

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

12409 *Sala Segunda. Sentencia 111/2025, de 12 de mayo de 2025. Recurso de amparo 62-2024. Promovido por don Guillermo Ojeda Rengifo en relación con los autos dictados por la Audiencia Provincial de Málaga en procedimiento de ejecución penal. Vulneración del derecho a la legalidad penal: aplicación retroactiva de una ley penal desfavorable (STC 54/2023).*

ECLI:ES:TC:2025:111

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas, presidenta, y las magistradas y magistrados doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, don César Tolosa Tribiño y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 62-2024, promovido por don Guillermo Ojeda Rengifo contra los autos de 2 de noviembre y de 11 de diciembre de 2023 de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga, dictados en la ejecutoria penal núm. 8-2020. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Ramón Sáez Valcárcel.

I. Antecedentes

1. Don Guillermo Ojeda Rengifo, representado por la procuradora de los tribunales doña María Belén Aroca Flórez y asistido del abogado don Jacinto Romera Martínez, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones que se mencionan en el encabezamiento, mediante escrito presentado en el registro electrónico de este tribunal el 8 de enero de 2024.

2. Los antecedentes relevantes para resolver el recurso son los siguientes:

a) El recurrente, de nacionalidad colombiana, fue condenado en sentencia núm. 360/2018, de 17 de octubre, de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga (ECLI:ES:APMA:2018:3212), por unos hechos ocurridos en mayo de 2015, como autor de un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud con la agravación de notoria importancia, a una pena de prisión de siete años y seis meses, entre otras, y como autor de un delito de robo con intimidación, a una pena de prisión de tres años, entre otras.

La sentencia fue declarada firme y se inició su ejecución por auto de la sala de 10 de febrero de 2020. Por providencia de 5 de marzo de 2020 se aprobó la liquidación de la condena en la que se fijó como fecha de extinción el 25 de marzo de 2026. El penado accedió a la libertad condicional el 10 de agosto de 2023.

b) La brigada provincial de extranjería y fronteras de la comisaría provincial de Málaga, mediante oficio de 19 de octubre de 2023, solicitó de la citada Sección Novena que se considerase la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional del penado, en virtud de lo dispuesto en el art. 89.1 del Código penal (CP), en

su redacción efectuada –y con vigencia desde el 1 de julio de 2015– por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

c) Por diligencia de ordenación de 20 de octubre de 2023 de la letrada de la administración de Justicia de la Sección Novena se dio traslado a las partes por dos días para alegaciones sobre la expulsión solicitada.

El fiscal informó a favor, en escrito presentado el 24 de octubre siguiente, alegando que «a la vista de que el penado señor Ojeda ha cumplido ya una muy buena parte de las penas que se le impusieron, encontrándose en el centro de inserción social y, por ende, en la última fase de su condena, consideraría factible la sustitución de la pena que le queda por expiar por su expulsión del territorio nacional y prohibición de vuelta a él por el plazo de diez años, y ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 89 del Código penal».

La representación procesal del penado, mediante escrito presentado el 27 de octubre, se opuso, alegando que «lleva años en España residiendo, [que está] casado con ciudadana española, no teniendo ya vinculación alguna con Colombia [y que] está en la actualidad trabajando para mantenerse de forma honrada, lo que se acredita con la vida laboral y contrato que son anexados al presente escrito. En los que se ve la positiva evolución, y su reintegración en la sociedad».

d) La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga, por auto de 2 de noviembre de 2023, resolvió «[haber] lugar a la expulsión del territorio nacional del penado Guillermo Ojeda Rengifo con la prohibición de volver a España en el plazo de diez años, conforme al artículo 89 del CP vigente, en cumplimiento de la pena impuesta». La decisión de expulsión para «finalizar la ejecución de lo enjuiciado» se justificaba en la «gravidad de los hechos objeto de la condena y peligro del penado para la sociedad, no considerándose suficiente el arraigo alegado para no adoptar la medida legal referida».

e) La representación procesal del penado interpuso recurso de súplica frente a dicha decisión en escrito presentado el 21 de noviembre de 2023, interesando que la expulsión se dejase sin efecto. Se alegaba que con la expulsión se vulneraba el principio de legalidad (art. 25.1 CE), la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y la intimidad familiar [arts. 18 CE y 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH)], denunciando, en síntesis, (i) que la nueva redacción del art. 89 CP, efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, que permite la expulsión de extranjeros residentes, como era su caso, no resultaba aplicable al no estar en vigor en la fecha de los hechos de mayo de 2015, sino desde el 1 de julio de ese año; (ii) que se había adoptado de forma inmotivada, sin que el fiscal la solicitase y sin audiencia del penado; y (iii) que resultaba desproporcionada a la vista de haber cumplido la mayor parte de la pena y de su arraigo familiar y laboral.

El fiscal solicitó la desestimación del recurso en su escrito presentado el 1 de diciembre de 2023, al estimar que la nueva redacción del art. 89 CP «estaba en vigor a la fecha de los hechos objeto de enjuiciamiento pues si bien la investigación policial comenzó antes de su entrada en vigor, en concreto en mayo de 2015, esta continuó cuando ya entró en vigor la actual redacción del artículo 89, el 1 de julio de 2015, pues, por lo que respecta al recurrente, la entrada y registro en su domicilio se efectuó el 30 de septiembre de 2015».

f) La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga, por auto de 11 de diciembre de 2023, desestimó el recurso reproduciendo los fundamentos del auto que autorizó la expulsión.

La brigada provincial de extranjería y fronteras de la comisaría provincial de Málaga, mediante oficio de 11 de enero de 2024, informó a la Sección Novena de que el penado había sido expulsado el 9 de enero de 2024, en un vuelo con destino a Medellín (Colombia).

3. La demanda de amparo denuncia la vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE), la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y la intimidad familiar (arts. 18 CE y 8 CEDH). Se reproducen los argumentos del recurso de súplica expuestos en el apartado e) anterior y se solicita la anulación del auto autorizante y del auto que desestimó la súplica, que se declare la vulneración de derechos, que se restablezcan y que se deje sin efecto la orden de expulsión. Por otrosí, se solicita la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la orden de expulsión [art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)].

4. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, mediante providencia de 23 de septiembre de 2024: (i) admitió a trámite la demanda al apreciar que concurre en el recurso una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTIC) porque puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 b)]; (ii) acordó dirigirse a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga a fin de que remitiera, en plazo que no excediese de diez días, certificación o fotocopia adverada de las actuaciones de la ejecutoria núm. 8-2020 y del procedimiento sumario ordinario núm. 2009-2017, y le indicó que emplazara a quienes hubiesen sido parte en el procedimiento, excepto al recurrente en amparo, a fin de que pudieran comparecer en el recurso en el plazo de diez días; y (iii) decidió formar pieza separada de suspensión de conformidad con la solicitud de la parte actora.

Mediante nueva providencia de 23 de septiembre de 2024, dictada en la pieza separada de suspensión, se concedió un plazo común de tres días al recurrente y al Ministerio Fiscal para alegar lo que estimasen pertinente. El recurrente reiteró las alegaciones de su demanda y la fiscal sostuvo la falta de objeto de la medida cautelar. Por ATC 151/2024, de 2 de diciembre, la Sala acordó archivar el incidente de suspensión por pérdida de objeto, al haberse materializado la expulsión el 9 de enero de 2024.

5. El secretario de justicia de la Sección Cuarta de la Sala Segunda de este tribunal, recibidas las actuaciones, mediante diligencia de ordenación de 9 de diciembre de 2024, conforme a lo dispuesto en el art. 52.1 LOTIC, acordó dar vista de aquellas por un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para presentar las alegaciones que estimaran pertinentes.

6. La fiscal ante el Tribunal Constitucional, en su escrito presentado el 29 de enero de 2025, interesa la estimación del recurso de amparo, «por vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) y el derecho fundamental que dicho principio incorpora, por no respetar la prohibición de aplicar retroactivamente una ley penal desfavorable. Subsidiariamente, la estimación del recurso por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24. 1 CE)». Solicita la declaración de nulidad de las resoluciones objeto de impugnación con retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior al de dictarse la primera para que el órgano judicial pronuncie una nueva resolución que sea respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

El Ministerio Público entiende que el núcleo central de la cuestión enjuiciada consiste en «determinar si la Sala al autorizar la expulsión [como forma sustitutiva de cumplimiento del resto de la pena privativa de libertad] en base a lo dispuesto en el ahora vigente art. 89 CP vulneró el principio que garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, como integrado en el derecho a la legalidad penal (art. 25 CP), pues como “se indica en la STEDH [de 21 de octubre de 2013], de la Gran Sala, *Del Río Prada c. España*, la libertad de los Estados para modificar su política criminal debe respetar al hacerlo la absoluta prohibición de aplicación retroactiva del derecho penal cuando resulte desfavorable para el interesado (§ 116)” [STC 54/2023, de 22 de mayo, FJ 6]».

Y considera que dicha vulneración se produjo, puesto que el citado precepto se aplicó con una redacción –dada por la Ley Orgánica 1/2015, en vigor desde el 1 de julio de ese año– que no estaba vigente en la fecha de los hechos y que no era más

favorable. La redacción vigente el 22 de mayo de 2015, fecha de los hechos enjuiciados y determinante de la ley penal aplicable en el tiempo (art. 7 CP), procedía de la reforma penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que exigía, entre otros requisitos, la previa solicitud del fiscal (STC 110/2009, de 11 de mayo, FJ 3), lo que no había tenido lugar al haberse actuado a instancias de la brigada provincial de extranjería y fronteras; y «la expulsión sustitutiva parcial del extranjero no residente legalmente en territorio nacional, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, cuando alcanzaba el tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, se regulaba como una facultad discrecional del juez o tribunal». «Sin embargo, tras la reforma del art. 89 1 y 2 CP por la Ley Orgánica 1/2015 iniciada la ejecución de la pena de prisión, el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria y la obtención de la libertad condicional, traen consigo, en todo caso, la expulsión del extranjero en sustitución del resto de la pena». Además, el penado, a los efectos de determinar la ley penal más favorable conforme a la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 1/2015, se había opuesto a la aplicación de dicho régimen sustitutivo en atención a su arraigo, al carácter desfavorable de la nueva redacción y a su falta de vigencia al tiempo de los hechos.

Por tales razones, la fiscal concluye que «la Audiencia Provincial de Málaga, al aplicar este precepto a hechos anteriores a su entrada en vigor, “cercenó la exigencia de previsibilidad” del recurrente “frente a la reacción estatal”, esto es, frente a la pena que realmente se le podía imponer, que resultó quebrada por la aplicación de la legislación posterior desfavorable (STC 54/2023, FJ 6)».

En caso de no estimarse la vulneración del art. 25.1 CE, se sostiene que las resoluciones judiciales impugnadas vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del recurrente, por su deficiente motivación en los términos del propio art. 89 CP que fue aplicado. Solo tuvieron en cuenta «la gravedad de los hechos objeto de la condena y [el] peligro del penado para la sociedad», pero no valoraron «los dos criterios, íntimamente conectados y de inequívoca significación político criminal, enunciados en el art. 89 CP: la necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico y de restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito». Tampoco se hizo «cuestión de que en la aplicación del sustitutivo parcial de expulsión del art. 89 CP era necesario que la expulsión fuera proporcionada “a la vista de las circunstancias del hecho y las personales de su autor, en particular su arraigo en España” (art. 89.4 CP) [...] [L]a Audiencia se limita a manifestar que no considera suficiente el arraigo alegado para no adoptar la medida legal referida, esto es, la expulsión, pero no hace valoración alguna de las circunstancias personales, familiares, sociales y laborales del recurrente. Sobre este extremo, la afirmación judicial de que no considera suficiente el arraigo alegado contrasta con el hecho de que el recurrente aportó en el procedimiento de ejecución, como prueba documental, fotocopia del contrato de trabajo indefinido y del informe de vida laboral. En este sentido, la mera afirmación judicial referida de insuficiencia del arraigo alegado, sin más razonamiento, no satisface las exigencias constitucionales derivadas del art. 24.1 CE de que los órganos judiciales especifiquen el discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante y que este discurso permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamenten la decisión, de acuerdo con la doctrina constitucional».

7. Por providencia de 8 de mayo de 2025 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 12 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso de amparo y posiciones de las partes.

a) La demanda de amparo se dirige frente a los autos de 2 de noviembre y 11 de diciembre de 2023 de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga, que autorizaron y confirmaron la expulsión del territorio nacional del recurrente en amparo

como medida sustitutiva de la ejecución del resto de la pena privativa de libertad que se le había impuesto y que estaba cumpliendo en régimen de libertad condicional.

El recurrente, como ha quedado reflejado en los antecedentes, solicita la estimación del recurso y sostiene que la expulsión vulneró el principio de legalidad (art. 25.1 CE), la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y la intimidad familiar (arts. 18 CE y 8 CEDH), por (i) haberse acordado aplicando una regulación desfavorable que no estaba vigente en la fecha de los hechos de mayo de 2015 por los que fue condenado, sino desde el 1 de julio de ese año, como consecuencia de la nueva redacción del art. 89 CP, menos favorable y debida a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que permite la expulsión de extranjeros residentes, como era su caso; (ii) haberse adoptado de forma inmotivada, sin que el fiscal la solicitase y sin audiencia del penado y (iii) resultar desproporcionada a la vista de haber cumplido la mayor parte de la pena y de su arraigo familiar y laboral.

La fiscal ante el Tribunal Constitucional, en igual sentido, interesa la estimación del recurso al considerar que la autorización de expulsión del territorio nacional del recurrente vulneró el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) y el derecho fundamental que dicho principio incorpora por no respetar la prohibición de aplicar retroactivamente una ley penal desfavorable y, subsidiariamente, alega que las resoluciones que acordaron dicha autorización vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del recurrente por no cumplir con las exigencias constitucionales de motivación.

b) El presente recurso de amparo, teniendo en cuenta las vulneraciones denunciadas por las partes, tiene como objeto principal decidir si las resoluciones judiciales impugnadas vulneraron el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), por haberse acordado la expulsión del territorio nacional del recurrente aplicando retroactivamente una norma penal que se afirma desfavorable y que no estaba vigente en la fecha de los hechos que motivaron su condena.

Por tal motivo, se analizará, en primer lugar, esta queja, cuya apreciación –ya se adelanta– conduce a una solución más temprana del recurso, presenta mayor retroacción y asegura la más amplia tutela de los derechos fundamentales del recurrente, haciendo innecesario el examen del resto [SSTC 41/2022, de 21 de marzo, FJ 3; 47/2023, de 10 de mayo, FJ 1 c), y 107/2024, de 9 de septiembre, FJ 2 c), entre otras muchas].

2. Doctrina sobre la garantía inherente al derecho a la legalidad penal de prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable relativa a la pena a cumplir.

El objeto de nuestro enjuiciamiento fue abordado en la STC 54/2023, de 22 de mayo, que en aquel momento reconoció la novedad de la cuestión planteada que consistía en determinar si el derecho fundamental que prohíbe aplicar retroactivamente la ley penal desfavorable (art. 25.1 CE), que resulta del principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, comprendía las normas que regulaban la sustitución de penas privativas de libertad del art. 88 CP en su redacción anterior a la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015 que derogó tal precepto (STC 54/2023, FJ 2). Se trata ahora de resolver si dicha prohibición se extiende también a las normas que regulan la sustitución de penas privativas de libertad por expulsión del territorio nacional del art. 89 CP.

Nuestra respuesta fue positiva y reflejo de la progresiva evolución de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo que respecta a España: SSTEDH de 15 de diciembre de 2009, asunto *Gurguchiani c. España*, y de 21 de octubre de 2013, asunto *Del Río Prada c. España*), que –se decía– ha ido «ensanchando» el ámbito material del principio de legalidad penal en relación con la previsibilidad de la pena a cumplir para incluir supuestos que tradicionalmente se relacionaban con la fase de ejecución de la pena. Esta extensión obedece a la dificultad de deslindar la pena amparada por las garantías del principio de legalidad de su ejecución y, sobre todo, a la

necesidad de evitar que se produzca una reducción de tales garantías mediante una injustificada diferenciación formal entre la pena y su cumplimiento [STC 54/2023, FJ 4 b)]. Por ello, la garantía inherente al principio de legalidad penal de prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable, exige entender que el marco normativo de la pena de aplicación previsible está integrado por la pena abstracta descrita en el tipo delictivo y por las normas que determinan la pena a cumplir vigentes al tiempo de los hechos (STC 54/2023, FJ 6).

La mencionada STEDH de 15 de diciembre de 2009, asunto *Gurguchiani c. España*, § 40, 43, 44 y 47, en un caso muy semejante al presente, concluyó que la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada durante diez años, tras aplicar el art. 89 CP con una redacción más desfavorable –efectuado entonces por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, en la nueva redacción– que la vigente al tiempo de los hechos violó el art. 7 CEDH (principio de legalidad penal), en la medida en que el demandante fue sometido a una pena más grave que la prevista para la infracción por la que fue declarado culpable.

3. Estimación del recurso.

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga autorizó la expulsión del territorio nacional del demandante, con prohibición de entrada en España por un plazo de diez años, como medida sustitutiva de la ejecución del resto de la pena privativa de libertad que se le había impuesto y que estaba cumpliendo en régimen de libertad condicional. Y lo hizo aplicando retroactivamente el art. 89 CP, precepto incluido en la sección segunda («De la sustitución de las penas privativas de libertad») del capítulo III («De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional») del título III («De las penas») del libro I («De la infracción penal») del Código, en la redacción efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en vigor a partir del 1 de julio de 2015, según su disposición final octava, que contenía una regulación más desfavorable que la que estaba vigente en la fecha de los hechos de mayo de 2015 que motivaron la condena del recurrente.

La redacción vigente del art. 89 CP en la fecha de los hechos procedía de la reforma del Código penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en vigor a partir del 23 de diciembre de 2010, según su disposición final séptima. El precepto, en lo que interesa a este recurso, disponía en su apartado quinto que «[l]os jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán 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, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España».

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga, en lugar de cumplir con las exigencias del principio de legalidad penal y aplicar el citado art. 89.5 CP, optó por autorizar la expulsión aplicando el precepto retroactivamente en la redacción efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, que no estaba vigente y que era objetivamente menos favorable para el recurrente, pues, según la nueva redacción de la norma equivalente contenida en el art. 89.1 y 2 CP, cuando a un ciudadano extranjero le «hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del

territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional».

El recurrente, en las alegaciones de su recurso de súplica reproducidas con posterioridad en la demanda de amparo, denunció que la autorización de su expulsión del territorio nacional vulneró el principio de legalidad penal alegando que la nueva redacción del art. 89 CP, efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, no le era aplicable porque no estaba vigente en la fecha de los hechos de mayo de 2015, sino desde el 1 de julio de ese año, y que le perjudicaba, dado que la nueva norma permitía la expulsión de extranjeros residentes, como era su caso, frente a la regulación anterior que ceñía dicha posibilidad a los extranjeros no residentes legalmente en España.

La simple lectura de las sucesivas redacciones de la norma penal pone en evidencia que el art. 89.5 CP vigente en mayo de 2015 era más favorable que el equivalente art. 89.1 y 2 CP que la Sección Novena aplicó en noviembre de 2023 con carácter retroactivo. El art. 89.5 CP vigente al tiempo de los hechos regulaba la expulsión sustitutiva de la pena de prisión a cumplir del penado que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, como era el caso del demandante en situación de libertad condicional, como una facultad del juez o tribunal frente a la regla imperativa del art. 89.2 CP de que «[e]n estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español». La expulsión prevista en el art. 89.5 CP únicamente afectaba al «extranjero no residente legalmente en España» frente a la posibilidad del art. 89.1 y 2 CP, que se refiere al «ciudadano extranjero» sin distinción alguna acerca de su situación regular o irregular. Finalmente, la norma vigente al tiempo de los hechos restringía la aplicación de la expulsión sustitutiva a la previa solicitud del Ministerio Fiscal, frente a la norma aplicada que no efectúa ninguna limitación y que permite una amplia legitimación para interesar la incoación del incidente contradictorio de la medida de expulsión sustitutiva y que, en el caso analizado, fue instada por la brigada provincial de extranjería y fronteras.

De este modo, la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga, al sustituir, a petición de la Policía, la pena de prisión que restaba por cumplir por la expulsión de un extranjero residente con arreglo a una norma penal que era desfavorable y que no estaba vigente al tiempo de los hechos objeto de condena, infringió la garantía de prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable y vulneró el derecho a la legalidad penal del recurrente (art. 25.1 CE).

En consecuencia, el recurso debe estimarse y otorgarse el amparo solicitado [art. 53 a) LOTC], reconociendo al recurrente la vulneración de su derecho. Para restablecer esta garantía de carácter sustantivo que prohíbe aplicar retroactivamente una norma penal desfavorable resulta necesario anular las resoluciones impugnadas, habida cuenta que la medida de expulsión no fue instada por el Ministerio Fiscal.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar el recurso de amparo interpuesto por don Guillermo Ojeda Rengifo y, en su virtud:

- 1.º Reconocer que ha sido vulnerado su derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).
- 2.º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de los autos de 2 de noviembre y de 11 de diciembre de 2023 de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga, dictados en la ejecutoria penal núm. 8-2020.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a doce de mayo de dos mil veinticinco.—Inmaculada Montalbán Huertas.—María Luisa Balaguer Callejón.—Ramón Sáez Valcárcel.—Enrique Arnaldo Alcubilla.—César Tolosa Tribiño.—Laura Díez Bueso.—Firmado y rubricado.