

EXTRANJERÍA Y DERECHO PENAL: LAS ÚLTIMAS REFORMAS ⁽¹⁾

Miguel Díaz y García Conlledo

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León

Isabel Durán Seco

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Penal. Universidad de León

Inés Olaizola Nogales

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra

Leticia Jericó Ojer

Profesora Ayudante de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra

En el presente trabajo se exponen y analizan críticamente las últimas reformas y proyectos de reforma en materias penales relacionadas con la extranjería y la inmigración, en concreto y fundamentalmente la expulsión como sustitutivo de la pena y de la medida de seguridad, el delito de tráfico ilegal del art. 318

1. El presente trabajo se inscribe en los proyectos de investigación SEJ2004-00062 (Ministerio de Educación y Ciencia, en parte fondos FEDER); LE009C05 (Junta de Castilla y León) y otro financiado por la Excm. Diputación Provincial de León, de los que es investigador principal el Prof. Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo. Una versión reducida del mismo se presentó por el Prof. Dr. Díaz y García Conlledo el 18 de octubre de 2005 como conferencia invitada, bajo el título *La reforma de la legislación de extranjería y sus consecuencias jurídico-penales*, a las XIX Jornadas Penitenciarias Lucenses sobre el Desarrollo de la vigente Ley de Extranjería, celebradas en Lugo del 18 al 20 de octubre de 2005.

bis CP y las referencias legales a la mutilación genital en los arts. 149.2 CP y 23.4.g) LOPJ. Especialmente crítica es la valoración realizada de la figura de la expulsión penal en su regulación vigente tras las últimas reformas, a la que se dedica una amplia parte del trabajo con un pormenorizado análisis, estimando que la corrección de sus defectos no corresponde a los tribunales, que, con innegable buena intención y buenas razones materiales, la han intentado, sino al legislador, por lo que se propone una reforma a fondo de la institución, para la que se ofrecen pautas. En materia de tráfico de personas se pone de relieve que no sólo son los derechos de las personas objeto de tráfico los que se protegen (como sucede en algunas modalidades típicas), sino, de modo destacado en el tipo básico, el interés estatal en el control de flujos migratorios, y, entre otras cosas, se resaltan críticamente aspectos como la confusión entre el tráfico ilícito y la trata de seres humanos en alguna de las modalidades típicas o la igualación no siempre justificada de diversas causas de agravación. En materia de mutilación genital, entre otras cosas, se pone en duda (más bien se está seguro de lo contrario) la idea de que ésta fuera atípica y por tanto imprescindible tipificarla expresamente en el art. 149.2 CP, si bien tal tipificación expresa (respecto de la cual se propugna una interpretación estricta) probablemente sea preferible para acabar con la discusión. Se considera plausible la ampliación del ámbito de aplicación de la ley penal española operada con la inclusión del apartado g) en el art. 23.4 LOPJ y referida a la mutilación genital femenina, si bien se plantea la conveniencia de que el nuevo precepto fuera más coherente con el art. 149,2 CP, que abarca todo tipo de mutilación genital y no sólo la femenina, pese a que es claro que ésta es la más frecuente y preocupante.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA EXPULSIÓN COMO SUSTITUTIVO DE LA PENA Y DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD. ARTS. 89 Y 108 CP.

APÉNDICE: BREVE REFERENCIA AL ANTEPROYECTO DE LO POR LA QUE SE MODIFICA LA LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CP (Y, EN CONCRETO, LA INSTITUCIÓN DE LA EXPULSIÓN). VALORACIÓN.

III. EL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS: ART. 318 BIS CP.

IV. LA MUTILACIÓN GENITAL: EL ART. 149 CP Y EL ART. 23 LOPJ.

MODIFICACIONES OPERADAS POR LA LO 15/2003.

Listado de abreviaturas utilizadas:

AAP	Auto de Audiencia Provincial.	JUR	Resoluciones no publicadas en los productos CD/DVD de Aranzadi. <www.westlaw.es>.
AP	<i>Revista Actualidad Penal</i> .		Servicio Internet de Aranzadi.
art.	artículo.	LH-R. Mourullo	<i>Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo</i> , 2005.
BIMJ	Boletín de Información del Ministerio de Justicia.	LH-Torío	<i>El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López</i> , 1999.
BOE	Boletín Oficial del Estado.	LL	La Ley.
CDJ	<i>Cuadernos de Derecho Judicial</i> .	LLP	<i>La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario</i> .
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.	LO	Ley Orgánica.
coord./s.	coordinador/es.	LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
CP	Código Penal.	n.	nota.
dir.	director.	PG/PE	Parte General/Parte Especial.
DP	Derecho Penal.	PJ	<i>Revista del Poder Judicial</i> .
EH-Cobo	<i>Estudios Penales en Homenaje al Profesor Manuel Cobo del Rosal</i> , 2005.	RD	Real Decreto.
EJMF	Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal.	RDME	<i>Revista de Derecho Migratorio y Extranjería</i> .
EM-Lidón	<i>Estudios jurídicos en Memoria de José María Lidón</i> , 2002.	RDP	<i>Revista de Derecho Penal</i> .
EPB	<i>Enciclopedia Penal Básica</i> .	RDPCr	<i>Revista de Derecho Penal y Criminología</i> .
FGE	Fiscal General del Estado/Fiscalía General del Estado.	RDPP	<i>Revista de Derecho y Proceso Penal</i> .
JD	Jueces para la Democracia.	STS	Sentencia del Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCIÓN

El tema del que a continuación nos vamos a ocupar es el de la reforma de la legislación de extranjería y sus consecuencias jurídicas en el ámbito del Derecho penal ⁽²⁾. Dada la cantidad de cuestiones interesantes de las que puede hablarse y la necesaria limitación a la extensión de este trabajo, sólo señalaremos, a grandes rasgos, cuáles son las modificaciones producidas en las recientes reformas habidas en torno a esta materia en el campo del Derecho penal, concretamente las modificaciones realizadas por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que entró en vigor el 1 de octubre de 2003. También, y al aludir a la reforma operada en el art. 149 CP a través de la acabada de mencionar LO 11/2003, de 29 de septiembre, nos vamos a referir a la LO 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la LO 7/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Finalmente haremos mención a la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, y que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, aunque las novedades introducidas por ella en esta materia son menores.

La construcción de una política de inmigración es, sin duda, uno de los retos más importantes de la Europa de hoy, aunque los movimientos migratorios no son un fenómeno nuevo ⁽³⁾. Desde antiguo hombres y mujeres han abandonado sus lugares de origen en busca de una nueva vida en otro lugar. En la actualidad tales movimientos migratorios han alcanzado unas cotas elevadas ⁽⁴⁾.

2. En la elaboración de este trabajo se ha tenido especialmente en cuenta un estudio que en estos momentos se encuentra en prensa y en el que los autores hemos participado bajo la dirección de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, y que citaremos como DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, 2007 (en prensa).

3. En este sentido señala REQUEIJO, *Revista de libros* 90, junio de 2004, 19, que prueba de ello es que una parte sustancial de la población de los países de la OCDE está formada por personas no nacidas en el país.

4. 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

Problemas económicos, políticos, guerras civiles y persecuciones son las principales causas de este movimiento migratorio que lleva a millones de personas a trasladarse 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 países a los que acuden. Una parte de los inmigrantes que tratan de entrar y trabajar en los países desarrollados⁽⁵⁾ se va a encontrar en una situación ilegal y se convierte en el objetivo de organizaciones que tratan de obtener ventajas económicas derivadas de la necesidad de los ciudadanos extranjeros⁽⁶⁾. El tema de los inmigrantes «sin papeles» es de máxima actualidad⁽⁷⁾. También nos encontramos con algunos extranjeros sin residencia legal que cometen hechos delictivos en España. El CP, haciéndose eco de toda esta problemática, ha regulado algunas cuestiones relativas al fenómeno migratorio, siendo constantes las reformas producidas en este tema.

Centrándonos en la Exposición de Motivos de la primera de las leyes citadas, en la LO 11/2003 se pone de manifiesto que lo que se pretende con esta modificación del CP, por lo que a los extranjeros atañe, es completar el conjunto de medidas dirigidas a favorecer su integración social. Se refiere al favorecimiento de los extranjeros con residencia legal en España. Con esta Ley se pretende dar una adecuada respuesta y protección a los extranjeros (residentes legales)⁽⁸⁾. Así la Ley alude a varias cuestiones, aunque nosotros nos vamos a centrar sólo en alguna de ellas.

En primer lugar, en la respuesta penal frente a los extranjeros no residentes legalmente en España y que cometen delitos. A estos sujetos se les venía apli-

con la delincuencia. Perspectiva criminológica», AP 2003-1, 246 y ss., donde se analizan también las formas delictivas más frecuentes y específicas.

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

6. Sobre los extranjeros como sujetos pasivos de la delincuencia puede verse HERRERO HERRERO, AP 2003-1, 263 y ss. Desde el punto de vista del extranjero como víctima puede verse GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, 2004, *passim*, y la bibliografía allí citada.

7. Nos encontramos con una serie de problemas que afectan a la práctica totalidad de los ámbitos de la sociedad, un tema que preocupa a todos tal y como se puede leer en la prensa diaria. Sobre ello v. DURÁN SECO, «El extranjero delincuente "sin papeles" y la expulsión (A propósito de la STS 8-7-2004)», RDPCr 15, 2005, 309, n. 4.

8. Ello se desprende de la propia Exposición de Motivos de la Ley cuando señala: «Nuestro ordenamiento jurídico proporciona una adecuada respuesta y protección a los extranjeros que residen legalmente en España. Sin embargo, también es cierto que la experiencia acumulada frente a un fenómeno cada vez más importante exige abordar reformas desde diversas perspectivas».

cando el régimen de la expulsión contenido en los arts. 89 y 108 CP. Este régimen se ha visto modificado.

En segundo lugar, en la respuesta penal frente a las nuevas formas de delincuencia que se aprovechan del fenómeno de la inmigración para cometer delitos. De este modo se modifican los arts. 188 y 318 bis CP.

En tercer y último lugar, haremos referencia a la respuesta que con esta ley se ha intentado dar a la existencia de formas delictivas surgidas de «*prácticas contrarias a nuestro ordenamiento jurídico*» (tal y como señala la propia Exposición de Motivos), en concreto a la reforma operada en el art. 149 CP, en el que se menciona expresamente la mutilación genital. En este punto hemos de aludir a la reciente LO 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, que añade un nuevo epígrafe al apartado 4 del artículo 23 de la LO 6/1985.

Recientemente se ha presentado al Consejo de Ministros un Anteproyecto de LO de reforma del CP que afecta a alguna de las materias tratadas aquí, y ha aparecido la Circular 2/2006 de la FGE, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, que también se ocupa de cuestiones interesantes para el presente trabajo. Por tanto, haremos referencia a ellos en los apartados correspondientes ⁽⁹⁾.

II. LA EXPULSIÓN COMO SUSTITUTIVO DE LA PENA Y DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD. ARTS. 89 Y 108 CP

De acuerdo con la redacción del texto anterior del art. 89 CP ⁽¹⁰⁾, los Jueces y Tribunales podían sustituir las penas privativas de libertad impuestas a un extranjero no residente legalmente en España por la expulsión del territorio

9. El Anteproyecto, presentado en Consejo de Ministros el 14 de julio de 2006 y pendiente de los correspondientes informes para su aprobación definitiva y remisión a las Cortes, y la Circular han aparecido una vez que el presente trabajo estaba redactado y enviado para publicación. Se han introducido posteriormente las referencias a ellos, pero no ha sido posible la actualización bibliográfica. En fechas aún más recientes hemos podido conocer el borrador o proyecto de Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto y hemos introducido alguna referencia a él (subrayando aquí que el documento podría sufrir modificaciones).

10. El art. 89 CP rezaba en su redacción original: «*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 terri-*

Miguel Díaz y García Conlledo, Isabel Durán Seco, Inés Olaizola Nogales, Leticia Jericó Ojer

nacional⁽¹¹⁾. Por lo tanto, la facultad de expulsión venía siendo discrecional. Aunque la ley no fijaba ningún criterio sobre el que fundar la decisión, algún autor señalaba que se podían tener en cuenta aspectos como el arraigo del penado extranjero, especialmente si tenía lazos familiares en España⁽¹²⁾. El

torio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado.// 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 hayan sido sustituidas.// 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa». La LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, añadió un número 4 a este precepto, con la siguiente redacción: «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 Código Penal».

11. Sobre la expulsión, en su redacción original, 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 1996-XXIV, 185 ss.; 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 (1999), CGPJ, 139 ss.; MONCLÚS MASÓ, «La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta», en: *Scripta Nova, Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, núm. 94 (34), 1 de agosto de 2001 (<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 ss.; 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 ss. Refiriéndose a la regulación actual, tras la reforma operada por LO 11/2003, de 29 de septiembre, 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* 2004-3, 1917 ss.; LAFONT NICUESA, «La expulsión de extranjeros», *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 1, 2004, 163 ss.; MUÑOZ LLORENTE, «La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003», *RDPCr* núm. extraordinario 2, 2004, 401 ss.; TORRES FERNÁNDEZ, «La expulsión de extranjeros condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años. Comentario a la STS de 8 de julio de 2004 a propósito de la reforma operada por la LO 11/2003», *PJ* 76, 2004, 231 ss.; CANCIO MELIÁ, «La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)», en: *LH-R. Mourullo*, 2005, 183 ss.; CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ, «El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal», en: S. BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, 2005, 343 ss.; DURÁN SECO, *RDPCr* 15, 2005, 307 ss.; JIMÉNEZ GARCÍA, «La sustitución de las penas de prisión. Especial referencia a la expulsión de extranjeros», en: *Las penas y sus alternativas*, CDJ 2005-IV, 213 ss.; HURTADO ADRIÁN, «Artículo 89 CP. Formación legislativa y análisis de una línea de aplicación judicial», en: *Las penas y sus alternativas*, CDJ 2005-IV, 237 ss.

12. En este sentido LAMO RUBIO, *El Código Penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos de la ejecución penal*, 1997, 196.

art. 89 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 penas de prisión superiores a seis años, también podía aplicarse la expulsión del territorio nacional, pero era preciso que se hubiesen cumplido las tres cuartas partes de la condena en un centro penitenciario español. En ambos supuestos 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⁽¹³⁾. En segundo lugar, era necesario oír al reo. Y, en tercer lugar, se requería el acuerdo en la propia sentencia o en auto posterior de ejecución del Juez o Tribunal sentenciador⁽¹⁴⁾.

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, y nada se decía del quebrantamiento de condena, por lo que parece que no se debía aplicar⁽¹⁵⁾. En caso de que el extranjero intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuera sorprendido en la frontera, era expulsado por la autoridad gubernativa.

13. Art. 27 del Reglamento Penitenciario (RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el 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».

14. Así lo pone de manifiesto SERRANO BUTRAGUEÑO, *Las penas en el nuevo Código penal*, 1996, 94.

15. Art. 468 CP (redacción original): «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». Este artículo fue posteriormente modificado por LO 15/2003, de 25 de noviembre, y por LO 1/2004, de 28 de diciembre, quedando la siguiente redacción: «[...] 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 pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.// 2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2».

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 arts. 312 (tráfico ilegal de mano de obra), 318 bis (tráfico ilegal de personas), 517 (directores, fundadores y presidentes) y 518 (cooperación económica) en relación con el 515.6.º (asociaciones ilícitas que promuevan el tráfico ilegal de personas) CP. 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 2.ª de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que adicionó el apartado 4.º del art. 89 CP. Con ello se pretendía endurecer la persecución de actividades u organizaciones que tuviesen como víctima el inmigrante ilegal; ésa fue, entendemos que correctamente, la *ratio legis* de la modificación ⁽¹⁶⁾.

Lo que se pretende con el régimen de la expulsión es que el extranjero no cumpla la pena o no cumpla la última fase en un centro penitenciario español.

Pero, como se sabe, la pena no es el único instrumento de reacción frente al delito, sino que también nos podemos encontrar con que a determinados sujetos se les imponen medidas de seguridad, que presuponen peligrosidad criminal. Esto nos lleva al art. 108 CP. Este artículo preveía, en su redacción original, la posibilidad de que el Juez o Tribunal pudiese acordar, previa audiencia del reo, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente, como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le fuesen aplicables. El extranjero no podía regresar a España en un plazo que no podía exceder de diez años.

La redacción actual de los arts. 89 y 108 CP procede, como ya hemos señalado, de la LO 11/2003. Estos artículos han quedado redactados como sigue:

Art. 89 CP: «1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sus-

16. Por cierto, que la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, ha suprimido el núm. 6.º del art. 515 CP aunque el art. 89.4 CP sigue refiriéndose a él (y a los arts. 517 y 518 CP) en un claro defecto de técnica legislativa.

tituidas 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 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.// 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 hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 del Código Penal».

Art. 108 CP: «1. Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, 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 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 medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento íntegro de la medida de seguridad ori-

Miguel Díaz y García Conlledo, Isabel Durán Seco, Inés Olaizola Nogales, Leticia Jericó Ojer

ginariamente impuesta.// 2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión.// 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».

Como se observa, son varios los cambios a que se ha visto sometido el régimen de la expulsión contenido en los artículos acabados de transcribir. Comenzando por el art. 89 CP cabe mencionar las siguientes modificaciones:

1. La regla general en el tratamiento de los extranjeros no residentes legalmente en España y que cometen hechos delictivos se ha convertido en la expulsión del territorio nacional. En el texto actual 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 se convierta en obligatorio. El legislador ha incluido en el régimen general de la expulsión una excepción: 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. En este supuesto no procederá la expulsión del extranjero no residente legalmente en España. Queda a doctrina y jurisprudencia determinar a qué se ha referido el legislador con esta excepción ⁽¹⁷⁾. La jurisprudencia que se ha pronunciado hasta el momento lo ha hecho mayoritariamente 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 ⁽¹⁸⁾. Ello no

17. Sobre ello v. DURÁN SECO, *RDPCr* 15, 2005, 318 s., n. 42.

18. En este sentido, entre otras, 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). En buena medida éste es también el criterio seguido por la FGE (aunque se refiere también a otros delitos). Así, la Circular 2/2006, de 27 de julio, FGE (siguiendo la Circular 3/2001)

implica que en todos los supuestos de tráfico de drogas se aplique la excepción, pues existen múltiples sentencias que no lo hacen y en las que se expulsa a sujetos autores de delitos relativos al tráfico de drogas⁽¹⁹⁾; y en algún otro caso los Tribunales, para aplicar la excepción atendiendo a la naturaleza del delito, hacen referencia a otros delitos con bienes jurídicos distintos a la salud pública⁽²⁰⁾. En el resto de los supuestos la expulsión es obligatoria.

Sin embargo, no es ésta la única interpretación posible, sino que cabe también pensar que cuando se está hablando de naturaleza del delito se hace referencia a naturaleza grave o menos grave, dependiendo de la pena que se imponga. En este supuesto surge la duda de si son los deli-

hace referencia a delitos que revistan especial trascendencia por: su gravedad intrínseca (el tráfico de drogas o las agresiones sexuales), por las particulares circunstancias de sus autores o los fines perseguidos (grupos de delincuentes organizados, especialmente grupos transnacionales, bandas armadas y terroristas, etc.), o por la existencia de una necesidad reforzada de protección a la víctima (menores, discapacitados, personas en situación de desvalimiento). A todo ello añade que, tras la reforma operada por LO 11/2003, hay que partir de la ponderación de la voluntad del legislador de «poner en primer plano el interés del Estado en evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España. El legislador, al confrontar el interés del Estado en el ejercicio del ius puniendi con el interés del Estado en expulsar a extranjeros no residentes legales que hayan sido condenados a pena inferior a seis años, opta conscientemente por el sacrificio de aquél a favor de éste, y por tanto ése debe ser el principio general a seguir». Así, concluye: «Dentro del grupo de delitos que exigen cumplimiento ordinario estarán normalmente aquellos en los que el sujeto activo es un extranjero no residente que accede a España con el fin de cometer el delito y con ánimo de volver al extranjero una vez perpetrados los hechos [...] Estas consideraciones deben ser especialmente aplicables a extranjeros no residentes traficantes de drogas (que causen grave daño a la salud o aún —sic— no causándolo, en cantidad de notoria importancia) [...] Cabe interesar la expulsión sustitutiva en delitos contra la salud pública, aunque se trata de sustancias que causan grave daño a la salud cuando se trate de actividades de venta al por menor de pequeñas cantidades [...] Deben excluirse de la expulsión sustitutiva como pauta general los delitos cometidos por organizaciones criminales».

19. En este sentido, entre otras, SAP Alicante de 13 de octubre de 2003 (JUR 2003\264742); SAP Madrid de 17 de octubre de 2003 (JUR 2004\87481); SAP Melilla de 18 de noviembre de 2003 (JUR 2004\50477); AAP Santa Cruz de Tenerife, de 15 de enero (JUR 2004\69269), aplicando la regulación anterior; SAP Madrid de 24 de febrero (JUR 2004\249897), en la que se sustituye una pena de cinco años de prisión; AP Vizcaya de 16 de diciembre de 2004 (JUR 2005\67214), en la que se sustituye una pena de 3 años de prisión por la expulsión durante 10; AAP Tarragona de 28 de enero (JUR 2004\90963); SAP Vizcaya de 11 de enero (JUR 2005\77981), en la que se sustituye una pena de prisión de tres años por la expulsión.

20. En este sentido AAP Soria de 20-11-2003 (JUR 2004\43155), en el que atendiendo a la naturaleza del delito, un delito de violencia física habitual, un delito de lesiones y dos faltas de lesiones, se denegó la expulsión dada además la gravedad de los hechos cometidos y las personas que resultaron víctimas; AAP Castellón de 22 de enero de 2004 (JUR 80460), en el que atendiendo a la naturaleza del delito se denegó la expulsión. En este caso se trataba de un delito de prostitución en el que los acusados habían sido condenados a tres años de prisión. Aunque en otro supuesto de prostitución en el que los acusados fueron condenados a dos años de prisión la SAP Murcia de 9 de octubre de 2003 (JUR 276171) decretó la expulsión del territorio nacional durante 10 años.

tos de naturaleza grave los que indican que la pena debe cumplirse en España y que no procede la expulsión⁽²¹⁾, 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⁽²²⁾.

21. En este sentido señala la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001 (<<http://www.fiscalia.org>>), 30, que el criterio favorable a la expulsión del Ministerio Fiscal puede mantenerse para los delitos de «naturaleza menos grave» si no concurren en el caso particular circunstancias especiales que lo desaconsejen. De esta opinión ARIAS SENSO, LL 2005-1, 1503, poniendo de manifiesto que dado que la norma nada dice de qué delitos de qué naturaleza están excluidos, parece razonable mantener los mismos criterios que respecto de la expulsión de extranjeros imputados: *«delitos especialmente graves como salud pública o agresiones sexuales, necesidad de efectiva protección de la víctima por sus peculiares condiciones, naturaleza especial del delito por tratarse de crimen organizado y otras»*, aunque añade que el concepto «naturaleza del delito» debe ser extensivo no sólo a la gravedad sino también a las particulares formas de comisión del delito (1504); LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, 6.ª, 2005, 312.

22. En este sentido GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, en: GRACIA MARTÍN (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª, 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»*. Tb. 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 2.ª de 8 de julio de 2004 (RJ, 2004, 4291)», en: *Repertorio de Jurisprudencia (Aranzadi)*. Revista de actualización 19, 2004, 16, considera que la expulsión puede evitarse cuando el delito cometido es de una naturaleza que haga desproporcionada la expulsión, y así señala: *«No tendría sentido que ante un delito de hurto en que se impone una pena de un año de prisión se aplique automáticamente la expulsión como sustitución de la misma, la naturaleza del delito en todo caso aconsejaría proceder como excepción a no sustituir la pena por la expulsión»*. También nos encontramos con jurisprudencia en este sentido. Así la SAP Girona de 22 de junio (JUR 2004\224662) considera que se puede interpretar por naturaleza del delito, como excepción para no expulsar, la naturaleza menos grave y señala: *«Finalmente, no queremos dejar pasar la ocasión de señalar que, dado que la medida de expulsión puede no acordarse excepcionalmente atendiendo al criterio de la naturaleza del delito, nos parece que una infracción como la que ha cometido la recurrente, que ha venido constituyendo históricamente una falta, agravada si se quiere por la existencia de parentesco, y que sólo por razones legítimas de presión social ha pasado a constituir delito, no cumple con los motivos mínimos para acordar la expulsión, es decir, debe alzarse en excepción del criterio general»* (también tuvo en cuenta para no expulsar que la recurrente estaba casada con un residente legal). Aunque tampoco aquí existe unanimidad jurisprudencial, pues en un supuesto bastante similar al acabado de mencionar (SAP Barcelona de 10 de junio: JUR 2004\208598) sí se expulsó al sujeto de nuestro país con prohibición de entrada durante 10 años. Según consta en los hechos probados: *«El acusado Rogelio, mayor de edad, ciudadano boliviano en situación ilegal en España, sin antecedentes penales, casado con Alicia hace siete años y con quien tiene una hija de nueve años...»*, el sujeto fue condenado por un delito de maltrato del art. 153 CP con la concurrencia de la atenuante analógica de embriaguez, a la pena de seis meses de prisión, pena que fue sustituida por la expulsión. A lo anterior añade la AP de Barcelona: *«Finalmente la falta de proporcionalidad de la medida no es tal, atendiendo precisamente que el legislador maneja las distintas magnitudes de pena para establecer una u otra medida sustitutiva y con diferente tramitación, siendo lo cierto que no se acredita la existencia de ningún tipo de contrato de trabajo estable, tampoco la existencia de hijos escolarizados en España, y respecto a la víctima, esposa del recurrente, lo normal sería una prudente separación física del que ha sido su agresor, exce-*

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 expulsión de aquellos a los que se les 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 ordenar antes la expulsión cuando el extranjero haya accedido al tercer grado penitenciario⁽²³⁾, algo que no se preveía en la regulación derogada. A efectos del cómputo de los seis años para comprobar si procede o no la expulsión, entendemos que debe tenerse en cuenta la pena en concreto y no en abstracto⁽²⁴⁾.
3. En ningún caso se hace referencia a que sea necesario, para la sustitución, oír previamente al penado.

Conviene detenerse en este punto puesto que la necesidad de dar audiencia al condenado ha sido un tema debatido desde los orígenes de la institución, considerándose siempre un requisito necesario. En la regulación actual se mantiene este requisito para el supuesto de sustitución de medidas de seguridad⁽²⁵⁾, pero no así en el caso de sustitución de

diendo de lo que es un mero problema doméstico, aun cuando está en su derecho de permanecer junto al recurrente, lo cual podrá hacer libremente, siguiendo allí donde vaya». Entendemos que son supuestos similares en los que se llega a soluciones discrepantes. Resulta interesante la interpretación sistemática que realiza MUÑOZ LORENTE, *RDPCr* núm. extraordinario 2, 2004, 459 s., teniendo en cuenta que el art. 57.2 de la Ley de Extranjería prevé la expulsión administrativa del extranjero condenado por delito doloso a pena privativa de libertad superior a 1 año tras el cumplimiento de la condena y en la que realiza la siguiente propuesta: «...ni en el caso de los delitos dolosos castigados con penas inferiores a 1 año, ni en el caso de los delitos imprudentes se proceda a la expulsión por la vía del artículo 89 so pena de convertir al juez o tribunal penal en controlador de la legalidad administrativa y ejecutor de sanciones administrativas basadas, única y exclusivamente, en la situación de residencia ilegal del extranjero cuyo control y ejecución no corresponde al juez penal, sino a la autoridad gubernativa».

23. 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).

24. Así, entre otros, RODRÍGUEZ CANDELA, *JD* 1988, 33, 60; PALOMO DEL ARCO, *CGPJ* 5, 1999, 177; FLORES MENDOZA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, 2002, 118; DE LA ROSA CORTINA, *LL* 2004-3, 1921; MUÑOZ LORENTE, *RDPCr* núm. extraordinario 2, 2004, 429; DURÁN SECO, *RDPCr* 15, 2004, 319. En el mismo sentido la Circular 3/2001, de 21 de diciembre, FGE, y la Circular 2/2006, de 27 de julio, FGE.

25. Medidas de seguridad privativas o no de libertad puesto que tras la reforma se permite que cualquier medida de seguridad sea sustituida por la expulsión del sujeto del territorio nacional. En la redacción original del art. 108 CP sólo se permitía la sustitución de las medidas de seguridad privativas de libertad.

penas privativas de libertad. Al haberse convertido la expulsión en la regla general, tiene su lógica (aunque no se comparta) el que no se prevea el trámite de audiencia del reo, puesto que la única posibilidad de no expulsión es atender a la naturaleza del delito y en eso poco tiene que decir el reo ⁽²⁶⁾. Sin embargo, la doctrina que al respecto se ha pronunciado señala que deben respetarse los derechos fundamentales y, en consecuencia, 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 autodefensa integrada en el derecho a la última palabra ⁽²⁷⁾. Ello no es, sin embargo, suficiente para el TS. Se hace imprescindible aludir a la STS 8-7-2004 (RJ 4291/2004) ⁽²⁸⁾ y a la interpretación que respecto del trámite de audiencia realiza, puesto que es evidente la repercusión que ha tenido en nuestros Tribunales. Así, dicha STS afirma que *«la exigencia de 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 [...] el derecho a la última palabra no satisface las exigencias de tutela de los valores de la familia y del derecho a elegir residencia»*.

26. En este sentido, refiriéndose a las penas, señala DE LA ROSA CORTINA, LL 2004-3, 1923, 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»*.

27. Así lo pone de manifiesto DE LA ROSA CORTINA, LL 2004-3, 1923. Para MUÑOZ CUESTA, *Repertorio de Jurisprudencia (Aranzadi)*. Revista de actualización 19, 2004, 17, el trámite de audiencia estará constituido por el propio juicio oral en el que el acusado podrá alegar lo que estime oportuno sobre su expulsión y que una vez comprobado que el acusado reside ilegalmente se procederá a su expulsión en el supuesto de penas privativas de libertad inferiores a seis años, siendo la única excepción la relativa a la naturaleza del delito. Sin embargo, para ARIAS SENSO, LL 2005-1, 1503, no es suficiente con que sea oído el letrado sino que debe ser oído el extranjero, debe tratarse de una audiencia específica sobre la materia en la que el extranjero debe ser informado de la materia de expulsión y de sus consecuencias, posibilitándole efectuar las alegaciones que tenga por conveniente.

28. Esta sentencia ha sido ya objeto de diversos comentarios. Así, MUÑOZ CUESTA, *Repertorio de Jurisprudencia (Aranzadi)*. Revista de actualización 19, 2004, 15 ss.; PAZ RUBIO, «Sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional. Análisis de la STS, Sala 2.^a, de 8 de julio de 2004», LLP 10, 2004, 80 ss.; TORRES FERNÁNDEZ, PJ 76, 2004, 231 ss.; ARIAS SENSO, LL 2005-1, 1497; DURÁN SECO, RDPCr 15, 2005, 307 ss. No es objeto directo de comentario pero sí se refieren a ella NAVARRO CARDOSO, *Iustel* 2, noviembre, 2004; CANCIO MELIÁ, LH-R. Mourullo, 2005, 196 n. 52; CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ, en: S. BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ (coords.), *Derecho Penal*, 2005, 390 s., n. 112.

Como estamos viendo el legislador de la reforma ha decidido suprimir el trámite de audiencia y la jurisprudencia del TS, en total desacuerdo con la supresión del requisito de audiencia del reo, ha buscado otra interpretación del precepto en el sentido de entender que es preciso ese trámite de audiencia ⁽²⁹⁾. En nuestra opinión, y a pesar de que consideramos que el requisito de la audiencia del reo debería exigirse, el TS se excede en su interpretación, 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. Por ello consideramos que el TS debería haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC y no actuar como creador de Derecho ⁽³⁰⁾.

4. Los extranjeros sin residencia legal quedan excluidos del régimen general de la suspensión de la ejecución y de la sustitución de la pena privativa de libertad, dado que se establece que no se puede aplicar lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal ⁽³¹⁾.

29. Y éste es además el criterio seguido por la Circular 2/2006, de 27 de julio, FGE, al poner de relieve que «en los supuestos en los que la expulsión automática del art. 89 conduzca a resultados que contraríen la doctrina del TEDH habrán los Sres. Fiscales de optar por no solicitar la expulsión. En todo caso habrá de exigirse en estos supuestos una motivación justificante de la derogación de la regla general», añadiendo que la expulsión no es automática y que está sujeta a una previa audiencia en la que debe informar el Ministerio Fical.

30. En este sentido, DURÁN SECO, *RDPCr* 15, 2005, 344. En sentido contrario a la opinión que hemos manifestado en el texto se pronuncia MUÑOZ LORENTE, *RDPCr* núm. extraordinario 2, 2004, 433, al señalar que «aunque la nueva redacción del precepto haya eliminado la previa audiencia del penado, la jurisprudencia, con buen criterio sigue exigiéndola». Insistimos en que para nosotros también es bueno que se exija, pero la ley no lo hace y no vemos cómo puede hacerlo la jurisprudencia.

31. Estamos ante una previsión, en opinión de HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal Comentado*, I, 2004, 316, «lógica y acorde con la finalidad perseguida por la norma, no otra que la de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España de aquellos inmigrantes no residentes legalmente cuya expulsión se ha acordado por haber delinquido». Para MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 6.ª, 2004, 569, ni siquiera se podrán aplicar los arts. 80, 87 y 88 CP en el caso de que no se pueda llevar a cabo la expulsión por causas no imputables al extranjero; en ese caso deberá ingresar en prisión, lo que produce, en opinión de los mencionados autores, un trato claramente discriminatorio. Considera MUÑOZ LORENTE, *RDPCr* núm. extraordinario 2, 2004, 461, que cuando no se proceda a la expulsión en atención a la previsión de la naturaleza del delito no cabe que se apliquen las normas generales de la suspensión, puesto que aunque en el precepto no existe ningún tipo de prohibición expresa en este sentido sí existe una prohibición tácita. Tb. la jurisprudencia ha interpretado que no se puede suspender la pena a los sujetos sin residencia legal, así, por ej., SAP Zaragoza de 31 de diciembre de 2003 (JUR 2004\90256), en la que se solicitó que una condena de un año de prisión fuese suspendida al no tener el sujeto antecedentes penales, pero en la que el Tribunal consideró inaplicable la suspensión y aplicable la expulsión. Señala la Circular 2/2006, de 27 de julio, FGE que si la expulsión no se lleva a efecto con éxito, entonces los Fiscales deberán partir de que los arts. 80, 87 y 88 CP recobran su aplicabilidad, «sin que por tanto pue-

Miguel Díaz y García Conlledo, Isabel Durán Seco, Inés Olaizola Nogales, Leticia Jericó Ojer

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 recientemente 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 ⁽³²⁾. En la redacción originaria del art. 89 CP no se señalaba qué ocurría si la expulsión no podía llevarse a efecto. Entendemos que la expulsión no se podrá llevar a cabo, al menos, cuando no existan garantías de respeto de los derechos humanos en el país de origen, cuando el sujeto se encuentre en un estado de salud que impida proceder a la expulsión y cuando se desconozca el lugar de origen.
7. Se produce una ampliación del periodo de prohibición de entrada. El extranjero no puede regresar a España en un periodo de diez años. En la regulación derogada el plazo iba 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 ⁽³³⁾. Además, otra novedad es que, en todo caso, el extranjero

da interpretarse el inciso cumplimiento de la pena privativa de libertad como inexorable ingreso en prisión», aunque considera que habrá de valorarse, a la hora de optar por el cumplimiento en prisión o por la suspensión o sustitución de la pena, si la imposibilidad de materializar la expulsión se ha debido a una voluntad deliberada del penado rebelde.

32. No resulta fácil comprender a qué ha querido referirse el legislador con esta previsión. Si, por ej., 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 BENÉYTEZ 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 nuestra opinión, se hace difícil sostener esa interpretación respecto del art. 89 CP, pues 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*, 3.ª, 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.

33. En el ámbito administrativo se observa cómo el plazo de prohibición de entrada ha ido aumentando. Así, la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, establecía en su art. 36 únicamente la duración mínima en 3 años, lo que el Reglamento de ejecución de dicha ley completó fijan-

no podrá regresar a España mientras no haya prescrito la pena⁽³⁴⁾. 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. De este modo, hay que poner en relación con el art. 89 los arts. 133 y 134 CP, relativos a la prescripción de la pena y al momento de cómputo de ésta. En el art. 133 CP se establece el plazo de 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 ésta hubiese comenzado a cumplirse. Pues bien, en este punto hay que realizar una distinción, tal y como han hecho correctamente algunos autores⁽³⁵⁾. 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 supuestos de sustitución total, hay que señalar que el plazo de expulsión podrá ser de quince años cuando la pena impuesta supere los cinco años pero sea inferior a seis años, puesto que en ese caso el plazo de prescripción, según el art. 133 CP, es de quince años. Así que, cuando la pena a imponer sea inferior a cinco años, el sujeto será expulsado por un periodo de diez años. En el supuesto de la llamada sustitución parcial, es decir, cuando el sujeto condenado a una pena privativa de libertad superior a seis 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 diez años. La razón nos viene dada por el comienzo del cómputo de la prescripción de la pena. Si ese periodo comienza a computarse cuando la fecha de la sentencia es firme o, si la pena ha empezado a cumplirse, cuando se quebrante, eso significa que en el supuesto de que el sujeto haya cumplido las tres cuartas partes de la condena y tras ese momento sea expulsado, sólo podrá serlo por un periodo de diez años, pues no estamos ante un caso de quebrantamiento de condena que indique que el tiempo de la prescripción

do el máximo en los 5 años (art. 99.1.b) del RD 155/1996. La LO 4/2000 amplió el plazo de prohibición de entrada hasta 10 años (art. 54.1).

34. Esta previsión no se contenía en el anteproyecto aunque sí en el proyecto.

35. GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones*, 3.ª, 2004, 339.

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 sucede en el supuesto en el que el sujeto ya ha cumplido la 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 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 diez 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 cinco y seis años. Así, al sujeto condenado a una pena de entre cinco y seis años se le expulsará por un periodo de quince años, mientras que si, por ejemplo, se le condena a cuatro años y once meses, se le expulsará por un periodo de diez años. En nuestra opinión de este modo, como señalaremos más abajo, se viola el principio de proporcionalidad.

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 ahora se señalaba que si regresaba antes del término debía cumplir las penas que le habían sido sustituidas. De modo que en el supuesto de que el sujeto incumpla la prohibición de entrada, es decir, regrese antes de que hayan transcurrido los diez años o antes de que haya prescrito la pena, pueden ocurrir dos cosas. Por una parte, como hemos señalado, que sea sorprendido en la frontera, en cuyo caso, y según prevé el art. 89 CP, será devuelto a su país de origen por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad. Por otra parte, puede ocurrir que el sujeto se encuentre ya efectivamente en nuestro país, es decir, no que intente quebrantar sino

que efectivamente ya haya quebrantado la prohibición de entrada. En este segundo supuesto el legislador no ha previsto qué efectos se derivan de este incumplimiento. En la regulación anterior se señalaba que en estos casos el sujeto debía cumplir las penas en su integridad en un centro penitenciario español. Actualmente, a falta de regulación legal, la doctrina se divide. Un sector considera que en esos supuestos el sujeto debe cumplir la pena en España⁽³⁶⁾ y otro sector considera que el sujeto deberá volver a ser expulsado empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad⁽³⁷⁾. Efectivamente, en otro caso no tendría sentido el que la expulsión sea obligatoria, pues, si el sujeto deseaba cumplir la pena en un establecimiento en España, le bastaría regresar a España. Esta última interpretación podría resultar problemática desde el punto de vista del principio de proporcionalidad pero ello se debe a que la propia configuración de la expulsión en nuestro CP no se adecua, en nuestra opinión, a tal principio.

Por lo que se refiere a los cambios sufridos por el art. 108 CP tras la LO 11/2003, de 29 de septiembre, en general hay que señalar que se observa en el régimen de la expulsión como sustitutiva de una medida de seguridad un estrecho paralelismo con el de la expulsión como sustitutivo de la pena que se establece en el art. 89 CP y que acabamos de ver.

36. En este sentido: ARIAS SENSO, LL 2005-1, 1504, al afirmar que «se ordenará el cumplimiento de la pena originariamente impuesta en su totalidad sin que exista módulo de conversión alguno de modo que se pierda todo el tiempo que sí se hubiera cumplido con la expulsión permaneciendo en el extranjero»; CEDES MONTES, CDJ 2005-III, 317 quien aunque reconoce que habría que deducir testimonio por el delito de quebrantamiento de condena considera que la omisión de la ley en el sentido de no prever qué es lo que ha de hacerse en el supuesto de que el sujeto efectivamente incumpla «puede resolverse conforme a la regulación anterior, a saber, cumplimiento íntegro de las penas impuestas, aunque se podría valorar, a efectos de abono, parte del periodo efectivamente cumplido de expulsión con la pena a cumplir».

37. De esta opinión, DE LA ROSA CORTINA, LL 2004-3, 1924; GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, *Leciones*, 3.ª, 2004, 340, afirmando que en estos supuestos «la consecuencia es la misma que en el caso de intento de quebrantamiento: expulsión y nuevo comienzo del cómputo del plazo de prohibición de entrada»; ARMENDÁRIZ LEÓN, en: MOLINA BLÁZQUEZ (coord.), *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, 2005, 135, para quien, en el caso de entrada efectiva a nuestro país, sólo queda una alternativa que es volver a expulsar. Y éste también es el criterio seguido por la Circular 2/2006, de 27 de julio, FGE, al considerar que tanto en los supuestos de tentativa de regresar como de regreso consumado se procederá a la devolución inmediata, no habiendo lugar ni al cumplimiento de las penas sustituidas, ni al cumplimiento de la pena pendiente, ni al quebrantamiento de condena; aunque añade que, cuando no se pueda materializar la segunda expulsión, entra en juego el último párrafo del art. 89.1 CP, con el consiguiente inicio o reinicio de la pena total o parcialmente sustituida.

1. En primer lugar, igual que ocurría con la expulsión contenida en el art. 89 CP, también aquí la expulsión ha dejado de tener carácter potestativo, instituyéndose como consecuencia necesaria cuando se cumplen las condiciones establecidas. Se permite, igualmente, al Juez o Tribunal, que, excepcionalmente y de forma motivada, decida el cumplimiento de la medida en España. Además, puede sustituirse cualquier medida y no sólo las privativas de libertad, como expresaba la regulación anterior.
2. En segundo lugar y al igual que ocurría con la regulación precedente, se ha de dar previa audiencia del extranjero no residente legalmente en España. Ciertamente parece, por tanto, que ello no supone una novedad, pero resulta contradictorio con el hecho de que la expulsión sea automática pues, siendo así, no se entiende qué sentido o función posee el trámite de audiencia al reo. Sólo tendría sentido el que se oyese al reo si lo que en el acto de audiencia dijese pudiera repercutir en su no expulsión, es decir porque se aplicase la excepción contenida en el art. 108 CP, pero entonces no se entiende por qué no se prevé la audiencia del reo en el supuesto de sustitución de penas privativas de libertad por la expulsión, en la que también se establece la posibilidad excepcional de no expulsión. De todas formas, no hay que olvidar que en esa excepción se está haciendo referencia a la naturaleza del delito, lo que hace que no tenga mucho sentido oír al reo.
3. En tercer lugar, se ordena el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tenga por objeto la autorización para residir o trabajar en España, lo que no se preveía anteriormente.
4. En cuarto lugar, se establece que el extranjero no puede regresar a España en el plazo de diez años contados desde la fecha de su expulsión; por lo tanto, se produce una ampliación considerable del periodo de expulsión, que en la regulación anterior no podía exceder de diez años, es decir que tenía que ser menor o igual a diez años; mientras que en la redacción vigente será de diez años. Nada se dice en el supuesto de las medidas de seguridad respecto a la prescripción, puesto que, como sabemos, el periodo máximo de prescripción de éstas es de diez años, es decir, que —a diferencia de la prescripción de las penas— no va a superar ese periodo decenal de prohibición de entrada.
5. En quinto lugar, cuando el extranjero intente quebrantar la decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada será devuelto por la autoridad

gubernativa a su país, empezando a computarse el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

6. En sexto lugar, se prevé que en el caso de imposibilidad de ejecución de la expulsión se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad. Entendemos que la expulsión no podrá llevarse a cabo en los mismos supuestos que hemos señalado respecto del art. 89 CP.
7. En séptimo y último lugar, se hace referencia al intento de quebrantamiento de la decisión judicial de expulsión. En este caso se ordena a la autoridad gubernativa que proceda a la devolución a su país de la persona que ha intentado quebrantar la medida de expulsión. En el supuesto de que el sujeto efectivamente haya incumplido nada dice el art. 108 CP, al igual que ocurre con el art. 89 CP. Nos encontramos, por tanto, ante los mismos problemas explicados anteriormente.

Hasta aquí las novedades. Sin ánimo de extendernos mucho, pues aún nos quedan dos grandes bloques temáticos que tratar, sí nos gustaría poner de manifiesto nuestra posición en torno a la expulsión. La gran mayoría de la doctrina española ha criticado la institución de la expulsión⁽³⁸⁾, considerando que se trata de una medida que se fundamenta en objetivos absolutamente defensistas, que va precedida de la voluntad de perder de vista al condenado, y que atenta contra el principio de igualdad. Además de estas críticas generales, se han realizado objeciones a aspectos puntuales de la regulación⁽³⁹⁾. Lo que sí parece claro es que la población reclusa disminuye con una institución como la expulsión, pero ello es, en nuestra opinión, a costa de violar principios básicos. Parece que no siempre se respetan los fines de prevención general y especial de la pena. En nuestra opinión, nos encontramos ante una institución que siempre es discriminatoria; a veces se discrimina a los

38. V. referencias en DURÁN SECO, *RDPCr* 15, 2005, 323 ss.

39. Se ha señalado que no se cumplen los fines de la prevención general ni de la prevención especial. Por lo que a la reinserción se refiere, un sector señala que la expulsión del extranjero cierra las posibilidades de su reinserción, si bien otro sector afirma que lo que cierra cualquier posibilidad de reinserción es el cumplimiento de la pena por el sujeto en España. También se ha criticado el incumplimiento de los principios de igualdad y de proporcionalidad. En esta misma línea de crítica últimamente se viene debatiendo si la expulsión es o no una manifestación del Derecho penal del enemigo [así lo ha analizado CANCIO MELIÁ, «La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)», en: *LH-R. Mourullo*, 2005, 206 ss.; tb. CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ, en: S. BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ (coords.), *Derecho Penal*, 2005, 400 ss., tanto respecto de la expulsión como de la regulación de los delitos relacionados con la actividad migratoria].

españoles y extranjeros con residencia legal, y otras veces a los extranjeros no residentes legalmente. En algunos casos, la sustitución supone un mal para el sujeto, en muchas ocasiones peor que el cumplimiento de la pena, pero en otros supuestos lo cierto es que supone una exoneración de penas de hasta seis años de privación de libertad. Consideramos que se infringe el principio de igualdad al tratar supuestos idénticos, desde el punto de vista de la comisión del hecho delictivo, con consecuencias jurídicas diferentes dependiendo de que el sujeto resida o no legalmente en España. Obviamente hay una diferencia entre esos dos sujetos, consistente en la residencia legal o no en España; así que la cuestión es si esa circunstancia es de por sí suficiente para ese trato desigual. Creemos que no ⁽⁴⁰⁾. La idea sería que el sujeto cumpliera la pena bien en España bien en su país de origen, sin embargo ello no siempre sucede ⁽⁴¹⁾.

40. Al menos no con la regulación vigente, pues las diferencias en muchos casos son importantes. Así, un sujeto que es condenado a una pena de prisión de cinco años y once meses, si es nacional o extranjero con residencia legal, deberá ingresar en prisión. Por el contrario, si el sujeto es un extranjero ilegal, será expulsado (salvo que se aplique la excepción atendiendo a la naturaleza del delito) sin necesidad de ingresar en prisión ni cumplir pena. Ello no debe ser, en nuestra opinión, una consecuencia de ser residente legal o ilegal.

41. Para que los sujetos cumplan la pena en su país de origen hay que tener en cuenta los convenios relativos al traslado de personas condenadas a pena de prisión y medidas privativas de libertad. Ha de hacerse referencia al Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, ratificado por Instrumento de 18 de febrero de 1985 (BOE 138/1985, de 10 de junio de 1985). Según este Convenio, para que los extranjeros puedan cumplir la pena en su país de origen deben cumplirse unos requisitos entre los que se encuentra que sea el condenado el que solicite el traslado. Así ante un ciudadano miembro de uno de los Estados que haya ratificado el Convenio sobre el Traslado de personas podrán ocurrir dos cosas: por una parte, que el sujeto solicite cumplir la condena en su país de origen, en cuyo caso entrará en juego el Convenio debiendo cumplir la pena en su país de origen; o que no lo solicite, en cuyo caso será expulsado y no cumplirá pena alguna. Entendemos que ante esas dos opciones, lógicamente, el extranjero optará por la segunda (en este mismo sentido, entre otros, GARCÍA ESPAÑA, *Inmigración*, 2001, 477). Además de este Convenio España también tiene firmados Convenios bilaterales con otros países. Lo que caracteriza a estos Convenios vuelve a ser nuevamente que el condenado consienta en su traslado. Estos Convenios tendrían sentido si no existiese la expulsión como substitutivo de la pena y de las medidas de seguridad. Pues en esos supuestos los sujetos deberían cumplir la pena o la medida de seguridad impuesta, en principio, en un Centro español. Pero podría ocurrir que alguno de los penados prefiriese cumplirla en su propio país, por diversos motivos, porque su familia está ahí, porque sabe que después será expulsado administrativamente, por el conocimiento del idioma etc. Sin embargo, creemos que en la actualidad estos convenios no serán de aplicación por la razón ya dicha. Eso sí, si se trata de condenados que residan legalmente en el país y a los que por esa razón, a saber: no cumplir el requisito subjetivo de tratarse de un residente ilegal en nuestro país, no puedan ser expulsados, podrán optar por la aplicación de los Convenios aludidos. Lo que sin duda resulta cuando menos chocante. Es decir, ante la comisión de un mismo hecho, si el sujeto es extranjero sin residencia legal será expulsado (al menos, en principio, debería ser así pues, como estamos viendo, en la práctica y a pesar de la dicción del art. 89 CP, no siempre se opta por la expulsión) y, si es un extranjero con residencia legal en nuestro país y desea irse al suyo, no irá a casa sino a la prisión.

Por lo que se refiere a la expulsión como sustitutiva de la medida de seguridad, no hemos de olvidar a qué sujetos se les imponen medidas de seguridad. Se trata de sujetos que han cometido un delito y sobre los que se ha realizado un pronóstico de peligrosidad, por lo que entendemos que hubiese sido mejor intentar buscar un sistema de traslado de esos sujetos a centros similares de su país, o que permaneciesen en España aplicándoseles las medidas pertinentes. Se expulsa a un sujeto peligroso a otro país en el que puede no haber una intervención y seguimiento adecuado a cada caso. De modo que en el supuesto de las medidas de seguridad no nos parece conveniente que se sustituyan por la expulsión. Por ello creemos que el art. 108 CP debería desaparecer.

En nuestra opinión, la regulación vigente de la expulsión es, en muchos casos, excesivamente dura. Nos parece criticable el que se establezca como regla general y que no se tengan en cuenta las circunstancias personales del delincuente. El plazo de prohibición de entrada es amplísimo, pues, como hemos visto, es siempre y como mínimo de diez años (incluso puede llegar a ser de quince años). El que nos encontremos ante un plazo fijo hace que la medida no vaya a resultar proporcional. La proporcionalidad es necesaria para un adecuado funcionamiento de la prevención general, de modo que, si falla, se corre el riesgo de que se vean frustradas las funciones de prevención general ⁽⁴²⁾. Rechazamos el que diferentes delitos, graves y menos graves, e incluso las faltas si se aceptara una acepción amplia del término «delito» (aunque no en la interpretación estricta por la que nos decantamos), lleven aparejada en muchos casos (siempre que la pena de prisión sea inferior a cinco años) ⁽⁴³⁾, como regla general, la misma respuesta penal.

En lo relativo al cómputo de nuevo del plazo de prohibición de entrada en el supuesto de que el extranjero incumpla la decisión judicial de expulsión, creemos que se debería haber aprovechado la ocasión para establecer el abono o descuento del tiempo durante el cual el condenado se mantuvo fuera de España.

42. Sobre la prevención general cfr., por todos, LUZÓN PEÑA, *Curso DP*, PG I, 1996, 85 s.

43. Recuérdese lo dicho para la sustitución de penas privativas de libertad superior a cinco años pero inferior a seis años al tratar de la duración del periodo de prohibición de entrada. Y, naturalmente, la consecuencia es distinta en penas de seis años en adelante, pues en ellas ha de cumplirse una parte antes de la expulsión.

Miguel Díaz y García Conlledo, Isabel Durán Seco, Inés Olaizola Nogales, Leticia Jericó Ojer

Por lo que a la jurisprudencia se refiere, no hay un criterio uniforme, lo que complica aún más las cuestiones relativas a la expulsión. Nos encontramos ante una jurisprudencia dispar, que da lugar a una gran inseguridad jurídica. Así, ante un mismo supuesto, no se sabe si se oír o no al reo, si se entenderá que hay que expulsarle o si se optará por el cumplimiento en un centro penitenciario en España (a menos que nos encontremos ante los supuestos del apartado 4 del art. 89 CP); tampoco se sabe con certeza qué decisión se adoptará para no expulsar atendiendo a la naturaleza del delito (incluso también puede verse en la jurisprudencia que delitos de la misma naturaleza a veces fundamentan la expulsión y otras veces el cumplimiento de la pena en España); lo que sí se sabe es que la STS de 8 de julio de 2004, a la que nos hemos referido, ha marcado un antes y un después en la expulsión de los extranjeros que delinquen y no son residentes legales, pues son muchas las sentencias de Tribunales inferiores que siguen la línea jurisprudencial señalada ⁽⁴⁴⁾.

En nuestra opinión el art. 89 CP está necesitado de una reforma ⁽⁴⁵⁾.

44. Así, por ej., citan la sentencia del TS de 8 de julio de 2004: SAP Barcelona de 9 de agosto (JUR 2004\283057), en la que no se dio audiencia al penado y se deja sin efecto la sustitución de la pena por la expulsión sin perjuicio de que se inicie un nuevo procedimiento; SAP Lleida de 29 de octubre de 2004 (JUR 2005\16872), que considera que no procede la expulsión atendiendo a las circunstancias personales del sujeto, quien manifestó en la audiencia su preferencia por cumplir la pena en España y que es padre de un niño de corta edad con una persona que reside en el territorio nacional; además añade que aun sin tener en cuenta las circunstancias personales y atendiendo sólo a las legales hay que señalar que tiene otra causa pendiente por la que se le pide una pena de más de 6 años, lo que conlleva la imposibilidad de la expulsión por esta causa si la otra prospera; SAP Vizcaya de 14 de enero (JUR 2005\77792), anulando la expulsión como sustitutiva de una pena de prisión de 8 meses por un delito de malos tratos en el ámbito familiar al considerar que «se ha producido de forma automática, inmotivada, inaudita parte y sin efectuar el correspondiente juicio de proporcionalidad»; SAP Castellón de 22 de febrero (JUR 2005\87444), destacando que según el art. 89 CP no es exigible el trámite de audiencia pero que esa exigencia viene dictada por la existencia de derechos relevantes según establece la STS de 8 de julio de 2004 (aunque finalmente en este supuesto el sujeto no es expulsado porque acredita estar en posesión del correspondiente permiso de residencia).

45. Reforma que parecía inminente pero que, de momento, no ha llegado. El 14 de marzo de 2004 el PSOE ganó las elecciones generales y poco después formó gobierno. Ello hizo pensar que quizá se produjesen cambios legislativos. Concretamente en el tema que ahora nos ocupa y dado que la LO 11/2003, de 29 de septiembre, fue aprobada sin el apoyo del Partido Socialista, se alzaron voces en el sentido de que con gran seguridad se producirían cambios. Así, se publicó que el Gobierno socialista derogará el artículo 89 CP (*El País*, 22 de abril de 2004, p. 20). Sin embargo, aún no se ha producido cambio legislativo alguno, lo que a nuestro juicio es desacertado. De momento la jurisprudencia ha puesto un parche al art. 89 CP al interpretarlo en «lectura constitucional» teniendo en cuenta la STS 8-7-2004. No obstante, como hemos dicho al comienzo, bastante después de concluido este trabajo, el Gobierno ha presentado un Anteproyecto de (importante) modificación parcial del CP en Consejo de Ministros celebrado el 14 de julio de 2006 y que afecta a la institución de la expulsión. A continuación vamos a aludir brevemente a este Anteproyecto.

APÉNDICE

BREVE REFERENCIA AL ANTEPROYECTO DE LO POR LA QUE
SE MODIFICA LA LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CP
(Y, EN CONCRETO, LA INSTITUCIÓN DE LA EXPULSIÓN). VALORACIÓN

Como hemos señalado ya, en el momento de escribir estas páginas, en Consejo de Ministros de 14 de julio de 2006 se ha presentado un Anteproyecto de modificación parcial del CP vigente. Este Anteproyecto modifica, por lo que a nosotros nos interesa, los arts. 89, 108 y 94 CP. Resulta, pues, imprescindible aludir a dicha modificación máxime cuando, como también hemos visto, nos decantamos por un cambio legislativo del régimen de la expulsión que hemos estudiado. Así comprobaremos si con la posible futura modificación se resuelven o no los problemas que hemos ido planteando a lo largo de las páginas anteriores. Se podría haber optado por tratar los diferentes aspectos de la institución con sus correspondientes modificaciones al tratar cada una de las cuestiones. Sin embargo, hemos preferido analizar de modo conjunto el contenido de los arts. 89, 108 y 94 tal y como quedarían tras la modificación que contempla el Anteproyecto mencionado. Las razones son varias. En primer lugar, por la premura del tiempo. Cuando este trabajo estaba ya prácticamente concluido nos hemos visto sorprendidos por el tan anunciado Anteproyecto de cambio legislativo. Un análisis profundo de los nuevos preceptos requería un esfuerzo mayor que el que en estos momentos podemos hacer. En segundo lugar, porque se trata de un Anteproyecto de Ley, lo que significa que se encuentra en una fase legislativa de momento temprana y que es posible que ésta no sea la redacción definitiva de los preceptos. Nos queda a nosotros, por tanto, alertar al legislador y contribuir, en la medida de lo posible, a una mejor configuración de los preceptos.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto alude a la fuente de conflictos generada, en la experiencia penal, por la expulsión de los extranjeros. Critica la Exposición de Motivos, correctamente en nuestra opinión, el que la medida se configure con un fuerte automatismo, puesto que ello daría lugar a que no puedan imaginarse anticipadamente sus efectos. Ello porque, reconoce con buen criterio la Exposición de Motivos, se abre la posibilidad tanto de que la medida resulte excesivamente aflictiva en comparación con la pena que puedan sufrir otros sujetos con similar responsabilidad, como de que ocurra justo lo contrario, es decir, que provoque un efecto criminógeno al resul-

tar de nulo poder preventivo y ser un beneficioso modo de escapar del castigo. Todo ello además de la desigualdad que se produce en supuestos similares. De este modo, se busca con la reforma que la medida de expulsión sea preventiva y disuasoria. Para que ello sea posible debe permitirse a los Tribunales que valoren la oportunidad de acordarla. Además, el Anteproyecto adopta las prevenciones necesarias para evitar que en la medida de expulsión interfieran expedientes administrativos ajenos al suceso penal y refuerza las medidas a acordar en caso de que el expulsado no respete la prohibición de regreso.

Transcribimos a continuación los mencionados preceptos:

El art. 89 CP quedaría redactado del siguiente modo: «1. *Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas en la sentencia o en auto motivado posterior, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del penado, por su expulsión del territorio nacional.*// 2. *El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.*// 3. *La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir en España.*// 4. *Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.*// 5. *Los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado, podrán acordar en sentencia o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena.*// 6. *Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernati-*

va. En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente.// 7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313, 318 bis, 517 y 518».

El art. 108 CP quedaría redactado del siguiente modo: «1. Si el sujeto fuere extranjero no residente legalmente en España el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél y del Ministerio Fiscal, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables.// 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 medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.// 2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión.// 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».

Pues bien, a continuación mencionaremos, *grosso modo*, cuáles son las cuestiones que nos resultan criticables en esta posible nueva redacción, y cuáles son los aspectos que nos parecen acertados en la propuesta de reforma. Por último nos referimos también, puesto que afecta a la materia que estamos analizando, a la nueva redacción dada al art. 94 CP en el Anteproyecto.

Haremos una breve enumeración de las novedades. En primer lugar, por lo que al art. 89 CP se refiere, hay que destacar las siguientes: a) La expulsión deja de tener carácter obligatorio para pasar a ser potestativa, al sustituirse la expresión «serán» por la de «podrán ser». b) Las penas pueden ser sustituidas no sólo en sentencia, como en la actualidad, sino también en auto motivado posterior. c) Se prevé la previa audiencia del penado y del Ministerio Fiscal, mientras que en la actualidad, como hemos visto, sólo la del Ministerio Fiscal y sólo para el caso en que se considere que excepcionalmente, dada la naturaleza del delito, procede el cumplimiento de la pena en España.

d) El plazo de prohibición de entrada deja de ser siempre de diez años y pasa a ser de tres a diez años y para fijarlo se atenderá a la duración de la pena sustituida y a las circunstancias del penado. e) La expulsión lleva consigo únicamente el archivo de cualquier procedimiento que tenga por objeto la autorización para residir en España y no como en la actualidad el archivo de cualquier procedimiento no sólo para residir sino también para trabajar en España. f) Se distingue entre que el sujeto regrese antes de tiempo, en cuyo caso deberá cumplir las penas que le fueron sustituidas, y que el sujeto sea sorprendido en la frontera, en cuyo caso será devuelto por orden gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad, mientras que, como sabemos, con la redacción actual sólo se alude al supuesto de intento de quebrantamiento de la orden de expulsión, en cuyo caso el sujeto es devuelto por la autoridad gubernativa empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad. g) La expulsión se puede aplicar a cualquier pena privativa de libertad. Si es inferior a seis años, en sentencia o auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal y el penado. Conforme al Anteproyecto, se puede acordar la expulsión (para toda pena privativa de libertad), en sentencia o durante la ejecución, de los sujetos no residentes legalmente en España y que debieran cumplir o estuvieran cumpliendo condena, cuando hayan accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, de modo que ante un extranjero sin residencia legal sujeto a una pena de prisión inferior a seis años los Jueces y los Tribunales pueden, a instancia del Ministerio Fiscal, modificar el criterio inicialmente adoptado de exigir el cumplimiento penitenciario; para las penas iguales o superiores a seis años, la posible sustitución por expulsión podrá producirse sólo una vez alcanzado el tercer grado o cumplidas las tres cuartas partes de la condena, a instancia del Ministerio fiscal y previa audiencia del penado. h) Se señala que, cuando al acordarse la expulsión el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, que ingrese en un centro de internamiento de extranjeros en los mismos términos, límites y garantías previstas en la Ley para la expulsión gubernativa, mientras que en la regulación actual no se contiene esta previsión⁽⁴⁶⁾. i) Por lo que se refiere a los supuestos en los que

46. Respecto de esta previsión ha puesto de manifiesto el CGPJ en el Proyecto de Informe al Anteproyecto de reforma del CP que es preferible la ejecución provisional de la pena que prevé para estos supuestos la DA

no procede acordar la expulsión se añade el art. 313 CP ⁽⁴⁷⁾ y desaparece el art. 515.6.º CP.

En segundo lugar, también se prevé la modificación del art. 108 CP. Tan sólo se modifica el núm. 1 del mencionado artículo. Las novedades son las siguientes: a) La expulsión pasará a ser, al igual que ocurre con la contenida en el art. 89 CP, facultativa pues se sustituye la expresión «se acordará en sentencia» por la de «podrá acordar». b) Se prevé la audiencia no sólo, como en la redacción actual, del penado, sino también del Ministerio Fiscal. c) La expulsión sólo se acordará como sustitutiva de las medidas privativas de libertad y no como en la regulación vigente, en la que también se puede acordar como sustitutiva de las medidas de seguridad no privativas de libertad.

No podemos pronunciarnos sobre cada una de las novedades. Lo haremos sólo sobre las que consideramos más relevantes. Comenzando por el art. 89 CP y las cuestiones dignas de alabanza, hay que señalar que lo es el que la institución de la expulsión deje de imponerse de un modo automático y pase a ser potestativa ⁽⁴⁸⁾; el que se le dé audiencia al penado ⁽⁴⁹⁾; el que no se imponga un plazo fijo de prohibición de entrada sino que se haya fijado un marco que el Juez o Tribunal deberá determinar, atendiendo no sólo a la duración de la pena, sino también a las circunstancias personales del penado; y, por fin, el que se haya incluido el art. 313 CP dentro de la comisión de los delitos que hacen imposible la expulsión.

Criticable nos resulta el que el legislador no haya aprovechado para sustituir la expresión «extranjero no residente legalmente en España» por la de «extran-

17.ª de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ, que dispone, en su párrafo segundo, que la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. Así, continúa señalando el CGPJ, el contenido de la mencionada DA podría ser incorporado al texto del art. 89 CP.

47. Del que, por cierto, ya la Circular 2/2006 FGE ha señalado que los Sres. Fiscales deben valorar muy especialmente la conveniencia de informar de modo desfavorable la expulsión sustitutiva de la pena, y añade: «En tanto este delito sanciona otro supuesto de inmigración clandestina, concurre la misma ratio que justifica el singular tratamiento de los art. 312 y 318 bis)».

48. Sobre ello ha señalado el CGPJ en el Proyecto de Informe al Anteproyecto de reforma de CP que «el retorno al régimen facultativo de sustitución no va a redundar en una transformación radical de la praxis que ya se viene inclinando por la realización de un juicio de ponderación en cada caso».

49. Inclusión que es, según señala el Proyecto de Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma de CP, necesaria, añadiendo que también debería serlo la audiencia del perjudicado por el delito puesto que la «efectividad de la expulsión podría frustrar sus expectativas de cobro de la indemnización, por lo que su punto de vista también debe ser objeto de valoración por el Juez o Tribunal».

jero en situación irregular», puesto que entendemos que es mucho más clara, dadas las dudas que en torno a esa expresión se ha planteado la doctrina⁽⁵⁰⁾; ni tampoco para establecer un módulo de conversión del periodo de prohibición de entrada respecto de la pena de los sujetos que son sorprendidos en la frontera o regresan a España⁽⁵¹⁾. Tampoco se comprende el motivo por el que el legislador ha suprimido la referencia a que la expulsión lleve consigo el archivo de cualquier procedimiento que tenga por objeto la autorización para trabajar en España. Creemos que ha sido un olvido, puesto que además no concuerda con el contenido del art. 108 CP, en el que se sigue previendo el archivo de cualquier procedimiento sea éste para residir o para trabajar en España. Por lo que se refiere a la previsión del núm. 5 del art. 89 CP y aunque su análisis requeriría un estudio mucho más detallado, nos atrevemos a afirmar que no nos resulta adecuada. La razón es básicamente que está mezclando supuestos, pues incluye tanto aquellos en los que el sujeto ha sido condenado a prisión igual o superior a seis años como aquellos en los que el sujeto fue condenado a una pena menor pero en los que por determinadas razones se decidió el ingreso en prisión y no expulsar al sujeto. Sin embargo, sorprendentemente puede ocurrir, con esta nueva previsión, que, una vez que el sujeto esté cumpliendo condena inferior a seis años (por no haberse decretado la expulsión en un principio), el Ministerio Fiscal inste, con la previa audiencia del penado, la expulsión del sujeto. No está claro cuáles pueden ser los motivos para que, en los citados supuestos, en los que, pudiendo hacerlo, no se ha expulsado al sujeto en un principio, se decida posteriormente su expulsión una vez que ha cumplido las tres cuartas partes de la condena o ha accedido al tercer grado de tratamiento penitenciario. Entendemos que las únicas razones deberían ser alteraciones en la situación personal y familiar del sujeto⁽⁵²⁾, pero entonces el que debería instar la expulsión debería ser el penado y no el Ministerio Fiscal.

50. Sobre ello DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, 2007 (en prensa).

51. De la misma opinión el CGPJ en el Proyecto de Informe al Anteproyecto de reforma de CP, poniendo de manifiesto que debería haberse establecido un periodo de compensación o de descuento de la pena a cumplir en función del tiempo que el extranjero haya permanecido fuera del territorio español.

52. Y ésta es también la opinión del CGPJ en el Proyecto de Informe al Anteproyecto de reforma de CP, añadiendo además que «la posición sistemática que ocupa este apartado —en el número cinco— no es la más correcta, ya que puede suscitar problemas de interpretación en cuanto a la aplicabilidad al mismo de las reglas contenidas en los anteriores, por lo que resultaría recomendable que se incorporase como párrafo añadido al apartado primero del precepto, tal como hace el texto actual, despejando toda duda al respecto».

Por lo que a la expulsión de los extranjeros sujetos a medida de seguridad se refiere, nos resulta acertado el que haya dejado de ser obligatoria para el Juez o Tribunal⁽⁵³⁾; el que se prevea, además de la audiencia del sujeto, la del Ministerio Fiscal, y el que se fije únicamente como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad⁽⁵⁴⁾. Ahora bien, no se entiende que los números 2 y 3 del art. 108 CP queden sin modificar. Así, por lo que al núm. 2 se refiere, resulta que el periodo de prohibición de entrada continúa siendo en todo caso de diez años. Creemos que ha debido ser un olvido del Anteproyecto puesto que, en coherencia con el art. 89 CP, se debería también prever un periodo de prohibición de entrada de entre tres y diez años. En segundo lugar, tampoco se llega a comprender el que no se haya modificado el núm. 3 del art. 108 CP, relativo al supuesto en el que el sujeto intenta quebrantar la prohibición de entrada, pues, nuevamente en coherencia con el art. 89 CP, debería haberse previsto qué hacer no sólo cuando el sujeto intenta quebrantar la prohibición de entrada, sino también cuando la ha quebrantado efectivamente.

Para finalizar, conviene hacer mención a la reforma del art. 94 CP⁽⁵⁵⁾. Efectivamente, la Exposición de Motivos del Proyecto considera oportuno *«superar el angosto marco de una circunstancia agravante para establecer un régimen de progresivas consecuencias de la reincidencia y de la habitualidad criminal, yendo más allá de la exasperación de la pena, y añadiendo otras consecuencias»*. Pues bien, como resultado de esa posible modificación, el art. 94 CP quedaría redactado del siguiente modo: *«1. A los reos reincidentes y habituales no se les podrá dejar en suspenso la ejecución de la penas privativas de libertad en los casos previstos en el artículo 80.1 de este Código, salvo en los supuestos a que se refieren el apartado 4 del mismo artículo y el*

53. Lo que merece para el CGPJ, según se pone de manifiesto en el Proyecto de Informe al Anteproyecto de reforma del CP, iguales consideraciones a las señaladas respecto de esa misma previsión en el art. 89 CP, es decir, que *«el retorno al régimen facultativo de sustitución no va a redundar en una transformación radical de la praxis que ya se viene inclinando por la realización de un juicio de ponderación en cada caso»*.

54. Sobre ello ha puesto de relieve el CGPJ en el Proyecto de Informe al Anteproyecto de reforma del CP que la reducción a las medidas de seguridad privativas de libertad resulta igualmente consecuente, dado el evidente paralelismo que existe en la aplicación de sustitutivos entre penas y de medidas de seguridad.

55. En la actualidad el art. 94 CP reza así: *«A los efectos previstos en la sección 2.ª de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello. Para realizar este cómputo se consideran, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamentan la habitualidad»*.

apartado 1 del artículo 87.// 2. A los reos habituales no les podrán ser sustituidas las penas privativas de libertad en los casos previstos en el art. 88 de este Código.// 3. Tanto a los reos reincidentes como a los habituales, los Jueces o Tribunales, oídas las partes y mediante resolución motivada les impondrán alguna de las siguientes medidas:// 1.^a Que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no pueda efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.// 2.^a Que para la concesión de la libertad condicional se hayan extinguido las cuatro quintas partes de la condena impuesta.// 3.^a El sometimiento a programas de tratamiento terapéutico o educativo de hasta dos años.// 4.^a Cumplida la condena, decretar libertad vigilada por tiempo de hasta dos años.// 5.^a Cumplida la condena, decretar la medida de expulsión regulada en el artículo 89 de este Código.// 4. Cuando se hubiere acordado la imposición de las medidas señaladas en los números 1.º y 2.º del apartado anterior, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento.// 5. A los efectos previstos en este Código se consideran reos habituales los que al delinquir hayan sido ejecutoriamente condenados por tres o más delitos dolosos o el mismo número de delitos de homicidio o lesiones cometidos por imprudencia en un plazo no superior a cinco años, no debiendo ser tenidos en cuenta los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo. La habitualidad podrá ser apreciada aunque los delitos que la integren sean todos ellos objeto de enjuiciamiento en la misma sentencia».

Nos interesa la medida del apartado 3.5.^a, relativa a la imposición de la expulsión tras el cumplimiento de la pena a los reos habituales y reincidentes (decisión que ha de adoptarse por resolución motivada oídas las partes).

Así que una medida de posible imposición es la expulsión de los reos reincidentes y de los reos habituales una vez que hayan cumplido la condena. Consideramos que hubiera resultado más claro que el precepto mencionase a los extranjeros irregulares, pues una lectura literal parece que indica que la expulsión podrá ser la medida a imponer a los reos habituales y reincidentes una vez que hayan cumplido la condena sean éstos nacionales, extranjeros en situación regular o no. Obviamente, esta interpretación no se puede mantener, pues ha de entenderse que, si se decreta la medida de expulsión regulada en el art. 89 CP, será para los casos que se contienen en el art. 89 CP.

III. EL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS: ART. 318 BIS CP

El título XV bis del Libro segundo del CP, introducido por la LO 4/2000, de 11 de enero, contiene bajo la rúbrica de «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros» un único artículo, el 318 bis ⁽⁵⁶⁾, reformado por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguri-

56. En su redacción originaria el art. 318 bis CP rezaba así: «1. Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.// 2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima, serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.// 3. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los apartados anteriores, cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad.// 4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis meses a doce años incurrirán los que realicen los hechos prevaleciendo de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.// 5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades». Sobre el art. 318 bis véase, entre otros, RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, 2001; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Ley de Extranjería y Derecho Penal», LL 2001-2, 1736 ss.; BARBER BURUSCO, voz «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», EPB, 2002, 448 ss.; GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA, «Delitos contra los derechos de los extranjeros» (artículo 318 bis del Código penal), AP, 2002, 723 ss.; ORTUBAY FUENTES, «El impreciso concepto de "tráfico ilícito de personas" o la mentalidad de fortaleza sitiada», en: ECHANO BASALDÚA (coord.), EM-Lidón, 2002, 421 ss.; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, 2002; SERRANO-PIDECASAS, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, 2002, 309 ss.; «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en: *El extranjero en el Derecho penal sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Manuales de Formación Continuada, 5 (1999), CGPJ, 359 ss.; DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, 2003; LAURENZO COPELLO, «La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros», RDPCr 12, 2003, 63 ss.; DAUNIS RODRÍGUEZ, «Reflexiones en torno a los problemas de aplicación e interpretación del artículo 318 bis del Código penal», en: PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Serta in Memoriam Alexander Baratta*, 2004, 679 ss.; LÓPEZ CERVILLA, «Tráfico ilícito de personas. La reforma del art. 318 bis del Código penal (I)», BIMJ 2004, núm. 1977, 2004, 5 ss.; «Tráfico ilícito de personas. La reforma del artículo 318 bis del código penal (y II)», núm. 1978, 2004, 5 ss.; PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico ilícito de personas y derecho penal*, 2004, 151 ss., especialmente 240 ss.; CANCIO MELIÁ/MARAVER GÓMEZ, en: S. BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ (coords.), *Derecho penal*, 2005, 347 ss.; GUARDIOLA GARCÍA, «Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: Comentario a la reciente reforma del art. 318 bis del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)», RDPP 13, 2005, 13 ss.; LAURENZO COPELLO, JD 50, 2004, 32 ss.; MARTÍN PALLÍN (dir.), *Extranjeros y Derecho penal*, 2004; VILLACAMPA ESTIARTE, «El "nuevo" delito de tráfico de personas», LL 2004-1, 1877 ss.; PADILLA ALBA, «El delito de tráfico ilegal de personas tras su reforma por la LO 11/2003, de 29 de septiembre», LLP 14, 2005, 5 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros», LL 2005-3, 1616 ss.; OLAIZOLA NOGALES, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en: IGLESIAS CANLE (dir.), *Inmigración y Derecho*, Titant lo Blanch, 2006, 168 ss.

dad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros⁽⁵⁷⁾. Aunque el tráfico de personas no es un fenómeno nuevo, sí se presenta en los últimos tiempos con perfiles que lo son⁽⁵⁸⁾. El nuevo art. 318 bis CP señala: «1. *El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con destino a España, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.*// 2. *Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a diez años de prisión.*// 3. *Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior.*// 4. *En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaleciéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*// 5. *Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, que se dedicase a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.*// 6. *Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del*

57. Sobre las razones de la reforma, VILLACAMPA ESTIARTE, LL 2004-1, 1877 ss.; sobre la evolución legislativa CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ, en: S. BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ (coords.), *Derecho Penal*, 2005, 348 ss.

58. Efectivamente, como ya hemos señalado, en las últimas décadas los movimientos migratorios masivos entre países con diferente grado de desarrollo económico son una constante. Esta cuestión afecta a España de un modo especialmente relevante debido a su situación geográfica con respecto a África y a la conexión especialmente lingüística pero también cultural con América Latina. Un análisis criminológico sobre este tema puede verse en: RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, 2001, 22 ss.; DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, 2003, 61 ss.; PÉREZ CEPEDA, *Globalización*, 2004, 1 ss.

hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada».

Este precepto responde a la necesidad de sancionar conductas relativas a desplazamientos ilegales de personas, procedentes en general de países en los que sus condiciones de vida son difíciles, en ocasiones en los límites de la supervivencia por razones muy variadas, que caen en manos de delincuentes, integrados o no en organizaciones, que se aprovechan de su situación con el pretexto de facilitar su traslado a otros países donde las condiciones de vida son en general mejores ⁽⁵⁹⁾. Para estas conductas no resultaba suficiente la previsión contenida en el art. 313 CP, relativa a la inmigración clandestina de trabajadores ⁽⁶⁰⁾, pues no siempre en estos fenómenos se daba la condición de trabajador en los sujetos.

De este modo se protege ⁽⁶¹⁾ el interés del Estado en mantener los flujos migratorios controlados dentro de los límites que considere oportunos y, al menos en algunas modalidades típicas ⁽⁶²⁾, los derechos de las personas

59. Sobre el tráfico de personas y derechos humanos v. DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, 2003, 85 ss.

60. Sobre los problemas concursales del art. 318 bis CP con el art. 313.1 CP puede verse, entre otros, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, LL 2001-2, 1740; LAURENZO COPELLO, *RDPCr* 12, 2003, 85; PÉREZ CEPEDA, *Globalización*, 2004, 211 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, LL 2004-1, 1885; CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ, en: S. BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ (coords.), *Derecho Penal*, 2005, 363 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, 2007 (en prensa); OLAIZOLA NOGALES, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en: IGLESIAS CANLE (dir.), *Inmigración y Derecho Penal*, 2006, 211 s. Sobre el art. 313 CP puede verse, entre otros, DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, 2003, 288 ss.; PÉREZ CEPEDA, *Globalización*, 2004, 282 ss.

61. Sobre cuál es el bien jurídico protegido en el art. 318 bis CP, entre otros, RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, 2001, 45 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, LL 2001-2, 1737 s.; BARBER BURUSCO, *EPB*, 2002, 449 s.; LAURENZO COPELLO, *RDPCr* 12, 2003, 69 ss.; DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, 2003, 244 ss.; PÉREZ CEPEDA, *Globalización*, 2004, 157 ss.; CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ, en: S. BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ (coords.), *Derecho Penal*, 2005, 367 ss.; GUARDIOLA GARCÍA, *RDPP* 13, 2005, 16 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, LL 2005-3, 1620 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, 2007 (en prensa) y bibliografía allí citada, donde se analiza en detalle en primer lugar el bien jurídico protegido en el número 1 del art. 318 bis CP y posteriormente el de los distintos tipos agravados. En este trabajo se llegó a la conclusión que a continuación expresamos en el texto; OLAIZOLA NOGALES, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en: IGLESIAS CANLE (dir.), *Inmigración y Derecho*, 2006, pp. 173 ss. En concreto sobre cuál es el bien jurídico protegido en el art. 318 bis.2 tras la reforma puede verse MAQUEDA ABREU, «¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis, 2? Las sinrazones de una reforma», *RDPP* 11, 2004, 39 ss.

62. La cuestión del bien jurídico protegido en el precepto que nos ocupa es compleja y aquí no podemos entrar en detalles. Baste decir que parece prioritaria la protección del control de flujos migratorios. Ésta es tam-

Miguel Díaz y García Conlledo, Isabel Durán Seco, Inés Olaizola Nogales, Leticia Jericó Ojer

afectadas que pueden resultar dañados no sólo por el hecho mismo del desplazamiento ilegal o clandestino, sino también por la finalidad o la forma en que se lleva a cabo⁽⁶³⁾. Conviene destacar que este art. 318 bis, desde sus orígenes, no ha estado exento de críticas, pues un sector de la doctrina española considera que lo único que se está protegiendo aquí es el control de los flujos migratorios, y que éste no debería ser objeto de protección penal, ya que el Derecho penal no está para proteger la política migratoria, o porque supone elevar a la categoría de delito una mera infracción administrativa⁽⁶⁴⁾.

bién la posición que se mantiene en la Circular 2/2006, de 27 de julio, FGE cuando afirma que en el tipo básico, aunque coexisten varios bienes jurídicos, se protege el interés estatal por reforzar la efectividad de las prohibiciones de entrada establecidas en la legislación de extranjería y, en definitiva, el interés estatal en controlar los flujos migratorios.

63. Surge la interesante cuestión de quiénes pueden ser objeto del tráfico ilegal. En principio, de la denominación del Título XV bis y de las definiciones de los tratados internacionales, podría deducirse que las personas con las que se trafica son extranjeras. Así lo expresa la mayoría de la doctrina, por ej. RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, 2001, 72 ss., señalando que sujetos pasivos serán los que no reúnen los requisitos establecidos por la ley para su entrada o permanencia en España puesto que son los únicos que pueden ver afectados los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los ciudadanos extranjeros; SERRANO-PIEDRECASAS, *Inmigración*, 2002, 335; SÁNCHEZ LÁZARO, «El nuevo delito de tráfico ilegal de personas», en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, 2002, 289, afirmando que al no encontrarse los españoles en una situación desesperada de especial vulnerabilidad sólo se protege a los extranjeros; PÉREZ CEPEDA, *Globalización*, 2004, 193 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios*, 4.ª, 2005, 1675 s.; LL 2004-1, 1881; PADILLA ALBA, *LLP* 14, 2005, 10; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *LL* 2005-3, 1624, analizando el art. 318 bis.2 CP señala que el tipo penal del art. 188.2 CP no discriminaba en función de la nacionalidad de la víctima, por ello hoy cuando las conductas contenidas en el anterior 188.2 CP y en la actualidad en el art. 318 bis.2 CP recaigan sobre nacionales han quedado despenalizadas (al menos desde esta perspectiva) si tenemos en cuenta que sujeto pasivo del delito sólo pueden serlo los ciudadanos extranjeros. Sin embargo, algunos autores plantean la posibilidad de que se incluyan en el tipo el tráfico de españoles hacia terceros países, puesto que en el art. 318 bis no se menciona a los extranjeros, sino que habla de personas y se tipifica también el tráfico ilegal desde España hacia terceros países: así, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *LL* 2001-2, 1739; BARBER BURUSCO, *EPB*, 2002, 451; en opinión de DAUNIS RODRÍGUEZ, en: PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Serta in Memoriam Alexander Baratta*, 2004, 691, la denominación del título debería ser modificada, ya que el objeto de protección no son sólo los ciudadanos extranjeros sino todas las personas víctimas del tráfico ilegal; para MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 15.ª, 2004, 357, sujeto pasivo puede ser en los casos de tráfico ilegal desde España también un español siempre y cuando la conducta se realice con destino a un país fuera de la Unión Europea. En nuestra opinión, aunque la literalidad del precepto no excluye que los españoles puedan ser objeto del tráfico, la finalidad del mismo de luchar contra la inmigración ilegal hará que el caso nunca llegue a los tribunales. V. sobre todo lo anterior DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, 2007 (en prensa).

64. Así, por ej., en alguno de estos sentidos, RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, 2001, 56; NAVARRO CARDOSO, «Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», *RP* 10, 2002, 44; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, 2007 (en prensa). Otro sector considera que son los derechos de los ciudadanos extranjeros los que se protegen, así: SERRANO-PIEDRECASAS, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmi-*

El tipo básico del 318 bis CP sobrepasaba y sobrepasa los criterios ofrecidos por los Tratados Internacionales ⁽⁶⁵⁾. El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra mar y aire ⁽⁶⁶⁾ recomienda la tipificación como delito de estas conductas cuando se cometan «*con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico*». Pero lo más grave es que alguno de los tipos penales ha sido dotado de un claro menor desvalor de injusto que su correlativa infracción administrativa. Así, el art. 54.1 LO 4/2000 ⁽⁶⁷⁾, en su redacción dada por LO 14/2003, de 20 de noviembre ⁽⁶⁸⁾, exige que el autor del hecho pertenezca a una organización con ánimo de lucro. Sin embargo,

gración, 2002, 331 s., para quien el contenido del bien jurídico es el derecho que tiene todo inmigrante legal a alcanzar una plena integración social. Critican esta opinión, entre otros, RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, 2001, 57 s.; RODRÍGUEZ MONTANÉS, *LL* 2001-2, 1737 s.; GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA, *AP* 2002, 728. En opinión de SÁNCHEZ LÁZARO, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, 2002, 289, lo que se protege es el derecho de los extranjeros que se encuentran en una situación de vulnerabilidad excepcional, una situación desesperada. Recientemente ha señalado VILLACAMPA ESTIARTE, *LL* 2004-1, 1886, que la configuración del art. 318 bis CP no es mejor tras la reforma operada por LO 11/2003 y que, por lo tanto, «*debe seguir manteniéndose una interpretación restrictiva teleológicamente orientada, articulada sobre la base de la protección de la dignidad humana, que continúe exigiendo el aprovechamiento de una genérica situación de necesidad [...] quizá sea preferible a una conceptualización puramente formal del delito, que lo administrativice definitivamente cuando su marco punitivo se ha visto tan incrementado por la reforma*». Para GUARDIOLA GARCÍA, *RDPP* 13, 2005, 21, el objeto de tutela es la política migratoria del Estado Español «*en rigor, la de la Unión Europea, cuya política criminal migratoria se ha impuesto a través de la Decisión marco 2002/946/JAI*». Ninguna duda existe para PADILLA ALBA, *LLP* 14, 2005, 8, de que en el art. 318 bis CP se están protegiendo los derechos de los ciudadanos extranjeros, considerando que es mucho más acertada esta postura que la que sostiene que se está protegiendo el control estatal de los flujos migratorios, que la que sostiene que se protegen además de los derechos de los ciudadanos extranjeros, el control estatal de los flujos migratorios o la que sostiene que los derechos de los ciudadanos extranjeros constituyen bienes intermedios con función representativa del bien jurídico supra-individual institucionalizado, espiritualizado o de los intereses difusos del orden socioeconómico en sentido amplio.

65. En este sentido ORTUBAY FUENTES, *EM-Lidón*, 2002, 448 s. V. tb., sobre instrumentos internacionales en materia de tráfico de emigrantes y trata de personas, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *LL* 2005-3, 1617 ss. La Circular 2/2006, de 27 de julio, FGE reconoce que en esta materia se ha producido una expansión y un endurecimiento de la respuesta penal, por lo que conmina a los fiscales a atemperar su actuación asumiendo líneas exegéticas orientadas al respeto de las garantías y principios del Derecho penal.

66. Ministerio de Relaciones Exteriores. 25 de junio de 2004.

67. Art. 54.1 LO 4/2000: «*Son infracciones muy graves: [...] b) inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito*». V., entre otros, sobre la relación entre el art. 318 bis CP y la infracción administrativa contenida en el art. 54.1.b) de la LO 4/2000, de 11 de enero, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dir.), *Protección y expulsión penal de extranjeros en Derecho penal*, 2007 (en prensa); OLAIZOLA NOGALES, «*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*», en: IGLESÍAS CANLE (dir.), *Inmigración y Derecho*, 2006, 185 ss.

68. Lo mismo podría decirse de su redacción anterior.

el que el hecho se cometa por una organización con ánimo de lucro constituye, desde el punto de vista penal, agravación del art. 318 bis CP, y que, por tanto, no es necesaria para el tipo básico⁽⁶⁹⁾. Lo que significa que cada vez que se cometa la infracción administrativa se habrá producido la conducta contenida en el art. 318 bis.3 y 5 CP, y, a la inversa, cuando se realice el hecho recogido en el 318 bis.1 CP, no se cometerá la infracción administrativa. Por todo lo anterior, consideramos que quizá hubiera podido plantearse la supresión del tipo básico del 318 bis⁽⁷⁰⁾; pero lejos de ello, el precepto se mantiene y en un sentido más duro. Pasaremos a poner de manifiesto las reformas operadas en el 318 bis, que es el tema objeto de este trabajo.

Las reformas operadas en el art. 318 bis CP por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, han sido varias.

69. En sentido contrario SÁNCHEZ LÁZARO, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, 2002, 293, exigiendo ánimo de lucro en el tipo básico, limitando el término «tráfico» a quienes realicen esa actividad con fines económicos. Consideran, con razón, inadmisibles esta interpretación puesto que va más allá de la redacción del precepto DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, 2007 (en prensa); OLAIZOLA NOGALES, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en: IGLESIAS CANLE (dir.), *Inmigración y Derecho*, 2006, 190 ss. Acertadamente señala SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, LL 2005-3, 1623, 1625, que desde una perspectiva político-criminal sólo debería resultar punible aquel tráfico realizado con ánimo de lucro y que es excesivo castigar como delito contribuciones altruistas o por razones humanitarias. Para PADILLA ALBA, LLP 14, 2005, 17, «de lege ferenda» debería incluirse el ánimo de lucro en la descripción típica del apartado primero del art. 318 bis CP. Tb. considera que el ánimo de lucro debería incluirse en la descripción típica PÉREZ CEPEDA, *Globalización*, 2004, 295, quien realiza una propuesta «de lege ferenda». Y considera que el ánimo de lucro debe desaparecer del tipo cualificado SÁNCHEZ LÁZARO en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, 2002, 308, pues el mencionado autor, como ya se ha dicho, cree que el número 1 del 318 bis CP exige el ánimo de lucro, por lo que la inclusión de este elemento como cualificación parece dar a entender que la realización de la conducta descrita en el tipo básico con fines altruistas es punible, lo que considera inadmissible.

70. En este sentido DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, 2007 (en prensa). En este trabajo, al analizar el bien jurídico protegido en el tipo básico del art. 318 bis.1 CP, se puso de manifiesto el quebranto de principios básicos como el de lesividad, intervención mínima y «ultima ratio». Se llegó a la conclusión de que lo que realmente se trata de proteger es el interés estatal de controlar y ordenar los flujos migratorios, y que ello no justifica la utilización del Derecho penal (aunque también se puso de manifiesto que, al menos en algunas modalidades típicas, se protegen los derechos de las personas afectadas); que el tipo básico contiene un menor desvalor de injusto que la propia infracción administrativa, lo que supone una quiebra de principios penales básicos como el de lesividad o de «ultima ratio»; que el tipo penal permite castigar conductas de traslado de personas (realizadas por motivos humanitarios) que nada tienen que ver con la acepción que comúnmente se tiene del concepto de tráfico, asociado normalmente a lucro o beneficio, pero que el tipo básico no exige, puesto que se menciona como agravación expresa en el art. 318 bis.2 CP. Todo ello nos llevó a abogar por la supresión del tipo básico del art. 318 bis CP. Tb. acertadamente pone de manifiesto LAURENZO COPELLO, JD 50, 2004, 31, que en el art. 318 bis se penaliza cualquier conducta que implique ayudar a un extranjero a traspasar de modo irregular las fronteras del Estado, incluso los actos desinteresados y ajenos a cualquier organización delictiva, convirtiendo de ese modo al Derecho penal en un instrumento de contención de los flujos migratorios.

En general, la reforma ha supuesto una agravación importante de las penas que ha sido criticada desde un sector doctrinal al poder afectar en cierta manera al principio de proporcionalidad en algunos casos de los tipos agravados⁽⁷¹⁾. Otros autores han señalado que no es tanta la agravación de las penas, pues ha de tenerse en cuenta el número 6 del 318 bis CP, que otorga a los Tribunales la facultad de imponer la pena inferior en grado en cada caso teniendo en cuenta la gravedad del hecho, sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida⁽⁷²⁾. La pena del tipo básico se establece en prisión de cuatro a ocho años (desaparece, por tanto, la pena de multa y se incrementa considerablemente la de prisión, que antes tenía un marco de seis meses a tres años). Se incrementa también la pena en los distintos tipos agravados⁽⁷³⁾.

En la regulación anterior el tipo penal empleaba sólo la expresión tráfico ilegal, en tanto que la infracción administrativa utilizaba la de inmigración clandestina, en ambos casos de personas⁽⁷⁴⁾. El nuevo tipo penal recoge como

71. Así, por ej., respecto del tipo básico del art. 318 bis CP LAURENZO COPELLO, *JD* 50, 2004, 32. Respecto de los tipos agravados, por ej., SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *LL* 2005-3, 1624. En opinión de PÉREZ CEPEDA, *Globalización*, 2004, 280, el tráfico de personas se regula como un tipo abierto, lo que conlleva una amplitud incriminatoria injustificada, «*que genera una serie de dificultades interpretativas y es merecedora de críticas por afectar a las exigencias de los principios de legalidad y proporcionalidad*», por lo que la mencionada autora considera que, «*aunque se trata de tipos abiertos, no cualquier acto que teleológicamente esté dirigido a potenciar la inmigración de personas puede considerarse típico. Se trata de un delito de peligro hipotético, exigiendo que como mínimo dichos comportamientos sean idóneos para incidir en el tráfico, afectando la dignidad tanto individual como del colectivo del extranjero*».

72. Acertadamente señala VILLACAMPA ESTIARTE, *LL* 2004-1, 1884, que «*quizá la conciencia acerca del excesivo rigor penológico ha conducido a la previsión del nuevo número sexto del art. 318 bis CP*».

73. Estamos de acuerdo con VILLACAMPA ESTIARTE, *LL* 2004-1, 1884, cuando pone de manifiesto que, tras la reforma, continúa siendo discutible la inclusión indiferenciada de causas de agravación tan heterogéneas sin que el precepto permita diferenciar más allá del margen que otorga la individualización judicial de la pena, en función de la concurrencia de una sola o varias de estas circunstancias.

74. Sobre los conceptos de tráfico ilegal e inmigración clandestina puede verse, entre otros, GARCÍA ARÁN, Título XV bis. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Art. 318 bis, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dir.), *Comentarios*, 2004, 1330 s., donde se intenta diferenciar ambas situaciones tal y como ha pretendido la reforma. Así, y siguiendo a GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA, *AP* 29, 2002, 735, reservan el concepto de tráfico ilegal para los casos en que se produce un traslado de personas en el que los inmigrantes son trasladados por terceros que lo organizan, mientras que la inmigración clandestina viene a equivaler a ese mismo traslado promovido o favorecido por terceros, pero realizado de modo individual, siendo el propio inmigrante el que se traslada por medios dispuestos por él mismo. Sin embargo, a pesar de este intento de diferenciar ambos términos, lo cierto es que han venido considerándose sinónimos por la doctrina, caracterizándose ambos por el elemento transnacional. En este sentido, por ej., DAUNIS RODRÍGUEZ, en: PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Serta in Memoriam Alexander Baratta*, 2004, 694. V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, 2007 (en prensa); OLAIZOLA NOGA-

Miguel Díaz y García Conlledo, Isabel Durán Seco, Inés Olaizola Nogales, Leticia Jericó Ojer

conducta típica el promover, favorecer o facilitar, no sólo el tráfico ilegal, sino también la inmigración clandestina⁽⁷⁵⁾. De todas formas, ambos términos han venido considerándose sinónimos por la doctrina mayoritaria, caracterizándose ambos por el elemento transnacional.

El art. 318 bis CP establecía y establece una equiparación entre conductas de autoría y de participación, por lo que en definitiva quedan englobadas conductas muy diversas y de distinta gravedad⁽⁷⁶⁾. No puede exigirse el ánimo de lucro, puesto que dicho ánimo configura el tipo agravado del art. 318 bis.3 CP.

Se planteaba el problema, y continúa planteándose tras la reforma, de qué ocurre con el sujeto que, de modo desinteresado y por motivos altruistas, presta su ayuda a un inmigrante indocumentado a entrar en el país. Si el tipo básico exigiese el ánimo de lucro esta conducta quedaría excluida, pero no

LES, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en: IGLESIAS CANLE (dir.), *Inmigración y Derecho*, 2006, 187 ss., y bibliografía allí citada. Considera LAURENZO COPELLO, JD 50, 2004, 33, que antes de la reforma operada por LO 11/2003, de 29 de septiembre, era posible optar por un punto de vista restrictivo con una interpretación estricta del concepto de tráfico ilegal, pero tras la reforma y con la introducción de la más genérica conducta de «inmigración clandestina» resulta muy difícil sostener esa interpretación restrictiva, puesto que la «actual formulación legal alienta una interpretación amplia del tipo básico capaz de dar cabida prácticamente a todo comportamiento de promoción o favorecimiento de la entrada o tránsito irregulares de extranjeros por territorio español».

75. Cfr., sobre la conducta típica, la exposición de RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, 2001, 61 ss.; PÉREZ CEPEDA, *Globalización*, 2004, 196 ss.; CANCIO MELIÁ/MARVER GÓMEZ, en: S. BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ (coords.), *Derecho Penal*, 2005, 352 ss.

76. Así lo ha puesto de manifiesto la mayoría de la doctrina: RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, 2001, 85; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, LL 2001-2, 1738; BARBER BURUSCO, EPB, 2002, 450; SERRANO-PIEDRACASAS, en LAURENZO COPELLO (coord.), 2002, 336; DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, 2003, 254; LAURENZO COPELLO, RDPCr 12, 2003, 78 s.; VILLACAMPA ESTIARTE, LL 2004-1, 1883; PADILLA ALBA, LLP 14, 2005, 10; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, 2007 (en prensa); OLAIZOLA NOGALES, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en: IGLESIAS CANLE (dir.), *Inmigración y Derecho*, 2006, 197 s. Tb. considera que estamos ante un concepto unitario de autor PÉREZ CEPEDA, *Globalización*, 2004, 209, 255 s., 281, aunque pone de manifiesto, siguiendo la exposición de MAQUEDA ABREU, *El tráfico sexual de personas*, 2001, 70 ss., que, teniendo en cuenta la jurisprudencia más reciente en materia de tráfico de drogas, «se estima que es posible imputar este delito a título de complicidad para "aquellos casos en que hay un principal responsable dueño de la acción delictiva y, además, hay otra persona cuyo comportamiento, referido a actividades de contenido muy secundario, aparece claramente subordinado a esa otra acción principal ... (y) que sólo actúa como "favorecedor del favorecedor" en un evidente plano subalterno...", por lo que a título de cómplice o cooperador no necesario sólo se consideraría aplicable a ciertas conductas que "benefician a aquel que es verdadero traficante, ... que no favorecen directamente al tráfico aunque favorecen al favorecedor"». En sentido contrario a la doctrina mayoritaria en este punto se ha manifestado SERRANO-PIEDRACASAS, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, 2002, 335 s., entendiendo que en el 318 bis CP se abre la posibilidad de diferenciar los aportes como autor de los que se hacen en calidad de partícipe.

es así. De modo que, pese a algunos intentos de la doctrina de excluir estos supuestos considerando que debe interpretarse de modo restrictivo el tipo ⁽⁷⁷⁾ (no es punible la ayuda esporádica ⁽⁷⁸⁾, exigencia de habitualidad, o de más de una persona ⁽⁷⁹⁾, etc.) ⁽⁸⁰⁾, lo cierto es que la conducta quedaría incluida en el tipo ⁽⁸¹⁾. Quizá pudiese aplicarse la rebaja del número 6 del 318 bis CP a esta clase de supuestos ⁽⁸²⁾. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la pena del nuevo art. 318 bis es de cuatro a ocho años de prisión y, aunque el Juez rebaje en grado la pena (rebaja, además, potestativa), quedará una pena de dos a cuatro años menos un día de prisión, esto es, más pena que la que se imponía con el anterior art. 318 bis sin ninguna rebaja, que era de prisión de seis meses a tres años ⁽⁸³⁾.

77. Incluso algunos consideran que se trata de una conducta atípica. Así GUARDIOLA GARCÍA, *RDPP* 13, 2005, 22, señalando: «La descripción típica deja un asidero para excluir estas conductas, por cuanto se refiere exclusivamente a tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas “desde, en tránsito o con destino a España...” no parece que encuentre encuadre típico la conducta referida a la situación del extranjero “en España”, en tanto no se proyecte hacia un tercer país ni se conecte con la procedencia del país extranjero...». Tb. afirma que la conducta es atípica PADILLA ALBA, *LLP* 14, 2005, 12, señalando que falta la lesión al bien jurídico.

78. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Breve comentario a algunos problemas que inciden en la problemática de la protección antidiscriminada del extranjero como trabajador*, Manual de Formación Continuada, CGPJ, 5, 1999, 356.

79. BARBER BURUSCO, *EPB*, 2002, 450, reconociendo la autora que con ello lo que se pretende es restringir o acotar la amplia descripción típica, pero que a estas interpretaciones se pueden oponer fácilmente objeciones y contraargumentaciones.

80. Otros autores consideran que estas propuestas, aunque loables por sus intentos de restringir el tipo, chocan con el principio de certeza jurídica y que la solución pasa por redactar el precepto de modo que la ayuda humanitaria quede expresamente excluida del ámbito típico. En este sentido ORTUBAY FUENTES, *EM-Lidón*, 2002, 451; le sigue OLAIZOLA NOGALES, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en: IGLESIAS CANLE (dir.), *Inmigración y Derecho*, 2006, 191 ss., considerando, además, que la intención del legislador ha sido precisamente incluir esas conductas; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *LL* 2005-3, 1625.

81. En opinión de GARCÍA ARÁN en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dir.), *Comentarios al Código penal*, PE I, 2004, 1327 s., si en el número 1 del art. 318 bis CP se incluyera cualquier ayuda al traspaso ilegal de personas, incluso comportamientos solidarios, se le estaría aplicando como protector de control de fronteras y la política migratoria, lo que debe ser descartado. Por ello afirman: «La interpretación restrictiva, en clave de protección de los derechos humanos que, además, impone la rúbrica, obliga a exigir la puesta en peligro de los mismos, aunque ello suponga, en la práctica, una reducidísima aplicación del tipo básico a aquellos supuestos en que, sin ánimo de lucro ni especiales propósitos, medios violentos o abusivos, etc., se genere una situación de especial vulnerabilidad para el posterior ejercicio de derechos por parte del inmigrante».

82. En este sentido, por ej., SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *LL* 2005-3, 1625.

83. En algún supuesto cabrá apreciar, si es que concurre, error de prohibición con la consiguiente rebaja de pena. Es decir, puede ocurrir que el sujeto crea que la conducta de ayudar a otro a cruzar ilegalmente la frontera no es delictiva. Las opiniones doctrinales en cuanto a qué efectos tiene este tipo de error (error sobre la prohibición penal, frecuentemente llamado con terminología confusa error sobre la punibilidad) se dividen. Para unos es irrelevante si el sujeto sabe que su acción contraviene una prohibición legal; para otros sí que será relevante el que el sujeto no conozca que su comportamiento está prohibido penalmente y apreciarán un

Centrándonos en el número 2 del actual 318 bis CP, como ya hemos señalado, constituye una novedad introducida por la LO 11/2003⁽⁸⁴⁾. Nos referimos a la introducción del número 2 del 318 bis, proveniente del anterior art. 188 CP, artículo que también se ha visto modificado y no sólo para extraer el número 2 y llevarlo al 318 bis, sino que, además, el legislador aprovechó la ocasión para modificar subrepticamente el número 1 del art. 188 CP⁽⁸⁵⁾. Enseguida aludiremos con más detalle al 318 bis.2 CP⁽⁸⁶⁾. En dicho número se establece: «*Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fue-
ra la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a diez años de prisión*». A su vez esta LO suprime, alegando «razones técnicas», el anterior art. 188.2 CP⁽⁸⁷⁾, que establecía: «*Será castigado con las mismas penas (prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses) el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima*»⁽⁸⁸⁾.

error de prohibición vencible. Por fin otro sector, con el que estamos de acuerdo, considera que en estos casos la posibilidad de determinación normal sí que es o puede ser menor al no conocer la gravedad de la prohibición y la conminación penal. Así LUZÓN PEÑA, *Curso DP PG I*, 1996, 463; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «El error de prohibición: pasado, presente y futuro», en: *LH-Torio*, 356 s.; si bien los efectos que a ese error le dan ambos autores no son totalmente coincidentes: así LUZÓN PEÑA considera que cabe apreciar disminución de la culpabilidad y por tanto atenuante análoga que incluso se podrá apreciar como muy cualificada, mientras que para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO no se deberá acudir siempre necesariamente a la atenuante análoga y desde luego no siempre como muy cualificada, convirtiendo de esta forma la atenuación en facultativa. Sobre todo lo anterior puede verse DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, 2007 (en prensa); OLAIZOLA NOGALES, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en: IGLESIAS CANLE (dir.), *Inmigración y Derecho*, 2006, 193 s.

84. V., MAQUEDA ABREU, *RDPP* 11, 2004, 39 ss.

85. V. sobre la reforma del art. 188 CP producida por LO 11/2003 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Delitos contra la libertad sexual: ¿libertad sexual o moral sexual?», en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Nuevas tendencias en política criminal*, 2006 (en prensa).

86. Seguimos a continuación la exposición de OLAIZOLA NOGALES, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en: IGLESIAS CANLE (dir.), *Inmigración y Derecho*, 2006, 200 ss.

87. El art. 188.2 CP fue introducido por LO 11/1999, de 30 de abril, destinada a reformar los delitos sexuales. En este artículo se incriminaba el tráfico sexual de personas. Sobre este precepto v., entre otros, MAQUEDA ABREU, *El tráfico sexual de personas*, 2001; «Una nueva forma de esclavitud: el tráfico sexual de personas», en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, 2002, 255; ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001; DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, 2003, 319 ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, «El delito de tráfico de personas para su explotación sexual», en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, 2002, 237 ss.

88. En opinión de LAURENZO COPELLO, *JD* 50, 2004, 35, nada ha de objetarse a la decisión político-criminal de extraer la trata sexual del ámbito de los delitos relativos a la prostitución para incorporarla a un supues-

Esta modificación no supone únicamente un cambio de ubicación en el CP del tráfico de personas con fines de explotación sexual, sino que implica unas modificaciones importantes que se deben reseñar.

En primer lugar, la conducta recogida en el nuevo art. 318 bis.2 CP consiste en promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas con el propósito de explotarlas sexualmente. A diferencia del anterior art. 188.2 CP, el nuevo precepto no exige ahora que el culpable emplee violencia, intimidación o engaño ni que abuse de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Si se da alguna de estas circunstancias la pena se impondrá en su mitad superior, conforme al art. 318 bis.3 CP.

En segundo lugar, el incremento de pena respecto del primer párrafo se fundamenta en el propósito del culpable de explotar sexualmente a la víctima⁽⁸⁹⁾. La explotación sexual se ha entendido siempre por la doctrina como prostitución⁽⁹⁰⁾. Por prostitución se entiende cualquier trato sexual mediante precio⁽⁹¹⁾. Parece lógico entender así la expresión «explotación sexual»⁽⁹²⁾. Incluso, conforme al Diccionario de la Real Academia Española, explotar significa «sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio» o bien «utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera». Desde esta interpretación, la doctrina coincidía al entender que el bien jurí-

to específico de tráfico de personas, puesto que la justificación autónoma de estas conductas es el severo atentado a la integridad moral implícito en toda instrumentalización de seres humanos con fines espurios; el problema, considera la mencionada autora, está en que se ha configurado «un tipo sumamente amplio de trata sexual que se deja por el camino cuantos elementos permitirían reconocer la implicación de la integridad moral en esta clase de hechos, tales como el uso de medios violentos, abusivos o engañosos en la recluta y transporte de las inmigrantes destinadas a la explotación sexual»; por ello señala que para neutralizar el riesgo los tribunales deberían valorar de modo muy estricto la exigencia del «propósito de explotación sexual».

89. Considera, entre otros, la pena excesiva MUÑOZ CONDE, DP PE, 15.ª, 2004, 358, puesto que no se requiere que la explotación sexual haya tenido lugar.

90. Cfr., por todos, MAQUEDA ABREU, *El tráfico sexual de personas*, 2001, 45 ss.

91. Cfr., por todos, ORTS BERENGUER/SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, 241; GARCÍA PÉREZ, en: Díez RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coord.), *Comentarios al CP*, PE II, 2004, 485 ss.

92. Para GUARDIOLA GARCÍA, RDPP 13, 2005, 24, «sólo cuando el propósito del autor sea aprovechar abusivamente la actividad sexual de la víctima la conducta será típica; el mero hecho de que la «víctima» se dedique al comercio carnal no bastará para integrar esta modalidad».

Miguel Díaz y García Conlledo, Isabel Durán Seco, Inés Olaizola Nogales, Leticia Jericó Ojer

dico protegido en el anterior art. 188.2 CP era la libertad sexual⁽⁹³⁾, lo que suponía un adelantamiento de las barreras de protección y la configuración de dicho precepto como un delito de peligro de la libre determinación sexual. Además, la mayoría de los autores consideraba esta conducta como una tentativa, elevada a la categoría de delito autónomo, de la conducta principal recogida en el art. 188.1 CP, consistente en determinar a otra persona a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella contra su voluntad⁽⁹⁴⁾. Sin embargo, la situación cambia con la LO 11/2003. Ahora el tráfico de personas con el fin de explotarlas sexualmente se desvincula del art. 188 CP para incluirse en el art. 318 bis CP. Si se sigue interpretando que la explotación sexual implica prostitución se producirán graves incoherencias sistemáticas⁽⁹⁵⁾. Así, si se analiza el actual art. 188 CP, se observa que castiga con pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella. Se castiga con la misma pena al que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de ésta⁽⁹⁶⁾. Se impondrá, por tanto, menor pena al sujeto que determina efectivamente a otra persona a ejercer la prostitución, incluso aunque para ello utilice violencia, engaño o intimidación (prisión de dos a cuatro años), que al que trafique ilegalmente con personas con el fin de explotarlas sexualmente, aunque para ello no utilice ningún medio coercitivo, y aunque no llegue a cumplir dicho propósito, porque el tipo no exige para su consumación que realmente se llegue a producir dicha explotación

93. Cfr., por todos, MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo CP*, 2.ª, 2001, 920; ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, 227.

94. MAQUEDA ABREU, *El tráfico sexual de personas*, 2001, 43; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo CP*, 2.ª, 2001, 921; ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, 241; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, 31. En sentido contrario, HERNÁNDEZ PLASENCIA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, 2002, 239.

95. En este sentido se ha expresado OLAIZOLA NOGALES, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en: IGLESIAS CANLE (dir.), *Inmigración y Derecho*, 2006, 200 ss.

96. V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Nuevas tendencias en política criminal*, 2006, (en prensa), decantándose por una interpretación restrictiva del precepto.

sexual (prisión de cinco a diez años) ⁽⁹⁷⁾, si bien la solución sería distinta si acudiéramos a un concurso de delitos entre los tipificados en los arts. 188 y 318 bis.2 CP, lo que no nos parece absolutamente descartable, aunque no decidiremos aquí la cuestión.

Por último, el anterior art. 188.2 CP no requería que la frontera se cruzara ilegalmente. Esto tenía su lógica, porque servía para recoger los supuestos más frecuentes en los que los culpables proporcionan a las víctimas el billete para el viaje, el pasaporte y el visado, y también les dan el dinero necesario para acreditar la solvencia que se requiere. Una vez traspasada la aduana, las víctimas se ven privadas de todo ello, incluida la documentación, quedando en una situación de absoluta dependencia. Esta dinámica comisiva se observa en el relato fáctico de multitud de sentencias. En el actual art. 318 bis.2 CP se exige que la conducta consista en tráfico ilegal o inmigración clandestina, por lo que debe cuestionarse si quedarán fuera estos supuestos, que, por otra parte, como ya se ha dicho, son los más habituales. Esto, desde un punto de vista material, es absurdo e implica confundir la trata de seres humanos con el tráfico ilícito ⁽⁹⁸⁾. En la trata de seres humanos debe ser irre-

97. Para GUARDIOLA GARCÍA, *RDPP* 13, 2005, 24 s., n. 64, la explotación sexual no se ciñe necesariamente a la prostitución: ciertos matrimonios o pseudomatrimonios, o la pornografía, podrían integrar el tipo.

98. Por lo que se refiere a la distinción entre el tráfico ilegal de inmigrantes y la trata de personas v., entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, *LL* 2004-1, 1882, señalando que por trata de seres humanos se entiende «un comportamiento atentatorio contra la dignidad de la persona, lo que explica que el consentimiento del sujeto pasivo no tenga efectividad o que no sea determinante tanto el traslado físico de personas cuanto un abanico de comportamientos más amplio, comprensivo de captación, el transporte, el traslado, la acogida, la recepción, el intercambio o el traspaso de control sobre ellas concurriendo determinados medios comisivos que las denigran siempre que las conductas se realicen con una finalidad de explotación», y por inmigración clandestina «una conducta que no atenta tanto contra la individualidad de las personas objeto de la misma, cuanto contra el cumplimiento de las normas administrativas acerca de la entrada y la permanencia de extranjeros en países de destino, puesto que el comportamiento consiste fundamentalmente en favorecer la entrada o tránsito de un ilegal en un Estado miembro de la Unión, así como favorecer la permanencia de éste siempre que concurra el ánimo de lucro»; CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ, en: S. BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ (coords.), *Derecho Penal*, 2005, 352 ss., señalando: «Los conceptos de “tráfico ilegal de migrantes” y “trata de personas” se corresponden, por tanto, con las dos posibles interpretaciones que cabe hacer del tráfico ilegal de personas: una basada en la entrada o residencia ilegal y otra en la cosificación de la persona que es objeto del tránsito», añadiendo que si bien en el plano teórico podrían llegar a diferenciarse claramente ambos conceptos, todo hace pensar que en la práctica nuestro legislador ha optado por equiparar ambos conceptos; así concluyen los mencionados autores en que lo único que tendría un carácter independiente frente al tráfico ilegal, la inmigración ilegal, la inmigración clandestina o el contrabando de inmigrantes, sería la trata de personas, y esa conducta no aparece tipificada en nuestro CP; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *LL* 2005-3, 1616, donde pone de manifiesto que el tráfico ilícito de emigrantes se entiende como la facilitación de la entrada, tránsito o permanencia ilegal de personas en un país, que a juicio de Naciones Unidas y la mayor parte de la

levante el que la entrada en el país se produzca de forma regular o irregular. En estos casos se ponen en peligro bienes jurídicos fundamentales como la libertad o la libertad sexual, que deben ser protegidos de todas maneras por los Tribunales, entendiendo que, aunque las víctimas entren con la documentación requerida y por los puestos habilitados al efecto, ésta no es la auténtica finalidad de las personas que cruzan la frontera, por lo que al tratarse de una inmigración fraudulenta, ésta puede considerarse clandestina⁽⁹⁹⁾. De todas formas, aunque esta interpretación pueda resultar más correcta desde un punto de vista material, al permitir que se sancionen penalmente estos supuestos, el nuevo art. 318 bis.2 CP, con la exigencia de que la conducta consista en tráfico ilícito o inmigración clandestina, impide, desde nuestro punto de vista, que se pueda apreciar el tipo penal cuando la frontera se cruza legalmente⁽¹⁰⁰⁾.

También se ha producido una novedad en el art. 318 bis.3 CP, párrafo nuevo que equipara a efectos de pena varias circunstancias que en el anterior precepto tenían distinta respuesta penal. Así, en el anterior art. 318 bis.2 CP se establecía una pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al que realizara las conductas descritas en el párrafo primero

doctrina sólo debe ser punible cuando es llevado a cabo con ánimo de lucro, es decir, cuando se trata de obtener un beneficio económico. Y, de otro lado, la trata de personas se entiende en líneas generales como el tráfico dirigido a la explotación sexual o de otro tipo de las personas utilizando medios como la coacción, la amenaza o el abuso de situación de necesidad, o bien cuando recae sobre menores de 18 años aun sin utilizar los medios anteriores. Al término «*trata de personas o de seres humanos*» se hace referencia en los instrumentos europeos destinados a luchar contra el tráfico de personas. Así, conforme al art. 1.1 de la Decisión Marco 2002/629/JAI, implica la realización de actos (captación, transporte, traslado, acogida, recepción, intercambio o traspaso de control de personas) con —excepto si se trata de menores, en cuyo caso no hace falta— determinados medios comisivos (coacción, fuerza o amenaza, rapto, engaño o fraude, abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, concesión o recibo de pagos o beneficios económicos) y que atenten contra la dignidad del ser humano al estar dirigidos a su explotación. La inmigración clandestina, de acuerdo con el art. 1.1 de la Directiva 2002/90/CE, se refiere a la entrada, tránsito o permanencia de un extranjero en el territorio de un Estado miembro vulnerando su legislación sobre entrada, tránsito o estancia de extranjeros. Según el art. 3 del Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire (Ministerio de Relaciones Exteriores. 25 de junio de 2004), que sirve de complemento a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el tráfico de inmigrantes se entiende como la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro tipo de beneficio material.

99. Éste es el sentido que apoya la Circular 2/2006, de 27 de julio, FGE cuando indica que la inmigración clandestina debe abarcar también los casos en los que se entra en nuestro país como turista con la finalidad de quedarse en él definitivamente.

100. En este sentido DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, 2007 (en prensa); OLAIZOLA NOGALES, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en: IGLESIAS CANLE (dir.), *Inmigración y Derecho*, 2006, 203 ss.

con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima. Y en el número 3 se imponían las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los apartados anteriores cuando en la comisión de los hechos se hubiera puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima fuera menor de edad. El legislador equipara ahora, sin dar ninguna clase de explicación, circunstancias agravatorias que desde nuestro punto de vista tienen distinta relevancia, puesto que no parecen poseer la misma gravedad aquellas conductas que se realizan con ánimo de lucro que las que ponen en peligro la vida de las personas. El último supuesto se fundamenta en la especial vulnerabilidad y necesidad de protección jurídica de los menores e incapaces. Se cubre así una laguna denunciada por la doctrina, pues el anterior art. 318 bis.3 CP no recogía a los incapaces ⁽¹⁰¹⁾.

El número 4 del art. 318 bis agrava la pena cuando los hechos anteriores se realicen prevaleciendo el culpable de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Se impondrá, además de las penas establecidas en los párrafos anteriores, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años. En este supuesto el cambio ha consistido en la agravación de la pena privativa de libertad.

Se agrava también la pena en el supuesto del número 5, cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades de tráfico; y se impone la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena ⁽¹⁰²⁾. Además, otra novedad de este número 5 es

101. Se mostraba crítico con esta laguna, por ej., SERRANO-PIEDRACASAS en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, 2002, 341.

102. No nos vamos a ocupar en este momento de la relación entre el art. 318 bis.5 y el art. 515.6.º del CP, en el que se consideraban asociaciones ilícitas las que promuevan el tráfico ilegal de personas. La LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del CP, suprimió el apartado 6.º, que había sido introducido por LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Considera digna de aplauso la derogación del art. 515.6.º CP GUARDIOLA GARCÍA, *RDPP* 13, 2005, 27, puesto que previendo una pena más benigna atendía a la misma «ratio legis» que la agravación a la que nos estamos refiriendo, aunque añade que la perturbadora pervivencia en los arts. 312 y 313 de delitos de tráfico de personas en el ámbito laboral puede cuestionar la conveniencia de derogar el 515.6.º CP ya que «éstos menos gravemente penados no atienden a la comisión organizada» y en estos casos se podría haber aplicado el 515.6.º CP, aunque, continúa añadiendo el mencionado autor, para ellos queda el recurso del 515.1.º CP (con el mismo resultado) dado que el tráfico ilegal de personas es delito. Concluye pues señalando que es acertada la derogación.

que se agrava la pena, dentro de los pertenecientes a la organización, a los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones⁽¹⁰³⁾. En este número 5 se introduce otra novedad, un tercer párrafo en el que se prevé la posibilidad de que en estos supuestos el Juez pueda decretar alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 CP⁽¹⁰⁴⁾. La pena en los supuestos de este número 5 puede llegar incluso a ser superior a la del asesinato. En nuestra opinión ello debe hacernos reflexionar sobre si se cumplen algunos principios básicos del Derecho penal, entre otros, el de proporcionalidad⁽¹⁰⁵⁾.

Por lo que se refiere al número 6, como ha quedado señalado, se permite al juzgador imponer la pena inferior en grado *«teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste»*⁽¹⁰⁶⁾.

La reforma podía haberse aprovechado para realizar algunas modificaciones en el precepto. Así, y dado que el tráfico ilegal de personas se caracteriza por el acuerdo de voluntades entre el traficante y el inmigrante⁽¹⁰⁷⁾ (ésta es la

103. Se deja abierta la posibilidad, señala LAURENZO COPELLO, *RDPCr* 12, 2003, 92 s., n. 74; *JD* 50, 2004, 35, de un segundo nivel de agravación que permite elevar la pena sin expresar ni el más mínimo criterio rector para su aplicación. Afirma que se permite elevar la pena nada menos que a dieciocho años. En realidad, la pena puede ser incluso superior y llegar a los veintidós años y seis meses, poniendo en relación las previsiones del núm. 5 con las del núm. 2 del precepto (efectivamente el máximo sería dieciocho años si la relación se establece con el núm. 1). Por ello consideramos que tiene razón la mencionada autora cuando afirma: «Se superan así los ya altísimos niveles de indeterminación alcanzados en otros ámbitos de la criminalidad organizada, como sucede con la hiperagravación prevista para el delito de tráfico de drogas cuando los hechos revistan “extrema gravedad”».

104. Considera adecuada esta posibilidad LAURENZO COPELLO, *RDPCr* 12, 2003, 92 s.; *JD* 50, 2004, 35, en los casos en los que en el delito se vea implicada una persona jurídica, «una medida que responde a las claras directrices europeas en el sentido de actuar con el máximo rigor contra la delincuencia organizada en este campo».

105. En este sentido DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, 2007 (en prensa); OLAIZOLA NOGALES, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en: IGLESIAS CANLE (dir.), *Inmigración y Derecho*, 2006, 209 s.

106. En sentido crítico, con razón, GUARDIOLA GARCÍA, *RDPP* 13, 2005, 29, pone de manifiesto que nos encontramos ante un amplísimo margen de discrecionalidad pues se puede llegar a imponer penas que oscilan desde los seis años y tres meses hasta veintidós años y seis meses. Lo considera un total acierto dado el carácter draconiano que, a efectos de penalidad, ha tenido la LO 11/2003, PADILLA ALBA, *LLP* 14, 2005, 23. Lo que debe guiar al tribunal para aplicar o no esta atenuación de pena es, en opinión de PÉREZ CEPEDA, *Globalización*, 2004, 279, «la conjugación de criterios como el número de víctimas, las formas o modos de llevar a cabo el desplazamiento, las etapas del viaje para llegar al lugar de destino, el precio por el mismo, etc.».

107. Así ORTUBAY FUENTES, *EM-Lidón*, 2002, 449.

diferencia con la trata de personas, donde la persona víctima de la trata es objeto de violencia, engaño, intimidación, etc., por lo que normalmente el acto del tráfico será un acto libremente aceptado por el inmigrante, sin que se vulnere su facultad de decisión), sorprendía que el art. 318 bis en su anterior número 2 agravase la pena del tráfico ilegal cuando éste se realizase empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima. Quizá el legislador podía haber aprovechado para eliminar de esa agravación la violencia y la intimidación.

IV. LA MUTILACIÓN GENITAL: EL ART. 149 CP Y EL ART. 23 LOPJ

La LO 11/2003 modificó también el art. 149 CP, que ha quedado redactado como sigue: *«El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.// 2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz»* ⁽¹⁰⁸⁾.

108. La redacción de este precepto se corresponde con la del anteproyecto. El proyecto tuvo una redacción distinta; así, señalaba su art. 149.2: *«El que causare a una mujer, cualquiera que fuere su edad, la ablación del clítoris u otra mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. Si la víctima fuere menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años, si el Juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz»*. Por lo tanto, se mencionaba que se tratase de una mujer, que era indiferente su edad y que la conducta debía consistir en la ablación del clítoris u otra mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones. Sobre la reforma, HUETE NOGUERAS, «La reforma de los delitos de lesiones, específica referencia a la tipicidad de la mutilación genital. La reforma de determinados ilícitos patrimoniales», *EJMF*, IV-2003, 571 ss. Sobre la tramitación parlamentaria del art. 149.2 CP, v. TORRES FERNÁNDEZ, «El nuevo delito de mutilación genital», *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, 2005, 949 ss. Hacen referencia a los primeros casos de mutilación genital femenina ROPERO

Miguel Díaz y García Conlledo, Isabel Durán Seco, Inés Olaizola Nogales, Leticia Jericó Ojer

La reforma ha consistido en la introducción de forma expresa de la mutilación genital⁽¹⁰⁹⁾. Las razones que se alegan para practicar en ciertos grupos humanos la mutilación (generalmente femenina)⁽¹¹⁰⁾ son múltiples: razones de carácter social (signo identificativo del sexo y de la incorporación de la niña a la

CARRASCO, «El Derecho penal ante la mutilación genital femenina», LL 2001-6, 1395 ss., aludiendo a las dos medidas que comenzaban a oírse para garantizar la persecución de las mutilaciones: la modificación del art. 149 CP y la del art. 23 LOPJ; HERRERA MORENO, «Multiculturalismo y tutela penal: A propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina», RDP 5, 2002, 49 ss.

109. El fenómeno migratorio supone un mayor pluralismo cultural, religioso e ideológico, lo que ha hecho que la mutilación genital femenina llegue a España. Ello evidencia que, desde el punto de vista penal, no puede quedar sin respuesta el conflicto entre la ley y los imperativos morales de carácter individual que son producto del propio acervo cultural y de la admisión por parte del sujeto de unos valores procedentes de la religión, la cultura y la tradición que se incorporan a la cultura más íntima. Estamos ante lo que desde el ámbito penal se denomina desobediencia al Derecho por motivos de conciencia y convicción. Sobre ello véase, entre otros, JERICÓ OJER, *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, 2006 (en prensa) y bibliografía allí citada. Recientemente, sobre mutilación genital, v. TORRES FERNÁNDEZ, *Homenaje a Cobo del Rosal*, 2005, 943 ss. Con anterioridad ROPERO CARRASCO, *La mutilación genital femenina: una lesión de los derechos fundamentales de las niñas basada en razones de discriminación sexual*, Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián, 4, 1999, 355 ss.; LL 2001-6, 1393 ss.

110. También existe la masculina, si bien la trascendencia de ésta como problema general en ciertas culturas es mucho menor, por diversas razones que no podemos detallar aquí. Ha de señalarse que existen diferentes tipos de mutilación genital femenina, como la circuncisión femenina, una circuncisión que es similar a la masculina y consiste en cortar la piel que recubre el extremo del clítoris, también llamada prepucio del clítoris. Otra mutilación mucho más grave es la ablación del clítoris, que consiste en la extirpación de este órgano —a veces también se amputa parte de los labios menores—, y por último está la infibulación, que es el caso más extremo y consiste en una ablación acompañada de costura vaginal (<<http://es.geocities.com/mandefender/tema07.htm>>). La mutilación genital masculina más frecuente es la circuncisión, que consiste en la extirpación quirúrgica del prepucio o piel que recubre el glande (<www.azulfuerte.org/tema07.html>). Sin embargo, el legislador de la reforma de la LOPJ hace, como veremos luego, únicamente referencia a la mutilación genital femenina. Sobre todo ello podemos señalar que, en principio, cuando se hace referencia a mutilación genital se tiende a pensar únicamente en la femenina y a su vez en la ablación de clítoris. Pero, como vemos, en el art. 149 CP se engloba tanto la mutilación genital femenina como la masculina y además en cualquiera de sus manifestaciones. Sin duda las conductas no van a ser de la misma gravedad aunque todas ellas quedan englobadas en el art. 149.2 CP. La gravedad se tendrá en cuenta a la hora de fijar el marco penal entre los seis y los doce años de privación de libertad. Además en muchos de los supuestos que se pueden dar en la práctica habrá de prestarse una atención especial a la culpabilidad. En este sentido, entre otros, TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al nuevo CP*, 4.ª, 2005, 805. En otros casos se deberá analizar si efectivamente nos encontramos ante una conducta que puede integrar la mutilación genital o no; es decir, es necesario un análisis detallado en torno a qué ha de interpretarse por «mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones» puesto que el término es amplio y conductas muy diferentes podrían entenderse comprendidas en el art. 149.2 CP. Quizá hubiera sido más adecuado diferenciar, dadas las diferentes modalidades de ablación que se pueden dar, según la gravedad de la conducta y del resultado que con la misma se produce. Por razones de espacio no podemos analizar en detalle la cuestión. Sobre las diferentes modalidades de mutilación genital femenina y la ablación, resumidamente, ROPERO CARRASCO, LL 2001-6, 1393; ADAM MUÑOZ, *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional privado*, 2003, 23 ss., especialmente 27; TORRES FERNÁNDEZ, *EH-Cobo*, 2005, 945 ss., quien también alude a la masculina (965).

vida social y de atribución de un papel determinado dentro del matrimonio), de control (la ablación se considera en la práctica signo de docilidad, obediencia y sometimiento, al considerar que la mutilación genital reduce el deseo sexual de la mujer, aumentando por el contrario el del hombre, minimizando las posibilidades de infidelidad), razones de carácter estético y de higiene (ello por la fealdad y semejanza de los órganos genitales femeninos a los masculinos y por la peligrosidad, basada en la prohibición que se cierna sobre la mujer no mutilada de manipular agua y alimentos y en la creencia de que el roce genital puede provocar la muerte del varón en contacto con su pene y del bebé en el alumbramiento), razones relacionadas con la función reproductiva asignada a la mujer (creyendo que las mujeres no mutiladas no pueden concebir o incluso que dicha práctica facilita la expulsión en el momento del parto), razones económicas (considerando que quien practica la intervención mantiene un cierto status), y por último razones de índole religiosa (aunque la mayoría de los estudiosos coinciden en afirmar la separación entre la práctica de la ablación y el mandato religioso, puesto que en el Corán no existe ninguna referencia explícita a la mutilación genital femenina).

La relevancia jurídico-penal de esta conducta es indiscutible, pues se considera que la práctica de mutilaciones genitales (normalmente femeninas) supone un atentado a la integridad física y mental, concretamente un delito de lesiones recogido en los artículos 147 ss. del CP ⁽¹¹¹⁾. Entre las consecuencias físicas destacan el dolor severo, el shock emocional, coito doloroso, retención de orina al haber sido en ocasiones dañada la uretra, complicaciones en el parto, ulceración de la región genital y lesiones en el tejido adyacente, acompañadas de hemorragias e infecciones que provocan esterilidad y que pueden llegar a causar la muerte y un elevado índice de mortalidad materno-fetal por la dificultad añadida que supone la ablación y la práctica de ésta sin emplear las medidas de higiene e instrumentos adecuados. Además de estas secuelas físicas, también se producen secuelas psicológicas como ansiedad, depresión, sentimiento de humillación, miedo, etc., y derivaciones en el ámbito de la sexualidad, como frigidez, reducción de la posibilidad de sentir placer y, en ocasiones, anorgasmia ⁽¹¹²⁾.

111. En este sentido, por ej., ROPERO CARRASCO, LL 2001-6, 1396, planteándose también la autora si el Derecho penal es el instrumento idóneo para erradicar la mutilación genital femenina y sosteniendo que sí (correctamente, defendía que esas prácticas ya se encontraban castigadas en el art. 149 CP).

112. En lo que respecta a la mutilación genital masculina, habría que distinguir según su alcance. Así, las consecuencias de, por ej., el cercenamiento del pene o del glande son obviamente muy graves, no siéndolo

Miguel Díaz y García Conlledo, Isabel Durán Seco, Inés Olaizola Nogales, Leticia Jericó Ojer

Pues bien, a la vista de las consecuencias que acabamos de ver que produce aquella no cabe duda de que, aun antes de la reforma, nos encontrábamos ante un delito de lesiones; pese a ello, la reforma operada por la LO 11/2003 parece haber dado respuesta a aquellas voces que reclamaban la tipificación expresa como delito de la mutilación genital femenina⁽¹¹³⁾. De este modo nuestro país viene a sumarse a otros de la Unión Europea, como Reino Unido o Suecia, en los cuales la mutilación genital pasa a ser considerada un delito autónomo.

En los supuestos de mutilación genital, además de la pena privativa de libertad, se puede imponer, si se trata de un menor o incapaz, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años si el juez lo estima conveniente para el interés del menor o incapaz⁽¹¹⁴⁾. De este modo se observa cómo

tanto las de otras conductas que, al menos en el lenguaje habitual, se incluyen con frecuencia en la mutilación genital, como la circuncisión o corte del prepucio (que, con todo, puede tener consecuencias negativas; al respecto v. <<http://es.geocities.com/mandefender/tema07.htm>>).

113. Bien por entender que estábamos ante una laguna de punibilidad (Sr. Michavila, Ministro de Justicia, presentación del Proyecto de Ley al debate a la totalidad en el Pleno del Congreso. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, Año 2003, VII Legislatura, 10 de abril de 2003, núm. 245, 12542 s.); o porque la tipificación expresa dotaba de mayor seguridad jurídica (ROPERO CARRASCO, LL 2001-6, 1398). Aunque, como estamos viendo, en el art. 149.2 CP no se tipifica únicamente la mutilación genital femenina sino que se hace referencia a la mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones. Sin embargo, en la LOPJ se establece que la jurisdicción española será competente para conocer de los delitos relativos a la mutilación genital femenina siempre que los responsables se encuentren en España.

114. La imposición de la pena es facultativa. Se observa que la duración de ésta es inferior en su marco penal al de la pena privativa de libertad a la cual se acumula. En opinión de TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al nuevo CP*, 4.ª, 2005, 805, esto resulta sorprendente en la medida en que se viene a invertir la lógica político-criminal propia de la combinación entre penas privativas de libertad y penas privativas de derechos. En opinión de POLAINO NAVARRETE, «Las reformas penales de 2003: paradigma de hipertrofia legislativa», *Crónica Jurídica Hispalense, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 2/2004, 320, la pena de inhabilitación resulta imperfecta por defecto y discriminatoria pues «no se alcanza a entender por qué se prevé sólo para este tipo de lesión, y no para todos los delitos contra la salud u otros bienes personales de la víctima en que, por ser implicada la relación familiar de los intervinientes en la comisión del delito, resulte indicada la imposición de la pena adicional de inhabilitación especial en el ámbito familiar». Frente a ello cabe decir que en delitos relacionados directamente con los menores se prevé la imposición de esta pena: así, se prevé como pena principal, además de en la mutilación genital, en la lesión no definida como delito o el maltrato de obra a determinados parientes (art. 153 CP); en el maltrato habitual (art. 173 CP); en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales cuando guarden una determinada relación con la víctima (art. 192.2 CP); en la entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción para establecer una finalidad análoga a la filiación (art. 221.1 CP); en la sustracción de menores (art. 225 bis); en el abandono de menores e incapaces por persona encargada de su guarda (arts. 226, 229, 230 y 233 CP); en la suposición de parto y la alteración de la paternidad, estado

el legislador está pensando en que quienes cometen con más frecuencia el delito son los padres o tutores del menor, tal y como además se reconoce en la propia Exposición de Motivos cuando se señala: *«En la mayoría de las ocasiones, son los padres o familiares directos de la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes, por lo cual la inhabilitación especial resulta absolutamente necesaria para combatir estas conductas y proteger a la niña»*⁽¹¹⁵⁾ *de futuras agresiones o vejaciones»*⁽¹¹⁶⁾.

Conviene señalar, en primer lugar, que la tipificación expresa de la mutilación genital no viene a colmar una laguna de punibilidad, sino que la práctica de este tipo de intervenciones podía incluirse, como hemos señalado, en el delito de lesiones previsto en el art. 149 CP, si se interpretaba que el clítoris o el pene (pero no el prepucio o la piel alrededor del clítoris) era un miembro principal, o si se consideraba que estábamos ante un miembro no principal, con lo que no estamos de acuerdo, se castigaría como una lesión del art. 147 en relación con el 150 CP. Nos referiremos a esta cuestión en breve.

o condición del menor sólo se prevé para la patria potestad (art. 220.4 CP) y en las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función sólo para la guarda, tutela o curatela (art. 440 CP). Entendemos que no es discriminatorio el que no se prevea para otro tipo de delitos contra la salud u otros bienes personales de la víctima. Cuando en esos supuestos resulte indicado bastará con aplicarla como pena accesoria. El que se prevea en unos delitos sí y en otros no no significa, en nuestra opinión, que sea discriminatorio pues precisamente lo que hace el legislador es preverlo en delitos en los que sí guarda una cierta relación, lo que no obsta para que se aplique en otros (como accesoria). Así, por ej., un padre que asesina a uno de sus hijos puede ser inhabilitado para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento para el resto de sus hijos, independientemente de que en el homicidio no se prevea esa pena como principal. De hecho también podría aplicarse en los delitos de mutilación genital como accesoria sin necesidad de haber previsto esa regulación. Así, por ej., LAURENZO COPELLO, *JD* 50, 2004, 31. En todo caso, en la mutilación genital tiene sentido la previsión de esta inhabilitación por la frecuencia con que los hechos (sobre todo de ablación del clítoris) se producen sobre menores y con intervención o consentimiento de los padres.

115. Resulta curioso el que en la Exposición de Motivos se haga referencia a niña cuando el texto tipifica cualquier tipo de mutilación genital. Es muy probable que ello se deba a que la mutilación genital con mayor trascendencia en ciertas culturas es la femenina.

116. Aunque el precepto plantea algún problema, creemos que la pena puede imponerse a los padres tanto si son autores como si son partícipes. La Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, se refiere a que *«En la mayoría de las ocasiones, son los padres o familiares directos de la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes, por lo cual la inhabilitación especial resulta absolutamente necesaria para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones»* (el subrayado es nuestro). Por su parte TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al nuevo CP*, 4.ª, 2005, 805, señala que, *«pese a la defectuosa redacción del precepto, debe concluirse que nos encontramos ante una cláusula de imposición de pena, la cual resulta tan sólo aplicable a los autores o partícipes respecto a los cuales el juez lo estime adecuado en atención al interés del menor o incapaz»*.

Miguel Díaz y García Conlledo, Isabel Durán Seco, Inés Olaizola Nogales, Leticia Jericó Ojer

Por ello no compartimos la idea de que la realización de esta conducta no estaba tipificada⁽¹¹⁷⁾. Respecto a ello resulta sumamente interesante el debate parlamentario de las enmiendas a la totalidad. El debate se centró en si esa conducta encontraba en aquel momento reflejo en el Código Penal o por el contrario era impune. Esa conducta era punible y no, como señaló en el debate el Partido Popular, con arrestos de fines de semana, sino con pena de prisión, que es la que llevaban aparejada los arts. 149 y 150 CP. La cuestión era qué ocurría cuando el delito no se cometía en España y se trataba de sujetos no nacionales. Ahí sí se podía hablar de impunidad, pero no porque esa conducta no encontrase reflejo en nuestro CP, sino porque no era aplicable nuestra Ley, puesto que, como sabemos, para la aplicación de la ley penal en el espacio rige en la inmensa mayoría de los países (y también en España) como regla general el principio de territorialidad, y las extensiones a la competencia de los tribunales españoles aplicando la ley española recogidas en la LOPJ no abarcaban este injusto hasta hace poco. A esta cuestión nos vamos a referir enseguida.

Conviene recordar las palabras del entonces Ministro de Justicia⁽¹¹⁸⁾ en la presentación del Proyecto haciendo referencia a la tipificación expresa de esta conducta: *«Es una práctica no sólo machista, humillante y aberrante, es una práctica absolutamente inhumana, que no encuentra reflejo en nuestro Código Penal, señorías, y así lo dice el Consejo General del Poder Judicial y así lo dice la reiterada jurisprudencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo»*⁽¹¹⁹⁾.

117. Ninguna duda existía para la doctrina española en que esa conducta quedaba perfectamente englobada dentro de las lesiones. Por lo que se refiere a si el clítoris es o no un miembro principal también puede señalarse que la doctrina mayoritaria afirma que es un órgano principal. Por ello se ha señalado que nos encontramos ante un precepto polémico y superfluo. En este sentido, por ej., CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DP PE*, 2004, 146; POLAINO NAVARRETE, *Crónica Jurídica Hispalense, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 2/2004, 320, considerando que la conducta básica de la mutilación genital es superflua puesto que era subsumible en el tipo general, reconociendo que lo que sí es novedoso es la introducción de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Otros lo consideran una manifestación del denominado Derecho penal del enemigo: así por ej., SANZ MORÁN, «Reflexiones de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal», *RDP* 11, 2004, 39; de la misma opinión LAURENZO COPELLO, *JD* 50, 2004, 31.

118. Sr. Michavila.

119. No hemos hallado ni una sola sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo en la que se diga que la ablación del clítoris no encuentra reflejo en el CP, aunque tampoco ninguna que diga lo contrario, lo que probablemente se debe a que no se ha planteado todavía ningún supuesto de ablación de clítoris ante el alto Tribunal.

En este momento, esa práctica aberrante e inhumana queda impune en nuestro Código penal [...] No tiene sentido que algo tan aberrante, tan humillante como la mutilación genital femenina no sea hoy perseguido por nuestro Estado de Derecho [...] Señorías, algo no funciona cuando algo tan aberrante como la mutilación genital femenina no está sancionada en nuestro Código Penal»⁽¹²⁰⁾.

Como puede desprenderse de lo que ya hemos señalado anteriormente, no compartimos las afirmaciones del Sr. Ministro de Justicia. La ablación del clítoris era antes de esta reforma perfectamente punible con arreglo al CP, siempre, claro está, que pudiésemos aplicarlo al supuesto concreto. Se trataba de un delito de lesiones.

Parece ser, pues, en nuestra opinión, que la razón de esta inclusión de modo expreso debe ser que quede claro que el clítoris es un órgano o miembro principal (puesto que nuestro CP distingue dentro de las lesiones el que se pueda producir la pérdida o inutilidad de un miembro u órgano principal o un miembro u órgano no principal, castigando lógicamente con mayor pena el primer supuesto). La distinción entre miembro u órgano principal y no principal es una cuestión normativa y valorativa. El sector doctrinal que se ha manifestado respecto a esta cuestión ha venido considerando que el clítoris es un miembro u órgano principal⁽¹²¹⁾, pero las opiniones no son unívocas; así, algunos autores han señalado que debemos partir de que para la distinción entre miembro principal y no principal no sólo se atiende a la gravedad de la limitación o disfuncionalidad, sino también a las circunstancias concurrentes en cada caso, pudiendo ocurrir que el clítoris, que para una mujer occidental puede indudablemente ser considerado como miembro u órgano principal, no merecerá, en ocasiones, tal categoría en sociedades en cuyo contexto cultural no haya alcanzado el goce de la sexualidad la importancia que hoy se le reconoce en la nuestra como manifestación del libre desarrollo de la sexualidad⁽¹²²⁾. Pero, aun en el caso de que no se conceptuara al clítoris y a los labios vaginales como órganos principales, consideramos que no debería dejar de aplicarse el art. 149, que castiga las lesiones con una pena superior, ya que

120. Lo resaltado es nuestro.

121. En este sentido, entre otros, ROPERO CARRASCO, LL 2001-6, 1398; HERRERA MORENO, RDP 5 2002, 65.

122. ARROYO DE LAS HERAS/MUÑOZ CUESTA, *Delito de lesiones*, 1993, 108.

será habitual que la práctica de estas intervenciones provoquen efectos psicológicos devastadores que bien podrían dar lugar a una grave enfermedad psíquica, tal y como señala el art. 149 CP, castigando la conducta con una pena de prisión de seis a doce años.

Ahora bien, dada la discusión, quizá la tipificación expresa sea preferible. Por lo tanto, por lo que respecta a la pena privativa de libertad, lo único que aporta el número 2 del art. 149 CP es la constatación de que los miembros afectados por la mutilación genital van a tener la consideración de órganos principales, lo que repetimos, en nuestra opinión, también podría sostenerse con la regulación anterior.

Sin embargo, con lo que no estamos de acuerdo es con que de este modo, es decir con la tipificación expresa, se estuviera dando una respuesta adecuada a los problemas que genera esta conducta, tal y como se puso de relieve en la Exposición de Motivos de la Ley cuando afirmaba: *«Por otro lado, la reforma se plantea desde el reconocimiento de que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta. Así, como novedad igualmente reseñable, se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas⁽¹²³⁾ es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales»*. Consideramos que con esta reforma no se dio una adecuada respuesta a la problemática en cuestión. Obviamente, como hemos señalado, la mutilación genital puede ser de diferentes tipos (también si es sobre la mujer) y por ello puede tener distinta gravedad. Entendemos que el art. 149.2 CP debe ser interpretado en sentido restrictivo, incluyendo dentro de la mutilación genital las conductas más graves. Y que otras conductas que pueden literalmente encontrar acomodo en ese concepto, sin embargo, no puedan considerarse parte de él⁽¹²⁴⁾.

123. Nuevamente se alude exclusivamente a la mutilación genital femenina.

124. La expresión *«mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones»* es demasiado amplia. Nos encontramos ante un tipo muy abierto que se presta a confusiones. En este sentido, por ej., SERRANO GÓMEZ, *DP PE*, 2004, 118. Ha destacado ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, 2004, 225, que *«la agravación consiste en que frecuentemente esta clase de lesiones no podrán encuadrarse en alguna de las modalidades del tipo del art. 149, sino en el del art. 150, en el 147 o, incluso, en la falta del art. 617. A la equiparación punitiva de las diferentes intensidades que pueden presentarse ha de responder la oscura expresión “en cualquiera de sus manifestaciones”,*

Mención especial merece también la previsión expresa de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años, siempre y cuando el Juez lo considere adecuado al interés del menor o incapaz, lo que implica que la imposición de esta pena es, por tanto, potestativa para el Juez. La inclusión de este aspecto nos parece correcta siempre que su aplicación no vaya a ser automática, sino que efectivamente, tal y como prevé el número dos del art. 149 reformado, se aplique cuando el Juez lo estime adecuado al interés del menor o incapaz. Ello porque puede haber casos en que, pese a que los padres del menor hayan sido los responsables últimos de la lesión del menor, sin embargo, resulte aún más perjudicial la separación de los padres que el que el menor continúe con ellos. No obstante, también con la regulación anterior a la reforma se podía aplicar esta pena de inhabilitación especial, acudiendo al art. 56 del CP e imponiéndola como accesorio.

El problema era el que resultase aplicable la ley penal española por los Jueces y Tribunales españoles. El hecho podía y puede castigarse si se comete en territorio español. Entra aquí en juego el principio de territorialidad de la Ley penal y sus ampliaciones o excepciones: la extraterritorialidad de la ley penal⁽¹²⁵⁾. Cuando el hecho realizado por un extranjero (o por nacionales si

pues de lo contrario habría que acudir a los criminólogos para que expliquen —probablemente de forma infructuosa— cuáles podrían ser esas manifestaciones». El mencionado autor se muestra crítico, en nuestra opinión correctamente, con la equiparación de cualquier mutilación genital, pues considera que las reglas concursales podrían ya producir un efecto agravatorio suficiente. En opinión de ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSAC, *Compendio de DP* (PG y PE), 2004, 430, sólo la ablación de clítoris (que es la que motivó la reforma) puede dar lugar a la aplicación del art. 149.2 CP, por más que se hable en su descripción de «*en cualquiera de sus manifestaciones*», es decir sólo la que entrañe la resección de un órgano o miembro principal, por tanto no la que consista en una circuncisión. Para los mencionados autores, correctamente en nuestra opinión, la circuncisión que se lleve a cabo contra la voluntad del sujeto pasivo podrá entrar dentro de las lesiones del art. 150 o de las básicas con la agravación del art. 148.1 CP.

125. Art. 23 LOPJ antes de la reforma operada por LO 3/2005, de 8 de julio: «1. *En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.* // 2. *Asimismo conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:* // a) *Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.* // b) *Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles.* // c) *Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena.*

no hubiera reciprocidad), como ocurre en la mayoría de los supuestos que se dan en la práctica, no se cometiera en España, no podía ser castigado en nuestro país. En España rige el principio de territorialidad, por lo que, en principio, sólo se pueden enjuiciar los hechos cometidos en territorio español y las extensiones de este principio no alcanzaban al supuesto en la versión de la LOPJ anteriormente vigente. Se han podido leer en la prensa de nuestro país supuestos como el de un Juez de Gerona que dictó un auto en el que retiraba el pasaporte a tres niñas de Gambia para evitar que fuesen víctimas de una ablación de clítoris ⁽¹²⁶⁾. Según la noticia aparecida en los medios de comunicación, en el auto se prohibía a las autoridades que expidiesen ese documento hasta que las niñas fuesen mayores de edad y obligaba a los padres a llevarlas a una revisión ginecológica cada seis meses para evitar la ablación. El auto tampoco quedó exento de críticas; así, el cónsul honorario de Gambia en Barcelona consideró que era ilegal, vulneraba un derecho fundamental como es la libre circulación y criminalizaba a los padres. La medida fue dictada para evitar que estas tres niñas corriesen la misma suerte que sus dos hermanas mayores, a quienes amputaron el clítoris en un viaje a Gambia. Éste es el problema que se ha venido dando en la práctica, y, como hemos señalado, no se resolvió con la tipificación expresa de una conducta que ya estaba castigada en nuestro CP. La cuestión se centraba, pues, en

Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.// 3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:// a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.// b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.// c) Rebelión y sedición.// d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.// e) Falsificación de moneda española y su expedición.// f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.// g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.// h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.// i) Los relativos al control de cambios.// 4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:// a) Genocidio.// b) Terrorismo.// c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.// d) Falsificación de moneda extranjera.// e) Los relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.// f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.// g) Y cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, deba ser perseguido en España.// 5. En los supuestos de los apartados 3 y 4 será de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 de este artículo».

126. Menciona este auto ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Competencia judicial internacional de los jueces y tribunales españoles para conocer de los delitos de mutilación genital femenina aunque se cometan en el extranjero: la nueva redacción del artículo 23.4.g) LOPJ», *RDME*, julio de 2005, 223 ss., aludiendo también al AAP Girona núm. 24/2004 de 11 de febrero y al AAP Zaragoza núm. 142/2005, de 13 de mayo.

torno a la territorialidad y extraterritorialidad de la ley penal. No eran de aplicación, como queda dicho, ninguna de las excepciones al principio de extraterritorialidad de la ley penal: principio personal (de personalidad) o de la nacionalidad, principio real o de protección de intereses, principio de universalidad o de Justicia universal o mundial. Por esta razón entendíamos, junto con un sector importante de la doctrina española, que la única forma de dar una respuesta adecuada a esta problemática sería modificando la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concreto el art. 23⁽¹²⁷⁾. El problema fundamental de la mutilación genital es la persecución y el castigo por los Tribunales españoles. Pues bien, el legislador ha intentado remediar esta situación modificando el art. 23.4 LOPJ. Así, hay que hacer referencia a la LO 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina. Esta ley añade un nuevo epígrafe g) al apartado 4 del art. 23: «4. *Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer los hechos cometidos por nacionales o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: [...] g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España*»⁽¹²⁸⁾. A pesar de que la reforma de la LOPJ en este sentido venía siendo reclamada⁽¹²⁹⁾, no nos resulta apropiado el que el legislador no haya sido coherente con la regulación contenida en el art. 149 CP, en el que, como hemos visto, se hace referencia no sólo a

127. En el mismo sentido se expresó, con razón, en el debate de enmiendas a la totalidad del Proyecto el Sr. López Aguilar, del Grupo Parlamentario Socialista, señalando que en las enmiendas que en el procedimiento parlamentario posterior opondrá su grupo introducirán «la garantía —reforma del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial— para que, incluso cuando algún delito de ablación del clítoris o mutilación genital haya sido practicado en el extranjero, pueda ser perseguido en España cuando la persona que lo haya practicado se encuentre en España, porque esto sí que significa un progreso del orden público constitucional para perseguir esos atentados a la dignidad personal, que no están de ninguna manera en descubierto en nuestro actual Código Penal». Tb. el Sr. Silva Sánchez, en nombre del Grupo Parlamentario Catalán de Convergència i Unió, hace referencia a la necesidad de introducir la posibilidad de perseguir en España estos delitos aunque se cometan en el extranjero.

128. V., sobre ello, recientemente, ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, RDME, julio de 2005, 223 ss. analizando la tramitación parlamentaria; TRILLO NAVARRO, «Jurisdicción Universal, menores y ablación: el nuevo artículo 23.4.g) LOPJ», LL 2005-5, 1064 ss.

129. Aunque también un sector de la doctrina señalaba que en la letra g) del art. 23 LOPJ, antes de la reforma, representaba una cláusula abierta para la admisión de la jurisdicción universal, en cuanto declaraba la aplicabilidad de ese principio sobre cualquier delito que «según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España». En este sentido ROPERO CARRASCO, LL 2001-6, 1403 ss.

la mutilación genital femenina sino a la mutilación genital en general, en la que se incluye tanto la masculina como la femenina¹³⁰). Se ha producido una ampliación del principio de justicia universal, aunque a diferencia del resto de los delitos que se contemplan en el art. 23.4 LOPJ, en el caso de la mutilación genital, para que la jurisdicción española sea competente, se exige que los responsables se encuentren en España.

Por lo tanto, concluimos afirmando que no se han producido grandes cambios con la tipificación expresa de la mutilación genital. Sí, en cambio, con la modificación del art. 23 LOPJ.

MODIFICACIONES OPERADAS POR LA LO 15/2003

Por último, conviene señalar las modificaciones operadas con la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Éstas han sido —en el ámbito del que nos estamos ocupando— muy pocas, salvo error u omisión por nuestra parte. En primer lugar, el art. 314 CP, relativo a la discriminación, elevó la pena de multa de seis a doce meses a la de doce a veinticuatro meses.

En segundo lugar, se suprimió el apartado 6.º del art. 515 CP, que venía considerando punibles las asociaciones que promoviesen el tráfico ilegal de personas. La disposición final tercera de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificó el art. 515 CP, referido a la definición de las asociaciones que tienen legalmente la condición de ilícitas, introduciendo un nuevo párrafo sexto que incluía como ilícitas a las asociaciones que promuevan el tráfico ilegal de per-

130. De otra opinión SERRANO GÓMEZ, *DP PE*, 2004, 118, quien considera que, teniendo en cuenta la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, sólo puede ser sujeto pasivo del delito la mujer. Para el mencionado autor la mutilación genital en el varón se castigará en otros preceptos del CP, como puede ser en el art. 149.1 cuando se trate de la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, impotencia o esterilidad. Ciertamente es que la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, en su apartado IV.3.º afirma: «Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales»; sin embargo, en nuestra opinión ello no debe llevarnos a excluir del número 2 del art. 149 CP la mutilación masculina, puesto que la conducta que se tipifica en el art. 149.2 es la de causar a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones y obviamente ahí entra también la masculina, independientemente de lo que diga la Exposición de Motivos. Ante tan claro tenor literal, no se puede sostener la interpretación restrictiva citada.

sonas. La doctrina calificó como redundante y superflua esta inclusión, pues, al constituir el tráfico ilegal de personas, en sus diversas formas de promoción, favorecimiento o facilitación, el delito previsto y penado en el art. 318 bis CP, en la misma LO 4/2000, las asociaciones dedicadas a cometer estos delitos se integran ya, por imperativo legal, en el núm. 1.º del propio art. 515 CP, que considera delictivas las asociaciones que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión. La LO 15/2003 suprimió este núm. 6.º por innecesario, ya que estas asociaciones son ilícitas por su finalidad delictiva. Además, se puso de manifiesto por la doctrina la descoordinación de la LO 4/2000 al penalizar la criminalidad organizada con una doble respuesta⁽¹³¹⁾. Por un lado, añadiendo el párrafo 6.º al art. 515 y, por otro, estableciendo como agravación específica en el art. 318 bis.5 la realización de esas conductas perteneciendo a una asociación u organización criminal. Consideramos acertada esta exclusión; sin embargo, sorprende el que se haya eliminado el núm. 6.º del 515 CP pero que el art. 89 CP en su número 4, en un claro defecto de técnica legislativa, siga refiriéndose a él (y a los conexos 517 y 518 CP)⁽¹³²⁾.

131. V., por todos, OLAIZOLA NOGALES, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en: IGLESIAS CANLE (dir.), *Inmigración y Derecho*, 2006, 208 s.

132. Considera que el legislador está «*haciendo gala de una desatención rayana en el desprecio*» en este punto GUARDIOLA GARCÍA, *RDPP* 13, 2005, 29. La Circular 2/2006, de 27 de julio, FGE afirma que la referencia a los arts. 515.6.º, 517 y 518 CP queda vacía de contenido. Sin embargo, creemos que tal vez podría entenderse el mantenimiento de la referencia a los arts. 517 y 518 (nunca, claro, al 515.6.º) CP como expresión de la voluntad legislativa de excluir del régimen de expulsión los delitos cometidos en ciertas asociaciones ilícitas (por ejemplo, por su especial peligrosidad), aunque no estén necesariamente relacionados con la inmigración irregular. De hecho, el Anteproyecto de reforma del CP de 2006 mantiene la referencia a los arts. 517 y 518 en el (futuro) art. 89.7 CP, lo que podría no ser un mero olvido, pues ha suprimido (correctamente) la mención del art. 515.6.º La cuestión es discutible y no profundizaremos aquí en ella.

