

**PENAL**

**CONDENA DE EXTRANJERO ILEGAL:  
SUSTITUCIÓN DE LA PENA POR LA  
EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL  
(CASO PRÁCTICO)**

**Núm.  
177/2005**

**CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO**  
*Fiscal*

***ENUNCIADO***

---

Los acusados XXX y ZZZ, ambos de nacionalidad brasileña, fueron detenidos en esta localidad, al ser sorprendidos con una cantidad de cocaína de 850 gramos con una pureza del 60 por 100, con la finalidad de venderla, que llevaban oculta entre sus ropas. Instruida la causa por delito contra la salud pública y evacuados los correspondientes escritos de acusación y defensa, se celebró el juicio oral ante la Audiencia Provincial (AP), transcurridos cuatro meses, durante el cual aquellos se conformaron con los hechos, sin que se planteara la expulsión del territorio nacional por el Ministerio Fiscal en el escrito de calificación, pero sí solicitándolo en su escrito de conclusiones definitivas, y sin que fuera oído sobre la misma ninguno de los imputados, de los cuales el primero de ellos residía de forma legal en España con familiares y había entrado en el mercado laboral, mientras que el segundo, que era residente ilegal desde hacía poco tiempo, no tenía ni familiares ni trabajo en nuestro país. El Tribunal condenó a cada acusado a la pena de cinco años de prisión, y decidió no pronunciarse todavía sobre la medida de expulsión.

**CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. ¿Cuándo es posible la sustitución de la pena por la expulsión del territorio español?
2. ¿Qué decisión debería adoptar el Tribunal ante los hechos descritos, en relación con la mencionada expulsión?

***SOLUCIÓN***

---

Es necesario iniciar la, en mi opinión, interesante cuestión que se plantea desde varias consideraciones. En primer lugar atendiendo al número de personas que pueden ser objeto de tal medida

ante la creciente presencia de extranjeros ilegales en España, así como la incidencia que puede tener en otros los derechos fundamentales de las personas implicadas.

La respuesta de la primera cuestión planteada, requiere determinar el régimen que establece el Código Penal (CP), en relación con la indicada expulsión, para lo cual debemos acudir al artículo 89.1 que dispone: «Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por la 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 centro penitenciario en España».

Dos cuestiones destacan en la actual regulación:

- 1.<sup>a</sup> Que la expulsión se configura como regla general, aunque excepcionalmente pueda no acordarse.
- 2.<sup>a</sup> La posibilidad de que sea acordada sin que el penado sea oído en relación con tal medida con carácter previo a la sustitución de la pena por la citada expulsión.

Diferentes aspectos entran en relación con la mencionada regulación, como puede ser la sensación de impunidad que puede suponer ya que el delito no llevará de manera consecutiva la pena, así como los efectos que puede tener respecto de la prevención general o la resocialización como efecto de la pena, añadiéndose una posible situación de discriminación cuando varios penados extranjeros, unos con residencia legal en España, y otros sin la consideración de extranjeros legales, puesto que, por carecer de papeles, carecen de tal consideración. Situaciones administrativas que pueden ser discutidas o estar sometidas a discusión en la vía legalmente adecuada.

Estas consideraciones, unidas a la clase del delito cometido así como a las circunstancias del hecho y del culpable tales como su arraigo y el de su familia unida a la protección que la misma merezca, unido al peligro que puede suponer desde el punto de vista del trato que vaya a recibir deben ser tenidos en cuenta a la hora de proceder a la expulsión a que se refiere el CP.

De todo lo anterior puede deducirse que en el automatismo que pretende el Código para proceder a la sustitución de la pena por la expulsión, ya que existirán requisitos que tengan su base en hechos que puedan ser susceptibles de prueba, existe la posibilidad de que las características del hecho delictivo permitan aplicar la excepción, o tener en cuenta aquéllas de circunstancias del penado, por lo que será necesario oírle. El penado podrá proponer prueba o legar lo que le convenga sobre el particular, a lo que deberá unirse la motivación que justifique de forma suficiente la decisión del Tribunal que acuerde la sustitución, ya que como medida de seguridad requiere su imposición una motivación suficiente.

Así pues parece necesaria la existencia de audiencia al penado, que podrá acreditar hechos que impidan la expulsión, respecto de los cuales podrá incluso proponer prueba. Y si finalmente el órgano judicial decide la sustitución, a la vista de los hechos que dieron lugar a la condena, desde luego debe motivar, de acuerdo con la Constitución, el porqué de su decisión.

Además de las cuestiones que he citado que impiden el automatismo absoluto, y que determinan la audiencia del penado, debe tenerse en consideración a la hora de acordar o no la medida sustitutiva de la pena la posible exclusión del efecto coercitivo y disuasorio de la norma penal, ante la posible convicción de personas que se dedican a esa práctica delictiva, como la que se recoge en el texto del caso, el tráfico de drogas, en sus países, de que la consecuencia de tales hechos criminales derivaría finalmente en la devolución a su lugar de origen. Debe también aludirse al criterio sentado en diferentes AP, contrarias al automatismo en la aplicación de tal medida, ya que ello podría provocar la comisión de delitos graves por extranjeros ilegales, no comunitarios, que consideran que debe cumplirse previamente la mitad de la pena impuesta, siempre que las impuestas sean superiores a tres años de prisión, y sobre todo en el caso de aproximarse a los seis de prisión, límite que recoge el artículo 89 mencionado. Este aspecto determinaría la denegación de la expulsión en aquellos casos en que el delito fuera de suma gravedad, por los efectos que produce en la sociedad, teniendo en cuenta además el tiempo en que hubiera estado privado de libertad.

En resumen, por tanto, la regulación del Código aparece modulada de acuerdo con la Constitución por diversas resoluciones judiciales que inciden en que el automatismo no puede aplicarse, ya que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del penado, unido a la gravedad del hecho, cuando constituya un delito de gravedad, y, a las circunstancias del caso, deberán valorarse todas ellas para decidir en relación con la indicada expulsión, lo que determinará necesariamente que el sujeto pasivo, el condenado en el proceso penal, deba ser oído a los efectos de introducir determinadas cuestiones, que pueden sujetarse a prueba, e incidir en la resolución final, es decir, si resulta procedente o no la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional.

La segunda cuestión supone determinar cuál sería, en el supuesto de hecho concreto planteado, y ante las anteriores puntualizaciones, la decisión del Tribunal.

Debe tenerse en cuenta según las circunstancias del caso que nos hallamos ante un delito de gravedad, tráfico de drogas, con efectos perniciosos en la sociedad, que no obstante la regulación del artículo 89 del CP, no debe suponer la expulsión de los condenados de manera automática, sino que se deberá comprobar cuáles son las circunstancias personales y sociales de los implicados en los hechos para decidir lo procedente, para lo cual se deberá oír a los penados y éstos podrán proponer la prueba que acredite tales circunstancias; circunstancias personales y sociales diferentes se desprenden de los hechos del caso que deben valorarse adecuadamente, para además no provocar situaciones de trato diferente ante situaciones penales idénticas o similares, sólo sobre la base de diferentes aspectos personales. No tendría sentido desde el punto de vista de los principios del derecho penal, de la prevención general y especial, que una persona a causa de la integración en España, donde desarrolla una actividad laboral y se encuentra regularizado, tanto él como su familia, deba cumplir la pena de cinco años impuesta, merced a ese criterio que apunta en contra del automatismo indicado de la medida de

expulsión, ya que incluso la expulsión sería una medida desproporcionada en relación con las circunstancias personales, y por el contrario a su compañero de faena, es decir, el otro delincuente condenado que se encuentra ilegal en España, por esa circunstancia personal de carecer de trabajo y no tener familia en nuestro país, le sea sustituida la pena de prisión por la expulsión, aun con la prohibición de volver. La mera petición del Fiscal de tal medida que supondría la sustitución de la pena, ya que debe valorarse siempre no sólo que el delito era de notoria gravedad, como queda dicho, sino que llevaban poco tiempo en prisión preventiva, lo que además podría suponer que un cauce para la nueva comisión de este u otros delitos ante la falta de una respuesta penal más contundente, ya que el hecho delictivo perseguido y por el que fue condenado sólo tuvo para el condenado la respuesta de devolverlo a su lugar de origen. El Tribunal deberá valorar todas esas circunstancias para decidir en contra de la sustitución de la medida, aunque cualquier decisión que tomara un Tribunal debería estar motivada lo suficiente para cumplir con el mandato constitucional, artículos 24 y 120.3 de la Constitución Española, y valorar la existencia de petición así como, en todo caso, posibilitar que el principio de contradicción tenga adecuada incidencia en el proceso, de manera que la parte afectada pueda, no sólo alegar, sino también probar aspectos que pueden tener incidencia en la decisión final, así como alegar sobre las pruebas realizadas, por lo que en todo caso la audiencia del afectado por la posible sustitución debe ser real y efectiva, no un simple formalismo, sino un medio que permita al sujeto preparar adecuadamente su defensa en relación con la medida de expulsión.

Por tanto, en conclusión, después de la adecuada audiencia de los implicados, de posibilitarles aportar prueba adecuada sobre extremos importantes para la cuestión que se debe decidir, y valorando todas las circunstancias personales y penales, deberá oponerse a la expulsión solicitada por el Fiscal.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 89.
- SSTS de 17 de septiembre de 2001, 8 de junio, 8 de julio y 28 de octubre de 2004 y 7 de junio de 2005.