

56

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

# Revista

Julio 2025

56

Revista Penal

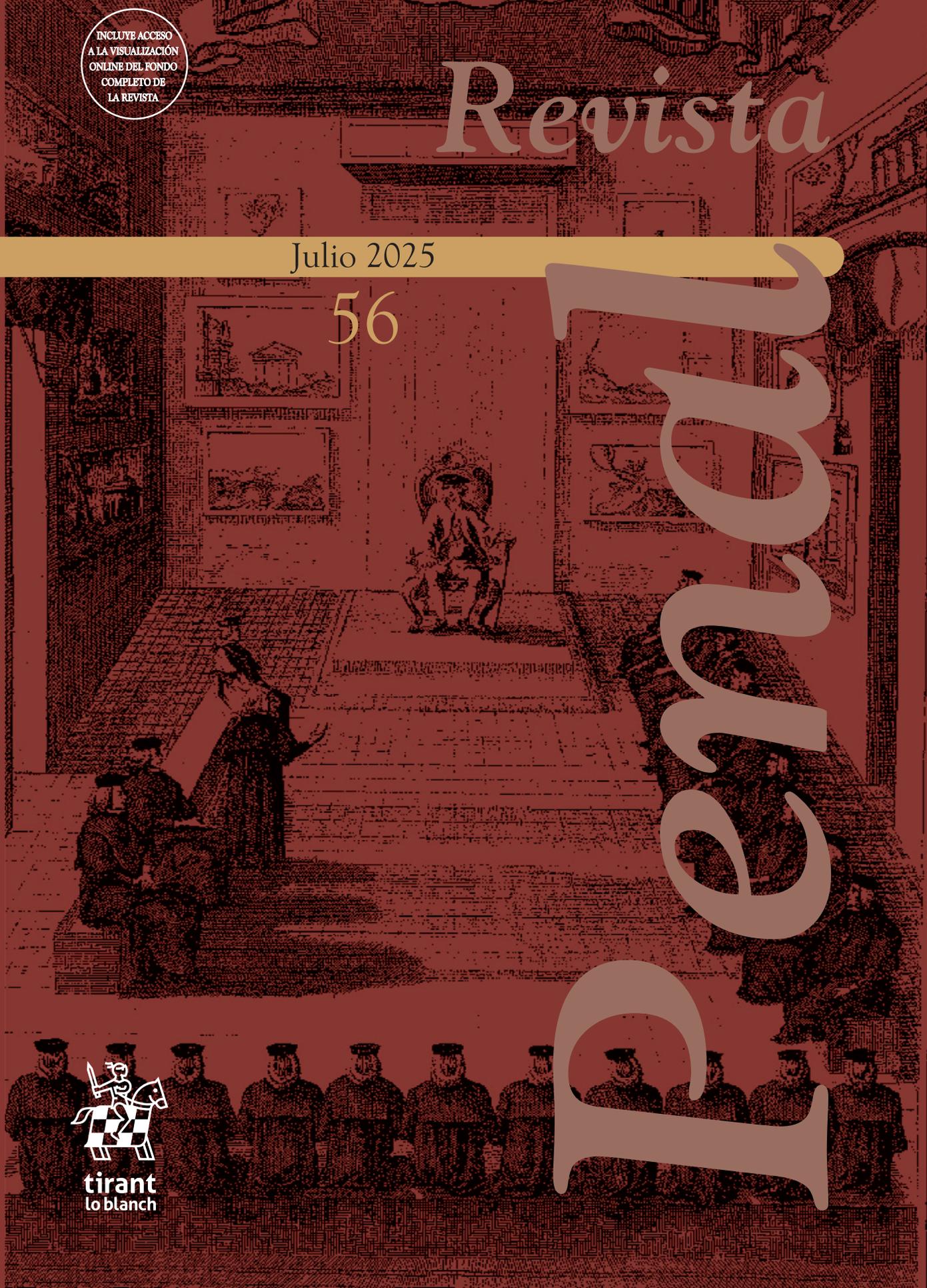
# Penal

Julio 2025



tirant  
lo blanch

tirant  
lo blanch



# Revista Penal

Número 56

## Sumario

### Editorial:

- ¿Por qué Claus Roxin?, por *Juan Carlos Ferré Olivé* ..... 5

### Doctrina:

- La seguridad urbana, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana y la proposición de su reforma, de octubre de 2024: intervención penal y sanciones administrativas en materia de espacio público y derechos de reunión y manifestación, trabajo sexual y top manta, por *Miguel Abel Souto*..... 6
- Culpabilidad de personas jurídicas, por *Paulo César Busato*..... 38
- La propuesta de Directiva para prevenir y combatir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares en la Unión. ¿Una solución garantista y efectiva?, por *Manuel Cabezas Vicente*..... 61
- La expulsión penal de personas extranjeras: una paradoja jurídica entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal, por, *Helene Colomo Iraola*..... 83
- El delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social. Comentarios sobre su regulación normativa, elementos del delito y algunas propuestas relativas a su redacción, por *Daniel Fernández Bermejo*..... 109
- El contrabando como delito contra la renta de aduanas, por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 132
- De la desinformación y la posverdad a través de las RRSS y la IA: ¿retos para el Derecho penal?, por *Cristina García Arroyo*..... 146
- La acusación popular: una institución necesaria pero cuestionada, por *Carmen Ladrón de Guevara Pascual*..... 163
- Problemas de forma y objeto del dolo en el delito de blanqueo de capitales en la legislación italiana, por *Gianfranco Martiello*..... 183
- Anotaciones sobre la responsabilidad penal de las “personas artificiales”, por *Fernando Navarro Cardoso*..... 198
- La esclavitud doméstica de mujeres migrantes irregulares. Las cenicientas del Siglo XXI, pero sin príncipe que las rescate, por *Nieves Sanz Mulas*..... 208
- Implementación de los canales de denuncia en materia de violencia sexual desde una visión restaurativa: análisis legislativo España-Portugal, por *Selena Tierno Barrios*..... 232

### Sistemas Penales Comparados:

- Reformas en la legislación penal y procesal (2021-2025) (*Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2021-2025*) ..... 255

### Obituario:

- Valores civiles de un Papa extraordinario y la abolición de la pena de muerte, por *Luis Arroyo Zapatero* y *Antonio Muñoz Aunión*..... 339

### Bibliografía:

- Abadías Selma, Alfredo, Child Grooming: El Embaucamiento de Menores en la Era del Metaverso y la Inteligencia Artificial, por *Jesús Pando Díaz* ..... 341
- Alzina Lozano, Álvaro (2023). El Derecho penal y la política medioambiental de la Unión Europea, por *Elena Atienza Macías* ..... 345
- Cartes Rodríguez, J.B., El sistema judicial africano de protección de los derechos humanos. Un análisis de las demandas individuales, por *Francisco Salvador de la Fuente Cardona* ..... 347

\* 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>.

Pueden consultarse números posteriores en <https://revistapenal.tirant.com/index.php/revista-penal/index>



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



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**

Victor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja  
Carmen González Vaz. Universidad CUNEF, Madrid

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen  
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha  
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca  
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg  
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco  
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco  
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra  
George P. Fletcher. Univ. Columbia  
Luigi Foffani. Univ. Módena  
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha  
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I<sup>o</sup>  
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla  
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III  
Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña  
Alessandro Melchionda. Univ. Trento  
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide  
Francesco Palazzo. Univ. Firenze  
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa  
José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha  
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg  
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz  
John Vervaele. Univ. Utrecht  
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío  
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

### **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), 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)  
Luis Fernando Niño (Argentina)  
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)  
Matías Melo Navarro y Pablo Galain Palermo (Chile)  
Jiajia Yu (China)  
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)  
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)  
Antonio Rodríguez Molina (España)  
Federica Raffone (Italia)

Manuel Vidaurri Aréchiga (México)  
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)  
Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)  
Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)  
Blanka Julita Stefańska (Polonia)  
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)  
Pablo Galain Palermo y Rubén Etcheverry (Uruguay)  
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

<https://revistapenal.tirant.com/index.php/revista-penal/index>

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto: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](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

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



## La expulsión penal de personas extranjeras: una paradoja jurídica entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal

Helene Colomo Iraola

Revista Penal, n.º 56 - Julio 2025

### Ficha Técnica

**Autor:** Helene Colomo Iraola

**Adscripción institucional:** Investigadora del Programa Posdoctoral de Perfeccionamiento de Personal Investigador Doctor del Gobierno Vasco

<https://doi.org/10.36151/RP.56.04>

**ORCID:** 0000-0001-9547-3350

**Title:** The criminal expulsion of foreigners: a legal paradox between Administrative sanctioning Law and Criminal Law.

**Sumario:** I. Introducción. II. La expulsión como sustitutiva de la pena de prisión (art. 89 CP): a vueltas con su naturaleza jurídica. 1. La expulsión penal como sustitutivo de las penas privativas de libertad. 2. La expulsión penal como pena. 3. La expulsión penal como medida de seguridad. 4. La expulsión penal como suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. 5. La expulsión penal como sanción administrativa. III. Excurso: la expulsión como sustitutiva de las medidas de seguridad (art. 108 CP). IV. Consideración final. V. Bibliografía. VI. Relación de jurisprudencia citada.

**Summary:** I. Introduction. II. Expulsion as a substitute for imprisonment (art. 89 CC): a look at its legal nature. 1. Criminal expulsion as a substitute for custodial sentences. 2. Criminal expulsion as a penalty. 3. Criminal expulsion as a security measure. 4. Criminal expulsion as a suspension of the enforcement of custodial sentences. 5. Criminal expulsion as an administrative sanction. III. Excursus: expulsion as a substitute for security measures (art. 108 CC). IV. Final consideration. V. Bibliography. VI. List of case law cited.

**Resumen:** El artículo analiza la expulsión penal de personas extranjeras, destacándola como una figura jurídica problemática, especialmente en lo relativo a su naturaleza jurídica. Originalmente concebida como una medida administrativa, su incorporación al ámbito penal ha generado tensiones al contravenir principios fundamentales del Derecho penal. Además, se cuestiona su instrumentalización para objetivos de política migratoria y control fronterizo, lo que ha dado lugar a un régimen desigual que refuerza estereotipos negativos sobre la inmigración y las personas extranjeras. En este contexto, se plantea la necesidad de eliminar esta figura del Código Penal, considerando su falta de justificación sólida y su impacto en los derechos humanos de las personas migrantes.

**Palabras clave:** Expulsión penal, naturaleza jurídica, política migratoria, personas extranjeras, derechos humanos

**Abstract:** The article analyses the criminal expulsion of foreigners, highlighting it as a problematic legal concept, especially regarding its legal nature. Originally conceived as an administrative measure, its incorporation into the criminal sphere has generated tensions by contravening fundamental principles of criminal law. Its instrumentalisation for migration policy and border control purposes is also questioned, which has given rise to an unequal regime that reinforces negative stereotypes about immigration and foreigners. In this context, the need to eliminate this figure from the Criminal Code is raised, considering its lack of solid justification and its impact on the human rights of migrants.

**Key words:** Criminal expulsion, legal nature, migration policy, foreigners, human rights.

**Observaciones:** Esta obra se ubica en el marco del Grupo Consolidados GICCAS/Grupo de Investigación en Ciencias Criminales (REF. IT 1486-22).

**Rec.:** 28-11-2024 **Fav.:** 27-02-2025

### I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, en el debate sobre los riesgos que enfrentan las sociedades contemporáneas, la cuestión migratoria ha cobrado especial relevancia. A pesar de que la movilidad internacional de las personas es uno de los fenómenos más significativos en el mundo moderno, las migraciones actuales son percibidas como una amenaza en las sociedades receptoras. Los miedos relacionados con el mercado laboral, el acceso a recursos limitados y la seguridad han alimentado discursos sociales y políticos en contra de la inmigración y, por extensión, de las personas extranjeras, desatendiendo por completo la complejidad intrínseca del fenómeno migratorio.

A nadie escapa que en la Unión Europea (en adelante, UE), y en muchas otras regiones del mundo, se ha asentado la idea de que la inmigración y los movimientos migratorios no solo alteran el orden público, sino que también representan una amenaza directa para la seguridad nacional. Además, la tendencia a interpretar la migración como un fenómeno vinculado al riesgo de actividades subversivas o terroristas ha consolidado su tratamiento como un asunto prioritario de control. En las últimas décadas, esto ha elevado la inmigración al rango de problema de seguridad internacional<sup>1</sup>.

Este temor hacia el fenómeno migratorio queda reflejado en un reciente sondeo realizado por BVA Xsight para ARTE Europa Semanal<sup>2</sup>. Según la encuesta, siete de cada diez personas europeas creen que su país acoge a demasiadas personas migrantes. Además, el 85% de las personas encuestadas se muestran partidarias de emprender más acciones para combatir la inmigración irregular, mientras que solo el 39% cree que Europa necesita hoy el aporte de las personas extranjeras. La encuesta también refleja que más de la mitad de las personas ciudadanas europeas considera que la inmigración es un problema.

Ahora bien, es también importante indicar que esa percepción no se corresponde con la cantidad de personas extranjeras que recibe cada Estado. Así, por

ejemplo, en Italia, que el año pasado recibió el mayor número de personas migrantes de forma clandestina (157.652), solo el 44% lo destaca como un problema y apenas el 14% lo ve como la principal preocupación. Esto sugiere que el discurso populista puede influir en la percepción pública, haciéndola más o menos alarmista según los intereses políticos de quienes tienen la capacidad de influir en ella. En Grecia y España, los países que registraron el segundo y tercer mayor número de entradas irregulares en 2023, respectivamente, solo el 11% de las personas encuestadas consideran la inmigración su primera preocupación, por debajo del 17% de la media europea.

Los datos sobre la preocupación por la inmigración en Europa tienen una relación directa con los resultados de las elecciones europeas. El temor a la inmigración ha polarizado políticamente a Europa, con un aumento en el apoyo a partidos que prometen medidas punitivas y un rechazo a la inmigración. Los partidos y líderes populistas utilizan la inmigración como un chivo expiatorio, asociándola con problemas como la delincuencia, el desempleo y la pérdida de identidad cultural. Esto genera un sentimiento de amenaza entre las personas ciudadanas, que buscan respuestas rápidas y contundentes. Lo que explica, dicho sea de paso, la adopción de prácticas que atentan frontalmente contra los derechos humanos de las personas migrantes. Estas prácticas, que por desgracia se han vuelto cada vez más comunes, únicamente pueden justificarse desde la deshumanización de la persona migrante.

A modo de ejemplo, cabe mencionar la reciente medida adoptada por Italia, que consiste en trasladar a las personas migrantes rescatadas en el mar a Albania, donde deben permanecer en centros de retención mientras se resuelven sus solicitudes de asilo. Este controvertido acuerdo, que externaliza la acogida de las personas migrantes fuera de la UE, sigue el modelo previamente propuesto por Reino Unido y Dinamarca, países que en su momento consideraron enviar solicitantes de asilo a Ruanda. Asimismo, cabe recordar el caso del *Bibby*

1 En este sentido, SANZ MULAS, N.: *Política criminal*, 3.ª ed., Ratio Legis, Salamanca, 2019, p. 227.

2 Disponible en: <https://elpais.com/noticias/arte-tv/>. Consultado el 28 de noviembre de 2024.

*Stockholm*, la prisión flotante habilitada por el Reino Unido para alojar a solicitantes de asilo, así como la decisión de Grecia de suspender temporalmente las solicitudes de asilo tras un aumento en el flujo migratorio desde Turquía. En ese período, las autoridades griegas llevaron a cabo deportaciones inmediatas hacia Turquía y los países de origen de las personas migrantes, empleando medidas represivas como gas lacrimógeno y balas de goma para disuadir los intentos de cruce. De manera similar, Malta ha sido objeto de reiteradas críticas por negarse a rescatar y permitir el desembarco de migrantes en el mar. Finalmente, no podemos olvidar las llamadas «devoluciones en caliente» en la frontera sur de Ceuta y Melilla, otra práctica altamente controvertida. Todas estas medidas constituyen, sin lugar a duda, una grave violación de los derechos humanos de las personas migrantes.

De cualquier forma, interesa observar que la estrategia de los gobiernos, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras, es clara y uniforme: presentar a la persona migrante como un sujeto peligroso, legitimando de este modo la adopción de políticas migratorias restrictivas<sup>3</sup>. Es peligrosa porque se encuentra en la esencia del imaginario de la criminalidad, compite por recursos escasos en la actualidad, y representa una amenaza simbólica en la medida en que cuestiona los valores tradicionales e identitarios de la población nacional<sup>4</sup>. Esta construcción social de las personas inmigrantes como un «problema» profundiza la brecha entre las personas autóctonas y las extranjeras, perpetuando la exclusión de estas últimas. Esta circunstancia, a su vez, hace que el colectivo migrante sea más proclive a sufrir la excepcionalidad legal. Los discursos continuos en contra de la inmigración crean un caldo de cultivo idóneo que favorece la creación y consolidación de prejuicios y

estereotipos sobre las personas extranjeras, legitiman argumentos basados en la prioridad nacional y normalizan la xenofobia<sup>5</sup>. Estos discursos no se corresponden con la realidad, pero paradójicamente, desempeñan un papel fundamental en el diseño de prácticas y políticas sociales que definen los colectivos sujetos a persecución penal<sup>6</sup>.

En este sentido, debemos mencionar lo que podría considerarse la evidencia más contundente del tratamiento diferenciado que reciben las personas extranjeras en comparación con las autóctonas: la expulsión. La normativa española en materia de extranjería define la expulsión como la ejecución de la obligación de retornar. Esta medida puede ser ordenada judicialmente, en los casos establecidos por la ley penal, o decretada por la autoridad gubernativa, siguiendo lo dispuesto en la normativa administrativa. En ambos casos, la expulsión conlleva la salida forzosa de la persona extranjera de nuestro país, acompañada de la prohibición de regresar al territorio nacional por el tiempo estipulado en la normativa vigente<sup>7</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, la expulsión penal está prevista desde la entrada en vigor de la LO 7/1985, donde se recogía la posibilidad de sustituir la condena impuesta a una persona extranjera por su expulsión del territorio nacional. Posteriormente, esta figura fue incorporada al Código Penal (en adelante, CP) de 1995, ubicada en la Sección 2ª del Capítulo III, bajo la rúbrica «de la sustitución de las penas privativas de libertad», concretamente, en el artículo 89. La expulsión judicial cobró mayor relevancia en ese momento al ser dotada de una regulación más extensa que la dispuesta en su ley precursora. Desde entonces, dicho precepto ha sido modificado en cuatro ocasiones, dando lugar a una redacción notablemente distinta a la original<sup>8</sup>.

3 SANZ MULAS, N.: Política, *op. cit.*, p. 228.

4 AGUILAR IDÁÑEZ, M.J./BURASCHI, D.: «Indiferencia, fronteras morales y estrategias de resistencia», en *Documentación social*, n.º 180, 2016, p. 136.

5 AGUILAR IDÁÑEZ, M.J./BURASCHI, D.: «Del racismo y la construcción de fronteras morales a la resistencia y el cambio social: la sociedad civil frente a las migraciones forzosas», en *Servicios Sociales y Política Social*, n.º 111, 2016, pp. 32-33.

6 FERNÁNDEZ BESSA, C./ORTUÑO AIX, J.M./MANAVELLA SUÁREZ, A.: «Los efectos de la cultura de emergencia en la criminalización de los inmigrantes», en PUENTE ABA, L.M. (dir.), ZAPICO BARBEITO, M./RODRÍGUEZ MORO, L. (coords.): *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, Comares, Granada, 2008, p. 228.

7 ALASTUEY DOBÓN, C.: «Sobre la naturaleza jurídica de la expulsión de extranjeros en el Derecho español», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 56, 2021, p. 64; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 591.

8 ALASTUEY DOBÓN, C.: Sobre la naturaleza, *op. cit.*, pp. 64-65. Si enumeramos las leyes que han marcado un cambio de rumbo en este campo en el orden que fueron promulgadas, debemos empezar mencionando, en primer lugar, la 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, por la que se prohíbe la aplicación de la expulsión sustitutiva para determinados delitos. En segundo lugar, cabe traer a colación la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (en adelante, LO 11/2003), que supuso un claro endurecimiento del texto hasta entonces vigente. En tercer lugar, la 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, con la que se volvieron a reformar ciertas previsiones de la expulsión penal. Y, por último, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, LO 1/2015), que volvió a cambiar el

La intervención del instrumento punitivo en materia migratoria plantea, sin duda, numerosos interrogantes. La población migrante, marcada por su triple condición de pobreza, extranjería e irregularidad, queda inevitablemente relegada a una posición de marginalidad. A su vez, un alto grado de exclusión social suele ir acompañado de un incremento en los índices de criminalidad. Frente a esta realidad, el CP propone abordar el problema mediante la expulsión sistemática de las personas extranjeras que cometen delitos en nuestro país<sup>9</sup>. No en vano, la expulsión penal se erige como la respuesta más contundente a los temores que la sociedad experimenta en un contexto de creciente migración y mayor presencia de personas extranjeras en nuestro territorio. Esta medida no solo busca endurecer la postura del Estado frente a las personas migrantes que cometen delitos, sino que también tiene un propósito simbólico: tranquilizar a la ciudadanía al proyectar una imagen de firmeza y rechazo hacia las formas de criminalidad que generan mayor alarma social. En esencia, esta estrategia promueve la exclusión y marginalización de las personas extranjeras que delinquen, presentándola como una solución definitiva al problema, al tiempo que busca reforzar la percepción de control y seguridad entre la población<sup>10</sup>.

Ciertamente, desde que la figura de la expulsión penal fuera incluida por primera vez en el CP de 1995, tanto la institución como su regulación han estado marcadas por la crítica. Por mucho que se ahonde en esta cuestión, no es fácil dar respuesta a la selectividad con la que opera el Derecho penal —la preferencia de la expulsión sobre el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad— cuando el sujeto activo es una persona extranjera<sup>11</sup>. Este trato diferenciado, de dudosa legitimidad y difícil justificación, ha dado lugar a un arduo debate doctrinal y jurisprudencial sobre varios

aspectos que configuran la expulsión como medida sustitutiva, lo cual, en última instancia, no es sino la muestra de que en una materia tan sensible como esta, todo es extraordinariamente complejo.

Entre las diversas cuestiones polémicas que rodean la expulsión en el ámbito penal, el presente artículo se centra en analizar su naturaleza jurídica, un aspecto que la doctrina penal ha abordado principalmente de manera tangencial y que, a nuestro juicio, no ha recibido la atención que merece. La concreción de la naturaleza jurídica de la expulsión sustitutiva no es una cuestión baladí; por el contrario, presenta la entidad suficiente para requerir un análisis detallado. No se debe dejar de insistir en lo anómalo de esta figura en el ámbito penal y las implicaciones que ello conlleva para los derechos humanos de las personas migrantes. Con todo, el propósito fundamental de cuanto sigue es contribuir a esta discusión con la aspiración, aunque ambiciosa, de que algún día la figura de la expulsión sea eliminada de nuestro CP.

## II. LA EXPULSIÓN COMO SUSTITUTIVA DE LA PENA DE PRISIÓN (ART. 89 CP): A VUELTAS CON SU NATURALEZA JURÍDICA

Desde que la LO 7/1985 introdujo por primera vez la expulsión como alternativa a la pena, su naturaleza jurídica ha sido objeto de debate entre la doctrina y la jurisprudencia, ya que de ello depende su justificación. La inclusión en el CP de una institución que previamente había sido exclusivamente administrativa auguraba que la determinación de su naturaleza no sería una cuestión fácil, ni mucho menos pacífica.

La expulsión es una figura propia del Derecho administrativo, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, y no sería aventurado afirmar que también lo es en el

---

precepto de manera sustancial, entre otras cosas, ampliando el ámbito subjetivo a todas las personas extranjeras, independientemente de su situación administrativa.

9 SANZ MULAS, N.: Política, *op. cit.*, 232. Según los datos recopilados por la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE), con base en su memoria anual de 2024, las solicitudes para sustituir penas de prisión superiores a un año impuestas a ciudadanos extranjeros por medidas de expulsión han registrado un notable incremento en 2023. En total, se presentaron 4.144 solicitudes en escritos de calificación, 2.004 durante la tramitación de la sentencia y 581 en fase de ejecución. Estas cifras contrastan con las de 2022, cuando se registraron 2.904, 440 y 560 solicitudes en los mismos trámites, respectivamente. Este incremento refleja, en parte, el regreso a la normalidad tras el fin de las restricciones de movilidad y el cierre de fronteras causados por la pandemia. La tendencia también responde a un contexto social y político en el que el fenómeno migratorio ha cobrado un especial protagonismo en el debate público e institucional. Disponible en: [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2024/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2024/FISCALIA_SITE/index.html). Consultado el 28 de noviembre de 2024.

10 SANZ MULAS, N.: Política, *op. cit.*, p. 233.

11 Como señala acertadamente MONCLÚS MASÓ, M.: *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. 410, desde el momento en que la expulsión del territorio nacional se aplica únicamente a las personas extranjeras, el sistema penal está operando con selectividad al establecer un régimen sancionador específico y diferenciado para este colectivo. En sentido idéntico, MUÑOZ RUIZ, J.: «La expulsión penal: nuevas tendencias legislativas», en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, n.º 16, 2014, p. 8; PÉREZ CÉPEDA, A.I.: *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal: Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de integración social de extranjeros*, Comares, Granada, 2004, pp. 349 y 351; IGLESIAS RÍO, M.A.: «La expulsión de los extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 177-178.

resto de los ordenamientos europeos. Tanto es así, que la primera regulación de la expulsión como sustitutivo de una pena privativa de libertad impuesta a una persona extranjera se recogía en una ley de naturaleza administrativa, en concreto, en la LO 7/1985. En su artículo 21.2, segundo párrafo, se establecía que «si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el juez o tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquel, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta». En efecto, este artículo confería a la autoridad judicial la facultad de sustituir la pena impuesta a una persona extranjera por la comisión de un delito menos grave por la expulsión del territorio nacional, independientemente de su situación administrativa<sup>12</sup>.

Desde un punto de vista formal, causaba cierta inquietud que una ley de naturaleza administrativa, diseñada para regular diversas situaciones jurídicas de las personas extranjeras, fuera la encargada de incluir disposiciones que afectaban directamente al sistema de cumplimiento de las penas, lo cual alteraba, en cierta medida, la normativa del CP. En términos sustanciales, resultaba altamente cuestionable que los criterios de la política de extranjería primaran sobre los principios generales que inspiran el sistema penal, especialmente considerando la falta de pautas claras para ponderar las circunstancias que aconsejaban la expulsión en lugar de la persecución de hechos delictivos<sup>13</sup>.

Ahondando en esta última cuestión, no debería hacer falta observar que los fines de la política de inmigración se rigen por principios distintos a los que informan el sistema penal. Precisamente por esta divergencia, la combinación de ambas políticas genera problemas de congruencia que demandan una explicación clara de los fundamentos que justifican la subordinación de las

funciones del Derecho penal a los objetivos del control de los flujos migratorios<sup>14</sup>.

Las objeciones de carácter formal fueron superadas con la aprobación del CP de 1995, que incluyó en su artículo 89 la expulsión como medida sustitutiva de la pena privativa de libertad impuesta a la persona extranjera<sup>15</sup>. No ocurrió lo propio con las críticas de fondo, que persistieron debido a que la configuración de la medida de expulsión no se corresponde con ninguna de las consecuencias jurídicas o figuras tradicionales contempladas en el CP. La solución a este problema, propuesta tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, ha experimentado cambios a lo largo de las diversas versiones del artículo 89 de CP, debido a las numerosas reformas que han afectado a dicho precepto. Esto ha dificultado aún más alcanzar una respuesta unánime respecto al complejo asunto de su naturaleza jurídica<sup>16</sup>. Actualmente, tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, esta cuestión está lejos de ser resuelta.

De lo que se trata aquí no es únicamente, y quizá ni siquiera fundamentalmente, de realizar un recorrido meramente descriptivo por las diversas interpretaciones que han surgido a lo largo de todos estos años. Más bien, se busca poner de manifiesto que una figura cuya naturaleza ni siquiera se conoce no debería formar parte del cuerpo normativo del CP. Como tendremos ocasión de comprobar en las líneas que siguen, las diferentes propuestas que han emergido en torno a este tema han intentado aclarar la naturaleza jurídica de la expulsión sustitutiva utilizando conceptos conocidos y propios del ámbito penal, lo que ha resaltado su carácter excepcional y las dificultades que plantea su integración en el orden penal.

Como imprescindible punto de partida cabe recordar que la expulsión implica, a riesgo de incurrir en simplificaciones, dos aspectos fundamentales: la salida coercitiva del territorio y la consiguiente prohibición de entrada por un período determinado de tiempo. No es posible desconocer, por de pronto, que la medida de expulsión afecta al derecho a la libertad de circulación

12 Según lo dispuesto en el artículo 21.2, párrafo primero, los delitos «menos graves» eran aquellos castigados en nuestro ordenamiento jurídico con una «pena igual o inferior a prisión menor». De acuerdo con lo establecido en el artículo 30 del CP vigente en ese momento, aprobado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, la duración de la prisión menor oscilaba entre seis meses y un día y seis años.

13 ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas de control de la inmigración», en LAURENZO COPELLO (coord.): *Inmigración y Derecho penal: bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 25.

14 *Ibid.*, pp. 26-27.

15 *Ibid.*, p. 37. Queda así derogada la disposición recogida en el artículo 21.2, segundo párrafo, de la LO 7/1985. También en este sentido, GARCÍA ESPAÑA, E.: «La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código penal de 2015: ¿De la discriminación a la reinserción?», en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, n.º 18, 2016, p. 9.

16 Como señala con acierto BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: *Sistema penal y control de los migrantes: gramática del migrante como infractor penal*, Comares, Granada, 2011, p. 164, el debate ha adoptado principalmente un tono negativo, ya que parece haber un consenso más amplio sobre lo que la expulsión penal no es que sobre lo que es. De estas afirmaciones, sin embargo, no resulta fácil deducir una posición clara acerca de la naturaleza jurídica de la expulsión prevista en el artículo 89 del CP.

de fijación de residencia, reconocido en el artículo 19 de la Constitución Española (en adelante, CE)<sup>17</sup>. Esta afirmación es respaldada por la STC 242/1994, que señala que la expulsión así configurada —art. 21.2.II, LO 7/1985— constituye «una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros que se encuentran residiendo legítimamente en España, en este caso del derecho de permanecer en nuestro país»<sup>18</sup>. Ello no obstante, una vez expuesto lo anterior, es menester realizar varias observaciones al respecto.

Lo primero que cabe observar es que la STC 242/1994 se refiere al antiguo artículo 21.2, segundo párrafo, de la LO 7/1985, el cual era aplicable a cualquier persona extranjera, excluyendo a las personas ciudadanas de la UE, independientemente de su situación administrativa. En segundo lugar, interesa destacar que, tal como establece la sentencia mencionada, el sujeto titular del derecho a permanecer en nuestro país, de acuerdo con los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP), es el extranjero que reside legalmente en España<sup>19</sup>. Por lo tanto, para la persona extranjera expulsada en aplicación del entonces vigente artículo 21.2, segundo párrafo, de la LO 7/1985, la medida constituía una restricción de derechos, en concreto del derecho a permanecer en nuestro país<sup>20</sup>. Con la actual configuración de la expulsión tras la regulación dispensada por la LO 1/2015, la afectación de los derechos amparados por el artículo 19 de la CE solo se produce en relación con las personas extranjeras que residen legalmente en España, incluidas las personas ciudadanas de la UE, ya que son los únicos destinatarios de la protección proporcionada

por dicho artículo. Sin embargo, esta caracterización no arroja luz al debate sobre la naturaleza jurídica de la medida recogida en el artículo 89 del CP, toda vez que tales efectos son extensibles a cualquier modalidad de expulsión<sup>21</sup>.

En la sentencia que comentamos, como ya se ha señalado, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) hace referencia a la regulación establecida por la LO 7/1985, la cual, vale la pena reiterar, tiene naturaleza administrativa. Esta circunstancia resulta de innegable relevancia, ya que, para determinar la naturaleza jurídica de la expulsión sustitutiva, consideramos crucial tener en cuenta, entre otros aspectos, su ubicación normativa. No parece difícil advertir que una institución regulada tanto en el ámbito administrativo como en el penal no puede tener, por razones obvias, la misma condición. Por lo tanto, el hecho de que el contenido de la figura sea el mismo en ambos casos no implica que su naturaleza jurídica sea idéntica, ya que esta puede variar en función del marco legal en el que se encuentre.

A continuación, se abordarán las diferentes posiciones que tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido respecto a la naturaleza jurídica de la expulsión sustitutiva desde que esta fuera incluida, por primera vez, en el conjunto de disposiciones del CP.

### 1. La expulsión penal como sustitutivo de las penas privativas de libertad

Como se ha indicado previamente, la inclusión de la expulsión sustitutiva en el CP está ligada a las críticas, principalmente de índole formal, dirigidas hacia su an-

17 El artículo 19 de la CE dispone que: «Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos». Por tanto, el artículo citado reconoce cuatro derechos fundamentales: el derecho a elegir libremente la residencia, el derecho a circular por el territorio nacional, el derecho a entrar en España y el derecho a salir libremente del territorio nacional. En este sentido, ASÚA BATARRITA, A.: *La expulsión del extranjero*, *op. cit.*, p. 58; SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: «Garantismo e insumisión judicial en la expulsión penal de extranjeros», en GARCÍA VALDÉS, C., *et al.* (coords.): *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo II*, Edisofer S.L., Madrid, 2008, pp. 1573-1574; NAVARRO CARDOSO, F.: «Expulsión penal de extranjeros: una simbiosis de Derecho penal simbólico y Derecho penal del enemigo», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 17, 2006, p. 168; LEGANÉS GÓMEZ, S.: *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión: nuevo régimen jurídico*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 523-524.

18 Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 242/1994, de 20 de julio, (en adelante, STC 242/1994), FJ 4.

19 El artículo 12 del PIDCP reconoce el derecho de toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado —por ende, también de las extranjeras— a «circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia». Asimismo, garantiza el derecho de todas las personas a «salir libremente de cualquier país, incluso del propio», y establece que nadie debe ser «arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país». Por otro lado, el artículo 13 del PIDCP reconoce el derecho de la persona extranjera que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado a ser expulsada «solo en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley». En este sentido, STC 242/1994, *op. cit.*, FJ 5.

20 Más tarde, la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 72/2005, de 4 de abril (en adelante, STC 72/2005), FJ 7, confirma esta doctrina al señalar que «a partir de la regulación contenida en sus arts. 12 y 13 ha declarado este Tribunal que los extranjeros que se hallen legalmente en España tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el art. 19 CE, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, y son titulares del derecho fundamental a no ser expulsados del territorio nacional, si no es en virtud de una causa legal aplicada razonablemente y con un mínimo esencial de garantías de procedimiento, en los términos dispuestos por el art. 13 PIDCP».

21 TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: *La expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2012, p. 61.

terior ubicación normativa en la Ley de Extranjería de 1985. En un intento de superar estas críticas y dotar de mayor contenido a la medida, se trasladó al artículo 89 del CP, el cual actualmente se encuentra ubicado en el Capítulo III, del Título III, del Libro I del CP, relativo a «las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas y de la libertad condicional», a pesar de que el TC la hubiera calificado como una modalidad de suspensión de penas privativas de libertad. Más concretamente, como se ha mencionado previamente, la medida está incluida dentro de la Sección 2ª de dicho Capítulo, bajo la rúbrica «de la sustitución de las penas privativas de libertad»<sup>22</sup>.

Tras la reforma operada por la LO 1/2015 es la única modalidad de sustitución contemplada en el CP<sup>23</sup>. Pese a ello, se ha venido entendiendo, posiblemente debido a su ubicación sistemática, que la expulsión recogida en el artículo 89 del CP corresponde a la figura de un sustitutivo penal<sup>24</sup>.

La institución de la sustitución de las penas privativas de libertad se caracteriza por la búsqueda de mecanismos de respuesta penal que, sin descuidar la protección de la sociedad, resulten igualmente eficaces para lograr los objetivos que se persiguen, con un menor coste personal para la persona condenada. Esto implica evitar los efectos nocivos y la desocialización asociados a la prisión, al mismo tiempo que se atienden las necesidades de prevención especial. Bien es cierto que, mientras la pena no sea suspendida sino sustituida por otra, se puede entender que las necesidades de

prevención general continúan estando presentes y, por ende, son tenidas en cuenta<sup>25</sup>.

Es fácil deducir de lo que antecede que los sustitutivos penales deben ser idóneos para cumplir, aunque de manera subsidiaria, los objetivos de la pena<sup>26</sup>. Sin embargo, no necesariamente tienen que perseguir los mismos fines que la pena de prisión, ni tampoco ser idénticos en su contenido y efectos. En puridad, las formas sustitutivas permiten prescindir de ciertos efectos o fines, principalmente desocializadores, de la pena de prisión, los cuales no se consideran necesarios desde la perspectiva de la mínima exclusión social. Por esta razón, el legislador solo ha incluido criterios de prevención especial para orientar a la autoridad judicial en su decisión sobre la expulsión<sup>27</sup>.

La regulación actual del artículo 89 del CP, al igual que las versiones anteriores, no se ajusta ni al fundamento ni a los objetivos que caracterizan al instituto de la sustitución de las penas privativas de libertad. En rigor, una primera lectura del precepto podría sugerir que la expulsión opera como un sustitutivo penal genuino, ya que, materialmente, el artículo establece la sustitución de una pena de prisión por otra consecuencia, en este caso, la expulsión del territorio nacional. Por consiguiente, su ubicación sistemática podría parecer apropiada inicialmente. Sin embargo, como se expondrá a continuación, la regulación de la expulsión penal no se compadece con la institución de la sustitución —antiguo art. 88 del CP— aquí señalada<sup>28</sup>.

22 Como advierte 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. 249, a pesar de que la rúbrica de la sección segunda continúe mencionando «las penas privativas de libertad», el artículo 89 del CP tan solo hace referencia a la «pena de prisión» en sentido estricto.

23 El antiguo artículo 88 del CP, derogado tras la reforma operada por la LO 1/2015, preveía en su apartado primero la sustitución de «las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por la localización permanente (...) cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen».

24 Así lo entiende, por ejemplo, la Circular 7/2015 de la FGE, de 17 de noviembre de 2015, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por LO 1/2015 (en adelante, Circular 7/2015 de la FGE), apartado 1, que la califica como «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». En la misma línea, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L.: «Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 24, 2010, p. 16; BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: *Sistema penal*, op. cit., p. 169.

25 TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: *La expulsión*, op. cit., pp. 61-62; ASÚA BATARRITA, A.: *La expulsión del extranjero*, op. cit., p. 57; ALASTUEY DOBÓN, C.: *Sobre la naturaleza*, op. cit., p. 112. Con más detalle, GRACIA MARTÍN, L./ALASTUEY DOBÓN, C.: «Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad (I)», en GRACIA MARTÍN, L. (coord.): *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 293 y ss., 327 y ss.; NAVARRO CARDOSO, F.: *Expulsión penal de extranjeros*, op. cit., p. 167.

26 Sobre la necesidad de que los sustitutivos penales tengan la naturaleza jurídica de pena, véase, GRACIA MARTÍN, L./ALASTUEY DOBÓN, C.: *Suspensión*, op. cit., p. 330. En sentido idéntico, SERRANO PASCUAL, M.: *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, Trivium, Madrid, 1999, p. 369.

27 En este sentido, SERRANO PASCUAL, M.: *Las formas sustitutivas*, op. cit., pp. 369-370; ALASTUEY DOBÓN, C.: *Sobre la naturaleza*, op. cit., p. 112; RODRÍGUEZ BALADO, E.: «La intervención de la jurisdicción penal en el ámbito de la expulsión de extranjeros: autorización de la expulsión administrativa y autorización sustitutiva», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 26, 2011, p. 39.

28 Niegan que la expulsión tenga el carácter de sustitutivo penal, por ejemplo, LAURENZO COPELLO, P.: «Últimas reformas en

En primer lugar, cabe observar que el apartado 1 del artículo 89 del CP, tras la redacción dada por la LO 1/2015, establece un límite mínimo —penas de prisión de más de un año— por debajo del cual no cabe la sustitución. Por tanto, la lógica seguida por este precepto es opuesta a la de la sustitución, la cual establecía un límite máximo por encima del cual no cabía la sustitución. Mientras que la expulsión puede aplicarse a delitos de cierta gravedad, la sustitución estaba diseñada para penas privativas de libertad no superiores a un año y, excepcionalmente, para penas privativas de libertad no superiores a dos años<sup>29</sup>.

En segundo lugar, como ya se ha dicho, la sustitución de las penas privativas de libertad consistía en sustituir, por razones de prevención especial, la pena de prisión por una consecuencia menos gravosa. No sobra en este punto reseñar que, debido a su naturaleza ambivalente, la expulsión, como alternativa a la pena impuesta, puede, en ocasiones, resultar más gravosa y despropor-

cionada que el cumplimiento de la propia pena<sup>30</sup>. Esta particularidad se ve acentuada tras la reforma operada por la LO 1/2015, que amplió el ámbito subjetivo del artículo 89 del CP a todas las personas extranjeras, incluidas las comunitarias<sup>31</sup>.

Este aspecto es especialmente relevante en el caso de las personas extranjeras que, aunque se encuentren en una situación de irregularidad administrativa, tienen lazos personales y familiares en nuestro territorio. Por el contrario, para ciertos perfiles, la expulsión puede tener efectos criminógenos, ya que al no tener que cumplir la pena sustituida en su país de origen, puede poner al sujeto infractor en una posición favorable para reanudar la actividad delictiva que motivó la condena<sup>32</sup>. De esta manera, podría entenderse que, en España, los delitos de cierta entidad no conllevan una sanción más allá de la expulsión, lo que haría que esta medida se perciba como un beneficio en lugar de un castigo<sup>33</sup>.

---

el Derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión», en *Jueces para la democracia*, n.º 50, 2004, p. 30; FLORES MENDOZA, F.: «La expulsión del extranjero en el Código Penal español», en LAURENZO COPELLO, P. (coord.): *Inmigración y Derecho penal: bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 104-105 y 108; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: Protección y expulsión, *op. cit.*, p. 631; DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: *El Derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Granada, 2009, pp. 230-231; ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 60; ODRIOZOLA GURRUTXAGA, M.: *Expulsión penal y expulsión administrativa de personas extranjeras: análisis del art. 89 CP y del art. 57.2 LOEX*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 31; RODRÍGUEZ BALADO, E.: La intervención, *op. cit.*, p. 39; ROMA VALDÉS, A.: «La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros», en *Actualidad Penal*, Ref. XLV, 1999, p. 7; TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: La expulsión, *op. cit.*, pp. 72 y 74; MONCLÚS MASÓ, M.: La gestión penal, *op. cit.*, p. 446; NAVARRO CARDOSO, F.: «Análisis del artículo 89 del Código Penal español, y unas reflexiones con perspectiva aporofóbica», en *Revista Penal*, n.º 47, 2021, pp. 203 y ss.; CANCIO MELIÁ, M.: «La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)», en VV.AA.: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, p. 214; RODRÍGUEZ MESA, M.J.: «La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica», en RUIZ RODRÍGUEZ, R./RODRÍGUEZ MESA, M.J. (coord.): *Inmigración y sistema penal: retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 274; MUÑOZ LORENTE, J.: «La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º Extra 2, 2004, pp. 478 y ss.

29 ALASTUEY DOBÓN, C.: Sobre la naturaleza, *op. cit.*, p. 113; MONCLÚS MASÓ, M.: La gestión penal, *op. cit.*, p. 446; MUÑOZ LORENTE, J.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 479; SERRANO PASCUAL, M.: Las formas sustitutivas, *op. cit.*, pp. 27-28.

30 Como señala acertadamente ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 48, «la expulsión no significa lo mismo para quien emigra por desesperación en busca de trabajo, que para quien mantiene sobrados recursos en otro país y llega a España para ampliar las posibilidades de negocios clandestinos». Así, como señala DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: El Derecho penal como herramienta, *op. cit.*, p. 229, «para penas de larga duración, la expulsión sustitutiva parece, a priori, una medida ventajosa para el reo; en cambio, cuando se aprecie en sustitución de penas privativas de libertad de corta duración, puede resultar especialmente aflictiva para el extranjero que tuviere como objetivo alcanzar la normalización de su situación administrativa». Al respecto, un estudio realizado en las prisiones de Daroca (Zaragoza), Carabanchel (Madrid) y Alhaurín de la Torre (Málaga) demuestra que la ambivalencia aflictiva de la expulsión no solo depende de las circunstancias personales del sujeto afectado, sino también de la parte de la pena cumplida o por cumplir. En este sentido, GARCÍA ESPAÑA, E.: La expulsión como sustitutivo, *op. cit.*, pp. 8-9. Asimismo, ejemplifican el carácter ambivalente de la expulsión, por ejemplo, PÉREZ CÉPEDA, A.I.: Globalización, *op. cit.*, pp. 345-346; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: «Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿hasta dónde estamos dispuestos a llegar?», en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 3, 2009, p. 20; RECIO JUÁREZ, M.: *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 89; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: Protección y expulsión, *op. cit.*, p. 631; CANCIO MELIÁ, M.: La expulsión, *op. cit.*, pp. 198 y ss., y 202 y ss.; ODRIOZOLA GURRUTXAGA, M.: Expulsión penal, *op. cit.*, p. 31; GUIASOLA LERMA, C.: «Reformas penales y tendencias político-criminales en materia de inmigración», en *La Ley penal*, n.º 67, 2010, p. 5; BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: Sistema penal, *op. cit.*, pp. 217-219.

31 RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 87; BOZA MARTÍNEZ, D.: *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 266.

32 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: Protección y expulsión, *op. cit.*, p. 660; MUÑOZ LORENTE, J.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 424.

33 BOZA MARTÍNEZ, D.: La expulsión de personas extranjeras, *op. cit.*, p. 241; ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 47; RODRÍGUEZ MESA, M.J.: «El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina: funciones instrumentales y simbólicas

En general, la mayoría de la doctrina sostiene que la expulsión no constituye beneficio alguno<sup>34</sup>, aunque es innegable la existencia de ciertos casos donde la expulsión se presenta como la opción más favorable para la persona extranjera condenada<sup>35</sup>.

Estas vicisitudes también han sido reconocidas y destacadas por el TC, que subraya la importancia de distinguir entre la expulsión a instancia de parte y la expulsión de oficio. Mientras que en este último caso la expulsión puede ser considerada una «medida restrictiva de derechos», tal como fue señalado por la STC 242/1994, cuando la expulsión es solicitada por la persona extranjera penada «lo que se está planteando es la concesión de un beneficio consistente en evitar la privación de libertad personal, al adquirir esta consecuencia una evidente prevalencia sobre la limitación consistente en la privación de la libertad de residencia por el territorio nacional»<sup>36</sup>.

Sin embargo, consideramos que la caracterización de la naturaleza de la medida de expulsión, la cual se determina de manera objetiva, no puede estar condicionada por el grado de afectación que la expulsión pueda

suponer en cada caso concreto<sup>37</sup>. Esto no implica, claro está, desconocer la variedad de situaciones que hacen que la expulsión sea una institución, cuando menos, difícil de definir.

Además, se puede constatar que la expulsión no constituye un sustitutivo debido al hecho de que puede ser adoptada una vez se haya cumplido la mayor parte de la condena, esto es, cuando la persona alcance el tercer grado o la libertad condicional<sup>38</sup>. En estos casos, como se ha señalado previamente, podría hablarse de una acumulación de condena y no de una mera sustitución de la pena<sup>39</sup>.

Otra razón que impide clasificar la expulsión como un sustitutivo penal radica en que su regulación no se ajusta al régimen general de sustitución en sentido estricto —antiguo art. 88 del CP—, el cual se centraba en la prevención especial y tenía como objetivo la reinserción y la reeducación de la persona penada. Difícilmente puede la expulsión cumplir con el mandato resocializador si su materialización implica precisamente la expulsión del territorio nacional de la persona extranjera condenada<sup>40</sup>.

---

cas», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.): *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 860; GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.: «La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXVI, 2016, p. 140; MUÑOZ LORENTE, J.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 424; PÉREZ CÉPEDA, A.I.: Globalización, *op. cit.*, p. 345.

34 NAVARRO CARDOSO, F.: Expulsión penal de extranjeros, *op. cit.*, p. 170; RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal», en *Jueces para la democracia*, n.º 33, 1998, p. 59; MONCLÚS MASÓ, M.: La gestión penal, *op. cit.*, p. 450; BOZA MARTÍNEZ, D.: La expulsión de personas extranjeras, *op. cit.*, pp. 270-271; ODRIÓZOLA GURRUTXAGA, M.: Expulsión penal, *op. cit.*, p. 31. Por su parte, TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: La expulsión, *op. cit.*, pp. 78-80, niega que la expulsión tenga un carácter ambivalente que varíe en función de las circunstancias personales de la persona extranjera penada. Así, señala que «(...) su intensidad afflictiva es menor que la que acompaña a la privación de libertad, propia de la prisión, que afecta más radicalmente a las posibilidades de actuación del condenado». Con todo, considera que la expulsión supone, en cualquier caso, «un tratamiento más beneficioso que el cumplimiento de la pena privativa de libertad, pues evita la entrada en la cárcel, con todos los efectos negativos que ello implica para el penado, siendo la prisión la pena más grave de las previstas en el CP».

35 Como apunta NAVARRO CARDOSO, F.: Análisis del artículo 89, *op. cit.*, pp. 203-204, puede darse el caso de personas extranjeras que ingresan en el país con el único propósito de delinquir. En estos supuestos, como se ha expuesto con anterioridad, la expulsión puede tener efectos criminógenos.

36 Auto del Tribunal Constitucional (Sección Primera) 33/1997, de 10 de febrero, FJ 2. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 203/1997, de 25 de noviembre, FJ 2, señala la relevancia constitucional de los problemas que plantean tanto la expulsión a instancia de la parte interesada como la expulsión de oficio. Asimismo, ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, pp. 48-49; BOZA MARTÍNEZ, D.: La expulsión de personas extranjeras, *op. cit.*, p. 267.

37 BOZA MARTÍNEZ, D.: La expulsión de personas extranjeras, *op. cit.*, p. 267; TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: La expulsión, *op. cit.*, p. 80.

38 BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: Sistema penal, *op. cit.*, p. 166; BOZA MARTÍNEZ, D.: La expulsión de personas extranjeras, *op. cit.*, p. 268; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: Protección y expulsión, *op. cit.*, p. 623; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *Derecho penal español. Parte general*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 697.

39 IGLESIAS RÍO, M.A.: La expulsión, *op. cit.*, p. 178, se refiere a una «acumulación sucesiva sancionatoria, un castigo añadido, un nuevo cumplimiento penitenciario respecto de hechos que, en su mayor parte, ya han resultado suficientemente castigados en el período anterior, pudiendo constituir una infracción al principio *ne bis in idem* y, consecuentemente, al principio de proporcionalidad». En idéntico sentido, NAVARRO CARDOSO, F.: Expulsión penal de extranjeros, *op. cit.*, p. 165, al señalar que, en estos casos, «la expulsión pasa de ser una consecuencia sustitutoria de la pena a una acumulativa de esta».

40 ACALE SÁNCHEZ, M.: «Regulación penal de diversos aspectos de la extranjería», en BOZA MARTÍNEZ, D./DONAIRE VILLA, F.J./MOYA MALAPEIRA, D. (coords.): *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 592. En sentido idéntico, MUÑOZ LORENTE, J.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 481.

Así se reconoce en el ATC 106/1997, al señalar que la expulsión «no persigue a diferencia de otros substitutivos de las penas cortas privativas de libertad, surtir efectos positivos en orden a la reeducación y reinserción social del extranjero en España (...) dado su carácter puntual o de agotamiento en un solo acto, no puede considerarse adecuada para el cumplimiento de esas finalidades preventivo-especiales que, desde luego, no están absolutamente garantizadas por el simple regreso del penado extranjero a su país»<sup>41</sup>. En otras palabras, las oportunidades de reinserción de la persona extranjera condenada pasan por el cumplimiento de la pena, ya que la expulsión las elimina por completo<sup>42</sup>.

En definitiva, el artículo 89 del CP no busca, ni siquiera pretende, ofrecer un medio alternativo al cumplimiento de la pena privativa de libertad que sea igual o incluso más apropiado para satisfacer los fines de los substitutivos penales. De ello se deduce que la expulsión

no puede ser considerada una pena. Esto ha llevado a parte de la doctrina a calificar el artículo 89 del CP como una forma de sustitución «sui generis», al margen de los fines y fundamentos del régimen general de sustitución<sup>43</sup>.

## 2. La expulsión penal como pena

Aunque algunos sectores de la doctrina han argumentado a favor de considerar la expulsión contemplada en el artículo 89 del CP como una pena<sup>44</sup>, no compartimos esta postura. Esto se debe a varios motivos tanto formales como materiales que, en nuestra opinión, impiden caracterizarla como tal.

Desde una perspectiva formal, en línea con lo apuntado por cierto sector doctrinal<sup>45</sup>, la expulsión no puede considerarse una pena, debido a que no está incluida en el catálogo de penas del artículo 33 del CP<sup>46</sup>. Por el

41 Auto del Tribunal Constitucional (Sección Segunda) 106/1997, de 17 de abril (en adelante, ATC 106/1997), FJ 2.

42 ALASTUEY DOBÓN, C.: Sobre la naturaleza, *op. cit.*, p. 113. Como señala acertadamente NAVARRO CARDOSO, F.: Análisis del artículo 89, *op. cit.*, p. 202, «no sería la expulsión la que se acercase a la función (o finalidad) de prevención especial, sino justo lo contrario, su excepción».

43 RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, pp. 88, 95 y 97; ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 79; FLORES MENDOZA, F.: La expulsión, *op. cit.*, p. 109; DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: El Derecho penal como herramienta, *op. cit.*, p. 228. Por su parte, RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 60, considera que la expulsión es el único substitutivo que en el CP no tiene naturaleza de pena. En estos casos, sostiene que se sustituye la pena de prisión por una medida restrictiva de derechos —en los términos empleados por la STC 242/1994— vinculada a la política de extranjería.

44 Así, según BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: Sistema penal, *op. cit.*, p. 169, dado que los substitutivos penales son penas que sustituyen a otras penas, no cabe sino concluir que la expulsión, materialmente hablando, tiene naturaleza jurídica de pena. También considera la expulsión una pena, BOZA MARTÍNEZ, D.: La expulsión de personas extranjeras, *op. cit.*, p. 270, aunque excepcional, desde en el momento en el que no se contempla en el catálogo de penas del artículo 33 del CP. Por su parte, MONCLÚS MASÓ, M.: La gestión penal, *op. cit.*, p. 450, entiende que la expulsión es claramente un mal para la persona extranjera a la que se le aplica, lo que le lleva a afirmar que tanto la expulsión prevista en el artículo 89 del CP como las modalidades de expulsión contempladas en la legislación de extranjería son sanciones penales y, por tanto, tienen naturaleza de pena. Por su parte, PÉREZ CÉPEDA, A.I.: Globalización, *op. cit.*, p. 347, considera que es el propio legislador quien, a través de las distintas redacciones dadas al artículo 89 del CP, especialmente tras la LO 11/2003, transforma la expulsión en una auténtica pena. Defiende asimismo la naturaleza de pena de la expulsión, MACÍAS ESPEJO, B.: «Sustitución y expulsión de extranjeros», en MORILLAS CUEVA, L. (dir.): *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 263.

45 FLORES MENDOZA, F.: La expulsión, *op. cit.*, p. 105; MUÑOZ LORENTE, J.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 479; MARELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 109; ACALE SÁNCHEZ, M.: Regulación penal, *op. cit.*, p. 592; RODRÍGUEZ MESA, M.J.: El sistema penal, *op. cit.*, p. 861; RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 60; 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», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, p. 475; TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: La expulsión, *op. cit.*, p. 63; DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: El Derecho penal como herramienta, *op. cit.*, p. 228; RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 89; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: Protección y expulsión, *op. cit.*, p. 628; NAVARRO CARDOSO, F.: Expulsión penal de extranjeros, *op. cit.*, p. 168.

46 NAVARRO CARDOSO, F.: Análisis del artículo 89, *op. cit.*, p. 201; MUÑOZ LORENTE, J.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 478; ROMA VALDÉS, A.: La sustitución, *op. cit.*, p. 7; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L.: Expulsión judicial, *op. cit.*, p. 16; FLORES MENDOZA, F.: La expulsión, *op. cit.*, p. 105; RODRÍGUEZ BALADO, E.: La intervención, *op. cit.*, p. 38; Díez RIPOLLÉS, J.L.: Derecho penal, *op. cit.*, p. 696; TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: La expulsión, *op. cit.*, p. 63; ORTOS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho penal. Parte General*, 10.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 572; RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 89; ROIG TORRES, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 475; ODRIÓZOLA GURRUTXAGA, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 34; DE LA ROSA CORTINA, J.M.: «La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003», en *Diario La Ley*, n.º 6042, 2004, p. 3. También niega el carácter de pena bajo este presupuesto, el ATC 106/1997, *op. cit.*, FJ 2, al señalar que «(...) ni en rigor puede decirse que tal expulsión sea una pena (...) lo que quedaría demostrado, entre otras cosas, por el hecho de no venir expresamente mencionada en el catálogo que de las mismas se establece en el art. 33 del Código Penal de 1995». Ciertamente es que, para un sector doctrinal, el hecho de que la expulsión no esté incluida en el catálogo de penas del CP no constituye un

contrario, un sector minoritario de la doctrina sostiene que lo que realmente sustituye a la pena de prisión no es la expulsión del territorio nacional, sino la prohibición de regresar a España durante un período de tiempo determinado, lo cual, considera este sector, constituye una modalidad comprendida dentro de la pena de «privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos» que puede ser grave, menos grave o leve en función del tiempo establecido (art. 33 CP)<sup>47</sup>. Según esta corriente, la expulsión es una medida ejecutiva de la prohibición de regreso al territorio nacional, ya que la prohibición de entrada no puede comenzar a computar hasta que se haya materializado la expulsión<sup>48</sup>. Este planteamiento, no exento de crítica, merece ser considerado.

En primer lugar, es importante destacar que la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos no puede equipararse, dada la limitada extensión espacial del término «lugar», con una prohibición de entrada que se extiende no solo a todo el territorio nacional, sino a todo el espacio Schengen. La amplitud de los efectos de esta prohibición no se ajusta a los apretados límites establecidos para la prohibición del derecho a residir o acudir a determinados lugares, ya que esta última requiere una mayor precisión de los lugares a los que se prohíbe el acceso, los cuales se determinan atendiendo a la naturaleza del delito, a diferencia de lo que ocurre con la expulsión. Por lo tanto, se conviene con evidencia que la magnitud de las consecuencias derivadas de la aplicación de la medida de expulsión la hace incomparable con la pena de prohibición de residir o acudir a determinados lugares, debido al alcance más limitado de esta última<sup>49</sup>.

En segundo lugar, cabe traer a colación la STC 72/2005, la cual aborda, entre otros aspectos, la cuestión de si existe un derecho fundamental de las personas extranjeras a entrar en España. Como punto de partida, el Tribunal se basa en el artículo 13.1 de la CE, el cual establece que «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Según la sentencia, esto demuestra que «la regulación de dicho precepto constitucional no tiene como finalidad reconocer derechos, en general, a los miles de millones de ciudadanos extranjeros que se encuentran en otros países ni, en concreto, convertir en derecho fundamental la eventual expectativa de entrar en España de todos los extranjeros que están fuera de nuestro país y que se presenten en nuestras fronteras, sino, precisamente, regular la posición jurídica de los extranjeros que ya se encuentran en España»<sup>50</sup>.

Por lo tanto, el sujeto titular de los derechos reconocidos en el artículo 13.1 de la CE es el extranjero que ya se encuentra en España<sup>51</sup>. El propio tenor literal del artículo 13.1 de la CE impide que este se proyecte sobre el derecho a entrar en España, lo que excluye a las personas extranjeras como titulares de este derecho, reservándolo únicamente para las personas ciudadanas españolas<sup>52</sup>.

Cabe inferir lo propio de los artículos 12 y 13 del PIDCP, ya citados, así como de la regulación prevista en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a la cual hace referencia explícita el artículo 10.2 de la CE. La Declaración reconoce el derecho de todas las personas a salir de cualquier país, pero no garantiza el derecho a ingresar en otro país que no sea el propio. En la misma línea se manifiesta el Protocolo número 4 al

---

obstáculo insalvable para considerarla como tal. En este sentido, BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: Sistema penal, *op. cit.*, p. 169; BOZA MARTÍNEZ, D.: La expulsión de personas extranjeras, *op. cit.*, pp. 270-271; MACÍAS ESPEJO, B.: Sustitución y expulsión, *op. cit.*, p. 263. Pese a compartir dicho argumento, niegan la naturaleza de pena de la expulsión penal, por ejemplo, ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 62; CANCIO MELIÁ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 214; LEGANÉS GÓMEZ, S.: Clasificación penitenciaria, *op. cit.*, p. 524. En opinión de MONCLÚS MASÓ, M.: La gestión penal, *op. cit.*, pp. 450-451, negar el carácter de pena de la expulsión atendiendo a su mera calificación legal o ubicación normativa es tanto como «posibilitar el fraude a todas las garantías penales y procesales-penales procedentes de la tradición ilustrada y que constituyen su más preciada herencia». Además, añade que la Constitución acoge todas estas garantías, por lo que no es posible eludirlas adoptando un concepto nominalista o formal de la pena. En contra, IZQUIERDO ESCUDERO, F.J.: «Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal. Comentario al auto del TC 106/1997 de 17 de abril», en *Diario La Ley*, D-288, 1997, p. 3, por entender que deben tomarse en consideración dos aspectos: por un lado, el artículo 33 del CP, que establece un listado *numerus clausus* de penas, entre las que no se encuentra la expulsión sustitutiva y, por otro lado, el artículo 34 del CP, que opera, en sus palabras, como un «catálogo antipena», en el que tampoco se encuentra la expulsión. Al no estar contemplado en ninguno de los preceptos citados, sostiene que la lógica constitucional debe llevarnos a entender que la expulsión «ni sería pena, ni dejaría de serlo».

47 IZQUIERDO ESCUDERO, F.J.: Naturaleza jurídica, *op. cit.*, p. 3.

48 IZQUIERDO ESCUDERO, F.J.: Naturaleza jurídica, *op. cit.*, p. 3.

49 TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: La expulsión, *op. cit.*, pp. 64-66; ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 62.

50 STC 72/2005, *op. cit.*, FJ 6.

51 *Ibid.*

52 *Ibid.*

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, donde el derecho a ingresar en un país solo se reconoce con respecto al territorio del Estado del cual se es persona ciudadana<sup>53</sup>.

Con todo, el Tribunal concluye que «no hay ambigüedad ninguna ni en la literalidad del artículo 13.1 de la CE, ni en la interpretación sistemática que lo proyecta sobre el artículo 19 de la CE en relación con los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, de suerte que hemos de concluir que el derecho a entrar en España, con el carácter de fundamental, solo corresponde a los españoles y no a los extranjeros»<sup>54</sup>.

Como vemos, el TC se muestra contundente al excluir a las personas extranjeras como titulares del derecho a entrar en España, luego no se les puede privar de un derecho que no poseen. En consecuencia, entendemos que la prohibición de entrada vinculada a la expulsión no constituye una modalidad de la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.

Desde una perspectiva material, la expulsión tampoco puede ser considerada una pena, ya que no concurren en esta medida los fines de prevención general y especial que deben cumplir las penas<sup>55</sup>. En cuanto a la prevención especial, ya se ha adelantado que la expulsión penal no cumple con el mandato resocializador reconocido en el artículo 25.2 de la CE. Esta circunstancia no es de extrañar, dado que el propio contenido de la medida se fundamenta en la exclusión de la persona extranjera de un territorio y de una sociedad<sup>56</sup>.

No deja de apuntarse en ocasiones, sin embargo, que en el caso concreto de las personas extranjeras que carecen de arraigo solvente en nuestro territorio, la pena de prisión no cumple de manera eficaz su función preventivo-especial. En tales casos, el cumplimiento de la pena en España resulta infructuoso e incapaz de satisfacer el mandato resocializador, al mismo tiempo que perjudica la política de extranjería<sup>57</sup>. Esto se debe, en parte, a la posibilidad de expulsar a la persona extranjera una vez haya cumplido la pena con arreglo a la normativa de extranjería. Esta expectativa ulterior de

53 *Ibid.*, FJ 7.

54 STC 72/2005, *op. cit.*, FJ 7. En los mismos términos, la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 94/1993, de 22 de marzo, FJ 2, referente en esta cuestión, y el Auto del Tribunal Constitucional (Sección Segunda) 55/1996, de 6 de marzo, FJ 3.

55 DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: El Derecho penal como herramienta, *op. cit.*, pp. 228-229; CANCIO MELIÁ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 214; ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 62; NAVARRO CARDOSO, F.: Análisis del artículo 89, *op. cit.*, pp. 201-202; RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, pp. 89-91; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: Protección y expulsión, *op. cit.*, pp. 228-229; ODRIÓZOLA GURRUTXAGA, M.: Expulsión penal, *op. cit.*, pp. 33 y ss. No comparte esta opinión BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: Sistema penal, *op. cit.*, p. 170, al señalar que «si bien es cierto que la adecuación de la institución a los fines preventivos de las penas no resulta carente de fricciones —lo que se deriva de la tensión entre estos fines y los propios del control de fronteras—, es dudoso que se produzca una desatención absoluta de aquellas funciones de las sanciones punitivas (...) una cosa es que la institución del art. 89 CP se oriente por finalidades punitivas que en un marco de Estado de derecho deberían ser cuestionadas, y otra bien distinta que no se adecue en absoluto a los fines de la pena».

56 BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: Sistema penal, *op. cit.*, p. 224; DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: El Derecho penal como herramienta, *op. cit.*, p. 228; NAVARRO CARDOSO, F.: Análisis del artículo 89, *op. cit.*, pp. 201 y ss.; BOZA MARTÍNEZ, D.: La expulsión de personas extranjeras, *op. cit.*, p. 363; ROIG TORRES, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 475; PÉREZ CÉPEDA, A.I.: Globalización, *op. cit.*, p. 348. En este sentido, el ATC 106/1997, *op. cit.*, FJ 2. Asimismo, niegan que la expulsión tenga carácter de pena, la STC 242/1994, *op. cit.*, FJ 4, y la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 1231/2006 de 23 de noviembre, (en adelante, STS 1231/2006), FJ 5.

57 RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 88. En sentido idéntico, RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, pp. 59-60, al señalar que «al planear sobre el extranjero todas estas consecuencias, difícilmente la pena va a poder estar orientada hacia la reeducación y reinserción social del delincuente». Asimismo, TERRADILLOS BASOCO, J.M./BOZA MARTÍNEZ, D.: «La expulsión del extranjero: art. 88 CP», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 363. Muy crítico, CANCIO MELIÁ, M.: La expulsión, *op. cit.*, pp. 195 y ss., al señalar que, para considerar una posible justificación de la institución en estos términos, sería crucial exigir una base empírica sólida que respalde dicha afirmación, tomando en cuenta las características socioeconómicas del colectivo migrante. Con todo, sostiene que «no es que no sea posible reinsertar a los extranjeros, sino que, desde un principio, se excluye respecto de ellos tal fin de la pena». En sentido similar, ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 57. En cualquier caso, como bien señala GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.: La cuarta reforma, *op. cit.*, p. 153, el argumento sobre las dificultades que puede comportar la reinserción de las personas extranjeras que carecen de lazos con el país de acogida habría decaído necesariamente tras la ampliación del ámbito subjetivo a todas las personas extranjeras, con independencia de su situación administrativa. En cualquier caso, señala con acierto que los problemas específicos que pueden surgir debido a las particularidades de las personas extranjeras para implementar programas de tratamiento penitenciario no deberían conducir, sin más, a la expulsión. Con todo, tiene razón al afirmar que «la presencia de personas extranjeras en nuestras prisiones efectivamente plantea nuevos y desafiantes retos a la Administración penitenciaria a los que necesariamente hay que enfrentarse porque así lo exige la CE en su artículo 25.2, desde el momento en que en su proclamación de la reeducación y reinserción social de los condenados a penas privativas de libertad como fin de esas penas no contempla un trato desigual de los condenados en consideración a factor alguno, como pudiera ser su vinculación con un Estado».

expulsión, en palabras de BRANDARIZ GARCÍA, hace que la finalidad rehabilitadora de la prisión sea considerada innecesaria e incluso inviable<sup>58</sup>. Pese a ello, considera que la expulsión no implica un abandono total del fin preventivo-especial, sino que, antes al contrario, cumple una función de prevención especial o resocialización negativa. En su opinión, la medida de expulsión es particularmente adecuada para incapacitar a la persona extranjera delincente, al menos en lo que respecta a posibles delitos futuros que pueda cometer en el espacio Schengen. La expulsión cumpliría así con un objetivo meramente inocular o incapacitador, lo que sin duda debe llevarnos a cuestionar su legitimidad<sup>59</sup>.

Ciertamente, si la expulsión desatiende el fin preventivo-especial de la pena, al menos debería respaldarse en los fines de prevención general, los cuales, no obstante, pueden entrar en conflicto con la expulsión<sup>60</sup>. En cuanto a la prevención general positiva, el hecho de que la expulsión de personas extranjeras condenadas sea inicialmente obligatoria cumple una función simbólica en el conjunto de la ciudadanía, ya que transmite el mensaje de que toda persona extranjera infractora será expulsada. Sin embargo, la ampliamente difundida creencia de que la mayoría de las expulsiones no se llevan a cabo socava la reafirmación del ordenamiento jurídico, por lo que el artículo 89 del CP no cumpliría con las exigencias de la prevención general positiva<sup>61</sup>.

Que la expulsión no cumple con la prevención general positiva se hace más evidente, si cabe, a raíz de las nuevas exigencias de prevención general introducidas por la LO 1/2015. Aunque la expulsión sigue siendo la norma general, se contempla que, excepcionalmente, se proceda a la ejecución de la pena impuesta «cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden

jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito». Con ello, el legislador viene a reconocer que el instrumento adecuado para atender a las exigencias de prevención general positiva no es la expulsión, sino la pena de prisión<sup>62</sup>.

Sin embargo, cabe valorar positivamente el hecho de vincular esta medida, entre otras consideraciones, a la naturaleza y gravedad del delito. Esto se hace con el fin de evitar que esta forma de sustitución de la condena pierda su efecto disuasorio y contribuir a prevenir la falsa y, en ocasiones, peligrosa percepción de que las personas extranjeras, sin importar la gravedad del delito cometido, nunca cumplirán la pena de prisión, sino que, a lo sumo, serán expulsadas a su país de origen<sup>63</sup>.

La prevención general negativa tampoco queda satisfecha con la expulsión penal. Dada la ambivalencia afectiva de la figura, el alcance del efecto intimidatorio de la norma dependerá de diversos factores, principalmente de las circunstancias personales de cada sujeto y la duración de la pena impuesta<sup>64</sup>.

Con todo, podemos concluir, siguiendo a FLORES MENDOZA, que si la renuncia al cumplimiento de la pena hubiera estado realmente motivada por fines preventivo-generales, la existencia del artículo 89 del CP carecería de sentido, dado que nuestro ordenamiento jurídico prevé otros mecanismos para abordar la reinserción social de personas extranjeras condenadas. Es el caso de la extradición y la ejecución de sentencias penales extranjeras, mediante los cuales se posibilita el cumplimiento de la pena de prisión en el país al que la persona extranjera ha sido expulsada, generalmente su país de origen o su país de residencia habitual. Estas instituciones satisfacen mejor las demandas de prevención especial y ofrecen un pronóstico más favorable para la reinserción social, sin que ello implique

58 BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: Sistema penal, *op. cit.*, p. 224. En este sentido, GARCÍA ESPAÑA, E.: La expulsión como sustitutivo, *op. cit.*, p. 14, entiende que la expulsión es una figura especialmente idónea para la incapacitación. En los mismos términos, RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 59; RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 97.

59 BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: Sistema penal, *op. cit.*, pp. 225-226; MUÑOZ LORENTE, J.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 406; ALASTUEY DOBÓN, C.: Sobre la naturaleza, *op. cit.*, p. 73; GARCÍA ESPAÑA, E.: La expulsión como sustitutivo, *op. cit.*, p. 14.

60 IGLESIAS RÍO, M.A.: La expulsión, *op. cit.*, p. 177; RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: «El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes», en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, n.º 14, 2012, pp. 24-25; GARCÍA ESPAÑA, E.: La expulsión como sustitutivo, *op. cit.*, p. 14; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Comares, Granada, 2011, p. 92; LACRUZ LÓPEZ, J.M.: «El extranjero en el Derecho penal español», en VV.AA.: *El extranjero en el Derecho penal español*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 416; BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: Sistema penal, *op. cit.*, pp. 222 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: Protección y expulsión, *op. cit.*, pp. 628-629; PÉREZ CÉPEDA, A.I.: Globalización, *op. cit.*, pp. 347-348.

61 BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: Sistema penal, *op. cit.*, p. 223; GARCÍA ESPAÑA, E.: La expulsión como sustitutivo, *op. cit.*, p. 14; DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: El Derecho penal como herramienta, *op. cit.*, p. 228; ODRIOZOLA GURRUTXAGA, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 39.

62 ALASTUEY DOBÓN, C.: Sobre la naturaleza, *op. cit.*, p. 113; IGLESIAS RÍO, M.A.: La expulsión, *op. cit.*, p. 178. En este sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.: La cuarta reforma, *op. cit.*, p. 170, se refiere al «sinsentido» que supone afirmar que la vigencia del derecho requiere del cumplimiento parcial de la pena y que, sin embargo, no siempre se procederá a ello, sino solo excepcionalmente.

63 IGLESIAS RÍO, M.A.: La expulsión, *op. cit.*, p. 178.

64 DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: El Derecho penal como herramienta, *op. cit.*, pp. 228-229; BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: Sistema penal, *op. cit.*, p. 223.

un menoscabo de las exigencias de prevención general y reafirmación del ordenamiento jurídico del país en el que se ha dictado la sentencia condenatoria<sup>65</sup>.

Por todo lo cual, aunque consideramos que la opción punitiva principal para las personas extranjeras condenadas debería ser el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario español, creemos que, en su lugar, resulta preferible recurrir a las figuras aludidas, descartando así el uso de la expulsión como sustitutivo de la pena.

### 3. La expulsión penal como medida de seguridad

Tampoco podemos defender que la expulsión recogida en el artículo 89 del CP sea una medida de seguridad, a pesar de que su inclusión en el catálogo de medidas de seguridad del artículo 96 del CP y su tradicional delimitación a las personas extranjeras no residentes legalmente en España podrían sugerirlo<sup>66</sup>. En efecto, el artículo 96.3.2ª del CP incluye, entre las medidas de seguridad no privativas de libertad, «la expulsión de los extranjeros no residentes legalmente en España».

Este razonamiento sistemático deja de sostenerse desde la entrada en vigor de la LO 1/2015, la cual, como se ha mencionado anteriormente, ha reformado el artículo 89 del CP ampliando su ámbito subjetivo a todas las personas extranjeras, incluidas las comunitarias. Resulta difícil concebir que mientras la expulsión sea considerada una medida de seguridad para las personas extranjeras sin residencia legal en España, tenga una naturaleza diferente para el resto<sup>67</sup>. El hecho de que el artículo 96.3.2ª del CP no haya sido modificado tras la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, manteniendo así su redacción original, hace aún más evidente que la

expulsión no puede ser clasificada como una medida de seguridad.

Ahora bien, dejando a un lado estas consideraciones formales, lo cierto es que la medida de expulsión contemplada en el artículo 89 del CP, ni en sus versiones anteriores ni en su redacción actual, se ajusta a los presupuestos de las medidas de seguridad<sup>68</sup>, y ello por varias razones.

Antes que nada, interesa destacar que las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, manifestada en la comisión de un hecho delictivo (art. 6.1 CP). La imposición de una medida de seguridad solo puede justificarse por la existencia de una necesidad de aseguramiento frente al sujeto infractor en el futuro. Su propósito no es reaccionar ante el delito cometido, sino evitar que la persona peligrosa reincida.

Estos presupuestos materiales establecen límites tanto en la gravedad como en la duración de las medidas de seguridad aplicables en el supuesto concreto. En ningún caso pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del sujeto (art. 6.2 CP).

Desde luego, la configuración legal de la expulsión no proporciona los elementos necesarios para inferir los presupuestos y las finalidades que caracterizan a las medidas de seguridad. El artículo 89 del CP no requiere un análisis individualizado de la peligrosidad criminal que pueda fundamentar la imposición de la medida conforme al artículo 95.1 del CP, ya que la preferencia por la expulsión en lugar del cumplimiento de la pena de prisión lo impide<sup>69</sup>. Este argumento se sostiene a pesar de los límites introducidos por la última reforma operada por la LO 1/2015 en la ejecución de la expul-

65 FLORES MENDOZA, F.: La expulsión, *op. cit.*, p. 111; ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 57.

66 MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: Suspensión, *op. cit.*, p. 91; COMAS D'ARGEMIR, 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)», Ponencia en Jornadas de la comisión penal de Jueces para la Democracia, Valencia, 2012, p. 4; LEGANÉS GÓMEZ, S.: Clasificación penitenciaria, *op. cit.*, p. 531; SERRANO PACUAL, M.: Las formas sustitutivas, *op. cit.*, p. 389. Por su parte, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: Derecho penal, *op. cit.*, pp. 696-697, entiende que el artículo 89 del CP contiene dos supuestos distintos. Así, un primer grupo de casos donde la pena de prisión se sustituye por una medida de seguridad, y un segundo donde la expulsión es una modalidad específica de libertad condicional. Asimismo, se refiere al supuesto contemplado en el artículo 89.1 del CP como un caso de «peligrosidad criminal no plena». De ahí que también la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 901/2004, de 8 de julio, FD 2, afirme que la expulsión sustitutiva es una medida de seguridad.

67 BOZA MARTÍNEZ, D.: La expulsión de personas extranjeras, *op. cit.*, p. 264.

68 En contra de considerar la expulsión como medida de seguridad, por ejemplo, ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 60; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: Protección y expulsión, *op. cit.*, pp. 629-631; RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, pp. 91-92; CANCIO MELIÁ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 214; BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: Sistema penal, *op. cit.*, pp. 165 y ss.; BOZA MARTÍNEZ, D.: La expulsión de personas extranjeras, *op. cit.*, pp. 261-263; TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: La expulsión, *op. cit.*, pp. 67-69; ODRIOZOLA GURRUTXAGA, M.: Expulsión penal, *op. cit.*, pp. 32-33; ROIG TORRES, M.: La expulsión, *op. cit.*, pp. 473-474; MONCLÚS MASÓ, M.: La gestión penal, *op. cit.*, p. 448; NAVARRO CARDOSO, F.: Análisis del artículo 89, *op. cit.*, pp. 201-202; MUÑOZ LORENTE, J.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 479. En sentido idéntico, la STS 1231/2006, *op. cit.*, FJ 5, niega que la expulsión sea una medida de seguridad.

69 TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: La expulsión, *op. cit.*, pp. 67-68; RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 92.

sión (art. 89.4 CP, primer párrafo), que considera tanto las circunstancias del hecho como las personales de la persona extranjera condenada, especialmente su arraigo en España<sup>70</sup>.

La expulsión de las personas ciudadanas de la UE podría llevarnos a una conclusión diferente, dado que se requiere que representen «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» (art. 89.4 CP, segundo párrafo). Sin embargo, este pronóstico no necesariamente debe estar relacionado con la peligrosidad criminal, ya que la perturbación del orden público o la seguridad pública puede manifestarse también a través de una infracción administrativa, siempre y cuando esté establecido así por ley<sup>71</sup>.

En este caso, tampoco se cumple con el mandato constitucional recogido en el artículo 25.2 de la CE<sup>72</sup>. El artículo 89 del CP difícilmente puede cumplir con este propósito cuando su aplicación consiste en expulsar del territorio nacional a la persona extranjera condenada.

Lo anterior, a su vez, descarta la posibilidad de aplicar el artículo 97 del CP, que contempla la opción de mantener, cesar, sustituir o suspender la medida de se-

guridad impuesta<sup>73</sup>. En el caso de la expulsión sustitutiva, al perderse cualquier conexión con la persona extranjera expulsada, el control de dicha medida carece de sentido.

En nuestra opinión, la cuestión fundamental radica en determinar si la medida de expulsión sustitutiva implica la suposición de que la persona extranjera condenada, debido a su condición de delincuente, presenta un estado de peligrosidad presunto, derivado de su condición de persona extranjera<sup>74</sup>. Consideramos que el legislador, al incluir la expulsión del territorio nacional entre las medidas de seguridad aplicables a las personas extranjeras condenadas a pena privativa de libertad en el CP de 1995, asumió, aunque de manera implícita, que este colectivo presenta, *per se*, un pronóstico de peligrosidad criminal<sup>75</sup>.

Prescindiendo en este momento de la discusión al respecto, cabe concluir que la expulsión recogida en el artículo 89 del CP no se ajusta a los presupuestos de las medidas de seguridad, por lo que debemos inevitablemente rechazar su consideración como tal<sup>76</sup>. Ahora bien, se trata de una medida puramente inocuidadora<sup>77</sup>, construida a partir de métodos predictivos de corte actuarial basados en un pronóstico de peligrosidad gru-

70 RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, pp. 92-93.

71 ROIG TORRES, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 479; RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 91.

72 TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: La expulsión, *op. cit.*, p. 68.

73 RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 69.

74 RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 92. En este sentido, GRACIA MARTÍN, L./ALASTUEY DOBÓN, C.: «Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad», en BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBÓN, C. (coords.): *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 534, señalan que «a raíz de la condena se presume *iuris et de iure* un estado de peligrosidad del extranjero».

75 Como señala acertadamente RODRÍGUEZ BALADO, E.: La intervención, *op. cit.*, p. 51, incluir la expulsión sustitutiva entre las medidas de seguridad genera una distorsión en el sistema penal, ya que se vincula a la persona extranjera «a un juicio automático de peligrosidad basado exclusivamente en el concepto de nacionalidad». En similares términos, TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: La expulsión, *op. cit.*, p. 68, señala que la expulsión no obedece a ningún fin terapéutico o correctivo con vistas a la reinserción social de la persona extranjera, sino que responde únicamente a «un criterio asegurativo inocuidador para proteger a la sociedad». Ampliamente, VIEIRA DA COSTA, P.L.: «La expulsión de los extranjeros sin papeles», en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 21, 2010, pp. 153-154. Por su parte, NAVARRO CARDOSO, F.: Análisis del artículo 89, *op. cit.*, p. 203, sugiere que, en lugar de centrarse en la noción de peligro social o criminal, sería más apropiado referirse a la carga económico-social, considerando los objetivos perseguidos por la política de migratoria. De hecho, como acertadamente señala MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: Inmigración, *op. cit.*, p. 5, la política migratoria europea se guía por motivos utilitaristas económicos, donde el coste-beneficio se convierte en una herramienta para adoptar las decisiones correspondientes en esta materia.

76 NAVARRO CARDOSO, F.: Expulsión penal de extranjeros, *op. cit.*, p. 170; BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: Sistema penal, *op. cit.*, pp. 165-166; MUÑOZ LORENTE, J.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 479; CANCIO MELIÁ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 214; ODRIOZOLA GURRUTXAGA, M.: Expulsión penal, *op. cit.*, pp. 32-33.

77 RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 97; MUÑOZ LORENTE, J.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 481; ODRIOZOLA GURRUTXAGA, M.: Expulsión penal, *op. cit.*, p. 37; CANCIO MELIÁ, M.: La expulsión, *op. cit.*, pp. 211 y ss.; BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: Sistema penal, *op. cit.*, pp. 169-170; RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 69; LAURENZO COPELLO, P.: Últimas reformas, *op. cit.*, p. 30; BOZA MARTÍNEZ, D.: La expulsión de personas extranjeras, *op. cit.*, pp. 320 y ss. En este sentido, TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: La expulsión, *op. cit.*, pp. 71-72 y 77, entiende que ello responde a la idea de «bloqueo de oportunidades». Así, según DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: El Derecho penal como herramienta, *op. cit.*, p. 231, la expulsión «viene determinada por las nuevas formas de reacción al delito, que la configuran como una medida apropiada para la neutralización del riesgo, la persecución de enemigos y el control de la excedencia». En la misma línea, GRACIA MARTÍN, L./ALASTUEY DOBÓN, C.: Suspensión, 2.ª ed., *op. cit.*, pp. 534 y 537.

pal, cuyo objetivo es apartar a la persona extranjera delincuente de la sociedad en la que cometió el delito<sup>78</sup>.

#### 4. La expulsión penal como suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad

Ciertos planteamientos defienden que la expulsión recogida en el artículo 89 del CP guarda mayor similitud con el instituto de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad contemplada en los artículos 80 y siguientes del CP. Esta figura se basa en buscar alternativas a la prisión para enfrentar la delincuencia primaria o de baja intensidad. Su objetivo es evitar que el cumplimiento de las penas de prisión de corta duración resulte contraproducente al no permitir, debido a restricciones temporales, la aplicación de tratamientos efectivos para delinquentes de baja peligrosidad. Además, busca prevenir la interacción con otras personas delinquentes, ya que esto podría tener efectos desocializadores e incluso criminógenos para el sujeto infractor ocasional<sup>79</sup>.

A diferencia de la sustitución, esta figura no está diseñada para reemplazar una pena por otra menos gravosa. Al igual que en la expulsión, la persona extranjera condenada queda exonerada de cumplir la pena, aunque esto conlleva la imposición de ciertas condiciones que deberá cumplir durante el período de suspensión<sup>80</sup>.

En el caso de la expulsión recogida en el artículo 89 del CP, los planteamientos que defienden que se trata de una modalidad de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, han interpretado que la condición requerida por esta institución es la prohibi-

ción de entrada al territorio nacional por el período de tiempo determinado en sentencia<sup>81</sup>.

Esta posición fue inicialmente adoptada por la STC 242/1994, que señaló que la expulsión sustitutiva es una «alternativa al cumplimiento de la verdadera pena, que en todo caso deberá cumplirse si el extranjero regresa a España, porque la expulsión, en sí misma, no satisface la responsabilidad penal o civil derivada del delito, siendo, de alguna manera una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello»<sup>82</sup>. Posteriormente, la Circular 3/2001 de la FGE, señaló que, en estos casos, la expulsión «se configura como una suspensión de la potestad jurisdiccional en su modalidad de hacer ejecutar lo juzgado en aras de preservar otros fines igualmente valiosos para el Estado relacionados con su política de extranjería (...) la expulsión no sustituye la condena, la suspende para facilitar la aplicación de la normativa administrativa y de los fines de la política de extranjería forzando la salida de quienes no se hallan debidamente autorizados para residir en España»<sup>83</sup>.

En definitiva, tanto el TC como la FGE reconocen que la expulsión constituye una modalidad de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, con el propósito de facilitar la consecución de los fines de la política migratoria<sup>84</sup>. Sin embargo, como señala acertadamente MONCLÚS MASÓ, ni el Tribunal ni la Fiscalía aclaran por qué los objetivos de la política de extranjería prevalecen sobre los de la política criminal, en particular, los relacionados con la pena, lo que, a su

78 DEL ROSAL BLASCO, B.: «La estrategia actuarial de control del riesgo en la política criminal y en el Derecho penal», en CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ORTS BERENGUER, E. (dirs.), CUERDAARNAU, M.L. (coord.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semanal y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 485.

79 RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 87; ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 60; MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015, p. 726.

80 FLORES MENDOZA, F.: La expulsión, *op. cit.*, p. 105; MUÑOZ LORENTE, J.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, pp. 480-481; MIR PUIG, S.: *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 726; DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: El Derecho penal como herramienta, *op. cit.*, pp. 229-230.

81 TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: La expulsión, *op. cit.*, p. 73. Así lo entiende también, ROMA VALDÉS, A.: La sustitución, *op. cit.*, p. 7, al considerar que «en puridad, no se sustituye una pena, sino que se condiciona su efectiva aplicación al cumplimiento de una condición particular referida en un auto penalmente relevante que tiene la virtualidad de otorgar eficacia a un acto administrativo particular y previo a su dictado». Por su parte, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: «De la sustitución de las penas privativas de libertad», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), JORGE BERREIRO, A. (coord.): *Comentarios al Código Penal*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1997, p. 291, entiende que estamos ante una medida de exención condicional de penas.

82 STC 242/1994, *op. cit.*, FJ 4.

83 Circular 3/2001 de la FGE, de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería, apartado III.3.A. En sentido idéntico, RODRÍGUEZ MESA, M.J.: La expulsión, *op. cit.*, pp. 274-275. Por su parte, ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 61, entiende que «la sustitución de la pena implica en realidad la renuncia de la ejecución de la pena condicionada a que se cumpla la previsión administrativa de expulsión, aunque se le denomine pena sustitutiva». En contra, RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 97, al considerar que en este caso debería hablarse de sustitución y no suspensión, «porque pese a que la medida implica la no ejecución de la pena privativa de libertad, no solo implica la libertad del inculpado, sino que se sustituye por la efectiva expulsión del territorio nacional con —además— la prohibición de regresar a España durante el período que se fije».

84 En opinión de ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 66, el fundamento de la expulsión, como se reconoce en las sentencias arriba citadas, ciertamente hay que buscarlo en la política de inmigración.

entender, solo puede explicarse desde la lógica de la exclusión<sup>85</sup>.

A nuestro juicio, la expulsión no puede equipararse, en cuanto a su fundamento y fines, con el instituto de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. En este sentido, cabe recordar que una de las condiciones esenciales para la aplicación de la suspensión se refiere a la prohibición de cometer delitos durante el período de tiempo determinado por la autoridad judicial<sup>86</sup>. No ocurre lo propio en el caso de la expulsión, donde la única condición es que la persona extranjera condenada no regrese al territorio nacional antes de lo estipulado<sup>87</sup>. Es más, como señala con acierto MUÑOZ LORENTE, «al artículo 89 tampoco le importa si el sujeto delinque durante el tiempo que dura su expulsión; lo único que le importa es que el sujeto no delinca en nuestro país»<sup>88</sup>.

Además, como observa BOZA MARTÍNEZ, esta interpretación acerca de la naturaleza de la expulsión contemplada en el artículo 89 del CP solo puede ser válida para la modalidad prevista en el apartado primero del citado precepto, esto es, la sustitución completa de la pena. En cambio, en la modalidad recogida en el apartado segundo, es decir, la sustitución parcial, no puede hablarse de condición suspensiva, y menos aún de exención condicional, dado que en estos casos la mayor parte de condena ya se ha cumplido y la expulsión opera como sustitutivo parcial<sup>89</sup>.

## 5. La expulsión penal como sanción administrativa

Desde la primera versión de la expulsión como sustitutivo de la pena impuesta a la persona extranjera

condenada, se ha destacado la estrecha relación de esta figura con la política de extranjería. En este sentido, la STC 242/1994, en relación con el antiguo artículo 21.2, segundo párrafo, de la LO 7/1985, señaló que la expulsión «no se concibe como modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero en el Estado en que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a la política de extranjería, que a aquel incumbe legítimamente diseñar»<sup>90</sup>.

Considerando que en nuestro ordenamiento jurídico la medida de expulsión sustitutiva se incluyó por primera vez en la Ley de Extranjería, esta afirmación del TC no debería sorprendernos en exceso. De ahí, como señalábamos al comienzo de este epígrafe, la importancia de atender, entre otras cosas, a la ubicación normativa de esta institución.

Es cierto que la jurisprudencia posterior a la entrada en vigor del artículo 89 del CP ha seguido vinculando la expulsión a los fines de la política de extranjería. Destaca, por su tono especialmente crítico, la STS 1231/2006, al señalar que el legislador ha incluido en el sistema penal «una decisión de política administrativa de emigración (...) que resulta totalmente anómala e incompatible con las posibilidades punitivas que se han adoptado por el legislador a través de la fórmula combinada de penas y medidas de seguridad (...) lo que la convierte en un cuerpo extraño en el esquema legalmente establecido para sancionar conductas delictivas»<sup>91</sup>.

85 MONCLÚS MASÓ, M.: La gestión penal, *op. cit.*, p. 447; GARCÍA ESPAÑA, E.: La expulsión como sustitutivo, *op. cit.*, p. 15. Así lo entiende también, la STS 901/2004, *op. cit.*, FD 2, al señalar que el Derecho penal en este caso responde a «una filosofía puramente defensiva de devolver a sus países de origen a los que hayan cometido un delito en España dentro del marco legal previsto en el artículo». Destaca en este sentido el planteamiento de CANCIO MELIÁ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 214, quien entiende que la expulsión así configurada es «una causa de levantamiento de la pena cuya finalidad es excluir del sistema jurídico a una categoría de personas». Por su parte, GRACIA MARTÍN, L./ALASTUEY DOBÓN, C.: Suspensión, 2.ª ed., *op. cit.*, p. 536, entienden que «el estado renuncia a la sanción, total o parcialmente, para imponer en su lugar una medida de carácter asegurativo».

86 SERRANO PASCUAL, M.: Las formas sustitutivas, *op. cit.*, p. 267, si bien la autoridad judicial puede condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de ciertas prohibiciones o deberes y/o a ciertas prestaciones o medidas.

87 FLORES MENDOZA, F.: La expulsión, *op. cit.*, p. 106; TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: La expulsión, *op. cit.*, p. 73.

88 MUÑOZ LORENTE, J.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 482. En efecto, como afirma TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: La expulsión, *op. cit.*, p. 77, «con la expulsión no se pretende evitar que el extranjero no reincida, sino que no lo haga contra nuestro ordenamiento jurídico penal, en una *sui generis* finalidad incoizadora, que responde a la idea de bloque de oportunidades limitado al territorio nacional, privándole para ello de ejercer su libertad ambulatoria en España». En sentido idéntico, DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: El Derecho penal como herramienta, *op. cit.*, p. 230; BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: Sistema penal, *op. cit.*, p. 167; ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 66, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L.: Expulsión judicial, *op. cit.*, p. 14. Quizá por ello, MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J.: Las consecuencias, *op. cit.*, p. 109, han caracterizado la expulsión como una «combinación de suspensión de pena y aplicación de la medida de seguridad de expulsión del territorio nacional agravada». Por su parte, MONCLÚS MASÓ, M.: La gestión penal, *op. cit.*, p. 447, señala que entender la expulsión como una suspensión de la pena es ignorar que a la persona extranjera condenada se le está imponiendo un mal que, en ocasiones, puede ser incluso más gravoso que la propia pena que ha sido suspendida.

89 BOZA MARTÍNEZ, D.: La expulsión de personas extranjeras, *op. cit.*, p. 266.

90 STC 242/1994, *op. cit.*, FJ 4.

91 STS 1231/2006, *op. cit.*, FFJJ 2 y 5.

La doctrina, por su parte, también ha secundado este planteamiento. Un importante sector ha destacado la subordinación del Derecho penal a las exigencias de la política de extranjería y control de fronteras<sup>92</sup>. Ciertamente, tal vinculación estaba respaldada por las redacciones anteriores del artículo 89 del CP, en las que el ámbito subjetivo se restringía a la persona extranjera no residente legalmente en España, de tal manera que una circunstancia ajena al Derecho penal —la irregularidad administrativa— constituía el presupuesto de aplicación de la medida.

Con la reforma operada por la LO 1/2015, como ya se ha adelantado, el ámbito subjetivo de aplicación se amplía a todas las personas extranjeras, independientemente de su situación administrativa. Con la eliminación del requisito de irregularidad, pudiera parecer que la tesis que hasta ahora se venía sosteniendo sobre el

sometimiento del Derecho penal al Derecho administrativo ha perdido cierto peso. Sin embargo, en tanto que la medida de expulsión sigue aplicándose en sustitución de la pena impuesta, subsiste el conflicto entre los fines inherentes al Derecho penal, ya que, en los casos de sustitución íntegra, la medida desatiende las exigencias de la prevención general y especial.

Amén de lo expuesto, puede decirse que existe una clara intención de priorizar la consecución de los fines de la política migratoria sobre los de la política criminal<sup>93</sup>. Es más, es el propio legislador quien en el preámbulo de la LO 1/2015 señala que, en aras de la eficacia de la medida, «se ajusta el límite de pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería»<sup>94</sup>.

La absoluta falta de fundamentación penal, junto con las disfunciones de la medida para ser clasificada en

92 RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 90; LAURENZO COPELLO, P.: Últimas reformas, *op. cit.*, p. 30; FLORES MENDOZA, F.: La expulsión, *op. cit.*, p. 108; LEGANÉS GÓMEZ, S.: Clasificación penitenciaria, *op. cit.*, p. 528; ORTOS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Compendio, *op. cit.*, p. 572; GRACIA MARTÍN, L./ALASTUEY DOBÓN, C.: Suspensión, 2.ª ed., *op. cit.*, p. 536; LARRAURI PIJOAN, E.: «Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes», en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 2, 2016, p. 222; MUÑOZ LORENTE, J.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 405; RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: El modelo político-criminal, *op. cit.*, pp. 24-25 y 39; RODRÍGUEZ MESA, M.J.: La expulsión, *op. cit.*, pp. 274-275; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: Inmigración, *op. cit.*, pp. 20-21; BOZA MARTÍNEZ, D.: La expulsión de personas extranjeras, *op. cit.*, p. 270; RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 60; ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, pp. 61 y 67; GARCÍA ESPAÑA, E.: La expulsión como sustitutivo, *op. cit.*, pp. 14-15; LACRUZ LÓPEZ, J.M.: El extranjero, *op. cit.*, p. 416; DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: El Derecho penal como herramienta, *op. cit.*, p. 231; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: Protección y expulsión, *op. cit.*, p. 631; NAVARRO CARDOSO, F.: Análisis del artículo 89, *op. cit.*, p. 204. Difiere de este planteamiento CANCIO MELIÁ, M.: La expulsión, *op. cit.*, pp. 205-206 y 214, al entender que no parece que exista una suerte de invasión o intromisión del Derecho administrativo en la regulación penal. En este sentido, entiende que una lectura en clave de eficiencia, que considera la regulación —restrictiva— penal como un instrumento de apoyo a la política de inmigración, se enfrenta a varios obstáculos. En primer lugar, la búsqueda de una generalización en la aplicación de la expulsión se ve obstaculizada por la presencia de un grupo significativo de personas extranjeras que no son susceptibles de ser expulsadas, ya sea porque se desconoce su país de origen o porque las condiciones políticas de dicho país hacen imposible la expulsión. En relación con este grupo, la medida no puede desplegar los efectos positivos que se pretenden para la política de extranjería. En otros casos, la expulsión afectará a personas extranjeras que ya han establecido su residencia en España y no forman parte del grupo de población en constante movimiento, sino que han superado la fase de inestabilidad para integrarse plenamente en nuestra sociedad. Todo ello contradice lo que debería ser y significar una normativa penal destinada a servir a la política de inmigración. Con todo, al intentar buscar al responsable de la regulación de la expulsión, parece evidente, en palabras del autor, que no es el Derecho administrativo quien subordina al ordenamiento penal para cumplir sus objetivos. Es más, considera que la actual regulación de la expulsión no solo no es funcional, sino que puede llegar a ser contraproducente para una política de inmigración restrictiva. Con todo, concluye que la medida de expulsión «no es una medida de policía en materia de inmigración, porque no existe una planificación de la actuación administrativa y porque la aleatoriedad de sus efectos impide considerarla un instrumento integrante de una verdadera política». En sentido similar, BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: Sistema penal, *op. cit.*, p. 169, que, pese a admitir que llevan razón las y los autores que destacan la tensión entre los fines de la pena y los de la política de inmigración ligados al control de fronteras presentes en el artículo 89 del CP, considera que la conclusión que extraen de dicho postulado exegético podría no ser la más acertada.

93 RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, pp. 93-94; BOZA MARTÍNEZ, D.: La expulsión de personas extranjeras, *op. cit.*, p. 269; DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: El Derecho penal como herramienta, *op. cit.*, p. 231; ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 61. Es más, como señala NAVARRO CARDOSO, F.: Análisis del artículo 89, *op. cit.*, p. 222, «la generalización de la expulsión a todo extranjero no pone en aprietos el argumento del control de flujos migratorios en tanto, al final, los penalmente expulsados responden a un muy determinado perfil». Sobre ello, ampliamente, LARRAURI PIJOAN, E.: Antecedentes penales, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

94 Preámbulo de la LO 1/2015, apartado IV. A favor, RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 99, al señalar que «(...) si la comisión de un delito por un extranjero, con independencia de su situación administrativa, lleva aparejada la pérdida del derecho a residir en España, con la consiguiente obligación de salida del territorio nacional, al que también se prohíbe regresar por cierto período de tiempo, no parece incoherente que sea la jurisdicción penal la que agote el examen de todas las consecuencias que lleva aparejada la comisión del delito, y sea quien examine, con todas las garantías inherentes al proceso penal y a la aplicación del Derecho penal, la pertinencia de dicha expulsión, en vez de desdoblarse el tratamiento de las consecuencias de la comisión de una infracción criminal por un extranjero y trasladar al ámbito administrativo la valoración de las circunstancias que permiten adoptar la medida de expulsión».

alguna de las categorías tradicionales del Derecho penal y, en consecuencia, su inadecuación para satisfacer los fines propios de este, han llevado a cierto sector doctrinal a considerar que la expulsión recogida en el artículo 89 del CP es en realidad una sanción administrativa revestida de consecuencia jurídico-penal, lo que equivale a reconocer que la expulsión así configurada está a caballo entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. De ahí que la doctrina haya destacado su naturaleza híbrida<sup>95</sup>. En cualquier caso, esta contribución a la efectividad de la política migratoria no es, en absoluto, una función que le corresponda cumplir al Derecho penal, cuyo fin principal es la protección de los bienes jurídicos. El uso del mecanismo punitivo no debe ser instrumentalizado con fines políticos que, aunque legítimos, corresponden, por su propia naturaleza, al ámbito del Derecho administrativo; máxime si esos fines entran en manifiesta contradicción con los que tradicionalmente se le han atribuido al Derecho penal, como la prevención general y especial<sup>96</sup>.

En efecto, mientras que el Derecho penal carece de legitimación para atender a las pretensiones regulatorias propias del Derecho administrativo, este último no posee la capacidad necesaria para alcanzar los objetivos de prevención general y especial que justifican la intervención penal<sup>97</sup>. Como señala NAVARRO CARDOSO, el Derecho penal, al renunciar a la lógica preventiva que le caracteriza «corre el serio riesgo de terminar convertido, más que en el brazo armado, en el brazo tonto de la legislación de extranjería, en tanto no somete su intervención a los criterios racionales que justifican materialmente su intervención»<sup>98</sup>.

A modo de resumen, cabe destacar la nota común presente en los diferentes pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales expuestos hasta el momento: su excepcionalidad. En efecto, se ha intentado justificar la inclusión de la medida de expulsión en el Derecho penal desde categorías tradicionales de este ámbito, lo

que no ha hecho sino poner de manifiesto los riesgos de querer encajar en el sistema penal una figura propia del Derecho administrativo<sup>99</sup>.

No es nuestra intención, desde luego, intentar articular una nueva formulación respecto a la naturaleza jurídica del artículo 89 del CP, ya que, al igual que los diferentes planteamientos previamente expuestos, requeriría un régimen específico para una correcta integración con las figuras existentes en el sistema penal. Por lo tanto, cabe asumir que, en realidad, se trata de una solución pragmática, difícil de justificar, cuyo principal objetivo es evitar la sobrecarga de los centros penitenciarios y trasladar el problema, de forma poco solidaria, al país de origen<sup>100</sup>.

### III. EXCURSO. LA EXPULSIÓN COMO SUSTITUTIVA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD (ART. 108 CP)

El artículo 108 del CP establece, de manera similar a lo previsto en el artículo 89 del CP para las penas, la posibilidad de sustituir las medidas de seguridad impuestas a una persona extranjera no residente legalmente en España por su expulsión del territorio nacional. El precepto, introducido inicialmente por la LO 10/1995, fue reformado por la LO 11/2003, que modificó de manera significativa su alcance, priorizando los objetivos de una política de extranjería concreta sobre otras consideraciones de política criminal. Curiosamente, este artículo ha permanecido inalterado en las reformas posteriores, incluida la operada por la LO 1/2015, que acometió cambios sustanciales en el artículo 89 del CP, sin extenderlos, de manera sorprendente, al artículo 108 del CP. Desconocemos las razones por las cuales el legislador ha decidido no modificar el contenido del artículo 108 del CP para alinearlos con lo dispuesto en el artículo 89 del CP, dando lugar a una disparidad normativa que, sinceramente, carece de sentido<sup>101</sup>.

95 ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, pp. 61 y 67; NAVARRO CARDOSO, F.: Expulsión penal de extranjeros, *op. cit.*, p. 171; DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: El Derecho penal como herramienta, *op. cit.*, p. 231; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: Protección y expulsión, *op. cit.*, p. 631; RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 93; LEGANÉS GÓMEZ, S.: Clasificación penitenciaria, *op. cit.*, p. 528; ORTOS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Compendio, *op. cit.*, p. 572.

96 MUÑOZ LORENTE, J.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 405; PÉREZ CÉPEDA, A.I.: Globalización, *op. cit.*, p. 350; RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: El modelo político-criminal, *op. cit.*, p. 4.

97 NAVARRO CARDOSO, F.: Expulsión penal de extranjeros, *op. cit.*, p. 157.

98 *Ibid.* En el mismo sentido, LAURENZO COPELLO, P.: Últimas reformas, *op. cit.*, p. 30, considera que la expulsión recogida en el artículo 89 del CP es «un mero instrumento ejecutor de una política incoizadora decidida a deshacerse a toda costa de cuanto extranjero que infrinja las leyes penales en nuestro país».

99 Así lo observan, por ejemplo, RODRÍGUEZ BALADO, E.: La intervención, *op. cit.*, p. 38 y BOZA MARTÍNEZ, D.: La expulsión de personas extranjeras, *op. cit.*, p. 270.

100 TAMARIT SUMALLA, J.M.: «De la sustitución de las penas privativas de libertad (arts. 88 y 89)», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios al Código Penal Español, Tomo I*, 7ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 666.

101 FERNÁNDEZ ARÉVALO, L.: Expulsión judicial, *op. cit.*, p. 36; HERNÁNDEZ OLIVEROS, J.C.: «La expulsión de cada vez más ciudadanos extranjeros implicados en hechos delictivos», en *La Ley Penal*, n.º 138, 2019, p. 17; GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.: La cuarta

Entre los desajustes más notables se encuentra el relativo al ámbito subjetivo del artículo 108 del CP, que sigue aplicándose únicamente a las personas extranjeras sin residencia legal en España. Esto contrasta con el artículo 89 del CP que, tras la reforma operada por la LO 1/2015, se extiende a todas las personas extranjeras, independientemente de su situación administrativa<sup>102</sup>.

El ámbito objetivo, por su parte, se limita a mencionar las medidas de seguridad en términos generales, sin especificar si la medida a sustituir debe ser privativa de libertad o no. Parte de la doctrina ha venido considerando que, al no haber distinción explícita, el precepto permitía sustituir tanto medidas privativas como no privativas de libertad. Sin embargo, conforme a la Circular 7/2015 de la FGE, que adopta el criterio de la Circular 2/2006, debe entenderse que, a pesar del tenor literal del artículo 108 del CP, en el que se menciona la sustitución de «medidas de seguridad» aplicables a la persona penada, una interpretación sistemática a la luz del artículo 89 del CP y del principio de proporcionalidad sugiere que esta sustitución debe aplicarse únicamente a las medidas de seguridad privativas de libertad<sup>103</sup>.

De igual manera, la LO 1/2015 acentuó aún más la diferencia entre los artículos 89 y 108 del CP en cuanto a la necesidad de una valoración individualizada de las circunstancias personales de la persona penada, en particular su arraigo, al decidir sobre la sustitución de la pena. El artículo 89.4 del CP contempla una excepción que considera la desproporción de la expulsión en función de las circunstancias personales de la persona condenada, mientras que el artículo 108 del CP no recoge ninguna excepción en esos términos. Es más, el referido artículo establece que la expulsión debe apli-

carse de forma automática como regla general, salvo en aquellos casos en que «la naturaleza del delito justifique el cumplimiento en España». No obstante, según la interpretación de la Circular 7/2015 de la FGE, debe entenderse que, aunque «la naturaleza del delito» sigue siendo un criterio para exceptuar la expulsión, también podrá excluirse en casos en que esta medida resulte desproporcionada, de acuerdo con los criterios expuestos en la propia Circular, o cuando la peligrosidad de la persona extranjera sometida a la medida de seguridad desaconseje su liberación<sup>104</sup>.

Respecto al plazo de prohibición de regreso a España, el artículo 108 del CP tampoco se alinea con lo dispuesto en el artículo 89 del CP. Mientras que este último permite establecer un período de prohibición de regreso de entre cinco y diez años, modulable por la autoridad judicial en función de la duración de la pena sustituida y de las circunstancias personales de la persona condenada, el artículo 108 del CP fija un plazo único de diez años<sup>105</sup>.

La redacción del artículo 108 del CP se distancia también del artículo 89 del CP en cuanto a las consecuencias del quebrantamiento de la prohibición de entrada. Según el artículo 108 del CP, la única consecuencia para la persona extranjera que intente regresar al territorio nacional es su devolución por la autoridad gubernativa, reiniciándose el plazo de prohibición de entrada en su totalidad. No se contempla, en este caso, la posibilidad de cumplir en España la medida de seguridad. Esto contrasta con lo dispuesto en el artículo 89 del CP, que prevé dos opciones: si la persona extranjera es interceptada en la frontera, será devuelta por la autoridad gubernativa; pero, si logra ingresar en España, deberá cumplir la pena que le había sido sustituida<sup>106</sup>.

---

reforma, *op. cit.*, p. 137; ODRIOZOLA GURRUTXAGA, M.: Expulsión penal, *op. cit.*, p. 106; BOZA MARTÍNEZ, D.: La expulsión de personas extranjeras, *op. cit.*, pp. 336-337; RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 205; GARCÍA ALBERO, R.M.: «Título IV. De las medidas de seguridad», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios al Código penal español*, Tomo I, 7.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 763.

102 Circular 7/2015 de la FGE, *op. cit.*, apartado 12. En este sentido, RECIO JUÁREZ, M.: «Claves de la reforma de la expulsión de extranjeros en el Código Penal», *Diario La Ley*, n.º 8602, 2015, p. 10, señala que «teniendo en cuenta que la medida de seguridad privativa de libertad (art. 96.1 CP) se aplica a inimputables o semiimputables, el legislador parece que ha querido evitar ahondar en la polémica de esta modalidad de sustitución, ampliando a cualquier extranjero y ciudadano de la UE su aplicación, sustituyendo el internamiento en centro psiquiátrico, centro de deshabitación o centro educativo especial, por la expulsión del territorio nacional». En sentido idéntico, ODRIOZOLA GURRUTXAGA, M.: Expulsión penal, *op. cit.*, p. 107.

103 Circular 7/2015 de la FGE, *op. cit.*, apartado 12. En similares términos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: Protección y expulsión, *op. cit.*, pp. 641-642. Como acertadamente señala ODRIOZOLA GURRUTXAGA, M.: Expulsión penal, *op. cit.*, p. 107, interpretar lo contrario implicaría una desproporción punitiva, además de una incongruencia inexplicable con lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal. Esto se debe a que, en un caso similar, sería posible sustituir la ejecución de una medida de seguridad no privativa de libertad si el individuo fuera considerado inimputable o semiimputable, pero no se podría hacer lo mismo si la persona es considerada imputable y se le impone una pena no privativa de libertad.

104 Circular 7/2015 de la FGE, *op. cit.*, apartado 12.

105 *Ibid.* En idéntico sentido, TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: La expulsión, *op. cit.*, p. 100; MONCLÚS MASÓ, M.: La gestión penal, *op. cit.*, p. 439; RODRÍGUEZ MESA, M.J.: La expulsión, *op. cit.*, p. 286; ODRIOZOLA GURRUTXAGA, M.: Expulsión penal, *op. cit.*, p. 108.

106 FERNÁNDEZ ARÉVALO, L.: Expulsión judicial, *op. cit.*, p. 36; ODRIOZOLA GURRUTXAGA, M.: Expulsión penal, *op. cit.*, p. 109.

En lo que aquí interesa destacar, esto es, la naturaleza jurídica del artículo 108 del CP, conviene recordar que la expulsión del territorio nacional de personas extranjeras no residentes legalmente en España está regulada en el artículo 96.3.2ª del CP como una medida de seguridad no privativa de libertad, lo que, sin duda, parece ser toda una declaración de intenciones por parte del legislador<sup>107</sup>. Esta decisión, como se ha señalado anteriormente, pudo haber sido motivada, o en su caso, ser consecuencia de la interpretación realizada por la STC 242/1994, que la calificó como una «medida restrictiva de derechos», con los matices ya apuntados<sup>108</sup>.

Debido a la ubicación sistemática del artículo 108 del CP y lo dispuesto en el artículo 96 del CP, parece claro que estamos ante una medida de seguridad *de iure*, aunque esto no implique necesariamente que lo sea *de facto*. En efecto, si bien esta modalidad de expulsión sustitutiva, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 89 del CP, se ajusta al contenido literal del artículo 96.3.2ª del CP, resulta evidente que no comparte ni la naturaleza ni los fines de las medidas de seguridad, las cuales buscan someter a la persona delincuente a un tratamiento orientado a superar su constatada peligrosidad criminal y favorecer su reinserción<sup>109</sup>.

En realidad, la crítica que se puede formular sobre la naturaleza jurídica de la expulsión prevista en el artículo 108 del CP es, en esencia, similar a la que se ha planteado al cuestionar si el artículo 89 del CP constituye o no una medida de seguridad. Sin embargo, en el caso del artículo 108 del CP, el reproche puede ser aún más contundente, ya que se está sustituyendo una medida de seguridad, no una pena, como ocurre en el artículo 89 del CP<sup>110</sup>. Esto implica que, al aplicarse el artículo 108 del CP, se estaría expulsando a una persona extranjera

a quien se le ha impuesto una medida de seguridad, es decir, a un sujeto inimputable o, en su caso, semiimputable, que presenta un mayor riesgo de comisión de delitos y, por ende, requiere tratamiento en régimen de internamiento<sup>111</sup>.

El propio contenido de la medida, es decir, la salida obligatoria del territorio nacional y la prohibición de regreso por un plazo determinado, que en todo caso es de diez años, no permite considerar factores como el estado mental, la peligrosidad criminal, ni las posibilidades de intervención o tratamiento en el país de origen. En definitiva, la expulsión prevista en el artículo 108 del CP no cumple con los objetivos correctivos, pedagógicos o asistenciales propios de las genuinas medidas de seguridad. Esto se debe, entre otras razones, a que la autoridad judicial pierde todo vínculo y capacidad de control sobre la persona expulsada, lo que impide la aplicación del artículo 97 del CP que, como se ha indicado anteriormente, permite mantener, cesar, sustituir o suspender la medida de seguridad impuesta. En consecuencia, la medida adopta un carácter puramente segregador, caracterizado por la indiferencia respecto a la relación entre la peligrosidad del individuo y el contenido de la medida de expulsión. Con todo, la expulsión parece perseguir una clara finalidad preventiva-especial de inocuización, impidiendo que el sujeto cometa delitos en España, pero sin tener en cuenta realmente la peligrosidad criminal que presenta, la cual simplemente se traslada a otro lugar. De esta manera, el problema criminológico se desplaza al país de origen de la persona extranjera condenada, en una decisión que responde más a intereses «egoístas» de política criminal que a una verdadera finalidad reinsertadora, demostrando poca solidaridad con el país de origen<sup>112</sup>.

107 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: Protección y expulsión, *op. cit.*, p. 625.

108 TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: La expulsión, *op. cit.*, p. 96.

109 MONCLÚS MASÓ, M.: La gestión penal, *op. cit.*, p. 439; RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 69; FLORES MENDOZA, F.: La expulsión, *op. cit.*, p. 128; GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.: La cuarta reforma, *op. cit.*, p. 137; BOZA MARTÍNEZ, D.: La expulsión de personas extranjeras, *op. cit.*, p. 339; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: Protección y expulsión, *op. cit.*, p. 625; TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: La expulsión, *op. cit.*, pp. 100-101; ODRIÓZOLA GURRUTXAGA, M.: Expulsión penal, *op. cit.*, p. 106; ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 93.

110 Así lo destaca MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: Inmigración, *op. cit.*, pp. 21-22, al señalar que «la irracionalidad llega a su máxima expresión cuando el art. 108 CP obliga a sustituir por la expulsión no una pena, sino cualquier medida de seguridad, cuyo presupuesto, como sabemos, es la peligrosidad criminal».

111 ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 93; RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 210; RODRÍGUEZ MESA, M.J.: La expulsión, *op. cit.*, p. 285.

112 ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, pp. 92-93; TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: La expulsión, *op. cit.*, p. 99; RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 209; RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 69; RODRÍGUEZ MESA, M.J.: La expulsión, *op. cit.*, p. 285; TERRADILLOS BASOCO, J.M./BOZA MARTÍNEZ, D.: La expulsión, *op. cit.*, p. 374; FLORES MENDOZA, F.: La expulsión, *op. cit.*, p. 128; BOZA MARTÍNEZ, D.: La expulsión de personas extranjeras, *op. cit.*, p. 339; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: Protección y expulsión, *op. cit.*, p. 625; ARIAS SENSO, M.A.: «Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004», en *Diario La Ley*, n.º 6160, 2005, p. 17; ACALE SÁNCHEZ, M.: Regulación penal, *op. cit.*, p. 590; ALASTUEY DOBÓN, C.: Sobre la naturaleza, *op. cit.*, p. 118; TAMARIT SUMALLA, J.M.: De la sustitución, *op. cit.*, p. 666. De igual manera, el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe de 16 de enero de 2013 al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 141, la califica como una medida de carácter defensivo.

Las características apuntadas permiten concluir que estamos ante un evidente fraude de etiquetas<sup>113</sup>. Resulta difícil negar su carácter de sanción<sup>114</sup>, ya que comparte los mismos elementos que la expulsión sustitutiva de una pena prevista en el artículo 89 del CP. A pesar de su clasificación como «medida de seguridad» y algunas diferencias respecto a la expulsión contemplada en el artículo 89 del CP, su fundamento parece radicar en el mismo propósito: facilitar el cumplimiento de las disposiciones de la normativa de extranjería en relación con las personas extranjeras susceptibles de ser expulsadas por la vía administrativa<sup>115</sup>.

En definitiva, la expulsión de una persona extranjera con un pronóstico de peligrosidad criminal, sin tener en cuenta la finalidad terapéutica de la medida de seguridad ni brindarle ningún tipo de apoyo sociosanitario, dejándola abandonada a su suerte, resulta difícilmente compatible no solo con los fines de prevención especial que orientan las medidas de seguridad, sino también con razones humanitarias<sup>116</sup>. Más aún, como señala ASÚA BATARRITA, constituye una dejación de funciones por parte de la Administración de Justicia en su deber de proteger los bienes jurídicos fundamentales<sup>117</sup>.

A la vista de lo expuesto, persiste la incertidumbre sobre la naturaleza jurídica de la expulsión prevista en el artículo 108 del CP<sup>118</sup>. Lo que parece claro es que dicho precepto no se ajusta ni tampoco responde a los principios fundamentales que rigen las medidas de seguridad, dada la magnitud de sus implicaciones. Esta misma cuestión ya se ha abordado al analizar la naturaleza jurídica del artículo 89 del CP, y en ambos casos la conclusión es la misma: la expulsión, tal como está

configurada, no se encuadra en la categoría de las medidas de seguridad, ni en ninguna otra. Por todo lo anterior, consideramos que el artículo 108 del CP debería ser suprimido<sup>119</sup>.

#### IV. CONSIDERACIÓN FINAL

El fenómeno migratorio ha experimentado una transformación significativa a lo largo de los años. Aunque las migraciones han sido una constante en la historia de la humanidad, desde unos años atrás, el control de las fronteras y la gestión de los flujos migratorios se han convertido en cuestiones cruciales en la agenda política de los Estados occidentales. Atrás han quedado los tiempos en que existía una mayor facilidad de movimiento entre países; en la actualidad, la norma es la creación de barreas físicas y burocráticas diseñadas para restringir y controlar la movilidad humana.

Este cambio de paradigma refleja una transformación reveladora en la percepción global sobre el fenómeno migratorio, donde aspectos como la preocupación por la seguridad, la identidad nacional y la estabilidad socioeconómica han adquirido especial relevancia. Todo lo cual pone de manifiesto la creciente complejidad que envuelve a la cuestión migratoria.

La búsqueda de seguridad se vislumbra como un objetivo fundamental en la sociedad actual, un propósito que, en muchos casos, se procura alcanzar a través del instrumento punitivo. Esto ha provocado la expansión del Derecho penal a ámbitos que, hasta tiempos recientes, no requerían su intervención, como ocurre con la cuestión migratoria. Su aplicación en este contexto

113 Para ARIAS SENSO, M.A.: Expulsión de extranjeros, *op. cit.*, p. 17, el artículo 108 del CP es «un sarcasmo posiblemente viado de inconstitucionalidad». Por otro lado, RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 69, considera que esta regulación refleja una «hipocresía» del legislador, mientras que RODRÍGUEZ MESA, M.J.: La expulsión, *op. cit.*, p. 285, la califica como una «paradoja».

114 En contra, ALASTUEY DOBÓN, C.: Sobre la naturaleza, *op. cit.*, p. 118, al entender que ni el artículo 89 del CP ni el artículo 108 del CP deben considerarse sanciones.

115 ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 93; TERRADILLOS BASOCO, J.M./BOZA MARTÍNEZ, D.: La expulsión, *op. cit.*, p. 374.

116 RECIO JUÁREZ, M.: La expulsión, *op. cit.*, p. 210; RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 69.

117 ASÚA BATARRITA, A.: La expulsión del extranjero, *op. cit.*, p. 93; TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: La expulsión, *op. cit.*, p. 104.

118 Según apunta FLORES MENDOZA, F.: La expulsión, *op. cit.*, p. 128, «la sustitución de la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad por la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España se basa, al igual que ocurría con la figura del artículo 89, en razones político-criminales o de oportunidad: fundamentalmente, los problemas sociales en torno a la inmigración ilegal y, en su caso, los posibles inconvenientes de masificación en los centros especiales de cumplimiento de las respectivas medidas de seguridad, que se verían agravados si a los condenados españoles y extranjeros con residencia legal en España sumáramos los condenados extranjeros no residentes legalmente en España. De ahí que tanto la alternativa recogida en el artículo 89 como la del artículo 108 están reducidas exclusivamente a las consecuencias jurídico-penales privativas de libertad». Por su parte, ALASTUEY DOBÓN, C.: Sobre la naturaleza, *op. cit.*, p. 118, sostiene que «la expulsión sustitutiva de las medidas de seguridad comparte (...) la naturaleza de la expulsión regulada en el art. 89 CP y de la prevista en la LOEx en la mayoría de los casos». En este sentido, interpreta que el artículo 108 del CP constituye «una medida administrativa de aseguramiento cuyo fin es inocular al sujeto peligroso mediante su segregación de la sociedad».

119 De la misma opinión, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./DURÁN SECO, I./OLAIZOLA NOGALES, I./JERICÓ OJER, L.: «Extranjería y Derecho penal: las últimas reformas», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 12, 2007, p. 81; TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: La expulsión, *op. cit.*, p. 262.

plantea interrogantes sobre los intereses que realmente deben ser protegidos y sobre la eficacia de las medidas adoptadas.

En particular, la figura de la expulsión, al ser incorporada al ámbito penal, se presenta como una anomalía dentro sistema penal. Su naturaleza jurídica sigue siendo incierta, a pesar de casi tres décadas de vigencia, y no existe un consenso claro sobre la institución a la que corresponde. No obstante, la doctrina mayoritaria coincide en que la expulsión, tal como está configurada, no cumple con los fines fundamentales del Derecho penal. En primer lugar, resulta difícil que el artículo 89 del CP sirva al fin de prevención especial, dado que implica la salida del territorio nacional de la persona extranjera. Asimismo, al sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión, se renuncia a los fines de prevención general, se prioriza el cumplimiento de un interés — facilitar la aplicación de la normativa de extranjería— que, aunque legítimo, no corresponde al Derecho penal cumplir. Además, en el caso del artículo 108 del CP, esto es, cuando lo que sustituye la expulsión es una medida de seguridad privativa de libertad, la crítica debe centrarse también en la ausencia de un tratamiento adecuado para una persona cuya peligrosidad criminal ha sido constatada.

La incorporación de una medida propia del Derecho administrativo en el ámbito penal ya auguraba problemas, ya que, aunque el legislador ha tratado de asegurar una coexistencia pacífica entre la expulsión administrativa y la penal, lo cierto es que, a nuestro entender, el interés que subyace es el mismo en ambos casos: el control de los flujos migratorios. Esta convergencia entre el Derecho administrativo y el Derecho penal sin duda revela la instrumentalización de la respuesta penal para servir a los fines de la política migratoria y el control de fronteras, en detrimento de principios básicos del ordenamiento jurídico.

Además de lo señalado, la creación de un régimen excepcional para las personas extranjeras condenadas por sentencia penal tiene otras consecuencias que contribuyen a distorsionar la imagen pública de la inmigración. El hecho de que la medida a aplicar, en este caso la expulsión, sea la misma tanto para las infracciones administrativas como para las penales, implica equiparar el Derecho administrativo sancionador con el Derecho penal y promover una confusión interesada que parece respaldar los estereotipos sobre la inmigración y la delincuencia.

A la luz de todo lo dicho, se podría concluir que la expulsión penal carece de fundamentos jurídicos sólidos que justifiquen su permanencia en el acervo de disposiciones que conforman el CP, y acarrea consecuencias de gran trascendencia para las personas extranjeras sujetas a su aplicación. Por todo lo cual, la reflexión debe girar en torno a la inexistente justificación de la

medida. Si de entrada es estructuralmente ilegítima, la conclusión inevitable es abogar, de *lege ferenda*, por su supresión. Esta es, sin ambages, la solución adecuada para la medida de expulsión contemplada en el artículo 89 del CP, y por extensión, también para la prevista en el artículo 108 del CP.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M.: «Regulación penal de diversos aspectos de la extranjería», en BOZA MARTÍNEZ, D./DONAIRE VILLA, F.J./MOYA MALAPEIRA, D. (coords.): *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- AGUILAR IDÁÑEZ, M.J./BURASCHI, D.: «Indiferencia, fronteras morales y estrategias de resistencia», en *Documentación social*, n.º 180, 2016.
- AGUILAR IDÁÑEZ, M.J./BURASCHI, D.: «Del racismo y la construcción de fronteras morales a la resistencia y el cambio social: la sociedad civil frente a las migraciones forzosas», en *Servicios Sociales y Política Social*, n.º 111, 2016.
- ALASTUEY DOBÓN, C.: «Sobre la naturaleza jurídica de la expulsión de extranjeros en el Derecho español», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 56, 2021.
- ARIAS SENSO, M.A.: «Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004», en *Diario La Ley*, n.º 6160, 2005.
- ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas de control de la inmigración», en LAURENZO COPELLO, P. (coord.): *Inmigración y Derecho penal: bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- BARQUÍN SANZ, J.: «De las formas substitutivas 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.
- BOZA MARTÍNEZ, D.: *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: *Sistema penal y control de los migrantes: gramática del migrante como infractor penal*, Comares, Granada, 2011.
- CANCIO MELIÁ, M.: «La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)», en

- VV.AA.: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005.
- COMAS D' ARGEMIR, 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)», Ponencia en jornadas de la comisión penal de jueces para la Democracia, Valencia, 2012.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: *El Derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Granada, 2009.
- DE LA ROSA CORTINA, J.M.: «La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003», en *Diario La Ley*, n.º 6042, 2004.
- DEL ROSAL BLASCO, B.: «La estrategia actuarial de control del riesgo en la política criminal y en el Derecho penal», en CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ORTS BERENGUER, E. (dirs.), CUERDA ARNAU, M.L. (coord.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./DURÁN SECO, I./OLAIZOLA NOGALES, I./JERICÓ OJER, L.: «Extranjería y Derecho penal: las últimas reformas», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 12, 2007.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *Derecho penal español. Parte general*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L.: «Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 24, 2010.
- FERNÁNDEZ BESSA, C./ORTUÑO AIX, J.M./MANAVELLA SUÁREZ, A.: «Los efectos de la cultura de emergencia en la criminalización de los inmigrantes», en PUENTE ABA, L.M. (dir.), ZAPICO BARBEITO, M./RODRÍGUEZ MORO, L. (coords.): *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, Comares, Granada, 2008.
- FLORES MENDOZA, F.: «La expulsión del extranjero en el Código Penal español», en LAURENZO COPPELLO, P. (coord.): *Inmigración y Derecho penal: bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- GARCÍA ALBERO, R.: «Título IV. De las medidas de seguridad», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios al Código Penal Español, Tomo I*, 7ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- GARCÍA ESPAÑA, E.: «La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código penal de 2015: ¿De la discriminación a la reinserción?», en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, n.º 18, 2016.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.: «La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXVI, 2016.
- GRACIA MARTÍN, L./ALASTUEY DOBÓN, C.: «Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad», en BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBÓN, C. (coords.): *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- GRACIA MARTÍN, L./ALASTUEY DOBÓN, C.: «Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad (I)», en GRACIA MARTÍN, L. (coord.): *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GUISASOLA LERMA, C.: «Reformas penales y tendencias político-criminales en materia de inmigración», en *La Ley Penal*, n.º 67, 2010.
- HERNÁNDEZ OLIVEROS, J.C.: «La expulsión de cada vez más ciudadanos extranjeros implicados en hechos delictivos», en *La Ley Penal*, n.º 138, 2019.
- IGLESIAS RÍO, M.A.: «La expulsión de los extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- IZQUIERDO ESCUDERO, F.J.: «Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal: comentario al auto del Tribunal Constitucional 106/1997, de 17 de abril», *Diario La Ley*, D-288, 1997 (ref. 11858/2001 base de datos laleydigital).
- LACRUZ LÓPEZ, J.M.: «El extranjero en el Derecho Penal español», en VV.AA.: *El extranjero en el Derecho penal español*, Dykinson, Madrid, 2016.
- LARRAURI PIJOAN, E.: «Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes», en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 2, 2016.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: «De la sustitución de las penas privativas de libertad», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), JORGE BERREIRO, A. (coord.): *Comentarios al Código Penal*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1997.
- LAURENZO COPPELLO, P.: «Últimas reformas en el Derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la

- política de exclusión», en *Jueces para la democracia*, n.º 50, 2004.
- LEGANÉS GÓMEZ, S.: *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión: nuevo régimen jurídico*, Dykinson, Madrid, 2009.
- MACÍAS ESPEJO, B.: «Sustitución y expulsión de extranjeros», en MORILLAS CUEVA, L. (dir.): *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, Dykinson, Madrid, 2016.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Comares, Granada, 2011.
- MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: «Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿hasta dónde estamos dispuestos a llegar?», en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 3, 2009.
- MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015.
- MONCLÚS MASÓ, M.: *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.
- MUÑOZ LORENTE, J.: «La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º Extra 2, 2004.
- MUÑOZ RUIZ, J.: «La expulsión penal: nuevas tendencias legislativas», en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, n.º 16, 2014.
- NAVARRO CARDOSO, F.: «Análisis del artículo 89 del Código Penal español, y unas reflexiones con perspectiva aporofóbica», en *Revista Penal*, n.º 47, 2021.
- NAVARRO CARDOSO, F.: «Expulsión penal de extranjeros: una simbiosis de Derecho penal simbólico y Derecho penal del enemigo», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 17, 2006.
- ODRIOZOLA GURRUTXAGA, M.: *Expulsión penal y expulsión administrativa de personas extranjeras: análisis del art. 89 CP y del art. 57.2 LOEX*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.
- ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho penal. Parte General*, 10.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- PÉREZ CÉPEDA, A.I.: *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal: Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de integración social de extranjeros*, Comares, Granada, 2004.
- RECIO JUÁREZ, M.: *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2016.
- RECIO JUÁREZ, M.: «Claves de la reforma de la expulsión de extranjeros en el Código Penal», *Diario La Ley*, n.º 8602, 2015.
- RODRÍGUEZ BALADO, E.: «La intervención de la jurisdicción penal en el ámbito de la expulsión de extranjeros: autorización de la expulsión administrativa y autorización sustitutiva», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 26, 2011.
- RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal», en *Jueces para la democracia*, n.º 33, 1998.
- RODRÍGUEZ MESA, M.J.: «La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica», en RUIZ RODRÍGUEZ, R./RODRÍGUEZ MESA, M.J. (coord.): *Inmigración y sistema penal: retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- RODRÍGUEZ MESA, M.J.: «El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina: funciones instrumentales y simbólicas», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.): *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: «El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes», en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, n.º 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», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.
- ROMA VALDÉS, A.: «La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros», en *Actualidad Penal*, Ref. XLV, 1999 (ref. 3306/2001 base de datos laleydigital).
- SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: «Garantismo e insumisión judicial en la expulsión penal de extranjeros», en GARCÍA VALDÉS, C., et al. (coords.): *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo II*, Edisofer S.L., Madrid, 2008.
- SANZ MULAS, N.: *Política criminal*, 3.ª ed., Ratio Legis, Salamanca, 2019.
- SERRANO PASCUAL, M.: *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español*, Trivium, Madrid, 1999.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: «De la sustitución de las penas privativas de libertad (arts. 88 y 89)», en

- QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios al Código Penal Español, Tomo I*, 7ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M./BOZA MARTÍNEZ, D.: «La expulsión del extranjero: art. 88 CP», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: *La expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2012.
- VIEIRA DA COSTA, P.L.: «La expulsión de los extranjeros sin papeles», en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 21, 2010.

## VI. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA

- STC (Sala Primera) 72/2005, de 4 de abril.  
STC (Sala Primera) 203/1997, de 25 de noviembre.  
STC (Sala Primera) 242/1994, de 20 de julio.  
STC (Sala Primera) 94/1993, de 22 de marzo.  
ATC (Sección Segunda) 106/1997, de 17 de abril.  
ATC (Sección Primera) 33/1997, de 10 de febrero.  
ATC (Sección Segunda) 55/1996, de 6 de marzo.  
STS (Sala de lo Penal) 1231/2006 de 23 de noviembre.  
STS (Sala de lo Penal) 901/2004, de 8 de julio.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato \*.txt) a la dirección: [jcferreolive@gmail.com](mailto:jcferreolive@gmail.com)
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.





## Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para  
**mejorar el día a día**  
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo  
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 [atencionalcliente@tirantonline.com](mailto:atencionalcliente@tirantonline.com)

[prime.tirant.com/es/](https://prime.tirant.com/es/)