

Id Cendoj: 28079120012009100937
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 11568/2008
Nº de Resolución: 949/2009
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Delito de agresión sexual. La presunción de inocencia queda enervada por la prueba practicada en juicio. La exigencia de motivación de la decisión denegatoria de la **expulsión** del territorio nacional. Nulidad con el fin de que se ponderen por el Tribunal de instancia las circunstancias del caso concreto.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Septiembre de dos mil nueve

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Cuarta, de fecha veintitrés de octubre de dos mil ocho. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrente, el acusado Alfonso, representado por el procurador Sr. Cristóbal López. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 4 de Tarragona, instruyó sumario 1/08, por delito de agresión sexual, contra Alfonso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Tarragona, cuya Sección Cuarta, dictó sentencia en fecha veintitrés de octubre de dos mil ocho, con los siguientes hechos probados: *"Se declara probado que en la tarde del día 4 de enero de 2008, el acusado Alfonso, mayor de edad, sin antecedentes penales, nacional de Colombia, y en situación irregular en España, se encontró con Eloisa a quien conocía con anterioridad porque ésta mantenía amistad con Marcela, con quien el acusado mantenía una relación afectiva. En ese momento el acusado estaba tomando una cerveza con un amigo Ismael. Los tres permanecieron charlando y tomando juntos varias consumiciones, el acusado y Ismael tomaron 4 o 5 medianas -cervezas de tercio-, y ella, 3 o 4 copas de vino, en el bar Mercat sito en la Plaza Corsini de Tarragona. A continuación se dirigieron a un supermercado para comprar comida y bebida, y después se dirigieron a casa de Eloisa, sita en la PLAZA000 nº NUM000, NUM001 - NUM002 de Tarragona. Antes de entrar Jannette ya advirtió a ambos de forma expresa que no deseaba nada con ellos, que no deseaba mantener ningún tipo de relación, ni sexo, con ellos. Dentro de la vivienda los 3 siguieron bebiendo, escuchando música y bailando. En un momento dado, Ismael recibió una llamada telefónica y les indicó que tenía de marcharse, quedando Eloisa a solas con el acusado. Eloisa recibió una llamada telefónica, y tras ello el acusado le manifestó que le podía ayudar de forma económica, o para tramitar los papeles del novio de su hija, ofreciéndole los servicios de su abogado, lo que ella rehusó. Tras esto el acusado intento besarla y abrazarla, a lo que ella se opuso arañándole al acusado en la cara, diciéndole déjame, déjame. El acusado, con propósito de satisfacer sus deseos sexuales, la llevó a empujones desde la sala hasta el dormitorio, donde la arrojó sobre la cama, le quitó a la fuerza los pantalones y la ropa interior, tratando ella en todo momento de apartarlo y quitárselo de encima haciendo fuerza con las piernas. El acusado la amenazó con golpearla y dejarla inconsciente de un puñetazo, desistiendo ella de oponer más resistencia física para evitar sufrir males mayores. No obstante, trató de escabullirse diciéndole que olía mal y que se fuera a lavar, saliendo el acusado de la habitación, lo que ella aprovechó para subirse los pantalones, pero justo en ese momento el acusado volvió a entrar en la habitación, la arrojó de nuevo sobre la cama, arrodillándose sobre ella, y la volvió a desnudar. Eloisa le dijo al acusado que se pusiera al menos un preservativo para no quedar embarazada, entregándole ella uno de los que guardaba en la mesilla, poniéndoselo el acusado, aunque después se lo quitó arrojándolo a una papelera, penetrándola de forma completa contra su voluntad durante varios minutos, eyaculando en el interior y en el exterior de la vagina,*

tras lo cual el acusado se vistió y se marchó.

Eloisa , debido al sentimiento de asco y por temor a quedarse embarazada, procedió a ducharse con un producto desinfectante (rosalín o piedralumbre, como le llaman en Colombia). En los instantes posteriores Eloisa se encontraba confusa, no sabía si denunciarlo o no debido al miedo que éste le profesaba, así como sus amistades, pero a continuación decidió llamarle comunicándole que le iba a denunciar. Eloisa llamó a continuación a la Policía Local, personándose de inmediato los agentes nº NUM003 y NUM004 , junto con una asistente social, hallándola en un estado de shock, muy nerviosa, temblando, procediendo a trasladarla al Hospital donde se practicó el reconocimiento facultativo y forense.

El acusado volvió a reencontrarse con Ismael aproximadamente una media hora después de que éste hubiera abandonado la vivienda de Eloisa , presentando el acusado arañazos sin herida en la cara a la altura de la mejilla, aparentaba estar asustado, portaba descolocada la ropa, mal ajustados los botones, y le faltaba un calcetín.

Sobre la 1 horas de la madrugada siguiente, gracias a la descripción y demás datos proporcionados por la víctima, los agentes procedieron a la localización y detención del acusado quien encontraban en un bar cercano, sentado en la barra, tomando una copa.

A consecuencia de los hechos el acusado sufrió un eritema en la zona de la mejilla, que ya había desaparecido a la 1.37 horas del día siguiente, momento en el que se práctico la asistencia médica al detenido. Y Eloisa sufrió hematomas en brazos y piernas que aparecieron con posterioridad al reconocimiento facultativo y médico forense que se practicó a las 0.51 y 2.10 horas del día siguiente, momento en el que, sin embargo, no se objetivaron lesiones ni en la zona genital ni extragenital."

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLO Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Norberto , como autor responsable de un delito de AGRESIÓN SEXUAL, previsto y penado en los arts. 178 y 179 CP , concurriendo la circunstancia analógica de embriaguez (art. 21.6, 21.1 y 20.2 CP), a la pena de 6 años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximación a menos de 200 metros y comunicación con Eloisa durante 9 años.

En materia de responsabilidad civil el acusado indemnizará a Eloisa en la cantidad de 18.000 euros en concepto de daño moral, más intereses legales, y costas procesales."

En fecha 28 de octubre de 2008, se dictó auto de aclaración de sentencia, en el sentido de: **PARTE DISPOSITIVA: DISPONEMOS ordenar la ACLARACIÓN de la resolución de fecha 23 de octubre de 2008 y en el sentido de que donde dice: "Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Norberto , como autor responsable de..." debe decir "Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Alfonso , como autor responsable de..."**.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal y el acusado Alfonso , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El Ministerio Fiscal, basa su recurso de casación en los siguientes motivos: UNICO.- Por infracción de Ley al amparo del nº 1 del art. 849 de la LECrim por indebida aplicación del art. 89.1-2 del Código Penal .

5.- La representación del recurrente Alfonso basa su recurso de casación en los siguientes motivos: UNICO.- Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J , por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, consagrado en el art. 24.2 de la Constitución.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal y el recurrente Alfonso , impugnaron el motivo aducido por la parte contraria; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 16 de septiembre de 2009.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tarragona condenó al acusado como autor de

un delito de agresión sexual, con la atenuante analógica de embriaguez, a la pena de seis años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la prohibición de aproximación a menos de 200 metros y de comunicación con la víctima durante nueve años, a quien indemnizará además en 18.000 euros.

Contra esa resolución recurrió en casación la defensa del acusado alegando como motivo único que se había vulnerado su derecho a la presunción de inocencia.

Y también recurrió el Ministerio Fiscal por indebida inaplicación del *art. 89.1, párrafo segundo, del C. Penal*, al no acceder el Tribunal de instancia a acordar la **expulsión** del condenado del territorio nacional, una vez que se cumplieran las tres cuartas partes de la pena o alcanzara el tercer grado penitenciario.

A) Recurso de Alfonso

SEGUNDO . 1. El recurrente aduce como único motivo de casación la infracción de ley, en virtud de lo dispuesto en el *art. 5.4 de la LOPJ* y 24.2 de la Constitución, por haber sido vulnerado su derecho fundamental a la presunción de inocencia, señalando que el testimonio de la víctima contiene algunos elementos contradictorios y otros inverosímiles.

NUM002 . Según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos (SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007 y 111/2008). Y es doctrina reiterada del mismo Tribunal que, en la medida en que toda condena penal ha de asentarse en pruebas de cargo válidas, suficientes y concluyentes, tal suficiencia incriminatoria ha de ser racionalmente apreciada por el Juez y explicada en la sentencia, de forma que el déficit de motivación o los errores en la motivación o su incoherencia interna, puestos en relación con la valoración de la prueba y, por tanto, con la existencia de prueba de cargo, supondrían, de ser estimados, la quiebra del derecho a la presunción de inocencia (SSTC 124/2001, 186/2005, 300/2005 y 111/2008).

Por lo demás, tratándose de prueba indiciaria el Tribunal Constitucional considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (STC 229/2003).

Por su parte, esta Sala de Casación tiene afirmado en reiteradas resoluciones que el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta en verificar si la prueba de cargo que el Tribunal utilizó para dictar la sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes al proceso debido, y por tanto, y en primer lugar, si dicha prueba de cargo fue adquirida sin vulneraciones de derechos fundamentales; en segundo lugar, si fue introducida en el proceso y sometida a los principios que rigen el plenario, de contradicción, intermediación y publicidad; en tercer lugar, si se trata de una prueba suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia; y por último, si consta debidamente razonada en la motivación de la resolución, de modo que pueda verificarse el *iter* discursivo y comprobarse si la conclusión obtenida resulta razonable y por tanto ajena a cualquier viso de arbitrariedad (SSTS 59/2009, de 29-1; y 89/2009, de 5-2).

Asimismo se ha hecho especial hincapié en que, desde la perspectiva del control casacional del derecho a la presunción de inocencia, a este Tribunal le corresponde revisar la estructura del razonamiento probatorio de la sentencia recurrida, centrándose en comprobar la observancia de las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos por parte del Tribunal sentenciador (SSTS 753/2007 de 2-10; 672/2007, de 19-7; y 131/2009, de 12-2).

Finalmente, se ha incidido en numerosas resoluciones de la Sala en que los cuatro puntos cardinales del control casacional en relación al derecho a la presunción de inocencia se concretan en verificar si existió prueba constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, suficiente y racionalmente valorada (SSTS 987/2003, de 7-7; 845/2008, de 2-12; y 89/2009, de 5-2).

3. Ciñéndonos ya al supuesto enjuiciado, centra el impugnante la base argumental del recurso en cuestionar el testimonio de cargo de la víctima de la agresión sexual. Y frente a los razonamientos probatorios que contiene la sentencia de la Audiencia, en la que se van desgranando todos los elementos de convicción que emergieron en la vista oral del juicio en los que se fundamenta la versión fáctica que finalmente asumió el Tribunal, el recurrente expone lo que entiende como datos contradictorios e

inverosímiles.

Y así, considera inverosímil que, a pesar de que la víctima tiene novio y el acusado tiene como novia a una amiga de la propia denunciante, aceptó llevarlo a su casa, invitación que todavía extraña más -dícese por el hecho de que define al acusado como persona peligrosa.

El argumento del recurrente carece de solidez alguna, por cuanto la denunciante no invitó a su casa sólo al acusado. También fue con ellos un amigo de éste, cenando los tres en el domicilio, donde asimismo oyeron música y bailaron. La situación era por tanto natural y distendida, sin que nada diera pie a la conducta del acusado. Lo que sucedió fue que, en un momento determinado, la tercera persona recibió una llamada telefónica y tuvo que ausentarse, y a partir de aquí, cuando se quedaron a solas la víctima y el acusado, fue cuando éste comenzó a agredirla sexualmente.

Por consiguiente, ni la denunciante había accedido de entrada a estar a solas con el acusado ni preparó la estancia y la cena en su domicilio para que ello sucediera. Los acontecimientos derivaron casualmente hacia una situación en la que los dos se quedaron solos en la vivienda de la denunciante y fue entonces cuando el acusado realizó el acto sexual con la víctima con la patente oposición de ésta.

Tampoco la alegación de que no han quedado restos de semen del acusado en la vagina de la denunciante tiene la relevancia enervadora que le atribuye el acusado, pues Eloisa advirtió desde el primer momento que después de la agresión sexual se había duchado y lavado sus partes íntimas con un producto desinfectante ante el temor de quedar embarazada. Visto lo cual, concurre una explicación razonable y coherente sobre la inexistencia de restos de semen en el cuerpo de la víctima.

Frente a esos dos argumentos probatorios que esgrime el acusado, ambos de una debilidad ostensible, la Audiencia contó no sólo con la versión minuciosa, coherente y persistente de la víctima, sino también con otros datos complementarios que reafirmaron y reforzaron el testimonio de cargo.

Y así, debe subrayarse la propia declaración del amigo del acusado que estuvo con ellos en la casa de la denunciante la noche de los hechos. Este testigo, Ismael, que no conocía con anterioridad a Eloisa, describió los momentos anteriores al traslado al domicilio de ésta, quien les advirtió desde el primer momento que no quería tener relaciones sexuales con ninguno de ellos. El testigo desdijo algunos de los datos exculpatorios que aportó el acusado, negando algunas insinuaciones de la denunciante en forma de besos y la realización de un supuesto "show", y además proporcionó otros datos relativos a los instantes posteriores a los hechos que desvirtúan la versión del ahora recurrente.

En efecto, según recuerda el Tribunal de instancia, Ismael manifestó haberse encontrado con el acusado en un bar con posterioridad a los hechos y lo vio asustado, con la ropa mal puesta, mal ajustados los botones, le faltaba un calcetín y tenía marcas de arañazos en una mejilla, presentando el aspecto externo de haber mantenido una discusión o un forcejeo con alguien, aspecto que no tenía cuando lo dejó en casa de Eloisa.

A todo ello han de sumarse también los datos que aportaron en el plenario los agentes que acudieron al domicilio de la víctima a continuación de su llamada, quienes manifestaron que estaba en estado de shock, muy nerviosa y temblando. Y sin olvidar tampoco el dato objetivo del eritema que presentaba el acusado en la mejilla y los hematomas que le fueron apreciados a Eloisa.

Ponderados todos esos elementos probatorios de carácter incriminatorio que obran en la causa no puede extrañar la convicción del Tribunal de instancia, que describió en su resolución un cuadro probatorio que corroboraba el testimonio consistente, preciso, coherente y firme de la víctima.

Por todo lo anterior, ha de concluirse que ha quedado fehacientemente enervado el derecho a la presunción. Se desestima, pues, el recurso de casación de la defensa, con imposición de las costas de esta instancia (*art. 901 de la LECr.*).

B) Recurso del Ministerio Fiscal

TERCERO . 1. El Ministerio Público formula un solo motivo de impugnación, por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el *art. 849.1º de la LECr.*, por indebida inaplicación del *art. 849.1, párrafo segundo, del C. Penal*, al no haberse accedido a la solicitud de que el acusado fuera expulsado del territorio nacional en caso de obtener el tercer grado penitenciario o una vez que se entendieran cumplidas las tres cuartas partes de la condena.

La sentencia impugnada acoge como argumento para rechazar la **expulsión** que es "oportuno que el acusado cumpla íntegramente la pena en un centro penitenciario español, sin perder el control directo de la reinserción social del acusado una vez que acceda teóricamente al tercer grado, o a la libertad condicional".

El Ministerio Fiscal alega como razón determinante para cuestionar la sentencia que la regla general, según lo dispuesto en el *art. 89.1 del C. Penal*, es la **expulsión** del territorio nacional una vez cumplidas las tres cuartas partes de la pena o alcanzado el tercer grado penitenciario. Y para apartarse de ella, según requiere la norma, deberá dictarse una resolución motivada que atienda a la naturaleza del delito.

En el presente caso, señala el Ministerio Público, la sentencia sólo motiva la denegación de la **expulsión** arguyendo la necesidad de controlar la reinserción social del acusado, sin ponderar otros aspectos relevantes. Y así, subraya el Fiscal, que no se contemplan las circunstancias personales del acusado, la política criminal expresada en la ley y las necesidades preventivo generales del sistema penal, por lo que no puede considerarse como una resolución razonada. Además, aduce que no puede operar en estos casos el derecho a la reinserción social.

2. En los dos primeros párrafos del *art. 89 del C. Penal* se preceptúa lo siguiente: " 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 ".

El primer párrafo de la norma, que se refiere a la sustitución íntegra de las penas privativas de libertad inferiores a seis años de prisión, ha sido objeto de una copiosa doctrina jurisprudencial con el fin de suavizar su literalidad y adecuar su interpretación a los tratados internacionales convenidos por España y a la jurisprudencia que los interpreta. Y así, en las SSTS 901/2004, de 8 de julio, y 906/2005, de 17 de mayo, se argumenta sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del *art. 89 del C. Penal*, en la que, aplicando los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia, se amplíe la excepción a la **expulsión**, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen. De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la **expulsión** del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y mesura los derechos fundamentales en conflicto. Por último, considera este Tribunal en esas dos resoluciones que no debe otorgársele primacía a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de políticas criminales de mera seguridad frente a derechos fundamentales prioritarios del propio penado, que será oído en todo caso antes de adoptar la resolución relativa a la **expulsión**.

Esta doctrina, con algunas precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa, ha sido después reafirmada en su aspecto nuclear por esta Sala en las sentencias que ha proseguido dictando en años posteriores (SSTS 1231/2006, de 23-11; 35/2007, de 25-1; 108/2007, de 13-2; 140/2007, de 26-2; 166/2007, de 14-2; 682/2007, de 18-V-2; 125/2008, de 20-2; 165/2009, de 19-2; y 498/2009, de 30-4, entre otras).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, con anterioridad al *Código Penal de 1995*, en la sentencia 242/2004, de 20 de julio, con motivo de aplicar la medida de **expulsión** en una sentencia penal, argumentó que " precisamente porque la medida de que se trata afecta a la efectividad de un derecho constitucionalmente tutelado en los términos antes expuestos, no puede abandonarse su aplicación a una decisión discrecional de los órganos jurisdiccionales. Es preciso, además de comprobar el cumplimiento de los presupuestos que autorizan su aplicación -la condena en sentencia firme por delito castigado con pena igual o inferior a la de prisión menor- que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar, art. 39,1 CE), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la ley, y el

*interés del Estado en aplicar la medida de **expulsión**".*

No cabe duda que la aplicación de los dos primeros *párrafos del art. 89 del C. Penal* a partir de la reforma por *Ley Orgánica 11/2003* ha evidenciado su difícil compatibilidad con los fines del ordenamiento jurídico penal y ha obligado a seguir diferentes criterios interpretativos dependiendo de la cuantía de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia. Y así, en lo que respecta a la ejecución de las penas de prisión inferiores a dos años, al hallarnos en un tramo donde el texto penal prioriza la reinserción del penado a través de la suspensión de condena y de los sustitutivos penales, ha sido preciso individualizar el entorno personal y social del extranjero para ajustar la aplicación del *art. 89* a las exigencias del principio de proporcionalidad, evitando también no vulnerar derechos fundamentales del penado tutelados por la Constitución y los convenios internacionales suscritos por España.

En cambio, en lo que respecta a las penas privativas de libertad comprendidas en el tramo que va desde los dos hasta los seis años de prisión el automatismo que se desprende de la redacción literal del precepto genera auténticas situaciones de impunidad, al reaccionar el sistema penal con la mera **expulsión** del territorio nacional de autores de delitos de notable gravedad, diluyéndose en gran medida la función coercitiva y disuasoria de la norma penal frente a acciones delictivas de grave entidad. Y es que en el caso de que se acordara la **expulsión** del penado de forma automática en tales supuestos de penas de cierta gravedad, no sólo se debilitaría el fin preventivo disuasorio 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*).

Por consiguiente, si bien el legislador en su reforma del *art. 89 por LO 11/2003* ha atendido en gran medida a tutelar ciertos objetivos específicos de la política de extranjería o de inmigración, ello no significa que puedan orillarse los fines específicos del sistema penal, ya que de ser así quedaría éste instrumentalizado y desnaturalizado en sus funciones más primordiales. Deben, por tanto, compatibilizarse los objetivos de la política de inmigración con las exigencias preventivo generales (confirmación de las normas que imponen el respeto a los bienes jurídicos tutelados y la desincentivación de conductas delictivas) y con el favorecimiento de la prevención especial (evitar la reiteración en el delito y procurar la reinserción social).

Como casi la totalidad de las resoluciones dictadas por la Sala de Casación se refieren a la aplicación del *párrafo primero del art. 89*, esto es, a la sustitución en sentencia de las penas privativas de libertad inferiores a seis años, se suscita ahora la cuestión de si ha de acudirse a las mismas pautas jurisprudenciales para aplicar el *párrafo segundo* del precepto.

3. Circunscribiéndonos ya al supuesto que ahora se contempla, es decir, a la problemática propia de la **expulsión** del territorio nacional con motivo del cumplimiento de penas de prisión de seis o más años, conviene destacar, de entrada, que si la redacción del *párrafo primero* presenta aspectos muy conflictivos que han sido objeto de merecidas críticas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, hasta el punto de que -según se ha señalado- ha sido preciso hacer una relectura en clave constitucional del precepto para poder operar con él, otro tanto pudiera decirse en lo que atañe al *párrafo segundo*.

En primer lugar, porque no parece muy razonable que la sustitución de las penas privativas de libertad de seis años de prisión en adelante deba acordarse en sentencia. Si partimos de la premisa de que la sustitución punitiva se ha de llevar a cabo una vez cumplidas las tres cuartas partes de la pena o cuando el penado ha accedido al periodo de libertad condicional, resulta claro que lo habitual será que hayan transcurrido unos años de cumplimiento de la pena privativa de libertad cuando se proceda a ejecutar la **expulsión**. Por lo cual, lo más probable es que, llegado el momento, ni el penado sea ya la misma persona ni tampoco las circunstancias concretas de su entorno personal, familiar y social hayan perdurado en el tiempo. Ello quiere decir que la fase de sentencia no es la más indicada para adoptar una medida que se va a aplicar transcurridos unos años y cuando muy probablemente ya no permanecen vigentes los datos objetivos con que se ha operado en el momento de acordarse la medida en sentencia.

De otra parte, también se considera en cierto modo contradictorio y distorsionador que a un penado se le esté aplicando un tratamiento penitenciario que tiene como fin primordial su reinserción o rehabilitación social, para, a continuación y sin periodo intermedio alguno, pasar a adoptar una medida de **expulsión** que no tiene nada que ver con los fines de integración en el ámbito social, pues lo drástico y expeditivo de su contenido revela unas miras muy distintas a los fines propios de la pena.

No parece tampoco muy compatible con las razones y los fines del Derecho penal que, tras haber

cumplido el periodo más importante de la pena privativa de libertad, esto es, de haber saldado en gran medida las deudas con la sociedad y haber seguido un tratamiento rehabilitador, se acuerde de forma automática la **expulsión** del territorio nacional del penado sin atender a las consecuencias que de ello se derivan para su situación personal y social y su influencia en el objetivo de una posible reinserción. Con lo cual, al cumplimiento real de la pena privativa de libertad se le suma al final una medida afflictiva que poco tiene que ver con el tratamiento de reinserción precedente y que, como norma general, viene más bien a añadir una nueva pena a la que ya tiene cumplida.

Debe pues entenderse que, a tenor de los argumentos que se han venido exponiendo, procede también ajustar la interpretación del *párrafo segundo del art. 89 del C. Penal* a las pautas que se han ido estableciendo en la jurisprudencia a partir de la STS 901/2004, de 8 de julio . De modo que, realizando una lectura en clave constitucional del *art. 89 del C. Penal* , se opere aquí también con los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia. Ello significa que ha de ampliarse la excepción de **expulsión** ponderando las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen.

Así lo han entendido también el propio Ministerio Fiscal en su Circular 2/2006, de 27 de julio, cuando interpreta el *párrafo segundo del art. 89 del C. Penal* , y esta misma Sala, si bien de forma tangencial y como obiter dicta , en la STS 636/2005 , de 17 de mayo.

Por todo lo anterior, le asiste la razón al Ministerio Público en su queja de que el Tribunal de instancia no motivó la denegación de la **expulsión** del acusado del territorio nacional una vez que cumpliera la pena en sus tres cuartas partes o tras acceder al tercer grado penitenciario. La falta de toda referencia a los datos individualizadores de la situación personal, familiar y social del acusado impide conocer si la denegación de la **expulsión** resulta o no acorde a derecho.

Dicho lo anterior, ni cabe ratificar la decisión inmotivada de la sentencia recurrida en la que se denegaba la **expulsión**, ni tampoco puede acordarse de plano la **expulsión** sin exponer las razones individualizadoras que la justifiquen. Lo procedente, ante la falta de argumentación sobre datos concretos que permitan dirimir la cuestión suscitada (*art. 120.3 y 24.2 CE*), es anular la denegación de la medida de **expulsión** del acusado del territorio nacional en las condiciones que se prevén en el *art. 89.1, párrafo segundo* , y devolver la causa al Tribunal de procedencia para que motive debidamente la denegación de la sustitución punitiva de acuerdo con lo expuesto en el cuerpo de esta sentencia, con declaración de oficio de las costas del recurso, en aplicación del *art. 901 de la LECr* .

III. FALLO

DESESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACIÓN por vulneración de derecho fundamental interpuesto por la representación de Alfonso contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tarragona el 23 de septiembre de 2008 , dictada en la causa seguida por delito de agresión sexual, y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

ESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la referida sentencia, por la falta de motivación de la denegación de la medida de **expulsión** del acusado del territorio nacional. Y, en consecuencia, casamos y anulamos sólo en ese extremo concreto la referida sentencia, devolviéndose la causa al Tribunal de procedencia para que, reponiéndola al estado en que se produjo la omisión, por los mismos Magistrados se dicte nueva sentencia con arreglo a derecho en la que se solvete la falta que ha determinado la nulidad parcial. Se declaran de oficio las costas de este recurso.

Comuníquese esta sentencia al Tribunal de procedencia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Juan Saavedra Ruiz D. Andres Martinez Arrieta D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Alberto Jorge Barreiro D. Luis-Roman Puerta Luis

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Alberto Jorge Barreiro , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.