitutiva de la pena y de la medida de seguridad (arts. 89 y 108 CP). No voy a entrar a examinar pormenorizadamente los detalles de esta propuesta de reforma, pero sí expondré en líneas generales las directrices de lo que me parece una regulación más adecuada.

En primer lugar y con carácter general, es preciso un cambio de perspectiva a partir del cual la expulsión, si no quedara totalmente desterrada del ordenamiento jurídico penal, algo que, a mi juicio, no carece en absoluto de fundamento, sí, al menos, dejara de ser considerada, como de *facto* ocurre bajo la actual normativa vigente, como la regla general.

En segundo término y descendiendo a cuestiones puntuales, es menester propugnar una mayor atención al principio de audiencia del reo en orden a conocer la situación real del penado.

En tercer lugar, resulta necesario atender al principio de proporcionalidad, para evitar la indeseable circunstancia de asignar la misma consecuencia jurídica, bajo la especie de prohibición de entrada por un periodo de diez años, a supuestos de hecho que son muy dispares.

En cuarto lugar, considero que debe establecerse un sistema de descuento para quien ha respetado parte del periodo durante el cual tenía vedada la entrada en el país.

En quinto lugar abogo por que no se establezca límite mínimo de prohibición de entrada en el país.

En sexto lugar, resulta crucial desde criterios de la más elemental justicia material que, con carácter previo a cualquier expulsión, se haya procedido a la debida satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito

En último término, y desde criterios de sistemática jurídica, resulta necesario acabar con la dispersión normativa vigente mediante la incorporación al ap. 4 del art. 89 CP de todos aquellos delitos relacionados con la inmigración<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> Al menos debería incluirse el art. 313 CP, relativo a la inmigración clandestina de trabajadores. También entiendo que el art. 89 CP había olvidado incluir en su ap. 4 el art. 188.2 CP; sin embargo, este defecto ha quedado subsanado por la modificación operada en el art. 318 bis por LO 11/2003, de 29 de septiembre. Y por fin, entiendo que ha

Estas ideas y razones han sido ahora sólo esbozadas y su debido estudio merecerá un esfuerzo futuro mayor que el presente.

---

de excluirse la mención al núm. 6º del art. 515 CP, puesto que ese núm. ha sido suprimido por LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, y no tiene sentido que el art. 89 CP siga refiriéndose a él.