

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

LES PRÉSIDES ET PRO

Revista

Enero 2021

47

Revista Penal

Penal

Enero 2021



tirant
lo blanch

tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 47

Sumario

Doctrina:

– Mujer inmigrante y pobre: una mina para el Derecho Penal, por <i>María Acale Sánchez</i>	5
– Criminalizing Lifestyles of “Asociality” in Germany. The Historical Experience and a Potential Grounding in the Doctrine of “Functionalism”, por <i>Lars Berster</i>	24
– Algunas notas para el análisis del delito de administración desleal, por <i>María Victoria Campos Gil</i>	31
– Cumplimiento y responsabilidad penal. Sobre la responsabilidad del empresario en la existencia de un oficial de cumplimiento (compliance officer). Criterios generales de imputación. Observaciones sobre el Derecho penal brasileño, por <i>Alexis Couto de Brito</i>	41
– Algunas manifestaciones de la política criminal de exclusión. Derecho penal “del amigo”: corrupción pública (la criminalidad de cuello blanco), por <i>Beatriz García Sánchez</i>	61
– Aproximación al estudio del delito de prevaricación judicial, por <i>Pilar Gómez Pavón</i>	84
– La financiación ilegal de partidos políticos y el blanqueo de dinero, por <i>Daniel González Uriel</i>	104
– Los valores tradicionales como bienes jurídicos protegidos también en el ciberespacio: a propósito del confinamiento provocado por la crisis sanitaria del COVID-19, por <i>Jon López Gorostidi</i>	126
– Presente y futuro del protagonismo de la víctima en la justicia penal: perspectiva desde la justicia restaurativa, por <i>Daniel Montesdeoca Rodríguez</i>	153
– Reinhart Maurach. Vida y obra de un penalista alemán del siglo XX, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	176
– Análisis del artículo 89 del Código Penal español, y unas reflexiones con perspectiva aporofóbica, por <i>Fernando Navarro Cardoso</i>	193
– El tratamiento de la aporofobia en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: particular atención a las agresiones discriminatorias contra los habitantes de la calle, por <i>Héctor Olasolo y Clara Esperanza Hernández Cortés</i>	227
– El comunitarismo y el Derecho penal de aporofobia, por <i>Wendy Pena González</i>	248
– Las empresas transnacionales y la protección de la vida y salud de los trabajadores. Una propuesta político-criminal para la persecución global del delito de riesgos laborales, por <i>Lucía Remesaro Coronel</i>	263
Sistemas penales comparados: Aporofobia y Derecho Penal (<i>Aporophobia and criminal law</i>)	283

Bibliografía:

– Recensión: “The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings: A Comparative View”, de Lorena Bachmaier, Stephen C. Thaman y Veronica Lynn (eds.), por <i>Antonio Martínez Santos</i>	338
--	-----

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE



am
Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I^o, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Waßmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Demelsa Benito Sánchez (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Lavinia Messori (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



Análisis del artículo 89 del Código Penal español, y unas reflexiones con perspectiva aporofóbica

Fernando Navarro Cardoso

Revista Penal, n.º 47. - Enero 2021

Ficha técnica

Autor: Fernando Navarro Cardoso

Adscripción institucional: Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Title: Analysis of article 89 of the Spanish Penal Code, and some reflections with an aporophobic perspective

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN Y BREVES REFERENCIAS A LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA. 2. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN LEGAL. 2.1. NATURALEZA JURÍDICA. 2.2. ÁMBITO SUBJETIVO. 2.3. ÁMBITO OBJETIVO. 2.4. MODULACIONES EN EL RÉGIMEN DE APLICACIÓN. 2.4.1. Penas inferiores a un año de prisión. 2.4.2. Exigencias de prevención general positiva en relación con extranjeros no comunitarios. 2.4.3. Ciudadanos de la Unión Europea. 2.4.3.1. Concurrencia de razones de orden público o seguridad pública. 2.4.3.2. Más de diez años de residencia. 2.4.4. Falta de proporcionalidad. 2.4.5. Delito de trata de personas y otros. 2.5. CUESTIONES PROCESALES. 2.6. EFECTOS. 3. REFLEXIONES CON PERSPECTIVA APOROFÓBICA. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA

Summary: 1. INTRODUCTION AND BRIEF REFERENCES TO ADMINISTRATIVE LEGISLATION. 2. ANALYSIS OF LEGAL REGULATION. 2.1. LEGAL NATURE. 2.2. SUBJECTIVE SCOPE. 2.3. OBJECTIVE SCOPE. 2.4. MODULATIONS IN THE ENFORCEMENT REGIME. 2.4.1. Sentences of less than one year's imprisonment. 2.4.2. General positive prevention requirements in relation to non-EU foreigners. 2.4.3. Citizens of the European Union. 2.4.3.1. Concurrence of reasons of public order or public safety. 2.4.3.2. More than ten years of residence. 2.4.4. Lack of proportionality. 2.4.5. Human trafficking crime and others. 2.5. PROCEDURAL ISSUES. 2.6. EFFECTS. 3. REFLECTIONS WITH APOROPHOBIC PERSPECTIVE. 4. CONCLUSIONS. 5. BIBLIOGRAPHY

Resumen: La expulsión penal de extranjeros del territorio nacional ha transitado con las sucesivas reformas que ha experimentado el artículo 89 del Código Penal de lo facultativo a lo imperativo. La obligatoriedad se ha convertido en regla general, y el régimen excepcional se aplica, muy mayoritariamente, solo a un segmento de los potenciales afectados: los migrantes en situación administrativa irregular, los “sin papeles”, y sin recursos, es decir, los “pobres”. Uno de los elementos a tomar en consideración para decretar la expulsión es el conjunto de circunstancias personales, predominando, claro está, las económicas. De resultas, si la política criminal es qué se quiere castigar y cómo, cuando se trata de extranjeros pobres condenados, aquella se materializa en su expulsión. Es, pues, un instrumento con una fuerte carga aporofóbica. Es más, el extranjero condenado con recursos económicos, como regla general, o no es expulsado, o se va voluntariamente.

Palabras clave: expulsión penal, crimigración, aporofobia.

Abstract: The criminal expulsion of foreigners from the national territory has gone through the successive reforms undergone by article 89 of the Penal Code, from the optional to the compulsory. Obligation has become a general rule, and the exceptional regime is applied, mostly, only to a segment of those potentially affected: migrants in an irregular administrative situation, the “undocumented”, and without resources, that is, the “have-nots”. One of the elements to

take into consideration to order the expulsion is the set of personal circumstances, the economic ones of course, prevailing. As a result, if criminal policy is what is to be punished and how, when it comes to condemned foreigners without resources, it materializes in their expulsion. It is, therefore, an instrument with a strong aporophobic charge. Moreover, as a general rule, the foreigner sentenced who has economic resources, is either not expelled, or leaves voluntarily.

Key words: criminal expulsion, crimmigration, aporophobia.

Observaciones: este trabajo se incardina en el marco de los proyectos de investigación coordinados “Aporofobia y Derecho Penal” (referencia: RTI2018-095155-B-C21) y “Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales” (referencia: RTI2018-095155-A-C22), financiados por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España para los años 2019-2021.

Rec.: 10/11/2020 **Fav.:** 25/11/2020

*A Santiago Mir Puig y a Luis Gracia Martín,
excelentes penalistas y estupendas personas*

1. INTRODUCCIÓN Y BREVES REFERENCIAS A LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA

La expulsión de extranjeros prevista en el art. 89 CP está ubicada en el Libro I, Título III (“De las penas”), Capítulo III (“De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”). En concreto, ocupa toda la Sección 2ª, “De la sustitución de las penas privativas de libertad”, pues el art. 88 fue suprimido con motivo de la reforma del Código Penal en el año 2015.

Hablar de sustitutivos penales es hablar de alternativas a la prisión. Ello implica que un sujeto ha cometido un delito y se quiere evitar, o que se le imponga una pena corta privativa de libertad, o impuesta esta, que ingrese en prisión.

Se trata de evitar los efectos desocializadores y estigmatizadores, e incluso en ocasiones criminógenos, de la prisión, cuando se trata de penas de corta duración¹.

Las alternativas a la prisión engloban, pues, dos órdenes de cuestiones: las que tienen que ver con penas distintas a la prisión (sean otras penas privativas de libertad, privativas de derechos o una pena pecuniaria), y las que atañen a las alternativas al efectivo ingreso en un centro penitenciario, cuando ha sido la pena de prisión la efectivamente impuesta y es de corta duración. En este último caso nos estamos refiriendo a la suspensión y a la sustitución.

La suspensión de la ejecución de la pena de prisión implica que se dicta la sentencia condenatoria, cuyo fallo contiene una pena de prisión, y que queda en sus-

penso su materialización (el efectivo ingreso del condenado en el centro penitenciario), sujetando la decisión a unas condiciones determinadas que se le imponen. En síntesis, no se cumple la pena.

La sustitución del ingreso en prisión supone, por el contrario, el cumplimiento de una pena, pero distinta a la de prisión inicialmente prevista. Su objetivo inmediato es, como hemos dicho, evitar el ingreso en prisión para el cumplimiento de una pena corta privativa de libertad. Su fin, también lo hemos dicho: dar cumplida satisfacción a la finalidad resocializadora de la pena, evitando los efectos desocializadores y estigmatizadores del ingreso en prisión.

Una breve aclaración. Antes de la citada reforma del texto punitivo del 2015, se entendía en España que los llamados sustitutivos penales (la suspensión y la sustitución) participaban de una finalidad distinta a la libertad condicional. No solo porque de hecho operan en momentos bien distintos (antes y después de haber ingresado en prisión), sino porque en los primeros se atiende a razones preventivas asociadas a penas cortas privativas de libertad para evitar su cumplimiento, mientras que la segunda es una forma de cumplimiento que responde a criterios de tratamiento penitenciario (art. 72.1 LOGP²); y alcanza a cualquier clase de pena de prisión, con independencia de su duración. La reforma, por el contrario, les otorga una naturaleza común, configurando la sustitución y la libertad condicional como modalidades de suspensión de la ejecución de la condena³; lo que corrobora el propio preámbulo de la ley que contiene la reforma, tal como puede leerse más

1 NAVARRO CARDOSO, F.: “Lección 31. Alternativas a la prisión. La libertad condicional”, en Berdugo Gómez de la Torre, I. *et al.*, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edic., Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016, p. 451.

2 Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE nº 239, de 5 de octubre).

3 NAVARRO CARDOSO, *ibidem*, p. 452.

abajo. Bien es verdad, como advierte Barquín Sanz, que en realidad la sustitución ha perdido su independencia procedimental, pero materialmente siguen siendo distintas la suspensión y la sustitución⁴.

La expulsión es, al menos formalmente, un sustitutivo penal. Así, comienza diciendo el art. 89.1 CP: “Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español”. Cuestión distinta es que lo sea también desde un punto de vista material; lo que abordamos en el apartado siguiente, dedicado a la delimitación de su naturaleza jurídica.

Este precepto ha experimentado cuatro modificaciones desde su redacción originaria; es decir, ha tenido cinco versiones distintas en veinticinco años, lo que para una norma penal es sorprendente, dada la supuesta vocación de permanencia que debe poseer toda norma jurídica de esta naturaleza. De hecho, cuando iba por la tercera versión, ya la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo hablaba de “vértigo legislativo” en esta materia (STS 901/2004, de 8 de julio, FD 2º)⁵. Y poco después de la última reforma ha vuelto a pronunciarse en el mismo sentido. Así, la STS 483/2016, de 3 de junio, FD 2º, afirma:

“La medida de expulsión de extranjeros del art. 89 Cpenal como alternativa —total o parcial— al cumplimiento de la pena de prisión por el delito cometido por extranjero en situación irregular en España, es, sin duda, uno de los artículos que mejor patentiza el vértigo legislativo con que han sido tratadas muchas de las reformas del Código Penal”.

Plasmamos aquí de modo sintético los contenidos de las reformas porque nos ayudan a entender la evolución experimentada por la política criminal —incluyendo la penitenciaria— en materia de migración y extranjería, en lo que a esta figura se refiere⁶:

- La primera con la LO 8/2000⁷: se añadió un apartado cuarto, introduciendo un régimen excepcio-

nal de no aplicación de la expulsión respecto de determinados delitos: arts. 312 (tráfico ilegal de mano de obra), 318 bis (delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros), 515.6º (asociaciones ilícitas dedicadas al tráfico ilegal de personal, previsión derogada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre), 517 (tipo agravado de asociaciones ilícitas) y 518 (participación en la constitución de asociaciones ilícitas), todos CP.

- La segunda con la LO 11/2003⁸: se modifican los apartados 1, 2 y 3. Sus principales modificaciones fueron: la regla general es la expulsión, que pasa a ser preceptiva; se priva a los extranjeros de la posibilidad de acceder a los sustitutivos penales; se exaspera el plazo de prohibición de regreso, llevándose al plazo fijo de diez años; la expulsión conlleva el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España; y el intento de quebrantamiento de la decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada conlleva, además de la devolución gubernativa, la puesta a cero del plazo de prohibición de regreso.
- La tercera con la LO 5/2010⁹: se caracterizó por derogar o suavizar algunas de las disposiciones de la anterior reforma, introduciendo la “lectura constitucional” que venía haciendo ya la jurisprudencia: elimina el carácter automático de la expulsión y el carácter excepcional del cumplimiento; modula el plazo de prohibición de regreso; cumplimiento de la pena en caso de quebrantamiento de la prohibición de regreso, si bien se mantiene la expulsión gubernativa si la interceptación del extranjero se produce en la frontera; posibilidad de acceder a los sustitutivos penales si no es posible la expulsión; exigencia expresa de audiencia del penado; entre otras.
- La cuarta con la LO 1/2015¹⁰, que es objeto de especial atención en este trabajo.

4 BARQUÍN SANZ, J.: “De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional”, en Morillas Cueva, L. (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 224.

5 Se trata de una sentencia que, en opinión de un sector de la doctrina, supuso en su momento un filtro interpretativo del art. 89 CP en clave garantista. Vid. GUIASOLA LERMA, C.: “Consideraciones político-criminales para una reformulación de la expulsión penal de condenados extranjeros sin residencia legal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 30, 2010, pp. 204 y 205.

6 Vid. unos comentarios sobre las reformas en BOZA MARTÍNEZ, D.: *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 235 y ss.; GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.: “La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 36, 2016, pp. 138 y ss.

7 Ley Orgánica 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 (BOE nº 307, de 23 de diciembre).

8 Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE nº 234, de 30 de septiembre).

9 Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº 152, de 23 de junio).

10 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 (BOE nº 77, de 31 de marzo).

Las razones expresas dadas por el legislador en las exposiciones de motivos o en los preámbulos para estos cambios son, respectivamente:

- Ninguna.
- “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:

1.º La respuesta penal frente a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometen delitos.

Se introducen cambios en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 89, en coherencia con la reforma de la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para dar adecuado cauce a que el juez penal acuerde la sustitución de la pena impuesta al extranjero no residente legalmente en España que ha cometido un delito, por su expulsión. En concreto, se establece que, en el caso de extranjeros que, además de no ser residentes legalmente en España, cometan un delito castigado con pena de prisión inferior a seis años, la regla general sea la sustitución de la pena por la expulsión. Si la pena de prisión es igual o superior a seis años, una vez que cumpla en España las tres cuartas partes de la condena o alcance el tercer grado de tratamiento penitenciario, se acordará, también como regla general, la expulsión.

De esta forma se logra una mayor eficacia en la medida de expulsión, medida que, no podemos olvidar, se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y que han delinquir. En definitiva, se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto”.

- Ninguna.
- Apartado I, párrafo 3º: “se afrontan dos reformas que están orientadas a incrementar la eficacia de la justicia penal: de una parte, se modifica la regulación de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad, y se introduce un nuevo sistema, caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas, que introduce mayor flexibilidad y eficacia”.

Apartado IV, en especial, párrafo 8º: “También se modifica la regulación de la sustitución de la ejecución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional. De nuevo, la reforma combina la búsqueda de la eficacia con un escrupuloso respeto de los derechos individuales: se ajusta el límite de pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería; los jueces y tribunales deberán establecer, en todo caso, qué parte de la pena impuesta debe ser cumplida efectivamente en prisión, cuando se hayan impuesto penas de más de tres años; y la sustitución se condiciona, en todos los casos, a la proporcionalidad de la medida. La sustitución de las

penas de prisión por la medida de expulsión del territorio nacional en el caso de delitos cometidos por un ciudadano europeo, se contempla con carácter excepcional, reservándose a aquellos supuestos en los que su autor representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, en atención a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, así como en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que deberán ser tenidos en cuenta por los jueces y tribunales en la interpretación y aplicación del precepto correspondiente”.

Lo primero que destaca sobremedida es que hallamos justificación solo de las reformas que suponen un claro endurecimiento del régimen de la expulsión, porque la última de ellas, como tendremos ocasión de comprobar, supone, *de facto*, una exasperación en la respuesta a la sustitución de la pena de prisión, aunque en apariencia pueda pensarse, de una primera lectura, otra cosa. De hecho, las notas definitorias de estas reformas son el tránsito del carácter potestativo al imperativo (la obligatoriedad de la expulsión es regla general), así como la ampliación de sus ámbitos objetivo (desaparece el tope máximo de pena sustituible) y subjetivo (desde el extranjero sin residencia legal hasta alcanzar a todo extranjero, sea ciudadano de la UE o de un tercer país, tenga o no residencia legal en España, y sea la residencia legal temporal o de larga duración).

Las razones de las reformas y sus principales características sirven también para poner de manifiesto que sigue subyaciendo la preocupación por el control de los flujos migratorios, así como por la presencia de extranjeros condenados en las cárceles españolas y de extranjeros exconvictos en nuestras calles. Luego intentaremos comprobar si esto alcanza a todo extranjero en general, de acuerdo con el nuevo ámbito subjetivo de este aparente sustitutivo penal, o si los expulsados responden a un determinado perfil, o sesgo.

La Fiscalía General del Estado explicita dichas razones de manera diáfana e indubitada en un documento de absoluta trascendencia en esta materia: el que fija de modo vinculante los criterios de interpretación y actuación de los fiscales en relación con el art. 89 CP. Nos referimos a la Circular 7/2015, de 17 de noviembre, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por LO 1/2015. Y lo dice nada más empezar, en el primer párrafo del primer epígrafe, la Introducción. Dice así: “La expulsión de los ciudadanos extranjeros prevista en el art. 89 del Código Penal (CP), es una medida sustitutiva de la pena de prisión por la que se restringen los derechos a entrar, residir o transitar

por territorio nacional *para favorecer la realización de los fines de la política inmigratoria* que corresponde al Gobierno (art. 2 bis LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social [LOEX]) *así como la administración o gestión penitenciaria*¹¹. Y reconoce que este último motivo ha estado presente en todas las modificaciones. Así, tras referirse a las cuatro modificaciones habidas, afirma, de nuevo con una claridad que siempre es de agradecer: “*Todas las modificaciones llevadas a cabo en el régimen jurídico de la expulsión sustitutiva penal han estado directamente condicionadas no tanto por la evolución de los flujos migratorios hacia España —de crecimiento exponencial a partir del segundo quinquenio de la década de los años 2000— como por el aumento significativo de la población extranjera recluida en los centros penitenciarios españoles (actualmente alcanza casi el treinta por ciento del total)*”.

En consonancia con esa finalidad, la Instrucción 3/2019 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias advierte que de las primeras informaciones que hay que suministrarle al interno es: “... la posibilidad de solicitar el traslado para continuar el cumplimiento de la condena en su país, *la expulsión judicial* y, en su caso, la libertad condicional en su país de origen, atendiendo a su situación penal, procesal y penitenciaria”¹².

Aunque el objeto central de este trabajo es el art. 89 CP, se hace imprescindible hacer una muy breve referencia a la legislación administrativa. El principal motivo para esta incursión es que vuelve a poner de manifiesto, más aun si cabe, la supeditación de la política criminal a la política de extranjería relativa al control de los flujos migratorios, así como a la política penitenciaria, sumándose ahora, como apuntamos, otra manifestación de la política de extranjería: la no presencia en las calles de extranjeros expresidarios¹³.

Y se supedita hasta límites sorprendentes. En primer lugar, ese sometimiento de la política sancionadora a esas otras políticas se muestra de manera diáfana con la introducción del principio de oportunidad vía legislación administrativa¹⁴. Dicho de otro modo, se renuncia al principio de legalidad, pero no para alcanzar superiores metas, como sucede, por ejemplo, en el Derecho Penal del menor, donde se prevé el desistimiento de la persecución penal si el superior interés del menor así lo aconseja¹⁵. Además, y no menos relevante, la gestión y decisión corresponde en ese caso al Ministerio Fiscal, en tanto la Fiscalía de Menores es el órgano instructor.

Pues bien, el art. 57.7 LEX¹⁶ prevé la expulsión gubernativa (lógicamente con autorización del juez penal, y oído el Ministerio Fiscal) del extranjero procesado o imputado (hoy, investigado) en un delito. En concreto, dice lo siguiente:

11 El uso de las cursivas respecto del original ha sido modificado.

12 Secretaría General de Instituciones Penitenciarias: Instrucción 3/2019, normas generales sobre internos extranjeros, p. 3. La cursiva no está en el original.

13 Coincidentes, en todo o en parte, entre otros, BARQUÍN SANZ, J.: “De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional”, cit., p. 253; CARDENAL MONTRAVETA, S.: “Artículo 89”, en Corcoy Bidasolo, M., Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 345 y 346; GARCÍA ESPAÑA, E.: “La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015”, *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, nº 18, 2016, p. 11; GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.: “La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión”, cit., p. 135; RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14, 2012, pp. 4 y 39. De otra opinión, CANCIO MELIÁ, M.: “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)”, *Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de Estudios en Ciencias Penales y Criminología*, nº 002-04, 2007, pp. 10 y ss.

IGLESIAS RÍO, M.A.: “La expulsión de extranjeros”, en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 175, entiende que la modificación operada en el año 2015 “ni responde a razones de política de extranjería”, si bien con ella “nuestro sistema profundiza, una vez más, hacia el horizonte creador de un Derecho especial frente a los extranjeros”.

ROIG TORRES, M.: “La expulsión de los extranjeros en el proyecto de reforma del Código Penal. Análisis desde la perspectiva del TEDH. Unas notas sobre el Derecho británico”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 34, 2014, p. 469, añade otra razón, de índole económica: la crisis económica y las elevadas cifras de paro han conducido a priorizar al nacional frente al extranjero, de modo que la comisión de un delito es una excusa perfecta para excluirlos, sean comunitarios o no, tengan o no residencia legal. Volveremos sobre este extremo al abordar la respuesta a la pretendida concepción de la expulsión como medida de seguridad.

14 Es la tesis que sostuve en mi intervención “La reforma de la expulsión. Art. 89 CP” en el marco del seminario *Derecho penal e inmigración. Viejos modelos para nuevas realidades*, dentro de la 69ª edición de los Cursos de Verano de Cádiz, el 5 de julio de 2018. Agradezco ahora públicamente la amable invitación cursada por mis queridos colegas Juan Terradillos, María Acale y Diego Boza.

15 El art. 18 LORPM (Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, BOE nº 11, de 13 de enero) prevé el desistimiento de la incoación de expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar; el art. 19, el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima; y el art. 13, la modificación de la medida impuesta, pudiendo, incluso, dejarse sin efecto.

16 La Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, es conocida como ley de extranjería (LEX).

a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación.

En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior.

b) No obstante lo señalado en el párrafo a) anterior, el juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal.

Por otro lado, no deja de resultar sorprendente que, aun cuando la regla general en la determinación de la competencia de los Jueces y Tribunales penales españoles es, razonablemente, que “lo que pase en mi territorio lo juzgo yo” (art. 23.1 LOPJ, que consagra el criterio o principio de territorialidad¹⁷), la ley de extranjería prevea no saber lo que pasó. Es decir, se introduce una nueva excepción a la competencia de los Jueces y Tribunales penales españoles determinada en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Supone, además, subvertir el principio de prevalencia del orden penal sobre el administrativo¹⁸.

Representa, por último, una clara afectación del principio de culpabilidad, vigente por igual en el Derecho Administrativo sancionador¹⁹. Se adopta una medida sancionadora renunciando a la determinación de la culpabilidad del sujeto por el hecho cometido, sustituyén-

dola por un juicio de peligrosidad, que no de peligro, por razón de la legalidad administrativa de su estancia en territorio nacional.

En definitiva, esta modalidad de expulsión representa una anomalía respecto de nuestras garantías y reglas de imputación. Incluso, aunque escapa en mucho al objeto del presente trabajo, habría que estudiar si no representa una disfunción desde el punto de vista de los derechos fundamentales, en concreto, de los derechos a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva²⁰.

Hay otras dos previsiones en la ley de extranjería que contienen también una decisión de expulsión²¹. La primera es la contenida en el art. 57.1 LEX. Se trata de una *sanción administrativa* que, tras la lectura en clave de Derecho de la Unión Europea realizada por la STJUE, Sala Cuarta, de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14 (ZAIZOUNE), supone que frente al supuesto de hecho previsto en el citado precepto, la consecuencia jurídica debe ser la expulsión. El supuesto de hecho es la comisión de una infracción muy grave, de las previstas en el art. 54 LEX, o una infracción grave de las previstas en las letras a), b), c), d) y f) del art. 53 LEX. En concreto, la letra a) está dedicada a la permanencia irregular. La consecuencia jurídica es la expulsión del territorio nacional. Ello es así en tanto la citada sentencia declara contraria al Derecho de la Unión la previsión alternativa prevista en el citado art. 57.1 LEX, multa o expulsión.

Cuestión distinta son las posibles excepciones a la expulsión, previstas en las distintas directivas que resultan de aplicación, como son:

- Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, modificada por Directiva 2011/51/CE, de 11 de mayo²².
- Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir

17 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE nº 157, de 2 de julio).

18 En realidad, habría que matizar que se subvierte una vez más, pues ya es una realidad en otros ámbitos, por ejemplo, en el ámbito penal tributario con la liquidación vinculada a delito (LVD). Vid. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 156 y ss.

19 Vid., *in extenso*, HUERGO LORA, A.: *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 377 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, M.; SANZ RUBIALES, I.: *Derecho Administrativo sancionador. Parte General*, 4ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 431 y ss.; últimamente, NAVARRO CARDOSO, F.: “A vueltas con la vieja delimitación entre ilícito administrativo e ilícito penal, a propósito de algunos nuevos problemas” en Demetrio Crespo, E. (dir.), *Derecho Penal económico y Teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 263 y ss.

20 Vid. unas reflexiones sobre esta previsión legal en CONTRERAS ROMÁN, M.: “La expulsión administrativa como excusa de inacción penal”, *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 18, 2019, pp. 319 y ss.; GARCÍA ESPAÑA, E.: “Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: un mosaico de exclusión”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 19, 2017, pp. 5 y ss.

21 Vid., por todos, ÚBEDA TARAJANO, F.E.: “La sanción administrativa de expulsión de personas extranjeras”, *Actualidad Administrativa*, nº 1, 2019, pp. 1 y ss.

22 Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DOCE L 16, de 23 de enero de 2014).

libremente en el territorio de los Estados miembros²³.

- Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular²⁴.

La segunda previsión contemplada en la ley de extranjería que conlleva expulsión está inserta en el art. 57.2 LEX. Se trata de una *causa de expulsión*, de naturaleza, pues, no sancionadora, aplicable al extranjero que haya sido condenado, dentro o fuera de España, por la comisión de un delito doloso que tenga prevista en España pena privativa de libertad superior a un año.

Se trata de una previsión controvertida, delimitada en dos extremos relevantes por la jurisprudencia contencioso-administrativa, si bien vamos a recurrir para su exposición a la STS, Sala 3ª, 2041/2018, de 31 de mayo:

- No es una sanción administrativa, sino una medida o causa de expulsión. La citada sentencia da buena cuenta del intenso debate en relación con su naturaleza jurídica: el voto mayoritario entiende que se trata de una medida o causa de expulsión; el primer voto particular, emitido por el propio ponente (el insigne jurista Fernández Valverde) sostiene que se trata de una sanción administrativa; y el segundo voto particular, efectuado por el reputado administrativista Suay Rincón, que se trata de una consecuencia accesorio.
- La pena a tener en cuenta es la pena en abstracto y no la efectivamente impuesta, siempre que toda la pena prevista sea superior a un año; es decir, que la pena tenga como límite mínimo legal un año, con independencia de su extensión.

El art. 57.2 LEX prevé lo siguiente:

Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año,

salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

Es controvertida porque, aun cuando la sentencia penal, o posterior auto, no prevea la expulsión, esta debe decretarse, en todo caso, en aplicación de esta previsión (y con independencia de que al final se materialice o no, extremo siempre importante pero no relevante ahora mismo).

Es cierto que presenta algunas diferencias respecto del art. 89 CP. Por ejemplo:

- Solo está prevista para los delitos cometidos dolosamente, mientras que tal restricción no aparece en el art. 89 CP.
- Excluye solo la expulsión en caso de perpetración de los hechos delictivos tipificados en los arts. 312.1, 313.1 y 318 bis CP (apartado 8 del art. 57 LEX), mientras que la regulación penal incluye también el art. 177 bis (delito de trata de seres humanos).
- Toma para el cómputo la pena en abstracto, mientras que el art. 89 CP se refiere a la pena impuesta, es decir, a la pena en concreto.

En definitiva, se trata de una expulsión (administrativa) fundada en la existencia de antecedentes penales, “aun cuando ya ha saldado su deuda con la justicia y se le supone en un proceso de reinserción social”²⁵.

Sorprende la total desconexión entre la autoridad gubernativa y la judicial en relación con esta expulsión administrativa, pues solo tiene conocimiento de la expulsión sustitutiva del art. 57.7 LEX. De hecho, la Fiscalía Delegada de Extranjería solo tiene noticia de una expulsión administrativa si hay por medio menores de edad.

Por otro lado, estas fiscalías no conocen de todos los asuntos donde el autor sea un extranjero, sino solo y exclusivamente de aquellos respecto de los que tienen asignada la competencia (trata de seres humanos y delitos conexos, delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros y delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros). Por lo tanto, no es que no esté al tanto de las expulsiones gubernativas, tampoco

23 Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DOCE L 229, de 26 de junio). Fue traspuesta por el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE nº 51, de 28 de febrero).

24 Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DOCE L 348, de 24 de diciembre), conocida como “Directiva del retorno”.

25 GARCÍA ESPAÑA, E.: “El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión”, *Migraciones*, nº 44, p. 122. Vid. LARRAURI, E.: “Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2016, pp. 12 y ss., sobre el papel de los antecedentes penales como instrumento de expulsión directa (art. 57.2 LEX) e indirecta (arts. 31.7 y 57.1 LEX).

lo está respecto del resto de delitos donde el autor sea un extranjero.

Cuestión distinta es que en ejecución de sentencia surja algún problema, o la propia petición posterior de expulsión, e intervenga la Fiscalía.

En última instancia, la única conexión orgánica entre la expulsión administrativa y la expulsión penal es la Brigada de Extranjería del Cuerpo Nacional de Policía, encargada, en todo caso, de gestionar la expulsión, incluso, claro está, cuando el sujeto ha terminado de cumplir su pena en un centro penitenciario, y puede ser conducido del centro al aeropuerto a fin de ejecutar la expulsión. En los demás casos su intervención tendrá lugar vía la Delegación o Subdelegación del Gobierno correspondiente, a quien los Jueces y Tribunales tienen que dirigirse para comunicarle, de acuerdo con lo establecido en el art. 257.2 REX, las sentencias condenatorias a extranjeros por la comisión dolosa de delitos y con pena superior a un año, a fin de tramitar el correspondiente expediente de expulsión, pero solo en el caso de que se haya fijado la sustitución en sentencia. La realidad demuestra que ello no siempre sucede, entre otros motivos, porque la Fiscalía no lo solicita, porque falla la coordinación entre el centro penitenciario y Policía, o porque se trata de sujetos inexpulsables, en cuyo caso, aunque se produzca la comunicación anterior, cabe bien pensar que el sujeto será puesto inmediatamente en libertad una vez cumplida la condena (lo contrario constituiría una detención ilegal) y la Policía no aparecerá, lógicamente, a recogerlo²⁶.

Nada de esto tiene sentido. Aunque volveremos sobre ello en las conclusiones, podemos adelantar ya que, como resulta obvio, debe promoverse la derogación de una de las dos previsiones, o la prevista en el art. 57.2 LEX o la prevista en el art. 89 CP²⁷.

Una última aclaración. El art. 57.2 LEX solo se aplica a los extranjeros no comunitarios. A los extranjeros ciudadanos de países miembros de la UE se les aplica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo²⁸, que traspone al derecho interno la Directiva 2004/38/CE. En concreto, el art. 15.1 dice lo siguiente:

Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia:

...
c) Ordenar la expulsión o devolución del territorio español.

Únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública. Asimismo, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen.

En general, una característica en este ámbito es que, dicho sea de modo muy sintético, la legislación va por un lado y la jurisprudencia por otro. Obviamente no es exactamente así, ni debe ser exactamente así, pero expresa de un modo plástico la relevancia de los matices interpretativos que ha ido introduciendo el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia. Por ejemplo, la necesaria “lectura constitucional” del art. 57.2 LEX. Según el primero de los citados, no basta la mera existencia de una condena para que pueda procederse automáticamente a la expulsión. Deben analizarse las circunstancias del hecho y las personales del sujeto, al punto que una lectura y una aplicación no atenta a esas circunstancias, y una aplicación no suficientemente motivada, sería hoy inconstitucional²⁹. Esta lectura la imprime el Tribunal Constitucional trayendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que no ha tenido que hacer los esfuerzos del primero porque, como acabamos de leer, la misma legislación administrativa de aplicación al extranjero condenado es más respetuosa cuando está por medio un ciudadano comunitario. Claro que puede argüirse que eso es a lo que se refiere el art. 57.2 LEX cuando habla de la “previa tramitación del correspondiente expediente”.

26 A estas situaciones anómalas se refiere también GARCÍA ESPAÑA, E.: “La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015”, cit., p. 5.

27 La expulsión prevista en el art. 108 CP reviste una serie de peculiaridades, pero no es objeto de este trabajo.

28 BOE nº 51, de 28 de febrero; actualizado, por última vez, por el Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre (BOE nº 268, de 9 de noviembre).

29 Vid. ÚBEDA TARAJANO, F.E.: “La sanción administrativa de expulsión de personas extranjeras”, cit., pp. 6 y ss., y las resoluciones ahí citadas.

La ventaja, ciertamente, es que al final resulta que se va produciendo un tratamiento más homogéneo entre extranjeros condenados, sean ciudadanos comunitarios o no; eso sí, a cambio de dispensar el TJUE una tutela pretoriana a los derechos y garantías³⁰, con la desventaja que ello supone, pues bien sabemos que la trayectoria de los jurisprudencia comunitaria es más de idas y vueltas que de avance seguro y sin retrocesos.

2. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN LEGAL

2.1. Naturaleza jurídica

La reforma 2015 no ha cerrado el debate sobre la naturaleza jurídica de la expulsión penal³¹. Ya sostuvimos en su momento que no era una **pena**³², y sigue sin serlo. Desde el punto de vista formal, no está en el catálogo de penas del art. 33 CP.

Siguiendo en el plano formal, no es una consecuencia jurídica del delito en sentido estricto, por la sencilla razón de que no hay ningún delito que la tenga prevista.

Desde una perspectiva material, aunque lo tratamos con detenimiento en el siguiente apartado, adelantamos que en la actual regulación contenida en el Código Penal la expulsión es la regla general, con independencia de la duración de la pena de prisión impuesta.

Es cierto que se asemeja a una pena en tanto es impuesta con independencia de la voluntad del condenado; y que supone una restricción de derechos, fundamentalmente, del derecho a la libre circulación y a la residencia.

Además, ahora sí responde en parte a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, en tanto hay una cierta gradación en su duración. Así, por un lado, los apartados 1 y 2 prevén el cumplimiento de parte de la pena en atención a razones preventivo-generales. Por otro lado, el art. 89.5 CP prevé que el extranjero no pueda regresar a España en un plazo de cinco a diez años. E introduce como criterio para tal gradación, además de las circunstancias personales del penado, la duración de la pena sustituida. Por lo tanto, ciertamente

se está atendiendo, aunque se entienda que de un modo indirecto, a la cantidad de injusto o de culpabilidad.

Pero no persigue ningún fin resocializador. Respecto a los criterios de prevención general, justo todo lo contrario. Son expresas razones de prevención general positiva las que debe barajar el Juez o Tribunal, no para imponerla, sino para excepcionar la expulsión y hacer que el extranjero ingrese en prisión en España para que cumpla parte de la pena, o su totalidad³³. Es en esta clave en la que hay que interpretar las expresiones contenidas en los apartados 1 y 2 del art. 89 CP, “asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”.

En cuanto a la prevención especial, si excepcionalmente se determina el cumplimiento efectivo de la pena de prisión impuesta, dice el art. 89.1 CP que en este caso “se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional”. En iguales términos se expresa el apartado siguiente, cuando la pena impuesta es superior a los cinco años. Queda por aclarar la contradicción contenida en este apartado cuando prevé la posibilidad de cumplimiento íntegro pero, a continuación, se refiere a la sustitución del resto de la pena por la expulsión. Lo abordamos en el apartado siguiente.

Es obvio que no se vincula a fin resocializador alguno³⁴. Resocializar es el modo de referirse en el lenguaje técnico a la corrección³⁵. Y cuando se sustituye la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional es obvio que no se está pensando en la vida futura del extranjero en la sociedad en la que ha delinquido, la que le ha impuesto la pena.

Por otro lado, puede favorecer la desocialización. Ahondando en este último aspecto, dice Mir Puig que, aun cuando no basta la idea de la prevención especial para legitimar la pena (manejada en términos amplios como respuesta a la comisión de un delito), aquella no merece un rechazo absoluto en tanto la configuración de la pena tienda a impedir la recaída en el delito, lo que no es desde luego este el caso.

30 Vid. ÚBEDA TARAJANO, F.E.: “La labor del Tribunal de Justicia en orden a la protección de los derechos fundamentales”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2023, 2006, pp. 5 y ss.

31 De la misma opinión BOZA MARTÍNEZ, D.: *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, cit., p. 264, a quien remitimos, *in extenso*, sobre esta cuestión (pp. 259 y ss.).

32 NAVARRO CARDOSO, F.: “Expulsión ‘penal’ de extranjeros: una simbiosis de Derecho Penal ‘simbólico’ y Derecho Penal del ‘enemigo’”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 17, 2006, pp. 153 y ss.

33 De otra opinión, BOZA MARTÍNEZ, *ibidem*, p. 271, nota 49 y, fundamentalmente, pp. 259 y ss.

34 Sobre las contradicciones entre el acceso al medio abierto (tercer grado o libertad vigilada) como instrumento de la prevención especial y la expulsión, vid. CAMPOS HELLÍN, R.: “El medio abierto en España como vía de acceso a una expulsión tras la reforma de la LO 1/2015”, *Criminalidad*, vol. 59, nº 1, 2017, pp. 105 y ss.

35 ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General*, t. I, trad. y notas de la 2ª edic. alemana por Luzón Peña, D.M., Díaz y García Conlledo, M., de Vicente Remesal, J., Civitas, Madrid, 1997, p. 86.

Tampoco cabe rechazar la prevención especial, sigue diciendo el citado autor, cuando no contribuye a la desocialización del delincuente³⁶. Es evidente que, en muy apretada síntesis, la migración irregular responde, muy mayoritariamente, a razones de necesidad vital. De resultas, obligar a volver al lugar del que se ha huido porque no ofrece condiciones para una vida digna, claro que puede entenderse que favorece la desocialización.

A modo de resumen sobre este extremo, como sostiene Roxin, uno de los méritos de la resocialización (o, en su caso, de la no desocialización, añadimos) es que permite la conjugación de la protección del individuo y de la sociedad, al mismo tiempo que permite ayudar al autor, a “no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; [de modo que] con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado social”³⁷.

Tampoco responde a fines preventivo-especiales las excepciones a la expulsión. Es indubitado en el caso de los ciudadanos de la Unión Europea, pero también en el caso previsto en el apartado cuarto del art. 89, pues la proporcionalidad, en lo que aquí interesa y dicho de manera harto sintética, juega como criterio o medida, y tan proporcionada puede resultar una pena impuesta con criterios retribucionistas como preventivo-generales³⁸.

Es cierto que la desactivación de la deportación por razón del arraigo del extranjero puede tener una lectura en clave preventivo-especial. Pero en un sentido más ajustado lo que habría que decir es que la decisión de no expulsar se acercaría a una respuesta preventivo-especial³⁹, sin llegar a responder a dicha finalidad. En todo caso, reiteramos: no sería la expulsión la que se acercase a la función (o finalidad) de prevención especial, sino justo lo contrario, su excepción.

Siendo estas las previsiones, puede “entenderse” que Instituciones Penitenciarias promueva la expulsión⁴⁰. Incluso, que lo haga cuando se produzca el ingreso porque en su momento no se interesó la expulsión por el

Ministerio Fiscal, ni por la eventual acusación privada, de modo que no hay pronunciamiento del Juez o Tribunal sentenciador. En efecto. Carece de todo sentido la inclusión de interno en los itinerarios de tratamiento cuando el final va a ser expulsado del territorio nacional, y su “reinserción”, en el país de origen. Como bien dice González Tascón⁴¹, la imposibilidad de que puedan llegar a formar parte de nuestra sociedad constituye un auténtico desaliento para el desarrollo del ideal de reeducación y reinserción social. Por ello, la vía de la expulsión es favorecida por una política penitenciaria, encima limitada en recursos y necesitada de respuestas para reducir una tasa de población penitenciaria de las más elevadas de la Unión Europea.

Frente a todo ello podría argüirse que se despliegan efectos de prevención especial en tanto se busca la no comisión de hechos delictivos futuros y su integración de nuevo en la sociedad, de origen, como acabamos de apuntar.

La respuesta es más propia del epígrafe dedicado a las reflexiones en clave aporofóbica, pero podemos adelantar lo siguiente. En general, nadie se marcha de su país si no es para buscar condiciones dignas de vida, como ya tuvimos ocasión de reflexionar⁴². Resulta cuando menos paradójico que, como carecen de arraigo aquí, se les expulse para que recuperen el arraigo en su país de origen, cuando precisamente se marcharon de allí porque no era posible esa vinculación (laboral, claro, imprescindible para sostener con dignidad los otros lazos). De resultas, sostener que la expulsión responde a razones preventivo-especiales en tanto atiende a la reinserción del extranjero en su país de origen no deja de contener una alta dosis de cinismo.

Por último, su incumplimiento no acarrea un delito de quebrantamiento de condena. La previsiones legales son otras (art. 89.7 CP), que analizaremos más adelante.

Continuando con la delimitación de la naturaleza jurídica, no es una **medida de seguridad**, pues, de entrada, esta requiere un pronóstico futuro de peligrosidad

36 MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edic., Reppertor, Barcelona, 2015, p. 94.

37 ROXIN, *ibidem*, p. 87.

38 Vid. MIR PUIG, S.: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª edic., Bosch, 1982, pp. 25 y ss; el mismo, “Principio de proporcionalidad y fines del Derecho Penal”, en Echano Basaldía, J.I. (coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 349 y ss. Sobre el principio de proporcionalidad, *in extenso*, LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A.; RUSCONI, M.A. (dirs.): *El principio de proporcionalidad penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2014; DE LA MATA BARRANCO, N.J.: *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

39 Vid. CAMPOS HELLÍN, R.: “El arraigo como factor impeditivo de una expulsión tras la reforma de la LO 1/2015”, *Boletín Criminológico*, art. 4/2019 (nº 185), 2019, p. 2.

40 No por obvio está de más dejar apuntado que comprender no es aceptar.

41 GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.: “La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión”, cit., p. 135.

42 Vid. NAVARRO CARDOSO, F.: “Globalización, movimientos migratorios y política criminal”, en González Cussac, J.L. (dir.), *Fuerzas Armadas y seguridad pública: consideraciones en torno al terrorismo y la inmigración*, Universitat Jaume I, Castellón, 2007, pp. 239 y ss.

criminal del condenado, de conformidad con lo establecido en el art. 95.1 CP. En concreto, dice este precepto:

“Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias:

1.ª Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.

2.ª Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”.

Al respecto baste decir, a título de ejemplo, que un extranjero condenado por vez primera —delincuente primario— por un delito de robo con fuerza en las cosas en su modalidad básica, con superar en un día la pena mínima impuesta, en principio, *debe ser expulsado*. Siendo así, se torna muy difícil, por no decir imposible, cualquier valoración sobre la peligrosidad criminal futura del sujeto.

Además, decretada la expulsión, no cabe su cese o modulación, tal como prevé el art. 97 CP para las medidas de seguridad en general⁴³. Todo lo contrario, la previsión del párrafo segundo del art. 89.7 CP es que si el extranjero regresa a España y “fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa”; y por si eso solo no fuera suficiente para alejarla conceptualmente de una medida de seguridad, se añade, “empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad”.

Por supuesto, en tanto se ejecuta la expulsión, queda sin efecto la importante previsión del art. 98.2 CP respecto del sujeto peligroso⁴⁴. Así:

“Cuando se trate de cualquier otra medida no privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador recabará directamente de las Administraciones, facultativos y profesionales a que se refiere el apartado anterior, los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva”.

La STS 901/2004, de 8 de julio, calificó a la expulsión, no obstante, de medida de seguridad, argumentando que lo era porque estaba, y está, en el catálogo del art. 96 CP; precepto, por cierto, que tampoco fue actualizado, como el art. 108 CP, en la reforma 2015, lo que impide el recurso a la interpretación sistemática como argumento a favor de esta consideración.

Es cierto que la reforma 2010 introdujo la libertad vigilada, medida de seguridad a imponer a un condenado imputable por la comisión de determinados delitos. Esto provocó una profunda transformación en la arquitectura básica de esta otra consecuencia jurídica del delito. En tanto no se requiera ya la condición de inimputable o semiinimputable para la imposición de una medida de seguridad, ello podría servir de argumento para entender la expulsión como medida de seguridad. Pero como bien apunta Acale Sánchez, no deja de ser una respuesta fundada no en la “peligrosidad criminal” sino en la “peligrosidad social”; categoría supuestamente superada con la entrada en vigor del vigente Código Penal⁴⁵.

Se tratarían, en todo caso, de argumentos forzados. Aunque pudiera llegar a pensarse que el extranjero es un peligro social (que nunca lo será por su mera condición de no nacional), no satisface ninguna de las previsiones que justifican su consideración como medida de seguridad. Además, como luego veremos en el tratamiento de los datos, no es el extranjero en sí el peligro social, sino solo el “migrante sin papeles”; y más que de peligro social habría que hablar de carga económico-social, si nos guiamos por los objetivos perseguidos⁴⁶. De hecho, como apunta Martínez Escamilla, la política migratoria europea se explica con base en razones utilitaristas económicas, de costes-beneficios⁴⁷.

Por último, aunque conforme a la redacción actual del art. 89 CP se asemeja mucho a un **sustitutivo penal**, no lo es en realidad⁴⁸. Son varias las razones. Para empezar, no se trata de cambiar una pena de prisión por otra menos gravosa que sustituya al internamiento. Así, ni debe ser entendida como un beneficio, ni de hecho lo es, en la inmensa mayoría de los casos.

Ciertamente hay supuestos en los cuales el sujeto prefiere la expulsión al ingreso en prisión⁴⁹. También

43 ACALE SÁNCHEZ, M.: “Lección 34. Las medidas de seguridad”, en Berdugo Gómez de la Torre, I. *et al.*, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edic., Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016, pp. 519 y ss., 528.

44 *Ibidem*.

45 *Ibidem*, pp. 523 y 541.

46 Apunta también expresamente a la clave presupuestaria GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.: “La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión”, cit., p. ej., p. 153.

47 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: “Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2009, p. 5. Vid. *supra*, igualmente, la opinión de Roig Torres en la nota 13.

48 Coincidente, PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.: “Tema 21. Sustitución de las penas privativas de libertad”, en Suárez-Mira Rodríguez, C. (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte General*, t. I, 7ª edic., Civitas, Madrid, 2017, p. 476.

49 Es la llamada por CANCIO MELIÁ, M.: “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)”, cit., p. 15, “ambivalencia afflictiva”.

la prefieren aquellos que quieren continuar con la actividad delictiva. Es obvio que es un instrumento poco eficaz respecto de individuos que entran en el territorio nacional con el único propósito de cometer delitos. La solución en estos casos no pasa, precisamente, por la expulsión.

Otro argumento es que, en tanto el plazo mínimo de expulsión es de cinco años, puede no guardar proporcionalidad la pena sustituida con el período de expulsión.

Por último, si se quebranta la prohibición de regreso, puede que se reactive la pena originariamente impuesta, y la regla general es que la cumpla íntegramente; salvo que las conocidas razones de prevención general positiva aconsejen, excepcionalmente, otra cosa. Y ello siempre que no fuese sorprendido en la frontera, en cuyo caso, como ya vimos, será devuelto directamente por la autoridad gubernativa.

Las categorías clásicas se están transformando; en realidad, llevan tiempo transfigurándose. De seguro, están adquiriendo —si no han alcanzado ya— una holgura que en algunos casos, o muchos, desbordan su configuración clásica. Sucede en materia de garantías en relación con nuestros clásicos “límites del *ius puniendi*”. Sucede en la Teoría del delito. La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha supuesto un ensanchamiento de muchos contornos, cuando no una desfiguración en algunos de sus fundamentos teóricos propuestos, en sede de injusto y de culpabilidad. Y sucede en la Teoría de la pena. Encajar en la categoría de los sustitutivos penales a la expulsión penal de extranjeros es posible desde un punto de vista gramatical y sistemático, pero no desde luego atendiendo a una perspectiva teleológica ni lógica.

Rechazadas todas las posibles opciones, nos ratificamos en que la expulsión penal no deja de asemejarse a una **sanción administrativa**, si bien dejamos para las conclusiones del presente trabajo las reflexiones que ello conlleva⁵⁰.

La razón fundamental, como ya hemos expuesto, es la subordinación de la política criminal a otras agendas políticas que se gerencian con el Derecho Administrativo, general y especial.

2.2. *Ámbito subjetivo*

Desde un punto de vista formal, con la reforma 2015 se produce una ampliación del ámbito subjetivo. Hasta ella la expulsión penal solo alcanzaba al “extranjero no residente legalmente en España”, y ahora el art. 89 CP se debe aplicar a cualquier ciudadano extranjero, lo que acomoda la legislación penal en este punto a la legislación administrativa. Como dice la Circular 7/2015: “La medida de expulsión es susceptible de ser aplicada a partir de la reforma 1/2015 a un colectivo de personas que se acota sumariamente en la norma mediante el denominador común de no ser españoles”⁵¹.

Se ha producido, pues, un cambio sustancial: la clave ya no es la residencia sino la nacionalidad. Buena prueba de ello puede ser la STS 164/2018, de 6 de abril, FD 2º: aunque residente legal en territorio comunitario, es ciudadano estadounidense. Por lo tanto, en contra del tribunal de instancia, que no accedió a la expulsión porque no concurrían las razones del art. 89.4 CP, pues su situación era asimilable a la de un ciudadano comunitario, demandó en casación la aplicación del art. 89.1 CP. La Sala de lo Penal accedió, y su razonamiento es rotundo: impera la nacionalidad, no la residencia. O como dice la STS 397/2018, de 11 de septiembre, FD 3º: no se discute que goce de autorización de residencia, pero la reforma 2015 ha excluido como criterio delimitador del sujeto susceptible de expulsión la regularidad o no de la estancia en territorio nacional.

En relación con los ciudadanos comunitarios, en tanto uno de los derechos básicos configuradores del Derecho de la Unión Europea es la libre circulación y residencia dentro de los territorios de la Unión (arts. 20.2.a y 21.1 TFUE), solo cabe la expulsión cuando concurren determinadas circunstancias. Esta expulsión tiene, pues, carácter excepcional, y la tratamos más adelante, en el epígrafe dedicado a las modulaciones en la aplicación del art. 89 CP.

Este notable incremento “explica” que tampoco se introduzcan matices en relación con la residencia. No se distingue entre residentes temporales y no residentes, ni entre residentes temporales y de larga duración.

El arraigo es un criterio de modulación del régimen general (párrafo primero del art. 89.4 CP), pero no es menos cierto que no se hace distinguiendo alguno entre las varias formas de residencia, aunque algunos grupos lo intentaron durante la tramitación parlamentaria⁵². De

50 Coincidente, ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 8ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 539: “Más bien parece ser una sanción administrativa pero ejecutada por la jurisdicción penal”.

51 Fiscalía General del Estado: Circular 7/2015 de 17 de noviembre, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por la LO 1/2015, p. 2 [En línea: www.fiscal.es. Último acceso: octubre de 2020]. En la p. 3 especifica de modo pormenorizado quién es español desde el punto de vista civil.

52 Vid. CANO CUENCA, A.: “Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión”, en González Cussac, J.L. (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 367.

hecho, hay una previsión específica para los supuestos en que el extranjero haya residido en España en los últimos diez años, y pudiera pensarse que ese plazo hay que equipararlo o acercarlo a la larga duración. Sin embargo, es plazo no tiene su origen en la regulación administrativa. Conforme al art. 147 REX⁵³, “se halla en situación de residencia de larga duración el extranjero que haya sido autorizado a residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles”.

Advierte con razón Pinto de Barros que no ha dado cuenta el legislador de las razones de este cambio, pues, en efecto, el preámbulo no contiene explicación alguna⁵⁴, más allá de una mera referencia a los límites legales y jurisprudenciales a la expulsión del ciudadano comunitario. De hecho, como apunta esta autora, fue criticado por el Consejo Fiscal y por el Consejo de Estado en sus preceptivos informes a la proposición de ley del Gobierno, así como por algunos grupos parlamentarios, todo ello durante su tramitación parlamentaria⁵⁵.

Las cuestiones por dilucidar en relación con esta ampliación del ámbito subjetivo son, primera, su necesidad. La segunda, su trascendencia práctica, lo que conduce a verificar si se aplica o no. Esta la analizamos en el epígrafe siguiente, dedicado al estudio empírico de los datos. Su necesidad la abordamos en el penúltimo epígrafe, donde vertemos unas reflexiones con perspectiva aporofóbica, lo que ya adelanta una idea de la respuesta.

No obstante, puede dejarse aquí constancia ya de la existencia de opiniones divergentes. Un sector de la doctrina hace una valoración positiva. Así, Roig Torres sostiene que no le parece mal la equiparación entre ciudadanos comunitarios y extracomunitarios, por dos motivos. El primero, porque la libre circulación y residencia fundacional no tiene que garantizar la permanencia en el territorio de otro estado miembro cuando se ha delinquido. El segundo, que la expulsión no siempre favorece al condenado, de modo que la condición de ciudadano europeo podría privarle de la posibilidad de eludir la prisión⁵⁶.

Por último, en relación con los menores extranjeros que han delinquido, se suele afirmar que no pueden ser expulsados, lo que alcanza a los menores no acompañados. Respecto de estos últimos existió una funesta resolución de la Fiscalía General del Estado que hoy hay que considerarla “derogada”, y que recibió ya en su momento severas críticas⁵⁷. De “sin valor alguno” habla la ficha técnica contenida en la web de la Fiscalía General del Estado⁵⁸. Es la Instrucción 3/2003, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo. La propia Fiscalía entiende que sus contenidos han quedado sin valor alguno por contradicción con la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros no acompañados. Y, en todo caso, sostiene que ha quedado sin valor por disposición expresa del art. 189 REX, en tanto resulta de aplicación a los menores de dieciocho años sin discriminación alguna:

Lo previsto en el presente capítulo será de aplicación al extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación.

El contenido de este capítulo deberá interpretarse sin perjuicio de la posibilidad de que el menor extranjero no acompañado pueda cumplir los requisitos establecidos en los artículos 59 y 59bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, o en la normativa española en materia de protección internacional.

De hecho, parte de la Instrucción 6/2004 también se encuentra intensamente afectada por legislación posterior. Me refiero a las previsiones legales actuales en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados (art. 35 LEX y arts. 189 y ss. REX).

53 Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE nº 103, de 30 de abril), conocido como reglamento de extranjería (REX).

54 PINTO DE BARROS, A.: “Un análisis crítico de la medida sustitutiva de la pena de prisión impuesta al extranjero a la luz del derecho penal de un estado social y democrático de derecho”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 31, 2019, p. 3.

55 *Ibidem*, p. 3, notas 4, 5 y 6.

56 ROIG TORRES, M.: “La expulsión de los extranjeros en el proyecto de reforma del Código Penal...”, cit., p. 472. Vid., igualmente, LEGANÉS GÓMEZ, S.: “La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015”, *Diario La Ley*, nº 8579, 2015, pp. 8 y ss.; RECIO JUÁREZ, M.: “Claves de la reforma de la expulsión de extranjeros en el Código Penal”, *Diario La Ley*, nº 8602, 2015, cit., pp. 5 y ss.

57 Vid. NAVARRO CARDOSO, F.: “Expulsión ‘penal’ de extranjeros:...”, cit., p. 172, y la bibliografía ahí citada.

58 En línea: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/INS/INS_03_2003.html. Último acceso: octubre de 2020.

Que no se les pueda expulsar es objeto de discusión⁵⁹, y no quita que no se les pueda repatriar. Técnicamente no tiene nada que ver la repatriación con la expulsión. La duda surge, de entrada, y siguiendo a Ruiz Legazpi⁶⁰, por la existencia de un sutil paralelismo entre la expulsión de adultos y la repatriación de menores. Tal concordancia, sigue diciendo esta autora, induce a desconfiar de las verdaderas intenciones del legislador cuando hace prevalecer la repatriación para favorecer la reagrupación del menor con su familia de origen.

Dado que el porcentaje de efectivas repatriaciones es muy bajo⁶¹, dice esta autora, este divorcio entre los hechos y el Derecho puede dar a entender que la preferencia del legislador por la repatriación oculta la verdadera intención de fomentar la salida del país del menor; sobre todo, cuando existe la posibilidad de entregarlo a un centro de protección de menores de su país de origen. Y termina afirmando, en relación con esto, que: “La posibilidad de que la repatriación se efectúe para colocar al menor en los servicios de protección del país de origen supone un riesgo evidente de que la misma se aleje de la finalidad de reagrupación familiar”⁶².

La duda puede surgir a partir de las siguientes hipótesis: se desiste de la incoación del expediente al menor infractor, o se deja sin efecto la medida ya impuesta, y se pretende su retorno al país y familia de origen vía ley de extranjería. En este caso, se produce una sustitución no por una expulsión, sino por la repatriación.

Como bien advierte Ruiz Legazpi, aunque la ley de extranjería no prevea expresamente la prohibición de expulsión de un menor, el art. 39.4 de la Constitución española trae al espacio tutelador del menor las previsiones contenidas en los convenios internacionales que velan por sus derechos, lo que se resume, precisamente, en el título de su trabajo, “La protección de los menores extranjeros: el veto constitucional a su expulsión”⁶³.

En todo caso, la realidad es que es muy difícil la repatriación. De entrada, porque se desconoce el país de origen del menor, y este no va a facilitar la identificación, porque eso conllevaría activar la posibilidad del regreso. Además, dependiendo del país de origen, no se va a contar con una destacable colaboración de sus representaciones consulares, como reconoce, con carác-

ter general, la Fiscalía General del Estado en la Circular 7/2015⁶⁴. Al final, estos obstáculos también terminan representando una garantía para el menor de cara a su amparo y protección.

2.3. *Ámbito objetivo*

Aunque al momento de entrada en vigor del vigente Código Penal fue un recurso potestativo, desde la reforma 2003 la sustitución es preceptiva. “Las penas... serán sustituidas”, reza literalmente el art. 89.1 CP. Ello no obsta para que se prevean modulaciones.

La actual regulación establece dos regímenes aparentemente distintos: uno en el art. 89.1 CP, cuando la pena impuesta se sitúa en una horquilla entre un año y un día y cinco años, donde es excepcional el ingreso efectivo en prisión para el cumplimiento de la pena. De hecho, la jurisprudencia se refiere a este supuesto como de expulsión directa (por ejemplo, STS 16/3/2017, cit. por Clemente y Pena, 111). El otro en el art. 89.2 CP, cuando la pena impuesta, o la suma de ellas, es superior a cinco años, en cuyo caso se acordará la ejecución de toda o de una parte de la pena. Dicho de modo sintético, cuando la pena es entre uno y cinco años, la regla general es la expulsión; cuando supera esa barrera, el cumplimiento.

Ahondando en esta cuestión, hay una diferencia sustancial aparente entre las excepciones previstas en los apartados primero y segundo del art. 89 CP: en la primera es discrecional, en la segunda es imperativa. Así al menos se deduce, en efecto, de la literalidad empleada, pues en el primer caso dice la norma “el Juez o Tribunal podrá acordar la ejecución”, en el segundo, “el Juez o Tribunal acordará la ejecución”. No obstante, entiendo que cabe otra interpretación diametralmente opuesta, que es la seguida por algún autor⁶⁵ y me gustaría decir que por la jurisprudencia, pero tendremos ocasión de comprobar que esta carece, también en esta materia, de un criterio uniforme (aunque cada resolución, obviamente, afirme lo contrario).

En efecto. El art. 89.2 CP señala que cuando la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, o la suma de las impuestas, “el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena”. Leído el precepto has-

59 BOLLO AROCENA, M.D.: *Expulsión de extranjeros, Derecho internacional y Derecho europeo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 68 y 69, sostiene que el Derecho de la UE no prohíbe su expulsión, sino que se limita a exigir la observancia de las debidas garantías y, en todo caso, que se respete el “interés superior del menor”.

60 RUIZ LEGAZPI, A.: “La protección de los menores extranjeros: el veto constitucional a su expulsión”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 21, 2013, pp. 213 y ss.

61 En Canarias, territorio significativo en materia de migraciones, no se ha producido ninguna repatriación de un menor, salvo error u omisión por mi parte.

62 *Ibidem*, p. 218.

63 *Ibidem*, pp. 226 y ss., 230 y ss.

64 Fiscalía General del Estado: Circular 7/2015..., cit., p. 2.

65 BARQUÍN SANZ, J.: “De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional”, cit., pp. 253 y 254.

ta aquí, puede entenderse que este es el criterio general en estos casos. Sin embargo, sigue diciendo, tras el recurso a una simple coma, “*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”. ¿Puede interpretarse que la regla general sigue siendo la expulsión y solo cabe el efectivo cumplimiento de la pena de prisión, total o parcial, cuando concurren esas razones de prevención general positiva?

La doctrina opina creo que mayoritariamente lo primero, esto es, que la regla general es el cumplimiento⁶⁶. En concreto, Muñoz Conde y García Arán sostienen que, en estos casos, los criterios de prevención general positiva “sólo deben utilizarse para decidir si el cumplimiento en España es total o parcial”⁶⁷. Incluso, se llega a sostener de manera explícita que el cumplimiento es obligatorio⁶⁸ (con seguridad, una parte de él, de acuerdo con esta tesis y la redacción del precepto). Y aparenta ser la opinión de la Fiscalía General del Estado en tanto interpreta que la norma concede un amplio margen de discrecionalidad al Juez o Tribunal para que decida la parte de la pena a cumplir⁶⁹.

Sin duda alguna, esta interpretación es la más razonable. Fundamentalmente, por una aparente coherencia intrasistémica, al establecerse dos regímenes distintos en dos apartados diferentes.

Razones históricas, por el contrario, invitan a un entendimiento distinto. Desde la redacción originaria del art. 89 CP se distinguía entre penas privativas de libertad inferiores y superiores a seis años. Y cabía la expulsión siempre que, en el segundo caso, el extranjero condenado hubiese cumplido las tres cuartas partes de la condena. Los distinguos se van sucediendo con las posteriores reformas, si bien han mantenido esa distinción básica: expulsión en el caso de penas inferiores a seis años, cumplimiento en el caso de penas superiores a ese tiempo, y deportación desde que se alcanza el tercer grado o la libertad condicional. Si el legislador que-

ría mantener ese criterio histórico, bien fácil lo tenía: bastaba con no tocar la fórmula que, con una matiz u otro, venía desde la entrada en vigor del Código Penal.

Pero ha cambiado la redacción, ostensiblemente. Ahora solo entrará en juego la previsión histórica de la expulsión al acceder al tercer grado o a la libertad condicional cuando excepcionalmente se esté cumpliendo condena.

También razones teleológicas invitan a sostener la interpretación propuesta. Con las modificaciones necesarias para no entrar en clara contradicción con la legislación comunitaria y la jurisprudencia europea y constitucional española, la reforma 2015 supone una expansión de la expulsión: a la extensión del ámbito subjetivo le sigue una extensión del ámbito objetivo.

Más se ahondaría en esa línea si, cumpliendo condena el sujeto, resultase que de algún modo se animase a las juntas de tratamiento de los centros penitenciarios a que facilitasen el acceso al tercer grado o a la libertad condicional, lo que permitiría ponerlo en conocimiento del tribunal sentenciador a fin de materializar la expulsión⁷⁰. Si no estaba prevista, en estos casos podría bastar acudir a la previsión del art. 197 RP para que, hecho, el sujeto salga del territorio nacional; siendo muy consciente de las diferencias entre ambas previsiones.

Conforme a este criterio de interpretación de la norma jurídica⁷¹, pudiera pensarse que la *ratio legis*, definida en el preámbulo, apunta en sentido contrario. En este se dice en concreto que “los jueces y tribunales deberán establecer, en todo caso, qué parte de la pena impuesta debe ser cumplida efectivamente en prisión, cuando se hayan impuesto penas de más de tres años”⁷². Dos observaciones: la primera es que, como es por todos sabido, queda la duda de si un preámbulo expresa la razón de la norma o la voluntad del legislador, y responde a cierta lógica pensar que, cuando menos, expresa la *voluntas legislatoris*; y la segunda es que los preámbulos no están siendo lo rigurosos que es de esperar (afirmando cosas que, cuando menos, no se ajust-

66 Entre otros, MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 556; PINTO DE BARROS, A.: “Un análisis crítico de la medida sustitutiva de la pena de prisión...”, cit., p. 8; PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.: “Tema 21. Sustitución de las penas privativas de libertad”, cit., p. 481.

67 *Ibidem*.

68 CANO CUENCA, A.: “Especial consideración de la expulsión de los extranjeros...”, cit., p. 369: “De forma obligatoria, las penas superiores a cinco años o cuya suma exceda de esa duración...”.

69 Fiscalía General del Estado: Circular 7/2015..., cit., p. 5.

70 Así lo constataron también COMAS DÁRGEMIR, M.; SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C.; NAVARRO, E.: “Sustitución de la pena por expulsión: principio de proporcionalidad, audiencia del acusado y del penado, distintas fases procesales (art. 89 CP)”, *Jornadas de la Comisión Penal de Jueces para la Democracia*, Valencia, 17 y 18 de diciembre de 2012 [En línea: <http://www.juecesdemocracia.es>. Último acceso: octubre de 2020].

71 Sigo los criterios expuestos por ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 109 y ss.

72 Párrafo octavo del apartado cuarto del preámbulo de la LO 1/2015.

tan del todo a la realidad)⁷³, y como para muestra un botón, el preámbulo de la LO 1/2015 habla del límite de tres años, cuando luego se comprueba al llegar al artículo 89 que es cinco.

Razones gramaticales invitan, de igual modo, a sostener la interpretación propuesta. En el art. 89.2 CP, como ya apuntamos, entre el anuncio de la ejecución de la pena y el desenlace de la expulsión lo que media es una mera coma seguida de un conector con un significado que se nos antoja indubitado: “en la medida en que” está matizando el anuncio, supeditándolo al cumplimiento de un requisito, la satisfacción de unas demandas preventivo-generales positivas.

Barquín Sanz aporta razones de lógica. Sostiene que carece de sentido que se le conceda al Juez o Tribunal la posibilidad de elegir entre dos opciones extremas, como puede ser el cumplimiento íntegro de una pena de, por ejemplo, seis años, o el mero cumplimiento de unas semanas seguido de la expulsión⁷⁴.

Por último, razones extrasistemáticas también vienen en apoyo de esta tesis. El art. 27.1 de la Directiva 2004/38/CE, reguladora del derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE, establece que estos pueden ser expulsados del territorio de otro país miembro por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Y el apartado segundo dice que no pueden argüirse meras razones de prevención general para fundamentar la expulsión. Formulando el razonamiento en sentido contrario, si el art. 89 CP ordenase en su apartado segundo un régimen de cumplimiento, pero excepcionado por razones preventivo-generales, el régimen penal español entraría en contradicción con el Derecho de la Unión Europea.

La interpretación propuesta es un argumento más que se une a la que vuelve a adelantarse que es una de las conclusiones de este trabajo: la expulsión del Código Penal de esta suerte de “sanción administrativa penalizada”.

En cuanto a la jurisprudencia, su interpretación se ubica en esta posición. Sostiene que hay un régimen general, aplicable a todas las penas de prisión superiores a un año impuestas a extranjeros (*v.gr.*, SSTS 221/2017, de 29 de marzo, FD 7º; y 164/2018, de 6 de abril, FD 2º), con independencia de que, dependiendo, sobre todo, del delito cometido, se entienda necesario el cumplimiento de una parte de la condena en España.

Esos delitos suelen tráfico de drogas en su modalidad agravada, y terrorismo.

En otro orden de cosas, en el supuesto previsto en el art. 89.1 CP no cabe el cumplimiento total de la pena prevista. Como máximo se prevé el cumplimiento de dos tercios de la pena impuesta. Por lo tanto, en tanto la pena sea inferior a cinco años, el cumplimiento máximo efectivo antes de la expulsión es de tres años y tres meses.

Si la pena es superior a cinco años más un día, no fija el art. 89.2 CP ningún plazo máximo de cumplimiento. En estos supuestos la expulsión tendrá lugar cuando se cumpla el tiempo fijado o, en todo caso, cuando el extranjero condenado acceda al tercer grado o a la libertad condicional.

Si se fija el cumplimiento total conforme al art. 89.2 CP, no cabe la expulsión con base en este precepto, pero puede tener lugar por aplicación de la legislación administrativa, hasta tanto no se produzca la cancelación de los antecedentes penales (art. 57.2 LEX). Como el límite mínimo fijado es un año, de conformidad con el art. 136.1 d) CP, la Administración tiene un plazo mínimo de tres años para expulsar.

Ya el Tribunal Constitucional rechazó la expulsión en casos en que estaba la pena prácticamente cumplida. Así, la STC 145/2006, de 8 de mayo, sostiene que, “dado lo avanzado del cumplimiento de la pena privativa de libertad por el penado, [de pretender la expulsión del territorio nacional en ejecución de sentencia] realmente se produciría una acumulación sucesiva de dicha pena y de la medida de expulsión”.

Es más, se ha venido advirtiendo que expulsar al extranjero cuando ha cumplido la mitad de la pena (como regla general, para el acceso al tercer grado *ex art.* 36.2 CP) o las tres cuartas partes (como regla general, para el acceso a la libertad condicional *ex art.* 90 CP) puede entenderse discriminatoria y trasgresora de la prohibición del *bis in idem*, en tanto la expulsión puede ser concebida, en tanto medida postpenitenciaria, como una ejecución subsiguiente o acumulativa⁷⁵. De hecho, hay pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, caso de la STS 901/2004, de 8 de julio (Cardenal, 351).

Sostiene Iglesias Río, tras afirmar que esta previsión de ulterior expulsión resulta criticable por lo que supone de acumulación sucesiva sancionatoria, que también hay argumentos preventivo-generales para sostener la posición contraria: se evita la sensación de impunidad,

73 Se me ocurre, sobre la marcha, el blanqueo imprudente, que se ha ido introduciendo en las legislaciones penales, se dice en los preámbulos o exposiciones de motivos, por mor de obligaciones internacionales, cuando no existe ningún convenio internacional que obligue a ello.

74 BARQUÍN SANZ, J.: “De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional”, cit., p. 254.

75 Vid., entre otros, MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 556; CANO CUENCA, A.: “Especial consideración de la expulsión de los extranjeros...”, cit., p. 370; GARCÍA ESPAÑA, E.: “El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión”, cit., p. 123.

se evita provocar efectos criminógenos, y, atendiendo a la gravedad del hecho, se respetaría el principio de proporcionalidad⁷⁶.

Me parece oportuno matizar esa pretendida finalidad estabilizadora asociada a “evitar la sensación de impunidad”. No es este el lugar adecuado para abordar los objetivos y contenidos de la prevención general positiva. Es indudable que desempeña un papel de contrapeso frente al peligro al terror penal que puede representar la prevención general negativa o intimidatoria. Pero, del mismo modo, poner el acento solo y exclusivamente en la perspectiva estabilizadora de la pena puede conducir a equiparar prevención general solo a prevención general positiva. Precisamente por ello resulta criticable el recurso a expresiones asociadas a esa visión supremacista de la prevención general positiva como “restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”. Como reconoce la Fiscalía General del Estado, tal expresión la traducción es: “es decir, evitar la sensación de impunidad”. Y no solo ella, también el Tribunal Supremo (STS 164/2018, de 6 de abril, FD 2º). Como ya sostuve en su momento, y precisamente en relación con el art. 89 CP, eso es Derecho Penal simbólico⁷⁷. En el siguiente epígrafe volvemos sobre ello.

Y tengo más remedio que discrepar de uno de los argumentos expuestos. Desde el momento en que es posible que tras el cumplimiento de parte de la pena de prisión se expulse a una persona prohibiéndole regresar por un período de tiempo que puede ser hasta diez veces superior (apartado 1 en relación con el apartado 5, ambos art. 89 CP), me parece difícil sostener la proporcionalidad de la acumulación.

En todo caso, es obvio que hay una franca desatención al principio de taxatividad. Si se lee atentamente el art. 89.2 CP dice que “...el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o de parte de la pena”, y, tras un punto y seguido: “En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena...”. Obviamente, si se acordó y se cumplió la totalidad de pena impuesta, no hay resto de pena que sustituir.

El art. 89.2 CP ha cerrado la discusión en relación con la acumulación de penas: “Cuando hubiera sido

impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración...”.

Persisten, no obstante, dos dudas: Primera. ¿Cabe cuando ninguna pena aisladamente considerada sea superior a un año, aunque sí la suma de todas ellas o de algunas de ellas? Según Pinto de Barros, no: “A una interpretación contraria abstaría tanto el elemento gramatical —el apartado 1 alude a penas de prisión en plural— como sistemático —el apartado 2 hace referencia expresa a la suma de penas a los efectos del supuesto ahí previsto. Luego, nos parece legítimo concluir que si el legislador hubiera querido que se sumaran las penas para acordar la sustitución lo hubiera igualmente manifestado de un modo expreso”⁷⁸. En definitiva, cabe la suma pero cada una de ellas debe tener un mínimo de duración de un año⁷⁹.

Segunda. ¿Tienen que ser penas impuestas en un mismo procedimiento, o pueden sumarse penas impuestas en distintas sentencias? Dada la redacción tan amplia que tiene hoy esta previsión, y aunque la acumulación de penas está formulada (art. 76 CP y art. 988 LECrim) e interpretada jurisprudencialmente (v.gr., SSTS 239/2019, de 9 de mayo; y 283/2019, de 30 de mayo) en términos de favorecimiento al reo, no resulta descabellado que se piense en una acumulación en la ejecutoria de la última pena impuesta de otras fijadas en otros asuntos cuando la expulsión no va a resultar beneficiosa para el sujeto. Otro motivo más para proponer su salida del Código Penal.

Se le concede al Juez o Tribunal un amplio margen decisorio en el caso de cumplimiento parcial, al punto de que la norma no introduce ningún tipo de criterio orientador. No deja de resultar paradójico, en tanto una de las características del sistema de penas a raíz de las sucesivas reformas del Código Penal es el acortamiento del margen de discrecionalidad judicial, aunque es cierto que no en este caso⁸⁰.

La otra gran modificación del ámbito objetivo es que se pasa de un límite máximo de pena para decretar la sustitución a un límite mínimo. En efecto, hasta la reforma 2015, la sustitución cabía respecto de penas privativas de libertad inferiores a seis años. Ahora, se sustituirá toda pena de prisión superior a un año y un

76 IGLESIAS RÍO, M.A.: “La expulsión de extranjeros”, cit., pp. 178 y 179.

77 NAVARRO CARDOSO, F.: “Expulsión ‘penal’ de extranjeros...”, cit., pp. 177 y ss.

78 PINTO DE BARROS, A.: “Un análisis crítico de la medida substitutiva de la pena de prisión...”, cit., p. 8. De otra opinión, IGLESIAS RÍO, M.A.: “La expulsión de extranjeros”, cit., p. 177: “el artículo 89 CP ha bajado el umbral mínimo para la expulsión a penas de prisión a partir de un año; e incluso podría aplicarse a la suma de varias infracciones individualmente penadas con menos sanción”.

79 En igual sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.: “La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión”, cit., p. 167.

Dejo constancia de mi agradecimiento al Prof. Jesús Barquín por adelantarme verbalmente su opinión al respecto, que se verá reflejada en una próxima publicación sobre discrecionalidad judicial.

80 De la misma opinión, IGLESIAS RÍO, M.A.: “La expulsión de extranjeros”, cit., p. 176, para quien la actual redacción ha huido del automatismo anterior, lo que abordamos en el apartado siguiente, al tratar las modulaciones.

día, sin que haya obstáculo formal para sustituir, incluso, una cadena perpetua, la eufemísticamente llama prisión permanente revisable⁸¹.

Por último, en cuanto a la pena sustituible, la reforma 2015 se refiere expresamente a pena de prisión. Por lo tanto, quedan excluida la pena de localización permanente y la responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa.

Con ello se cierra uno de los debates existentes hasta la fecha en relación con la delimitación de este expediente de la expulsión penal. En efecto, se discutía sobre la posibilidad de que la sustitución alcanzase a las otras penas privativas de libertad, como son la de localización permanente y el arresto sustitutorio por impago de la multa. De hecho, la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, la admitía. No obstante, la propia ficha técnica de la Circular inserta en la web de la Fiscalía General del Estado afirma: “Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 queda sin contenido buena parte de las conclusiones recogidas en la Circular”⁸².

2.4. Modulaciones en el régimen de aplicación

La regla general del carácter obligatorio de la expulsión ha sido suavizada con las dos últimas reformas, la de 2010 y la de 2015. Muñoz Conde y García Arán sostienen que ello es así al menos aparentemente⁸³. Vamos a tener ocasión de verificarlo, porque, qué duda cabe, si no se limita su aplicación, la ampliación del ámbito subjetivo conllevaría una discriminación por razón de nacionalidad, como la propia Fiscalía General del Estado admite⁸⁴.

2.4.1. Penas inferiores a un año de prisión

La primera modulación es la imposibilidad de sustituir la pena de prisión cuando sea inferior a un año. Es una novedad introducida por la reforma 2015, pues hasta ahora ese momento solo existía el límite superior, seis años, pero no existía límite inferior.

En el epígrafe introductorio constatamos que el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 justifica esta limitación en el acompasamiento del texto punitivo con la legislación de extranjería. No deja de sorprender tal

afirmación, pues tal previsión se produjo con la reforma de dicha legislación llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000, que también modificó, como ya vimos, el art. 89 CP. Tiempo han necesitado para tan simple acomodación.

2.4.2. Exigencias de prevención general positiva en relación con extranjeros no comunitarios

Como tuvimos ocasión de analizar en el apartado anterior, la expulsión del extranjero condenado a una pena de prisión puede diferirse en el tiempo por razones de prevención general positiva. Con independencia de la cantidad de pena impuesta, tanto el apartado primero como el segundo del art. 89 CP prevén —“excepcionalmente”, “en la medida en que”, respectivamente— que el Juez o Tribunal establezca el efectivo ingreso en prisión y cumplimiento de la pena “cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”.

Ya vimos como cabe entender que aun cuando la pena impuesta sea superior a cinco años de prisión, la regla general sigue siendo la expulsión, de modo que solo cabe que el Juez o Tribunal acuerde la ejecución de todo o parte de la pena si y solo si razones preventivo-generales lo aconsejan.

El recurso a estas expresiones ha suscitado la crítica de quienes se han ocupado de esta previsión, objeciones que ya se formularon durante la tramitación parlamentaria. En síntesis, se arguye, con razón, que es una fórmula plagada de conceptos jurídicos difusos, que pueden llegar a comprometer los principios de seguridad jurídica, igualdad, legalidad y taxatividad⁸⁵.

Además, como advierten acertadamente Orts Berenguer y González Cussac, el segundo criterio, “restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”, es “ajeno absolutamente a nuestra tradición jurídica y además refuerza una concepción de prevención general de esta medida de difícil armonía con parámetros que atienden al arraigo y circunstancias personales del reo”⁸⁶.

La interpretación de la Fiscalía General del Estado es clara: por la segunda hay que entender “evitar la sensación de impunidad”⁸⁷, y ya manifestamos más atrás nuestra opinión al respecto: poner el acento en la

81 GONZÁLEZ TASCÓN, *ibidem*.

82 En línea: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_05_2011.html. Último acceso: octubre de 2020.

83 MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 555.

84 Fiscalía General del Estado: Circular 7/2015..., cit., p. 1.

85 ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 538 se refieren a estos conceptos como “significativamente indeterminados, flexibles y muy abiertos”.

86 *Ibidem*. De otra opinión, IGLESIAS RÍO, M.A.: “La expulsión de extranjeros”, cit., p. 179.

87 Fiscalía General del Estado: Circular 7/2015..., cit., p. 6.

idea estabilizadora de la norma como contenido esencial de la prevención general positiva puede desvirtuar, de entrada, la meta integradora que también tiene este otro fin de la pena. En todo caso, no hay que perder de vista que el papel del Derecho Penal se reduce a emitir juicios de reproche por la cantidad de injusto material de una conducta en tanto en su dirección de ataque se encuentra un interés digno de tutela penal.

En todo caso, los criterios deben ser interpretados de modo restrictivo, pues el texto deja meridianamente claro que el recurso a los mismos debe ser excepcional; acorde, por lo demás, con la finalidad no confesada de reducir la población penitenciaria extranjera⁸⁸.

2.4.3. Ciudadanos de la Unión Europea

El párrafo segundo del apartado cuarto del art. 89 CP prevé la expulsión, incluso, de los ciudadanos de la Unión Europea⁸⁹. Como es por todos conocido, los ciudadanos comunitarios gozan del derecho a la libre circulación. Acorde con las propias previsiones del Derecho de la UE, se modula la orden legal de expulsión a las exigencias propias de dicha normativa. Queda una duda: si lo previsto en el párrafo tercero (personas residiendo más de diez años) va referido a todos los extranjeros, en general, o solo a los ciudadanos de la Unión.

Se trata, pues, de la activación de la sede penal para proceder a una expulsión ya prevista en la normativa de la UE y en nuestra legislación administrativa.

Analicemos las previsiones de esta incorporación.

2.4.3.1. Concurrencia de razones de orden público o seguridad pública

La primera modulación es que solo son expulsables los ciudadanos comunitarios cuando representen “una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública”⁹⁰.

Lo prevé el art. 27.1 de la antes citada Directiva 2004/38/CE:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente capítulo, los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos”.

La propia norma aporta criterios para interpretar tal requisito (art. 27.2): debe ser proporcional y tener en cuenta exclusivamente la conducta personal del interesado.

Tales criterios son recogidos de modo expreso por el Código Penal: por un lado, dice que en estos casos se debe atender “a la naturaleza, circunstancias, y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales”; por otro, introduce como criterio general de modulación de la expulsión la proporcionalidad, de la que luego nos ocuparemos.

También dice la Directiva en el párrafo segundo de su art. 27.2 lo siguiente:

“La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general”.

Por cierto, como no pueden argüirse meras razones de prevención general para fundamentar la expulsión, ya expusimos que esto puede coadyuvar al razonamiento —formulado *a sensu contrario*— de que, en realidad, el art. 89 CP no establece un régimen de cumplimiento efectivo en su apartado segundo, excepcionado por razones preventivo-generales. Planteado en estos términos, el régimen penal español estaría contradiciendo el Derecho de la Unión Europea.

Entre los criterios personales advierte la Directiva que “la existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas” (art. 27.2 *in fine*). Los antecedentes penales no son, pues, causa suficiente para fundamentar la expulsión. De hecho, el art. 89.4 CP los prevé, si bien es cierto que junto con el resto de las circunstancias personales y del hecho.

Por último, la normativa comunitaria —y, obviamente, la norma española de trasposición—, estipula también como criterio excepcional para la expulsión la salud pública. Razones de legalidad estricta debieran invitar a la exclusión de este criterio en sede penal⁹¹.

2.4.3.2. Más de diez años de residencia

La segunda modulación es que lleven más de diez años de residencia.

88 PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.: “Tema 21. Sustitución de las penas privativas de libertad”, cit., p. 476.

89 Sobre el alcance subjetivo del concepto “ciudadano de la Unión Europea”, vid. Fiscalía General del Estado: Circular 7/2015..., cit., pp. 10 y ss.

90 Vid. una aproximación a ambas categorías en CAMPOS HELLÍN, R.: “La expulsión de los extranjeros comunitarios infractores tras la reforma de la LO 1/2015 y la reinserción social”, cit., pp. 12 y ss.

91 De la misma opinión PINTO DE BARROS, A.: “Un análisis crítico de la medida sustitutiva de la pena de prisión...”, cit., p. 4.

Esta previsión es objeto de controversia. Se discute si va referida a todos los extranjeros en general, o solo a los ciudadanos de la Unión europea.

Un sector de la doctrina se muestra partidario de aplicarlo solo a los ciudadanos de la UE⁹². Es también el criterio de la Fiscalía General del Estado⁹³, no así el de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, como constataremos más abajo.

Como argumentos en favor de que solo afecta a los ciudadanos comunitarios se esgrimen, en primer lugar, razones intrasistemáticas; en concreto, la ubicación, en el apartado dedicado a los ciudadanos de la UE⁹⁴.

Lo cierto, sin embargo, es que el apartado no está dedicado solo a los ciudadanos comunitarios, pues también contiene la modulación por razón de la proporcionalidad, y es común a todos los extranjeros.

Se arguyen también motivos extrasistemáticos: la relación con la normativa de la UE, la Directiva 2004/38/CE, y con normativa interna, el RD 240/2007⁹⁵.

Dejando de lado que el citado Real Decreto es solo norma de trasposición de la norma comunitaria, ciertamente la ya citada Directiva, reguladora del ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia de la ciudadanía de la Unión Europea, prevé una protección específica contra la expulsión cuando se haya residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores [letra a) del art. 28.3].

Ahondando en este argumento, sostiene Barquín Sanz que combinando lo que dice este tercer párrafo con lo dicho en el primero (la exigencia de proporcionalidad), “no se obtendría ninguna aportación normativa con un mínimo de sentido”, de modo que hay que descartar que se refiera a los extranjeros en general.

Esa afirmación cobra pleno sentido con la crítica que vierte a continuación sobre la técnica legislativa empleada. Reprocha Barquín que no es razonable incluir en un mismo apartado dos previsiones tan heterogéneas como la atenuatoria de proporcionalidad y la exasperante que permite la expulsión de ciudadanos comunitarios.

Tal razonamiento resulta intachable si, en efecto, de esta previsión se hace esa lectura exasperante. Pero cabe otra en sentido contrario.

En efecto. Está por ver que tenga ese sentido lo contenido en este tercer párrafo referido a quienes llevasen residiendo en España durante los diez años anteriores. En primer lugar, si acudimos a la aparente fuente originaria, el art. 28.3 de la Directiva, dedicado a la protec-

ción contra la expulsión de un ciudadano de la UE del territorio de otro Estado miembro, no exige más que “motivos imperiosos de seguridad pública” para levantar la prohibición de expulsión. El Código Penal, por el contrario, añade ulteriores requisitos para que se pueda proceder a ella: que se haya cometido un delito, y no cualquiera, sino uno de los expresamente previstos. Así, dice:

La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.

Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además:

a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundamentalmente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

De resultas, no tiene una conformación estrictamente atenuatoria, pero sin duda alguna, en tanto eleva los requisitos exigidos por la propia normativa comunitaria para poder proceder a la expulsión de un ciudadano de la UE, tiene un claro sentido restrictivo.

Y conste que se podría exasperar la lectura restrictiva. Así, el “además” del tercer párrafo, y los delitos que cita a continuación, pudiera interpretarse en el sentido de exigir no solo una sentencia condenatoria que contenga pena de prisión sino, además, que el sujeto tenga antecedentes penales por alguno de los citados delitos.

En segundo lugar, no hay que perder de vista que el texto punitivo suma, en todo caso, a la nueva comisión de unos determinados delitos con pena de prisión superior a un año y un día, la amenaza grave al orden público o a la seguridad pública (por remisión al apartado 2).

Un último argumento se esgrime acudiendo a los criterios de interpretación en razón de sus efectos, y se termina sosteniendo que pretender la aplicación a todos los extranjeros supone una interpretación extensiva y analógica. Esto implica que se va más allá del máximo del sentido literal posible⁹⁶.

Realmente, se acomodan al sentido literal tanto una interpretación como la otra, es decir, entender que se

92 Vid., entre otros, BARQUÍN SANZ, J.: “De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional”, cit., p. 251; IGLESIAS RÍO, M.A.: “La expulsión de extranjeros”, cit., pp. 182; PINTO DE BARROS, *ibidem*.

93 Fiscalía General del Estado: Circular 7/2015..., cit., p. 15.

94 PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.: “Tema 21. Sustitución de las penas privativas de libertad”, cit., p. 482.

95 BARQUÍN SANZ, *ibidem*.

96 PINTO DE BARROS, *ibidem*, p. 5.

está refiriendo a todos los extranjeros, o solo a los comunitarios. Y si se trata de una analogía *in bonam partem*, es indubitada la admisión de las interpretaciones analógicas que benefician al reo.

A favor de la interpretación extensiva, es decir, que la previsión afecta a todos los extranjeros en general, se sitúa otro sector doctrinal⁹⁷.

A los contraargumentos expresados se suma, en interpretación auténtica, el contenido del apartado IV del preámbulo, donde se dice, volvemos a reproducirlo:

“La sustitución de las penas de prisión por la medida de expulsión del territorio nacional en el caso de delitos cometidos por un ciudadano europeo, se contempla con carácter excepcional, reservándose a aquellos supuestos en los que su autor representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, así como en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que deberán ser tenidos en cuenta por los jueces y tribunales en la interpretación y aplicación del precepto correspondiente”.

El legislador dice, expresamente, que la excepcional expulsión del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea se restringe a los casos en los que el condenado representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública. Y no dice más. Es cierto que los preámbulos y las exposiciones de motivo carecen de valor normativo directo⁹⁸, que permiten conocer, al menos, la *voluntas legislatoris*; pero no parece muy coherente criticar los preámbulos unas páginas atrás y acudir ahora a ellos buscando argumentos.

Otra razón es la propia coherencia intrasistémica. El apartado cuarto contiene tres modulaciones a la regla general de la expulsión:

- Primera: debe ser proporcional.
- Segunda: si se trata de un ciudadano comunitario, solo cabe cuando suponga una grave amenaza para el orden y la seguridad públicos.
- Tercera: si el extranjero lleva más diez años residiendo en España, ello implica un manifiesto arraigo, de modo que solo cabe frente a determinados delitos muy graves; motivo por el que hace

referencia al apartado segundo, pues lo normal es prever la imposición de penas superiores a los cinco años.

Aceptando, pues, esta tesis, se concluye que la expulsión del ciudadano comunitario con arraigo en España por llevar más de diez años de residencia se constriñe aún más. A los motivos anteriores (solo cabe expulsarlo por razones de orden público o seguridad pública) hay que añadir que, además, haya cometido unos determinados delitos expresamente previstos. Dicho de otro modo, las razones de orden público o seguridad pública hay que vincularlas a la comisión de una serie de delitos, así como a sus antecedentes y circunstancias personales.

Por último, es la posición de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Aquí podemos citar las SSTs 358/2017, de 18 de mayo, FD 10º; 221/2017, de 29 de marzo, FD 7º; y 368/2020, de 2 de julio, FD 4º. La segunda citada sostiene que el arbitrio judicial en este caso queda constreñido por el legislador en dos supuestos: “1. El primero, cuando el extranjero sea ciudadano de la Unión Europea. [...]”

2. El segundo supuesto, cuando el extranjero hubiera residido en España durante los diez años anteriores. [...]”.

En cualquier caso, le asiste la razón a Barquín y a Pinto en que la redacción es confusa, y que hubiese sido deseable mayor cuidado en la redacción. De hecho, dice el primer autor que la redacción no aclara si los diez años anteriores son a los hechos por los que ha sido condenado o a la fecha de la sentencia⁹⁹. Según Campos Hellín¹⁰⁰, la solución hay que buscarla en la jurisprudencia de la UE (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión

Europea, Sala Segunda, de fecha 16 de enero de 2014. Asunto C-400/12-*Secretary of State for the Home Department* y Sra. G, párrafo 24): el cómputo de los diez años debe hacerse hacia atrás, tomando como punto de referencia la fecha de la decisión de la expulsión, lo que se traduce en la fecha en que resultó condenado¹⁰¹.

2.4.4. Falta de proporcionalidad

Solo cabe la expulsión del extranjero cuando no resulte desproporcionada, atendiendo tanto a las circunstancias del hecho como a las personales del autor (párrafo primero del art. 89.4 CP).

97 MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍAARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 623; ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 538; NAVARRO CARDOSO, F.: “Lección 31. Alternativas a la prisión. La libertad condicional”, cit., p. 465.

98 PINTO DE BARROS, *ibidem*.

99 BARQUÍN SANZ, J.: “De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional”, cit., p. 251.

100 CAMPOS HELLÍN, R.: “La expulsión de los extranjeros comunitarios infractores tras la reforma de la LO 1/2015 y la reinserción social”, cit., p. 16.

101 De otra opinión ROIG TORRES, M.: “La expulsión de los extranjeros en el proyecto de reforma del Código Penal...”, cit., p. 479.

La desproporción viene a plasmar un posible conflicto entre los intereses del condenado y los intereses generales, expresados estos en la fórmula legal “defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia en la vigencia de la norma infringida por el delito”.

Esa ponderación de intereses la resuelve el legislador, siguiendo a Muñoz Conde y García Arán, del modo siguiente: “en primer lugar, habrá que valorar si la expulsión *no contradice* los intereses generales mencionados en los números anteriores y, en caso de mantenerse la expulsión, descartarla si resulta desproporcionada en términos individuales”¹⁰². Dicho de otro modo, la regla general es la expulsión. Esta se excepcionará si razones preventivo-generales invitan a que el extranjero condenado cumpla la pena de prisión impuesta. En caso de que siga prevaleciendo la expulsión, habrá que analizar si es proporcionada.

Estos reputados autores van más allá y plantean que no resulta descabellado entender la proporcionalidad de la expulsión como requisito general. De ahí que primero hay que valorar el interés individual, y de acuerdo con él, decidir si la expulsión resulta proporcionada o no. A continuación, si ha prevalecido la expulsión, valorar, en todo caso, si atendiendo al interés general, debe cumplirse o sigue prevaleciendo la expulsión¹⁰³.

Ciertamente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretando la Convención Europea de Derechos Humanos, ha modulado mucho el rigor con el que se venía aplicando la expulsión en muchos países¹⁰⁴. Por ejemplo, el tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la efectividad de la expulsión, si durante el mismo no se ha incurrido en comportamientos ilícitos y se ha observado un comportamiento cívico¹⁰⁵. En consonancia con esas directrices, también nuestro Tribunal Constitucional y nuestro Tribunal Supremo han venido ajustando la aplicación del art. 89 CP a una lectura atenta a la Convención y a la interpretación que de ella viene haciendo el citado TEDH. Es el caso de la STS 727/2017, de 8 de noviembre, FD 1º, donde se valida la conformidad alcanzada entre la defensa y el Ministerio Fiscal para que llegado

el momento en ejecución de sentencia, se valoren las circunstancias del hecho y las personales del sujeto.

En el caso de ciudadanos de la Unión Europea, porque así lo mandata el art. 33.2 de la Directiva 2004/38/CE:

Cuando una orden de expulsión de las contempladas en el apartado 1 vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, el Estado miembro deberá comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que se emitió la orden de expulsión.

En realidad, el contenido del párrafo primero del art. 89.4 CP (“No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada”), incorporado por la reforma 2015, no es más que la plasmación normativa de las exigencias legales que venían advirtiendo los mencionados tribunales.

De acuerdo con ella, la proporcionalidad debe medirse atendiendo, incluso, a razones acreditadas distintas al arraigo, destacada por razones obvias en la nueva redacción del precepto¹⁰⁶. Las razones personales son muchas y variadas: edad, estado de salud, situación económica y familiar, integración sociocultural así como los vínculos con el país de origen¹⁰⁷.

En relación con el *arraigo* en concreto, en tanto se trata de un concepto jurídico indeterminado, precisamente alcanza tal consideración porque carece de una definición normativa. De hecho, ni la legislación de extranjería, que se refiere a él en dos ocasiones, lo define (arts. 31.3 y 68.3 LEX). En general, estos elementos normativos debe ser dotados de contenido, con los aportes de la doctrina, por la jurisprudencia.

Sostiene García España que el art. 57.5 LEX contiene los supuestos formales de arraigo¹⁰⁸. Ciertamente no es lo que dice el precepto, ni es el criterio que siguen la Fiscalía General del Estado ni la jurisprudencia.

Lo que sí hace el reglamento de extranjería es distinguir tres tipos de arraigo. En concreto, el art. 124 establece los requisitos para acceder a la autorización

102 MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 557.

103 *Ibidem*.

104 Vid. ROIG TORRES, *ibidem*, pp. 427 y ss.; GARCÍA ESPAÑA, E.: “La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015”, cit., p. 3.

105 Vid. CANO CUENCA, A.: “Especial consideración de la expulsión de los extranjeros...”, cit., p. 371; PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.: “Tema 21. Sustitución de las penas privativas de libertad”, cit., pp. 477 y 478.

106 BARQUÍN SANZ, J.: “De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional”, cit., p. 250.

107 PINTO DE BARROS, A.: “Un análisis crítico de la medida sustitutiva de la pena de prisión...”, cit., p. 4, en relación con ciudadanos comunitarios.

108 GARCÍA ESPAÑA, E.: “El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión”, cit., pp. 131 y ss.

por arraigo laboral, social o familiar¹⁰⁹. La relevancia del arraigo familiar se pone de manifiesto en que es la única modalidad que no exige carecer de antecedentes penales.

Según Piñol Rodríguez, “tendrá arraigo en España el que esté autorizado a residir y cuente con contrato de trabajo, pero también quien lleve un tiempo amplio de permanencia en el territorio nacional y pueda acreditar la existencia de vínculos familiares, sociales, culturales o de otro tipo con la comunidad patria. Asimismo, se ha considerado que la expulsión podría resultar desproporcionada cuando pueda comportar rupturas familiares cuando el resto de la familia no pueda seguir al expulsado y dependa, en buena medida, de él”¹¹⁰.

En definitiva, subyace la idea de conexión en el tiempo con España y desconexión con el país de origen.

La jurisprudencia parece que entiende que el legislador-reformador de 2015 ha querido poner el acento en el arraigo como criterio preponderante para medir la proporcionalidad de la decisión de expulsión. Así lo manifiestan expresamente las SSTs 409/2016, de 12 de mayo, FD 4º; y 147/2018, de 22 de marzo, FD 15º. En concreto, hablan de “criterio rector prioritario”.

Obviamente, si se rechaza la expulsión por estos motivos, el extranjero condenado debe acceder, sin limitación alguna, al régimen de tratamiento penitenciario, si ingresa en prisión, o a los sustitutivos penales, en su caso.

2.4.5. Delito de trata de personas y otros

Según el art. 89.9 CP, “no serán sustituidas las penas que se hubieren impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis”.

La incorporación del delito de trata, previsto en el art. 177 bis CP, tiene lugar con la reforma 2015.

Aunque el legislador no haya explicitado los motivos, bien puede entenderse que la expulsión supondría colocar a los autores de estos delitos en una posición favorable para que puedan volver a cometerlos¹¹¹.

Para finalizar, esta previsión debiera alcanzar a los delitos conexos que hubieran sido objeto de enjuiciamiento en la misma causa¹¹².

2.5. Cuestiones procesales

Al igual que la suspensión en sentido estricto, la sustitución debe ser declarada en la propia sentencia condenatoria. Si no es posible, el Juez o Tribunal debe pronunciarse, a la mayor urgencia posible, una vez que la sentencia haya adquirido firmeza, previa audiencia de las partes (art. 89.3 CP).

No deja de sorprender que la reforma 2015 haya omitido la referencia expresa a oír al penado, que ha estado siempre presente en el art. 89 CP excepto en el período entre las reformas 2003 y 2010.

Lo preocupante es la interpretación que formula, criticándola, Cano Cuenca¹¹³: como la audiencia al Ministerio Fiscal y a las partes va referida a los supuestos en los que la expulsión se decreta en auto posterior a la sentencia, a partir del tenor literal, el Juez o Tribunal puede acordar la expulsión en sentencia sin audiencia ni al penado, ni a las partes.

Apunta el interesante dado de que el Tribunal Constitucional ha venido manteniendo la necesidad de audiencia al penado para sustituir la pena por expulsión del territorio nacional, sin que sea suficiente el derecho a la última palabra, citando las SSTC 242/1994, de 20 de julio, FJ 6º, y 203/1997, de 25 de noviembre, FFJJ 4º y 5º.

De resultas, sostiene que el trámite de audiencia debe entenderse vigente y que, si decreta en sentencia, la cuestión debe ser objeto de contradicción en el acto del plenario y el acusado debe pronunciarse sobre la posibilidad de su expulsión, caso de resultar condenado. En definitiva, que se produzca el debate contradictorio propio del procedimiento penal. Y así también se pronuncia Tomé García: “si la expulsión sustitutiva se pidió en los escritos de calificación provisional y el acusado y las demás partes personadas tuvieron la posibilidad de pronunciarse al respecto, haciendo alegaciones frente a dicha petición y proponiendo los medios de prueba en sus correspondientes escritos de calificación o defensa, así como en el juicio celebrado con la presencia del acusado, será posible la resolución de este tema en sentencia y no se debe diferir a la fase de ejecución”¹¹⁴.

En caso de tener lugar el aplazamiento, sigue opinando Cano Cuenca que la audiencia del penado tampoco puede soslayarse junto con la de Ministerio Fiscal y las

109 Vid., *in extenso*, CAMPOS HELLÍN, R.: “El arraigo como factor impositivo de una expulsión tras la reforma de la LO 1/2015”, pp. 3 y ss.; GARCÍA ESPAÑA, *ibidem*, pp. 119 y ss.

110 PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.: “Tema 21. Sustitución de las penas privativas de libertad”, cit., p. 477.

111 NAVARRO CARDOSO, F.: “Lección 31. Alternativas a la prisión. La libertad condicional”, cit., p. 465.

112 De la misma opinión, PIÑOL RODRÍGUEZ, *ibidem*, p. 476.

113 CANO CUENCA, A.: “Especial consideración de la expulsión de los extranjeros...”, cit., p. 372.

114 TOMÉ GARCÍA, J.A.: “La expulsión de ciudadanos extranjeros sustitutiva de la pena de prisión: resolución en fase de ejecución”, *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 18, 2019, p. 83.

demás partes (defensa y, en su caso, acusación particular)¹¹⁵.

La motivación de la resolución (sentencia o auto) cobra especial relevancia aquí, pues es el único modo de garantizar la adecuada valoración individualizada de la pertinencia y de proporcionalidad de la expulsión.

Naturalmente, si ha transcurrido algún tiempo desde que se decreta la expulsión hasta que se vaya a materializar, deben volver a verificarse si se cumplen las condiciones, tal como apunta, acertadamente, la Fiscalía General del Estado en su Circular 7/2015¹¹⁶. Bien es verdad que es requisito fijado en la Directiva 2004/38/CE, donde se señala en su art. 33.2 que,

“Cuando una orden de expulsión de las contempladas en el apartado 1 vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, el Estado miembro deberá comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que se emitió la orden de expulsión”.

Resulta sorprendente el fervor del legislador por adaptarse a la legislación comunitaria, y sin embargo no lo haga en extremos fundamentales y respetuosos con los derechos fundamentales, como es este de la verificación ulterior de la proporcionalidad cuando ha transcurrido un tiempo considerable entre la decisión de la deportación y su materialización. En efecto. No ha aprovechado el legislador/reformador de 2015 para incluir esta previsión en el art. 89.4 CP, cuando hace tiempo que ya había sido advertida¹¹⁷.

Como quiera que la expulsión es una sustitución de una pena impuesta en una sentencia condenatoria, es a todas luces evidente que dicha sentencia —o el Auto, cuando es acordada con posterioridad— queda sometida al régimen general de recursos de todo pronunciamiento en la jurisdicción penal, como se ha encargado de recordar el Tribunal Constitucional (STC 236/2007, de 7 de noviembre).

2.6. Efectos

El extranjero expulsado no puede regresar a España en un plazo de cinco a diez años, horquilla que representa otro margen de discrecionalidad que le concede el legislador al Juez o Tribunal en esta materia. Se trata, no obstante, de un caso de discrecionalidad reglada, pues se fijan en la propia norma los criterios a tener en cuenta para concretar el plazo: la duración de la pena

sustituida y las circunstancias personales del penado (art. 89.5 CP).

Si regresa, conforme al párrafo primero del art. 89.7 CP,

“Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento”.

La regla general es, pues, en estos casos el cumplimiento efectivo de la pena impuesta. Otorga, no obstante, un amplio margen de arbitrio judicial para la reducción de la condena, sin que pueda alcanzar a dejarla sin efecto, aunque expresamente prevé que la rebaja en la cantidad de pena a cumplir debe ser excepcional.

Como ya advertimos al abordar la naturaleza jurídica, si el extranjero expulsado regresa, no existe quebrantamiento desde el punto de vista del art. 468 CP.

El párrafo segundo, que no ha sido objeto de reforma en el año 2015 como el anterior, sigue previendo que “si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad”.

Por su parte, el art. 89.6 CP declara que la expulsión lleva aparejada el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

Como sostiene, entre otros, Iglesias Ríos, siguiendo a Terradillos Basoco y Boza Martínez, esta previsión de naturaleza eminentemente administrativa, como es el archivo de un procedimiento de autorización de residencia o trabajo, carece de sentido aquí, y supone confundir las razones de política inmigratoria con los fundamentos de una sanción penal¹¹⁸; sobre todo, primero, dadas ya las previsiones establecidas en la propia normativa administrativa sobre la materia, y segundo, la inconstitucionalidad declarada del actual art. 58.7 LEX por la STC de Pleno 17/2013, de 31 de enero, FD 12. Así, si bien se refiere a otra concreta cuestión, no es menos cierto que advierte que “fácilmente se advierte que, aun cuando la prohibición de entrada no se adopta en ausencia de todo procedimiento administrativo, en cuanto que va unida a la devolución, la misma no res-

115 Coincidente, CARDENAL MONTRAVETA, S.: “Artículo 89”, cit., p. 350, con cita de jurisprudencia constitucional y ordinaria en favor de la audiencia del penado.

116 Fiscalía General del Estado: Circular 7/2015..., cit., p. 18.

117 NAVARRO CARDOSO, F.: “Expulsión ‘penal’ de extranjeros:...”, cit., p. 175.

118 IGLESIAS RÍO, M.A.: “La expulsión de extranjeros”, cit., p. 176.

peta las específicas garantías que, conforme a nuestra doctrina, resultan exigibles a una actuación administrativa de naturaleza sancionadora, como la que ahora examinamos y en la que, si bien no mediante su aplicación literal, han de tenerse en cuenta”.

Consecuencia de lo anterior, dos son las dudas de constitucionalidad de este precepto. En primer lugar, como quiera que conforme al artículo 10 de la Constitución, los derechos inviolables que le son inherentes a la persona son fundamento del orden político, le es exigible a la Administración, en virtud de dicho principio, un pronunciamiento expreso cuando el particular se dirige a ella en el ejercicio de un derecho fundamental. En segundo lugar, la posible afectación del derecho a la tutela judicial efectiva, vedando el acceso a la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa de la decisión adoptada en vía previa, puesto que el citado precepto impide al interesado obtener una decisión administrativa¹¹⁹.

El art. 89.8 CP establece que, si al acordarse la expulsión, el extranjero no estuviera ya privado de libertad, el Juez o Tribunal puede decretar su ingreso en un centro

de internamiento de extranjeros a fin de garantizar la expulsión.

De aquí infiere la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que, estando el penado cumpliendo la pena, la preparación de la expulsión debe llevarse a cabo antes del momento de su puesta en libertad (STS 120/2020, de 12 de marzo, FD 1º). En todo caso, es lo que prevé la legislación de extranjería y penitenciaria, y carecería de sentido su puesta en libertad para posterior ingreso en el CIE a la espera de la expulsión; aunque, sobre todo, tal proceder sería de muy dudosa constitucionalidad.

Esta previsión merece un especial reproche solo por el simple hecho de prever ubicar en un mismo espacio a una persona que ha cometido un hecho delictivo con

las personas que habiendo solo cometido una simple infracción administrativa son privados de libertad. No obstante, como se infiere de los datos que suministra la Fiscalía General del Estado en sus memorias anuales, se está empleando esta vía, y en cifras no despreciables. Por ejemplo, por fijarnos en los tres últimos años, en el año 2017, 250 extranjeros fueron internados en un CIE en espera de su expulsión vía art. 89 CP¹²⁰, 241 en el año 2018¹²¹ y 284 en 2019¹²².

En todo caso, como dice el citado apartado la acomodación a las previsiones en materia de expulsión gubernativa, esto es, de la expulsión administrativa regulada en la legislación de extranjería, el tiempo máximo de estancia es de sesenta días (art. 235.5 REX). Transcurrido ese plazo, el extranjero debe ser “puesto es libertad”.

Prevé, por último, en el párrafo segundo del mencionado art. 89.8 CP que, si no pudiera llevarse a cabo la expulsión, se procederá a la ejecución de la pena, previendo en este caso, como no podía ser de otro modo, la posible aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena.

3. REFLEXIONES CON PERSPECTIVA APOROFÓBICA

I. Son muchos los estudios en los cuales hemos puesto el acento en la condición de extranjero. Sin embargo, a mi modo de ver no se le ha prestado desde el Derecho Penal toda la debida atención a otro elemento de ecuación, la condición de pobre¹²³. Por eso, siendo acertada la expresión “crimigración” para expresar esa criminógena relación que se quiere establecer entre criminalidad y migración¹²⁴, deja fuera, o no explícita suficientemente, esa otra variable. Del mismo modo, la expresión “aporofobia” revela perfectamente su relación de sentido, el odio o rechazo al pobre¹²⁵. El pro-

119 NAVARRO CARDOSO, F.: “Expulsión ‘penal’ de extranjeros...”, cit., p. 173.

120 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria 2018*, p. 615 (correspondiente al año 2017).

121 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria 2019*, p. 828 (correspondiente al año 2018).

122 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria 2020*, p. 869 (correspondiente al año 2019). Bien es verdad que en esta Memoria se destaca el esfuerzo de la Fiscalía de Extranjería de Las Palmas para coordinarse con los centros penitenciarios de la isla (dos) para evitar el ingreso en el CIE del extranjero pendiente de expulsión conforme a lo dispuesto en el art. 57.2 LEX, de modo que se realice la expulsión desde el mismo centro penitenciario (p. 871).

123 Naturalmente, claro que hay literatura al respecto. Vid., en el ámbito de la sociología, WACQUANT, L.: *Las cárceles de la miseria*, Manantial, Buenos aires, 2004, pp. 83 y ss.; el mismo, *Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Gedisa, Barcelona, 2010; WAGMAN, D.: “Estadística, delito e inmigrantes”, *Gobernabilidad y seguridad sostenible*, nº 7, 2002; TINESSA, G.: “Marginados, minorías e inmigrantes: criminalización de la pobreza y encarcelamiento masivo en las sociedades capitalistas avanzadas”, *Miradas en Movimiento*, vol. 3, 2010, pp. 29 y ss. Vid., en el ámbito del Derecho Penal, la excelente monografía de BUSTOS RUBIO, M.: *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4º CP)*, Bosch, Barcelona, 2020; así como el magnífico trabajo de TERRADILLOS BASOCO, J.: “Política criminal de exclusión: aporofobia y plutofilia”, *Revista Penal*, nº 46, 2020, pp. 230 y ss.

124 STUMPF, J.: “The crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power”, *American University Law Review*, vol. 56, nº 2, 2006, pp. 367 y ss. Vid., igualmente, BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A.; DUFRAIX, R.; QUINTEROS, D.: “La expulsión judicial en el sistema penal chileno: ¿Hacia un modelo de Crimmigration?”, *Política Criminal*, nº 26, 2018, pp. 739 y ss.

125 CORTINA, A.: *Aporofobia, el rechazo al pobre*, Paidós, Barcelona, 2017.

blema al que nos enfrentamos es que se criminaliza a una persona no por ser solo extranjera, o no solo por ser pobre, sino por reunir las dos “cualidades”: extranjera y pobre¹²⁶. De hecho, estos son los migrantes que los medios de comunicación hacen visibles.

El extranjero sí que es bienvenido. Y tanto. El turismo representa el 15% del PIB nacional¹²⁷, y hay regiones como Canarias donde dicho porcentaje se eleva hasta el 40%. Y si vienen en esa condición, claro está que no se les pide antecedentes penales. Si vienen a quedarse, entonces sí que se les mira si los tienen o no. Es razonable. Y del mismo modo que un nacional residenciado en España puede tener antecedentes penales, también un extranjero integrado, arraigado, puede encontrarse en la misma situación. Y no precisamente frente a delitos graves especialmente relevantes. En estos casos, como apunta García España, el proceso de individualización de la pena debiera valorar la posibilidad de que el sujeto siga entre nosotros en tanto se le da una segunda oportunidad¹²⁸.

El arraigo, en tanto factor impeditivo de la expulsión, coadyuva de modo decisivo a la reinserción social¹²⁹. Y para confirmar que ello es empíricamente cierto hacen faltan datos. Y aquí surge el problema. El inconveniente para la constatación efectiva de la bondad de la decisión legal y de su aplicación judicial es el acceso al dato (y nada digamos de su mal entendida protección). Y España es un país atormentado con los datos. Como recuerda acertadamente Brandariz García, “el sistema penal español destaca comparativamente por la pobreza de sus datos estadísticos”¹³⁰. Un dato relevante: el citado autor apunta que el acceso a la información estadística europea de la Oficina Estadística de la Unión Europea (Eutostat) así como del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, residenciado en el Defensor del Pueblo, lo hizo directamente. Los datos corres-

pondientes al Ministerio del Interior fueron obtenidos vía el Portal de Transparencia¹³¹.

Una rápida disgregación. La necesidad de acudir a los mecanismos de transparencia y buen gobierno son reflejo de que no termina de asumirse en España que existe el derecho fundamental de acceso a la información pública, conocido en afortunada expresión como “derecho a saber”, consagrado convencionalmente, desarrollado legislativamente y ya con pronunciamientos jurisprudenciales al respecto¹³².

II. Con independencia de las concretas referencias, lo cierto es que entrar en España de modo irregular constituye una infracción administrativa. No obstante, se sigue distinguiendo entre migrantes buenos y migrantes malos en razón de ese modo de entrada¹³³. Por cierto, a pesar de ello hay que sustraerse inmediatamente a la tentación de extrapolar ese distingo entre buenos y malos por razón de la comisión de cualquier otra infracción administrativa, pues puede dar mucho juego, también a la demagogia y al cinismo.

La población residente en España a enero de 2020 era de 47.329.981, según datos del INE¹³⁴. De ese total, personas extranjeras son, según la misma fuente, 5.235.375. A esta cifra habría que sumarle los que han entrado de modo irregular o ha devenido su estancia en irregular (administrativamente irregular), en tanto pueden también cometer un hecho delictivo.

Pues resulta que para el Ministerio del Interior ese número es su principal preocupación, o una de sus principales preocupaciones. Si nos adentramos en su web y acudimos a sus “Balances e Informes”, de lo único que nos informan en abierto, de modo transparente, y quincenalmente, es de las cifras de inmigración irregular. Para conocer las cifras de criminalidad hay que esperar mucho más, pues el Balance de Criminalidad¹³⁵ se publica semestralmente. Objetivamente hablando es, sin duda alguna, un dato elocuente.

126 Dentro de la población afectada por la “penalidad migratoria” también se constatan otros sesgos, caso de la nacionalidad. Vid. BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A.; FERNÁNDEZ BESSA, C.: “Perfiles de deportabilidad: el sesgo del sistema de control migratorio desde la perspectiva de la nacionalidad”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 37, 2017, pp. 307 y ss.

127 MOLINA, C.: “El turismo ya aporta al PIB español tres veces más que la automoción”, *diario CincoDías*, 30 de agosto de 2019 [en línea: <https://cincodias.elpais.com>. Último acceso: octubre de 2020].

128 GARCÍA ESPAÑA, E.: “El arraigo de extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión”, cit., p. 121.

129 CAMPOS HELLÍN, R.: “El arraigo como factor impeditivo de una expulsión tras la reforma de la LO 1/2015”, cit., p. 1.

130 BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A.: “Cultura política de la UE y racionalidades penales nacionales: reflexiones sobre la penalidad migratoria”, en AA.VV., *Liber amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^o Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 293, citando (p. 293, nota 8) una publicación con el elocuente título “El misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas”, de AEBI, M.F.; LINDE, A., en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 12, 2010.

131 BRANDÁRIZ GARCÍA, *ibidem*, pp. 294 y 295, nota 16.

132 Vid. NAVARRO CARDOSO, F.: “El derecho de acceso a la información pública como instrumento de transparencia en la lucha contra la corrupción y su tutela penal” en Matallín Evangelio, A. (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 271 y ss., 277 y ss.

133 BOZA MARTÍNEZ, D.: “Expulsiones. Cifras y su interpretación”, *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 18, 2019, p. 310.

134 En línea: www.ine.es. Último acceso: noviembre de 2020.

135 En línea: www.interior.gob.es. Último acceso: noviembre de 2020.

No dejaría de ser anecdótico si no es por la cuestión asociada, la vinculación directa que se hace entre inmigración y delincuencia. Esto supone dar un paso más: ya no es solo distinguir entre buenos y malos, sino entre delincuentes y quienes no lo son. Y se hace de un modo burdo, distinguiendo entre “inmigrantes trabajadores” e “extranjeros delincuentes”¹³⁶.

Siguiendo a Boza Martínez, García España y Martínez Escamilla¹³⁷, el Ministerio del Interior en sus balances anuales de lucha contra la inmigración irregular muestra esa antítesis entre unos y otros. De hecho, ahora se distingue entre expulsiones no cualificadas y cualificadas, teniendo en cuenta que las segundas engloban a “extranjeros reincidentes, autores de hechos de especial violencia o gravedad, terroristas, presos a los que se les sustituye la pena, están en prisión preventiva o concluyen su condena”, mientras que las primeras se refieren a los extranjeros con mera estancia irregular en España. Y no puede al menos dejar de resaltarse el que se incluya en un mismo concepto (cualificadas) las categorías terrorista y preso preventivo (sic).

Pues bien, se trata de un artificial binomio el de inmigración-delincuencia. La literatura científica que ha analizado este fenómeno es abundante, y todos los estudios, con distintos enfoques y métodos, alcanzan la misma conclusión: la falsedad de tal binomio¹³⁸.

En ese vínculo, cierta voz política y ciertos partidos políticos no incluyen a los residentes, temporales o de larga duración, que cometen delitos. Ni a los turistas, que también perpetran hechos delictivos pasando sus vacaciones en España. De entrada, porque estos no acceden de modo irregular, sino por nuestros puertos y aeropuertos, donde la mayor incomodidad que sufren, permítase la ironía, es el cada vez más estrecho espacio entre butacas en la clase turista de los aviones.

No obstante lo anterior, el flujo regular es, con altísima diferencia, mucho mayor que el flujo irregular, y es mucho mayor su aportación también a las cifras finales de extranjeros en situación administrativa irregular (bien porque caducan el período legal de permanencia como turista y continúan, o porque caducan sus permisos de residencia, o porque no son renovados)¹³⁹.

A partir de ese binomio se hace converger la política criminal, la política penitenciaria y la política de extranjería; a cuyo punto de encuentro se suma la crisis económico-financiera (acelerada por la pandemia por el coronavirus) y, por ende, la crisis de empleo, tal como hemos apuntado en las páginas anteriores.

Basta que estén en contacto con el sistema formal vía detención para que puedan ser privados de libertad y ser expulsados. La misma suerte corren si son meramente imputados por la comisión de un delito. Y estar imputados no es tan difícil. Baste recordar que en España tenemos acuñada la expresión “querrela catalana”¹⁴⁰. En caso de que resulten condenados, la idea es que no cumplan, sino que sean expulsados. Si por la gravedad de los hechos cometidos deben cumplir, es más común que sea solo una parte, y luego expulsados. Si alcanzan antes el tercer grado o la libertad condicional, son expulsados. Y no pueden regresar durante un período de tiempo. Si lo hacen, no cometen delito de quebrantamiento de condena. Ello podría implicar que se queden. No. Se les devuelve o, en su caso, se les expulsa.

Pero, ¿quiénes son esas personas extranjeras que sufren esa decisión de expulsión del territorio nacional? De acuerdo con la legislación administrativa y penal, cualquier extranjero. De hecho, puede serlo hasta un ciudadano nacional de un país miembro de la Unión Europea. ¿En la práctica, es expulsado cualquier extranjero sin ulterior matiz? Las memorias de la Fiscalía General del Estado nos dice que no. En primer lugar,

136 GARCÍA ESPAÑA, E.: “Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión”, cit., p. 2.

137 BOZA MARTÍNEZ, D.: *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, cit., pp.; 115 y ss.; GARCÍA ESPAÑA, E.: “El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión”, cit., pp. 122 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: “Centros de internamiento para extranjeros: Estado de la cuestión y perspectivas de futuro”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, nº 18, 2016, pp. 13 y ss.

138 Vid., entre otros, DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: “Control social formal e inmigración”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 10, 2008; GARCÍA ESPAÑA, E.: *Inmigración y delincuencia en España: un análisis criminológico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; NAVARRO CARDOSO, F.: “El Código Penal de la seguridad e inmigración (consideraciones criminológicas y político-criminales)”, en Rodríguez Mesa, M.J., Ruiz Rodríguez, L.R. (coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 223 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, J.: “Marginalidad social, inmigración, criminalización”, en Zúñiga Rodríguez, L., Méndez Rodríguez, C., Diego Díaz-Santos, R. (coords.), *El Derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid, 2002, pp. 135 y ss.; además de los trabajos ahora citados en este epígrafe.

139 Vid., por ejemplo, los datos que aportan la Organización Internacional para las Migraciones, OIM (<https://www.iom.int/es>), en concreto, el Portal de Datos Mundiales sobre la Migración, dependiente de la OIM (<https://migrationdataportal.org/es>), el Instituto Nacional de Estadística (<https://www.ine.es>), la agencia de noticias Europa Press (<https://www.epdata.es>) o la agencia proveedora de datos Statista (<https://es.statista.com>), si bien estas últimas emplean, en parte, información estadística proveniente de la OIM.

140 Si bien el *Diccionario del español jurídico* (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario del español jurídico*, 2020) la define como: “Querrela que se interpone con el único objeto de paralizar o ralentizar otro procedimiento judicial”, no es menos cierto que en el uso forense también se extiende a las querrelas interpuestas con el solo fin de intimidar a otra persona, o de causarle un daño reputacional.

prácticamente no se expulsa a ciudadanos comunitarios. En segundo lugar, casi no se expulsa a extranjeros residentes. En la práctica, a pesar de la reforma del art. 89 CP y la ampliación de su ámbito subjetivo, este se sigue aplicando a los mismos que antes de la LO 1/2015: a los “sin papeles”.

Hay un dato que no puede pasar desapercibido. Cuando la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se refiere al art. 89 CP tras la reforma 2015, es común que reseñe que la expulsión, siendo regla general, ya no es automática. No lo es porque se han introducido en la norma una serie de modulaciones, de criterios de flexibilización. Pero, aquí viene lo relevante: no es por mor de los nuevos criterios introducidos por el legislador. En absoluto. Estos criterios ya venían siendo aplicados “a pesar del” legislador, por mor de una “lectura constitucional” del art. 89 CP, que trajo a la aplicación de la expulsión penal una lectura atenta a los derechos fundamentales, y a sus garantías y reglas de aplicación.

Sorprende, además, que se repita una y otra vez en las resoluciones de la Sala Casacional esa durísima reflexión: han tenido que ser los tribunales los que han hecho la lectura constitucional de la expulsión penal; esto es, en clave de respeto a los derechos fundamentales, y de adecuación a las garantías penales y procesales que inspiran y rigen el sistema sancionador constitucional (administrativo y penal). Así lo afirma, por ejemplo, la STS 608/2017, de 11 de septiembre, FD 4º, que cita otras anteriores, y cuyo contenido es reproducido por otras posteriores, y que también lo hacemos aquí en su literalidad por la contundencia de lo que expresa:

Ya hemos destacado en otras ocasiones que con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, el artículo 89 del CP imponía la expulsión a ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España, en los casos en que resultaran condenados con penas inferiores a 6 años de prisión. El precepto fue interpretado por esta Sala en reiteradas sentencias, suavizando su literalidad y adecuando su contenido a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los tratados internacionales convenidos por España y a la jurisprudencia que los interpreta. Y así, se vino argumentando sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. 89 del Código Penal, en la que se ampliara la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen. De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expul-

sión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y mesura los derechos fundamentales en conflicto.

Esta doctrina, ha venido experimentado igualmente precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa, y que no implique una ruptura de la convivencia familiar, por existir ésta y ser de cierta entidad por el número de miembros familiares, estabilidad alcanzada y dependencia económica del posible expulsado.

Consecuentemente con esta doctrina, lo que ha pretendido corregirse por esta Sala son aquellos supuestos en los que la medida sustitutoria de las penas impuestas se aplique —aun cuando literalmente pareciera entenderse que hubiera de ser así con la lectura del precepto aplicado entonces vigente—, de forma automática y sin cumplir los cánones esenciales constitucionalmente consagrados de cumplimiento con los derechos de audiencia, contradicción, proporcionalidad y suficiente motivación.

¿Quiénes terminan, pues, siendo expulsados? Permítaseme la expresión, dicha sea desde el más profundo respeto, movido solo con el ánimo de ser extremadamente plástico: “los desgraciados”. Reiteramos. Es lo que se infiere de las memorias de la Fiscalía, que es quien pide, como regla general, la aplicación del art. 89 CP. Y de las sentencias cuando resuelven. Y de Instituciones Penitenciarias cuando los que escaparon al régimen general de expulsión inmediata llegan a prisión.

En relación con las memorias anuales de la Fiscalía General del Estado, destacan una serie de expresiones que nos permiten acotar perfectamente nuestra perspectiva. En la Memoria 2018, correspondiente al año 2017, se dice que la expulsión de ciudadanos comunitarios ha sido “muy limitada”, y la aplicación a residentes legales ha tenido “escasa incidencia”¹⁴¹. Términos similares se emplean en la Memoria 2019: “muy escasa”, hablando de comunitarios; “muy limitada”, de residentes legales¹⁴². Y en la Memoria 2020 se habla de “escasa incidencia”¹⁴³.

Los datos a tener en cuenta para contextualizar adecuadamente el sentido de este epígrafe del trabajo son los siguientes:

- Memoria 2018: se expulsaron a 1.635 personas vía art. 57.7 LEX, y a 2.715 vía art. 89 CP.
- Memoria 2019: 1.633 vía art. 57.7 LEX, 2.861 vía art. 89 CP.
- Memoria 2020: 1.453 vía art. 57.7 LEX, 3.417 vía art. 89 CP.

En los tres últimos años que hemos tomado como muestra, la cifra de ciudadanos comunitarios ha ronda-

141 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria 2018*, p. 616.

142 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria 2019*, p. 829.

143 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria 2020*, p. 871.

do la veintena por año, según la misma fuente, y nada se dice de los residentes legales, salvo que ha sido incluso menor.

La inferencia es que se expulsa a los “sin papeles”, a aquellos que, por ello mismo, carecen de posibilidad real de arraigo laboral, esencial para alcanza un arraigo pleno. Como se reconoce informalmente, aunque solo estas cifras ya son de por sí elocuentes, se expulsa a las personas carentes de recursos. Los que los poseen, o no son expulsados, o si lo hacen es porque ellos mismos lo solicitan, bien durante la fase de instrucción o en la vista oral, o en ejecución desde el centro penitenciario.

En esta línea, son muy elocuentes las inferencias que se pueden obtener a partir de las pretensiones de los condenados en casación, haciendo su aparición de manera rotunda la citada ambivalencia aflictiva. El narcotraficante, procedente de un país latinoamericano, recurre en casación solicitando la expulsión (STS 927/2016, de 14 de diciembre). El estafador (defraudación con múltiples perjudicados), norteamericano residente en un país comunitario, que ha tenido que ser traído forzosamente al procedimiento, recurre en casación solicitando la expulsión (STS 164/2018, de 6 de abril).

Frente a esos casos, extraídos de las sentencias de la Sala de lo Penal en aplicación del art. 89 CP en la redacción dada por la reforma 2015, destacan otros dos, en el mismo contexto, donde se demanda justo lo contrario, no ser expulsados. Ahora son supuestos de personas drogodependientes, dedicadas al “trapicheo” como medio de subsistencia y autoabastecimiento (SSTS 147/2018, de 22 de marzo; y 133/2019, de 12 de marzo).

En definitiva, reiteramos lo que más arriba hemos constatado: a pesar de la aparente ampliación del ámbito subjetivo de la expulsión penal, en la práctica se sigue aplicando sobre el mismo grupo de sujetos, los excluidos.

Por último, no puede dejar de mencionarse que en muchas ocasiones se llega a juicio sin que se haya incorporado a la causa la más mínima referencia sobre la situación de la persona. No resulta muy aventurado conjeturar que ello es así solo respecto de los que carecen de recursos, no siendo tampoco difícil de imaginar si son asistidos o no por letrados privados. Es más, así lo reconoce la Fiscalía General del Estado. En su

Memoria 2019 se dice lo siguiente en relación con la aplicación del art. 89 CP:

“Uno de los problemas endémicos, puesto de manifiesto por diversos Fiscales Delegados, es la falta de acreditación de la situación administrativa del extranjero, así como de sus circunstancias personales, laborales y sociales determinantes de arraigo, por no constar estos datos en los correspondientes atestados, siendo más grave la cuestión en los casos de Juicios Rápidos, pero constituyendo también un escollo importante en el resto de los procedimientos, dada la dificultad de su aportación a lo largo de la instrucción por la demora que supone, teniendo límites temporales para su conclusión. Esta circunstancia, favorece que la cuestión se derive y debata en la fase de Ejecución en el correspondiente incidente incoado al efecto”.

Consecuencia de lo anterior, se activa, indefectiblemente, el segundo inciso del apartado tercero: retrasar la petición de expulsión a la fase de ejecución de sentencia, cuando el sujeto, incluso, ha podido recuperar la libertad, como en libertad quedan en muchas ocasiones con una orden de expulsión en el bolsillo, dado que aquella no se ha podido ejecutar¹⁴⁴, avocando, en el mejor de los casos, a depender de la red de acogida que pueda haber en el territorio para la subsistencia.

III. Quienes de seguro no van a necesitar el apoyo de las redes de acogida y no van a tener problemas con su residencia son aquellos extranjeros que adquieren viviendas de lujo, o realizan otro tipo de inversión millonaria, y que a cambio acceden a los visados de residencia (con posibilidad de acceder a la condición de residente de larga duración) con todo tipo de facilidades administrativas, económico-financieras, etc., y llegado el caso, de acceso a la nacionalidad¹⁴⁵. Son los llamados “visados de oro”¹⁴⁶. Lo prevén los arts. 63 y ss. de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización¹⁴⁷.

Con ello lo que pretendo no es más que poner de manifiesto la consagración legal del abismal distinto tratamiento que se le dispensa al extranjero según su capacidad financiera. Se torna hartamente difícil no caer en la tentación de verter determinadas afirmaciones, pero conste que el Parlamento Europeo recomienda suprimir estas prebendas nada más y nada menos que como medida para combatir la criminalidad financiera, y por los riesgos para la seguridad (sic).

144 BOZA MARTÍNEZ, D.: “Expulsiones. Cifras y su interpretación”, cit., pp. 310 y ss., y la bibliografía citada en la p. 311.

145 Dejo constancia de mi agradecimiento a mi querido colega el Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé por inspirarme esta línea de reflexión.

146 ARANDA, J.L.: “El 42% de casas de lujo compradas por extracomunitarios sirvió para obtener un permiso de residencia”, *diario El País*, 13 de abril de 2019 [En línea: www.elpais.es. Último acceso: noviembre de 2020]. La “entradilla” de la noticia es ya de por sí elocuente: “España batió en 2018 por quinto año consecutivo el récord de visados de oro”.

147 BOE nº 233, de 28 de septiembre.

En efecto, la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2019, sobre delitos financieros y evasión y elusión fiscales [2018/2121(INI)]¹⁴⁸, en su apartado 4.1 señala, entre otros extremos:

- Que muestra su preocupación al observar que la mayoría de los Estados miembros han adoptado regímenes de ciudadanía por inversión (CPI) y de residencia por inversión (RPI), generalmente conocidos como programas de visados de oro y pasaportes para inversores, mediante los cuales se concede la ciudadanía o la residencia a ciudadanos de la Unión o de fuera de ella a cambio de inversión financiera.
- Que observa que las inversiones realizadas en el marco de estos programas no fomentan necesariamente la economía real del Estado miembro que concede la ciudadanía o residencia y que a menudo no exigen que los solicitantes pasen tiempo en el territorio en el que se realiza la inversión y que, incluso cuando existe formalmente este requisito, normalmente no se comprueba su cumplimiento; destaca que estos regímenes ponen en peligro la consecución de los objetivos de la Unión y, por lo tanto, infringen el principio de cooperación sincera.
- Que manifiesta su preocupación porque la CPI y la RPI se concedan sin un control de seguridad adecuado de los solicitantes, incluidos los nacionales de terceros países de alto riesgo, por lo que plantean riesgos para la seguridad de la Unión; lamenta el hecho de que la opacidad que rodea al origen del dinero conectado con los regímenes de CPI y RPI ha aumentado considerablemente los riesgos políticos, económicos y de seguridad para los países europeos.

En definitiva, expulsamos al “peligroso inmigrante pobre” —al que me refiero, y no a otros, por supuesto que bien expulsados— y adoptamos medidas legales para atraer riesgos financieros, de seguridad y de criminalidad. Basta echar un vistazo a algunos considerandos de la citada resolución:

- Vistas las numerosas revelaciones de periodistas de investigación, como los papeles de Luxemburgo, los papeles de Panamá, los papeles del Paraíso y, más recientemente, los escándalos de Cum-Ex, así como los casos de blanqueo de capitales en los que están implicados, en particular, bancos de Dinamarca, Estonia, Alemania, Letonia, los Países Bajos y el Reino Unido.
- Vista su Resolución, de 29 de noviembre de 2018, sobre el escándalo de los “archivos cum-

ex”: delincuencia financiera y lagunas del actual marco jurídico.

- Vista su Resolución, de 19 de abril de 2018, sobre la protección de los periodistas de investigación en Europa: el caso del periodista eslovaco Ján Kuciak y Martina Kušnírová.
- Vistos el estudio sobre el fraude en el IVA: impacto económico, desafíos y problemas políticos, el estudio sobre criptomonedas y cadena de bloques: contexto jurídico e implicaciones para la delincuencia financiera, el blanqueo de capitales y la evasión fiscal, y el estudio sobre el impacto de la digitalización en asuntos fiscales internacionales.

4. CONCLUSIONES

1. La reforma 2015 del artículo 89 del Código Penal consagra la expulsión como respuesta al hecho criminal del extranjero.

2. Las modulaciones introducidas al rigor legal deportador no son más que la plasmación de exigencias legales y jurisprudenciales europeas, de lo que se infiere que no ha existido ninguna aportación *ex novo* del legislador español en orden a suavizar la expulsión.

3. La no aplicación rigurosa de las previsiones legales está hoy solo en manos de jueces y tribunales. Tal es así que año tras año las memorias de la Fiscalía General del Estado dejan constancia de la reticencia de aquellos a privar de libertad en tanto se tramita la expulsión.

4. La actual regulación supone la consagración legal de una política criminal que persiste en ocasiones en responder a los viejos modelos de Derecho Penal simbólico y Derecho Penal del enemigo.

5. No puede ser materialmente una pena ni un sustitutivo penal porque solo satisface necesidades preventivas (generales o especiales) cuando se activa la excepción a su aplicación.

6. Compartimos con Orts Berenguer y con González Cussac que dos de las más severas críticas a esta regulación son “su descarnado pragmatismo” y “su discutible limitación de garantías constitucionales”¹⁴⁹.

7. Como reconoce la Fiscalía General del Estado y el Ministerio del Interior (a través de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias), se supedita la política criminal a la política de extranjería y penitenciaria.

8. La generalización de la expulsión a todo extranjero no pone en aprietos el argumento del control de los flujos migratorios en tanto, al final, los penalmente expulsados responden a un muy determinado perfil.

148 En línea: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0240_ES.html. Último acceso: noviembre de 2020.

149 ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 537.

9. Las pretensiones gubernamentales quedan de manifiesto con las “devoluciones en caliente”¹⁵⁰ y las “devoluciones exprés”¹⁵¹.

10. Si se maximiza la expulsión, resulta inexplicable que no se prevea una solución para los extranjeros in-expulsables, ni en Europa ni en España.

Ya la Directiva 2008/115/CE de retorno señala en su considerando 12:

Debe abordarse la situación de los nacionales de terceros países que están en situación irregular pero que todavía no pueden ser expulsados. Procede definir sus condiciones básicas de subsistencia según la legislación nacional. Para poder demostrar su situación concreta en el caso de controles o verificaciones administrativas, es preciso proporcionar a estas personas una confirmación escrita de su situación. Los Estados miembros deben disfrutar de amplia discreción sobre la forma y formato de la confirmación escrita y deben también poder incluirla en las decisiones relativas al retorno adoptadas en virtud de la presente Directiva.

Se supone que como no pueden ser expulsados, pueden —y deben— acceder a los beneficios penitenciarios, así como al tercer grado y a la libertad condicional.

11. Como quiera que los objetivos que persigue la expulsión penal le son ajenos y pueden ser plenamente atendidos por el Derecho Administrativo, carece de sentido su mantenimiento en el Código Penal; sobre todo, cuando el relato en relación con los movimientos migratorios coloca al extranjero como víctima¹⁵².

La expulsión de quien deba ser sujeto pasivo de ella solo requiere una coordinación entre instituciones para una correcta aplicación del art. 57.2 LEX, como lo demuestra la perfecta sintonización entre Fiscalía, Instituciones Penitenciarias y Juzgado sentenciador a la que alude la Fiscalía General del Estado en su Memoria 2019 implementada por la Fiscalía Delegada de Extranjería de Las Palmas (p. 830).

12. Si se expulsase del Código Penal esta previsión, se zanjaría el debate en sede administrativa. En este sentido, no nos pasan desapercibidas las reflexiones vertidas por Suay Rincón en el voto particular formulado a la STS, Sala 3ª, 2041/2018, de 31 de mayo. Entiende que la previsión contenida en el art. 57.2 LEX es una “consecuencia accesoria” de una sanción, “en el que el juicio sobre el grado de reprochabilidad de la conducta realizada (infracción) ha sido ya realizado en

sede penal y del que no cabe prescindir ya ni apartarse del mismo en sede administrativa”.

El razonamiento a contrario conduce a sostener, precisamente, que si no es una sanción administrativa, materialmente lo es. Y es que la expulsión penal no es, en sentido estricto, el producto de un reproche penal, sino un producto añadido de la pena. De hecho, el otro voto particular de la citada sentencia (Fernández Valverde) sostiene que sí que es una sanción administrativa.

13. Los casos en los que la prevención general invita al cumplimiento efectivo de la pena de prisión no son, en realidad, objeto de debate. Y la inmensa mayoría de los casos en los cuales se debate la proporcionalidad en función de las circunstancias del sujeto son resueltos, como reconocen todas las memorias e informes oficiales, en ejecución de sentencia, una fase muy administrativizada, por la necesaria intervención de distintas unidades administrativas y entidades sociales. No es solo la solvencia lo que no resulta acreditado durante el procedimiento penal.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M.: “Lección 34. Las medidas de seguridad”, en Berdugo Gómez de la Torre, I. *et al.*, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edic., Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016
- AEBI, M.F.; LINDE, A.: “El misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 12, 2010
- ARANDA, J.L.: “El 42% de casas de lujo compradas por extracomunitarios sirvió para obtener un permiso de residencia”, *diario El País*, 13 de abril de 2019
- BARQUÍN SANZ, J.: “De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional”, en Morillas Cueva, L. (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015
- BOLLO AROCENA, M.D.: *Expulsión de extranjeros, Derecho internacional y Derecho europeo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016
- BOZA MARTÍNEZ, D.: *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016

150 Vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: “Las ‘devoluciones en caliente’ tras la sentencia de la Gran Sala TEDH, de 13 febrero 2020 (N.T. y N.D. vs España)”, *Jueces para la Democracia*, nº 97, 2020, pp. 61 y ss., sobre esta cuestión y la trascendental posición del TEDH.

151 Vid. SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: “Las repatriaciones desde comisaría sin internamiento judicial”, *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 18, 2019, pp. 40 y ss., donde las cifras oficiales ponen de manifiesto que hoy son mayoritarias las repatriaciones que se realizan desde las comisarías de policía sin un internamiento judicial en un CIE.

152 NAVARRO CARDOSO, F.: “Globalización, movimientos migratorios y política criminal”, en González Cussac, J.L. (dir.), *Fuerzas Armadas y seguridad pública: consideraciones en torno al terrorismo y la inmigración*, Universitat Jaume I, Castellón, 2007, pp. 239 y ss.

- BOZA MARTÍNEZ, D.: “El CP español como paradigma del Derecho de la ‘crimigración’”, en AA.VV., *Liber amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018
- BOZA MARTÍNEZ, D.: “Expulsiones. Cifras y su interpretación”, *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 18, 2019
- BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A.; FERNÁNDEZ BESSA, C.: “‘Perfiles’ de deportabilidad: el sesgo del sistema de control migratorio desde la perspectiva de la nacionalidad”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 37, 2017
- BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A.: “Cultura política de la UE y racionalidades penales nacionales: reflexiones sobre la penalidad migratoria”, en AA.VV., *Liber amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018
- BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A.; DUFRAIX, R.; QUINTEROS, D.: “La expulsión judicial en el sistema penal chileno: ¿Hacia un modelo de *Crimmigration*?”, *Política Criminal*, nº 26, 2018 [En línea: <http://politicrim.com>]
- BUSTOS RUBIO, M.: *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22, 4^a CP)*, Bosch, Barcelona, 2020
- CAMPOS HELLÍN, R.: “El medio abierto en España como vía de acceso a una expulsión tras la reforma de la LO 1/2015”, *Criminalidad*, vol. 59, nº 1, 2017
- CAMPOS HELLÍN, R.: “El arraigo como factor impositivo de una expulsión tras la reforma de la LO 1/2015”, *Boletín Criminológico*, art. 4/2019 (nº 185), 2019
- CAMPOS HELLÍN, R.: “La expulsión de los extranjeros comunitarios infractores tras la reforma de la LO 1/2015 y la reinserción social”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, nº 5, 2019
- CANCIO MELIÁ, M.: “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)”, *Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de Estudios en Ciencias Penales y Criminología*, nº 002-04, 2007
- CANO CUENCA, A.: “Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión”, en González Cusac, J.L. (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015
- CARDENAL MONTRAVETA, S.: “Artículo 89”, en Corcoy Bidasolo, M., Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015
- CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M.: “Expulsión de ciudadanos extranjeros del territorio nacional”, *Actualidad Administrativa*, nº 11, 2018
- COMAS DÁRGEMIR, M.; SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C.; NAVARRO, E.: “Sustitución de la pena por expulsión: principio de proporcionalidad, audiencia del acusado y del penado, distintas fases procesales (art. 89 CP)”, *Jornadas de la Comisión Penal de Jueces para la Democracia*, Valencia, 17 y 18 de diciembre de 2012 [En línea: <http://www.juecesdemocracia.es>]
- CONTRERAS ROMÁN, M.: “La expulsión administrativa como excusa de inacción penal”, *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 18, 2019
- CORTINA, A.: *Aporofobia, el rechazo al pobre*, Paidós, Barcelona, 2017
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: “Control social formal e inmigración”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 10, 2008
- DE LA MATA BARRANCO, N.J.: *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007
- FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018
- GARCÍA ESPAÑA, E.: *Inmigración y delincuencia en España: un análisis criminológico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001
- GARCÍA ESPAÑA, E.: “La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015”, *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, nº 18, 2016
- GARCÍA ESPAÑA, E.: “Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 19, 2017
- GARCÍA ESPAÑA, E.: “El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión”, *Migraciones*, nº 44, 2018
- GÓMEZ TOMILLO, M.; SANZ RUBIALES, I.: *Derecho Administrativo sancionador. Parte General*, 4^a edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2017
- GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.: “La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 36, 2016
- GUISASOLA LERMA, C.: “Consideraciones político-criminales para una reformulación de la expulsión penal de condenados extranjeros sin residencia

- legal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 30, 2010
- HUERGO LORA, A.: *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007
- IGLESIAS RÍO, M.A.: “La expulsión de extranjeros”, en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015
- LARRAURI, E.: “Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2016
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A.; RUSCONI, M. (dirs.): *El principio de proporcionalidad penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2014
- LEGANÉS GÓMEZ, S.: “La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015”, *Diario La Ley*, nº 8579, 2015
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: “Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2009
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: “Centros de internamiento para extranjeros: Estado de la cuestión y perspectivas de futuro”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, nº 18, 2016
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: “Las ‘devoluciones en caliente’ tras la sentencia de la Gran Sala TEDH, de 13 febrero 2020 (N.T. y N.D. vs España)”, *Jueces para la Democracia*, nº 97, 2020
- MIR PUIG, S.: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª edic., Bosch, 1982
- MIR PUIG, S.: “Principio de proporcionalidad y fines del Derecho Penal”, en Echano Basaldía, J.I. (coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edic., Reppertor, Barcelona, 2015
- MOLINA, C.: “El turismo ya aporta al PIB español tres veces más que la automoción”, *diario CincoDías*, 30 de agosto de 2019
- MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019
- NAVARRO CARDOSO, F.: “Expulsión ‘penal’ de extranjeros: una simbiosis de Derecho Penal ‘simbólico’ y Derecho Penal del ‘enemigo’”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 17, 2006
- NAVARRO CARDOSO, F.: “El Código Penal de la seguridad e inmigración (consideraciones criminológicas y político-criminales)”, en Rodríguez Mesa, M.J., Ruiz Rodríguez, L.R. (coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006
- NAVARRO CARDOSO, F.: “Globalización, movimientos migratorios y política criminal”, en González Cussac, J.L. (dir.), *Fuerzas Armadas y seguridad pública: consideraciones en torno al terrorismo y la inmigración*, Universitat Jaume I, Castellón, 2007
- NAVARRO CARDOSO, F.: “Lección 31. Alternativas a la prisión. La libertad condicional”, en Berdugo Gómez de la Torre, I. et al., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edic., Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016
- NAVARRO CARDOSO, F.: “El derecho de acceso a la información pública como instrumento de transparencia en la lucha contra la corrupción y su tutela penal” en Matallín Evangelio, A. (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018
- NAVARRO CARDOSO, F.: “A vueltas con la vieja delimitación entre ilícito administrativo e ilícito penal, a propósito de algunos nuevos problemas” en Demetrio Crespo, E. (dir.), *Derecho Penal económico y Teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020
- ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 8ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019
- PINTO DE BARROS, A.: “Un análisis crítico de la medida sustitutiva de la pena de prisión impuesta al extranjero a la luz del derecho penal de un estado social y democrático de derecho”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 31, 2019
- PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.: “Tema 21. Sustitución de las penas privativas de libertad”, en Suárez-Mira Rodríguez, C. (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte General*, t. I, 7ª edic., Civitas, Madrid, 2017
- RECIO JUÁREZ, M.: “Claves de la reforma de la expulsión de extranjeros en el Código Penal”, *Diario La Ley*, nº 8602, 2015
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14, 2012
- ROIG TORRES, M.: “La expulsión de los extranjeros en el proyecto de reforma del Código Penal. Análisis desde la perspectiva del TEDH. Unas notas sobre el Derecho británico”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 34, 2014
- ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General*, t. I, trad. y notas de la 2ª edic. alemana por Luzón Peña, D.M., Díaz y García Conlledo, M., de Vicente Remesal, J., Civitas, Madrid, 1997

- RUIZ LEGAZPI, A.: “La protección de los menores extranjeros: el veto constitucional a su expulsión”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 21, 2013
- SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: “Las repatriaciones desde comisaría sin internamiento judicial”, *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 18, 2019
- SOLANES CORELLA, A.: “Del Derecho penal al Derecho administrativo del enemigo: la legislación de extranjería en España como ejemplo”, en González Cussac, J.L. (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020
- STUMPF, J.: “The crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power”, *American University Law Review*, vol. 56, nº 2, 2006, pp. 367 y ss.
- TERRADILLOS BASOCO, J.: “Marginalidad social, inmigración, criminalización”, en Zúñiga Rodríguez, L., Méndez Rodríguez, C., Diego Díaz-Santos, R. (coords.), *El Derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid, 2002
- TERRADILLOS BASOCO, J.: “Política criminal de exclusión: aporofobia y plutofilia”, *Revista Penal*, nº 46, 2020
- TINESSA, G.: “Marginados, minorías e inmigrantes: criminalización de la pobreza y encarcelamiento masivo en las sociedades capitalistas avanzadas”, *Miradas en Movimiento*, vol. 3, 2010
- TOMÉ GARCÍA, J.A.: “La expulsión de ciudadanos extranjeros sustitutiva de la pena de prisión: resolución en fase de ejecución”, *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 18, 2019
- ÚBEDA TARAJANO, F.E.: “La labor del Tribunal de Justicia en orden a la protección de los derechos fundamentales”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2023, 2006
- ÚBEDA TARAJANO, F.E.: “La sanción administrativa de expulsión de personas extranjeras”, *Actualidad Administrativa*, nº 1, 2019
- WACQUANT, L.: *Las cárceles de la miseria*, Manantial, Buenos aires, 2004
- WACQUANT, L.: *Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Gedisa, Barcelona, 2010
- WAGMAN, D.: “Estadística, delito e inmigrantes”, *Gobernabilidad y seguridad sostenible*, nº 7, 2002