

**PENAL**

**SUSTITUCIÓN DE PENA  
(CASO PRÁCTICO)**

**Núm.  
144/2005**

**ÁNGEL MUÑOZ MARÍN**  
*Fiscal*

### **ENUNCIADO**

El acusado Román, es condenado por la comisión de un delito contra la salud pública, al haber sido sorprendido en la aduana del aeropuerto XX con una maleta en la que portaba una sustancia que resultó ser tras los oportunos análisis cocaína, con un peso de 500 gramos, y una pureza del 75 por 100. La pena impuesta por la Audiencia Provincial (AP) es la de prisión de 5 años y nueve meses, así como el derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y el pago de una multa de 27.000 euros. La defensa del acusado solicitó en su escrito de conclusiones provisionales que en el supuesto de ser condenado por dicho delito, la pena privativa de libertad fuera sustituida por la expulsión del territorio nacional. La Sala deniega tal petición, a la que se opuso en el acto del juicio el Ministerio Fiscal.

### **CUESTIONES PLANTEADAS:**

¿Es factible la expulsión de Román del territorio nacional, en vista del delito cometido, y de la pena impuesta?

### **SOLUCIÓN**

Para dar solución a la cuestión planteada debemos partir de lo establecido en el artículo 89 del Código Penal (CP) que establece:

«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, 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.

La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del CP.

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 a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente.

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.

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.º, 517 y 518 del CP.»

El anterior precepto ha sufrido una importante modificación por Ley Orgánica 11/2003, que como modificación más sustancial a los efectos que aquí nos interesan, ha supuesto que lo que en la redacción anterior era una posibilidad, ha pasado a ser una obligación, salvo determinados supuestos. Así, la redacción anterior señalaba que «Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional...». Tal modificación ha dado lugar a una polémica doctrinal y jurisprudencial sobre el alcance e interpretación del precepto.

En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 8 de Julio del 2004 ya avanzaba la doctrina que posteriormente han venido a mantener las STS de 8 de Julio de 2005 y 7 de Junio de 2005, en el sentido de que aunque al ser la regla general la expulsión del extranjero residente ilegalmente en territorio nacional, pudiera entenderse que se podría soslayar, tanto el trámite de audiencia del condenado, como la motivación de dicha expulsión, lo cierto es que de conformidad con los principios constitucionales, cualquier medida que afecte al condenado, deberá dársele trámite de

audiencia. Se planteaba, si al ser la norma general la expulsión, sólo debería procederse a dicho trámite (audiencia), así como a la motivación de la resolución (no olvidemos que el artículo 89, sólo habla de motivación cuando se refiere a la facultad excepcional de acordar el cumplimiento de la condena), cuando se hiciera uso de la excepción; sin embargo, la interpretación del artículo 89, que se refiere como elemento a valorar la naturaleza del delito, aboga por otra interpretación.

En este sentido, la STS de 7 de junio de 2005, al referirse a esta cuestión, señala que la referencia que en el artículo 89 se realiza a «**la naturaleza del delito**», no debe entenderse como referida al tipo del delito cometido, pues si fuera esa la intención del legislador, éste hubiera conformado un catálogo de delitos a los que podría aplicarse la excepción; por lo que la citada expresión debe entenderse como una referencia a «**circunstancias del hecho y del culpable**».

Partiendo de esta interpretación es obvio que al tener que ser valoradas por el juzgador las circunstancias del hecho y del culpable, debe darse a éste la posibilidad de hacer alegaciones (incluso practicar prueba al respecto), exigiéndose igualmente la motivación de la decisión que se adopte (art. 120 de la Constitución).

A la hora de analizar cuales serán estas circunstancias del culpable, es obvio que toma preferencia el arraigo que el condenado tenga en el país, siendo determinante las circunstancias familiares del mismo; ya que con una aplicación automática de la expulsión por la exclusiva naturaleza del delito, nos encontraríamos supuestos en que el condenado sería expulsado del país, sin posibilidad de retorno en los plazos fijados dentro del marco legal, y su familia permaneciera en territorio nacional. Por ello, razones humanitarias insoslayables, ésta es la interpretación más acorde a la justicia material.

La siguiente cuestión que podríamos plantear sería la relativa al momento en que debe producirse dicha audiencia al condenado. En tal sentido, entendemos que si la propia defensa del condenado ha venido solicitando (calificación provisional, calificación definitiva) la expulsión del territorio nacional, es evidente cuál es la voluntad del mismo, con lo cual el trámite de audiencia sería innecesario, más si cabe, si en el acto del juicio oral, se reitera dicha solicitud. En el caso de que la cuestión se plantee en los escritos de calificación de las partes acusadoras, la oposición de la defensa a dicha expulsión, entendemos que cubre dicha audiencia, sin perjuicio de las alegaciones que en el acto del juicio se realice por la misma, y la prueba que quiera aportarse. Si la solicitud se realiza por las acusaciones en el trámite de calificaciones definitivas, el juzgador siempre tendrá la posibilidad de dar audiencia al condenado en el propio acto del juicio oral, antes de declararlo visto para sentencia. Finalmente, si es el propio juzgador el que adoptaría dicha postura, habrá de habilitarse un trámite posterior para que el mismo sea oído.

Desde otro punto de vista, aun a pesar de que el condenado quiera que se le aplique la expulsión, el juzgador tiene la posibilidad de no decretarla, y ordenar el cumplimiento de la pena de libertad, siempre y cuando motive tal decisión. Esto es así, ya que como se ha venido manifestando por la praxis judicial, una expulsión automática del condenado produciría desde el punto de vista de polí-

tica criminal importantes disfunciones, ya que el futuro delincuente sabría que cuenta con un cheque de impunidad en el caso de ser condenado por dicho delito.

De todo lo dicho, la expulsión de Román del territorio nacional sería posible dependiendo de las circunstancias que hubieran concurrido en el hecho, ya que por una parte, la pena a la que ha sido condenado es inferior a seis años, y mantiene una situación de ilegal en su estancia en el país. En este caso, habrá de analizarse cuál ha sido el razonamiento que la AP ha plasmado en la sentencia para denegar dicha expulsión. En todo caso dicha decisión es susceptible del oportuno recurso de casación.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 80, 87, 88 y 89.