

SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN EL DERECHO ESPAÑOL^(*)()**

CARMEN ALASTUEY DOBÓN

*A mi admirado profesor y querido amigo Luis Gracia Martín,
Catedrático de Derecho penal, in memoriam.
Sirvan estas páginas como merecido homenaje a su persona
y como expresión de mi agradecimiento por la inmensa
generosidad con la que impartió su magisterio.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA EXPULSIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.– II. APROXIMACIÓN AL ESTADO DE LA CUESTIÓN.– III. PUNTO DE PARTIDA: CONCEPTO DE SANCIÓN.– IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA: 1. La expulsión como alternativa a la multa por la comisión de una infracción administrativa (art. 57.1 LOEx).– 2. La expulsión por contar con antecedentes penales derivados de la condena por determinados delitos dolosos (art. 57.2 LOEx).– 3. Excurso: la autorización judicial para la expulsión administrativa (art. 57.7 LOEx).– 4. La expulsión acordada con posterioridad al cumplimiento de la condena por determinados delitos (art. 57.8 LOEx).– V. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN JUDICIAL: 1. La expulsión como sustitutivo de las penas de prisión superiores a un año (art. 89 CP). 2. La expulsión como sustitutivo de las medidas de seguridad y reinserción social (art. 108 CP).– VI. CONCLUSIÓN.– VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN: Este trabajo analiza la naturaleza jurídica de la expulsión de extranjeros en los distintos supuestos en los que el Derecho español permite ordenarla. Una vez identificado cuál es su fundamento en cada caso, se concluye, por un lado, que la expulsión carece de naturaleza penal cuando está prevista como consecuencia jurídica del delito, y, por otro lado, que no posee en ninguna de sus modalidades naturaleza sancionadora, sino que se trata de una medida de restablecimiento de la legalidad o de una medida preventiva de aseguramiento, de defensa frente a hipotéticos peligros.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 24 de noviembre de 2020 y evaluado favorablemente para su publicación el 25 de enero de 2021.

(**) El trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de investigación RTI2018-098251-B-I00 sobre «Sistema y taxonomía de las consecuencias jurídicas y diferenciación del subsistema de sanciones y consecuencias jurídicas del delito» (entidad financiadora: Fondos FEDER y Agencia estatal de investigación). Se inserta, asimismo, dentro de las líneas de investigación del «Grupo de Estudios Penales», grupo de investigación de referencia, subvencionado por el Gobierno de Aragón y el programa operativo FEDER Aragón 2014-2020.

Palabras clave: derecho de extranjería; expulsión de extranjeros; naturaleza de las consecuencias jurídicas; actos de gravamen no sancionatorios; sanciones administrativas; penas; medidas de seguridad y reinserción social.

ABSTRACT: This work analyzes the legal nature of the expulsion of foreigners in the cases provided for by Spanish law. After identifying the basis for each particular case, some conclusions are drawn. Firstly, expulsion lacks a criminal nature when it is enforced as a legal consequence of an offence and, secondly, it is not punitive in any of its forms. It is rather a measure to reestablish legality or a preventive security measure against hypothetical dangers.

Key words: immigration law; expulsion of foreigners; nature of legal consequences; non-punitive restrictive administrative actions; administrative penalties; criminal penalties; security and social reintegration measures.

I. INTRODUCCIÓN: LA EXPULSIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La legislación española en materia de extranjería configura la expulsión como una forma de salida obligatoria del territorio nacional de los extranjeros que puede ser ordenada judicialmente, en los casos previstos en el Código penal, o acordada por resolución administrativa, cuando así lo establezca la normativa administrativa (1). La expulsión supone, en todos los casos en los que aparece regulada, la salida coactiva del territorio nacional del extranjero, con el efecto aparejado de prohibición temporal de entrada en él, si bien dicha prohibición tiene establecida legalmente una mayor extensión en la expulsión judicial (de cinco a diez años de acuerdo con el art. 89 CP; diez años ex art. 108 CP) que en la administrativa (como regla general, máximo de cinco años; excepcionalmente hasta diez, según el art. 58.1 y 2 LOEx) (2).

La expulsión por orden judicial de los extranjeros que han cometido hechos delictivos en sustitución de la pena que les hubiera resultado aplicable está prevista en nuestro ordenamiento jurídico, al menos, desde la vigencia de la

(1) Así lo indica el art. 28.3 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx).

(2) En el caso de la expulsión administrativa, la prohibición de entrada se exceptúa si el extranjero ha abandonado el territorio nacional durante la tramitación del expediente administrativo sancionador por los supuestos contemplados en las letras a) y b) del art. 53.1 LOEx. En los mismos supuestos, habrá de revocarse la prohibición de entrada si el extranjero abandona el territorio nacional en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión (art. 58.2, segundo párrafo, LOEx y arts. 24 y 245 del RD 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de la LOEx —en adelante, Reglamento de extranjería—). Pero hay que tener en cuenta que si se tramita la expulsión a través del procedimiento preferente, en los supuestos previstos en el art. 63 LOEx, en lugar de mediante el ordinario (art. 63 bis LOEx), no se concede un periodo de salida voluntaria.

Ley de extranjería de 1985 (art. 21.2, segundo párrafo) (3). Pero el Código penal de 1995 otorgó a la figura un mayor protagonismo al incorporarla formalmente al elenco de substitutivos de la ejecución de penas privativas de libertad en su art. 89 mediante una regulación más extensa (4) y compleja que desde entonces se ha modificado en cuatro ocasiones (5), por lo que el texto vigente es significativamente distinto del original. La sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a extranjeros sin residencia legal en nuestro país por su expulsión estaba prevista inicialmente como una potestad del juez o tribunal, pero la reforma operada por LO 11/2003 dio una vuelta de tuerca a esta regulación al instaurar el criterio del carácter imperativo de la expulsión, además de cerrar la puerta a la posible valoración de las circunstancias individuales del hecho o del culpable y eliminar el trámite de audiencia al reo. Teniendo en cuenta que la mera irrupción de la expulsión en el Código penal había suscitado considerables recelos (6), no extrañan las encendidas críticas de las que fue objeto la reforma de 2003 (7). El Tribunal Supremo se sumó decididamente a estas objeciones a través de su conocida sentencia n.º 901/2004, de 8 de julio, en la que incluso llegó a excederse en sus atribuciones interpretativas, en su afán por reconducir la aplicación de la expulsión a cauces constitucionales (8).

(3) En cuya virtud, «si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como substitutiva 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». Menciona antecedentes más remotos BRANDARIZ GARCÍA (2011), p. 156. Sobre los antecedentes históricos de la expulsión judicial véanse también FLORES MENDOZA (2002), pp. 98 ss.; MONCLÚS MASÓ (2008), pp. 406 ss.; y RECIO JUÁREZ (2016), pp. 61 ss.

(4) No obstante, el art. 89 CP limitó su aplicación a los extranjeros sin residencia legal, limitación que no contemplaba el art. 21.2, segundo párrafo, de la antigua Ley de extranjería. Esta restricción se ha mantenido en las sucesivas versiones del art. 89 CP hasta la reforma operada por LO 1/2015.

(5) A través de las Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003, 5/2010 y 1/2015. Véase un análisis del *iter* legislativo en GONZÁLEZ TASCÓN (2016), pp. 138 ss.

(6) Véanse solo ASÚA BATARRITA (2002), pp. 19 s., 45 ss., 95 s., donde afirma que la expulsión como alternativa a la pena se revela «incongruente y contradictoria» y pone en entredicho «el sistema de garantías y de principios constitucionales», por lo que propone una aplicación limitada de la figura mediante una interpretación restrictiva de su regulación; y, sobre la posible inconstitucionalidad de la expulsión, MAQUEDA ABREU (2001), pp. 509 ss.

(7) Véanse las consideraciones críticas a la regulación penal de la expulsión, en particular en su redacción de 2003, formuladas entre otros por SANZ MORÁN (2004), pp. 35 ss.; MUÑOZ LORENTE (2004), pp. 401 ss., pp. 452 ss.; NAVARRO CARDOSO (2004), pp. 1 ss.; CANCIO MELIÁ (2005), pp. 202 ss.; MONCLÚS MASÓ (2008), pp. 428 ss.; y MARTÍNEZ ESCAMILLA (2009), pp. 19 ss.

(8) El Tribunal Supremo argumenta en dicha sentencia sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. 89 CP, ampliando las excepciones a la expulsión,

En las últimas versiones del precepto el legislador ha atendido en parte estas reclamaciones doctrinales y jurisprudenciales, optando por una progresiva suavización de aquellas rigidices. Así, por ejemplo, en la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010 (9) destaca la recuperación del trámite de audiencia previa al penado. Por su parte, el actual art. 89 CP, procedente de la reforma que tuvo lugar mediante LO 1/2015, requiere ponderar en cada caso las circunstancias del hecho y las personales del extranjero, en particular su arraigo en España, con el fin de evitar que la expulsión resulte desproporcionada. Pero ello no significa que se haya iniciado una tendencia legislativa favorable a restringir la orden judicial de expulsión del extranjero que ha delinquido; más bien al contrario, el legislador de 2015 ha ampliado el ámbito subjetivo de aplicación de la figura a todos los extranjeros (10), con independencia de si residen legalmente en España o no y de si son extracomunitarios o pertenecen a la Unión Europea, aunque en este último caso se establecen limitaciones a la facultad judicial de optar por la expulsión, atendiendo a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004. En otro orden de cosas, la reforma modifica la referencia a las penas sustituibles en un doble sentido: por un lado, se limita la sustitución a las penas de prisión —antes, cualquier pena privativa de libertad— y, por otro lado, en cuanto a la duración de la pena susceptible de ser sustituida, ya no se establece un límite máximo, sino que se ha optado por fijar un límite mínimo de un año. En fin, se configura en el texto vigente un régimen de sustitución total y otro de sustitución parcial de la pena, para cuya aplicación rigen, por expresa disposición del legislador, los criterios de necesidad «de asegurar la

incluyendo a tal efecto un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar, para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión (FJ 2). Esta tesis la ha mantenido en numerosas sentencias posteriores, como por ejemplo 636/2005, de 17 de mayo; 366/2006, de 30 de marzo; 165/2009, de 19 de febrero; 531/2010, de 4 de junio; 588/2012, de 29 de junio y 479/2014, de 3 de junio. Como se indica en el texto, la doctrina compartía la opinión crítica de la regulación del art. 89 CP expresada en aquella sentencia, pero en general entendió que el TS debió haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad. Véanse al respecto NAVARRO CARDOSO (2004), pp. 10 s.; ARIAS SENSO (2005), pp. 1 ss.; DURÁN SECO (2005), pp. 326 ss.; TOMÉ GARCÍA (2006), p. 159; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), pp. 653 ss.; MONCLÚS MASÓ (2008), pp. 434 s.; y, muy crítico, SÁNCHEZ TOMÁS (2008), pp. 1566 ss., quien pone la sentencia como ejemplo de «insumisión judicial». Véanse además los comentarios a la sentencia de LÓPEZ LORENZO (2005), pp. 1 ss.; y MAGRO SERVET (2005), pp. 1 ss.

(9) Puede verse un análisis de esta reforma en GUIASOLA LERMA (2010), pp. 206 ss.

(10) Esta propuesta la hizo ya el Grupo de Estudios de Política criminal en el año 1998, pero en el marco de una regulación mucho más restrictiva que la vigente, y añadiendo la condición de que el consentimiento del extranjero residente legal fuese vinculante. Véase GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (1998), pp. 50 ss.

defensa del orden jurídico» y de «restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito» (11).

En paralelo, el Código penal de 1995 estableció la posibilidad de sustituir las medidas de seguridad privativas de libertad por la expulsión (art. 108 CP) y, además, incluyó esta última en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad (art. 96.3) (12). El art. 108 CP fue modificado por la LO 11/2003, en cuya virtud la sustitución de la medida por la expulsión pasó a convertirse en la regla general, a la vez que ampliaba dicha modalidad de sustitución a todas las medidas de seguridad —no solo a las privativas de libertad—. Este precepto no ha sido adaptado a las reformas posteriores sufridas por el art. 89 CP, lo que provoca incomprensibles desajustes entre ambos supuestos de sustitución de la consecuencia jurídico-penal por la expulsión (13).

En cuanto a la expulsión acordada por la autoridad administrativa (14), el precepto de referencia es el art. 57 LOEx (15), de aplicación a extranjeros no comunitarios. El apartado 1 del mencionado precepto permite aplicar la expulsión en lugar de la sanción de multa (16) a los extranjeros que hayan cometido infracciones tipificadas en el art. 54 de la misma ley como muy graves o algunas de las graves descritas en el art. 53. Y el apartado 2 considera «causa de expulsión» que el extranjero haya sido condenado dentro o fuera de España por una conducta que constituya en nuestro país un delito doloso sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, siempre que los antecedentes penales no hayan sido cancelados. El hecho de que el extranjero se encuentre procesado o imputado por uno o varios delitos —siempre que no alcancen determinada gravedad o no se trate de delitos relacionados con el tráfico de personas— no supone un obstáculo para su expulsión administrativa, limitándose la ley en este caso a requerir autorización judicial para poder llevarla a cabo (art. 57.7 LOEx). Finalmente, el apartado 8 del mismo precepto dispone la expulsión de los condenados por los delitos tipificados en los arts. 312.1, 313.1 y 318 del Código penal una vez cumplida la pena privativa de libertad correspondiente. Por lo que respecta a los ciudadanos de Estados

(11) Para una ampliación sobre estas novedades véanse CANO CUENCA (2015), pp. 364 ss.; CARDENAL MONTRAVETA (2015), pp. 344 ss.; LEGANÉS GÓMEZ (2015), pp. 1 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (2015), pp. 791 ss.; BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 273 ss.; GONZÁLEZ TASCÓN (2016), pp. 147 ss.; y PINTO DE BARROS (2019), pp. 2 ss.

(12) El antecedente inmediato de esta regulación se encuentra en la Ley 16/1970 sobre peligrosidad y rehabilitación social (arts. 5.12 y 7).

(13) Al respecto, BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 340 s.

(14) La antigua Ley de extranjería (LO 7/1985) regulaba las modalidades de expulsión administrativa en el art. 26.1 y, en relación con él, el art. 21.2, párrafo primero.

(15) Este precepto también ha sido objeto de varias reformas desde la entrada en vigor de la LOEx. La última tuvo lugar por LO 4/2013, de 28 de junio.

(16) Véase el art. 55 LOEx.

miembros de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, hay que atender al art. 15 del RD 240/2007, donde se permite ordenar su expulsión solo «por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública», de acuerdo con lo establecido en el Capítulo VI de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

En suma, todas estas disposiciones legales conforman un conjunto normativo cuya consecuencia jurídica es la expulsión del extranjero. Esta se configura a veces como alternativa a la multa administrativa, otras veces como sustitutiva de la pena de prisión, en todo o en parte, y en otras ocasiones como acumulada a esta, sin olvidar su caracterización como sustitutiva de las medidas de seguridad. La expulsión aparece así como una consecuencia incorporada a dos sectores del ordenamiento jurídico mediante complejas interrelaciones que parecen otorgarle una dimensión polivalente o multifuncional.

II. APROXIMACIÓN AL ESTADO DE LA CUESTIÓN

De entre las numerosas cuestiones problemáticas que rodean al instituto de la expulsión destaca la relativa a las dificultades para precisar su naturaleza jurídica. El debate doctrinal y jurisprudencial sobre este asunto discurre en dos planos bien diferenciados, según se trate de la expulsión judicial o de la administrativa. En cuanto a la expulsión judicial, dada su configuración formal como sustitutivo de las consecuencias jurídico-penales, el análisis se ha centrado en averiguar si es posible atribuir a la figura naturaleza penal, esto es, si puede afirmarse que es una pena cuando sustituye a la prisión en virtud del art. 89 CP, y que es una medida de seguridad y reinserción social cuando sustituye a la medida que resultase aplicable, de acuerdo con el art. 108 CP. Al respecto, la doctrina absolutamente mayoritaria concluye que la expulsión no es una consecuencia jurídico-penal, pues tanto sus características intrínsecas como algunos de los elementos incorporados a su regulación impiden que sea capaz de desempeñar las funciones propias de las consecuencias de esta naturaleza. Así, por un lado, se indica que la expulsión no es una pena, tesis que vendría avalada por argumentos formales —no se recoge en el catálogo de penas del art. 33 CP (17)— y materiales. En relación con estos últimos razonamientos se resalta con frecuencia que el contenido aflictivo de la expulsión no es uniforme, sino que depende de las circunstancias personales del extranjero al que se le impone (18), de manera que al no constituir en todo

(17) Al respecto, por todos, TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 63; y RECIO JUÁREZ (2016), p. 89.

(18) Sobre la ambivalencia aflictiva de la expulsión, que en algunos casos la hace resultar más gravosa que el cumplimiento de una pena privativa de libertad que no supere una determinada duración, mientras que en otros casos puede representar un trato de favor, véase

caso un *mal* (19), un castigo, encuentra dificultades para desplegar efectos de reafirmación del ordenamiento jurídico y de prevención general (20). Asimismo, y como consecuencia de esa peculiaridad, la sustitución de la pena por la expulsión dispensa un trato punitivo diferenciado a los condenados extranjeros respecto a los nacionales —y, hasta la reforma de 2015, a los extranjeros sin residencia legal respecto a los residentes regulares—. Esta distinción, se aduce, genera tensiones con el principio de igualdad (21), además de ser

ya ASÚA BATARRITA (2002), pp. 48 ss., quien hace referencia al reconocimiento que de aquella hace el TC —así, STC 242/1994 (FJ 4): «puede llegar a ser, de no aceptarse por el afectado, una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros», ATC 33/1997 (FJ 2): «ahora bien, cuando la expulsión la solicita el afectado, lo que se está planteando es la concesión de un beneficio consistente en evitar la privación de libertad personal», y STC 203/1997 (FJ 2), donde señala la diferente relevancia constitucional que presenta la expulsión «a instancia del interesado» respecto a la realizada «al margen de la voluntad del afectado»—. En el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA (2004), p. 345; CANCIO MELIÁ (2005), pp. 198, 202; DÍAZ Y GARCÍA CONILLO (Dir.) (2007), p. 631; FERNÁNDEZ TERUELO (2007), p. 236; MONCLÚS MASÓ (2008), p. 433; MARTÍNEZ ESCAMILLA (2009), p. 20; DAUNIS RODRÍGUEZ (2009), p. 229; GUIASOLA LERMA (2010), pp. 207 s.; BRANDARIZ GARCÍA (2011), pp. 218 s.; TAMARIT SUMALLA (2016), p. 666; y RECIO JUÁREZ (2016), p. 89. Mantienen otro punto de vista TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 77 s., en cuya opinión, más allá de que en el caso concreto resulte más o menos gravosa para el sujeto, su contenido aflictivo es objetivamente menor que el de una privación de libertad; y BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 270 s., quien utiliza el argumento en sentido contrario, para resaltar el carácter objetivamente aflictivo de la expulsión.

(19) Así, CANCIO MELIÁ (2005), p. 214. Véase también, sobre el problema, MAQUEDA ABREU (2001), pp. 510 s. No obstante, conviene señalar que tres recientes monografistas sostienen la opinión de que la expulsión constituye materialmente una pena, haciendo hincapié precisamente en su carácter aflictivo. En este sentido, MONCLÚS MASÓ (2008), pp. 451-453, quien extiende esta naturaleza jurídica a los supuestos de expulsión administrativa, que a su modo de ver debería ser impuesta también por un juez; en términos similares, BRANDARIZ GARCÍA (2011), pp. 170 s., basándose fundamentalmente en «los severos recortes de derechos que implica la expulsión, y que se plasman en las graves consecuencias (...) que puede tener para la vida del migrante condenado»; y BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 270 s. Señalan además estos autores que al considerarla una pena se asegura su imposición en un procedimiento jurisdiccional dotado de las garantías penales. Sobre la consideración de la expulsión como pena véase también IZQUIERDO ESCUDERO (1997), pp. 3 ss., quien entiende que la pena no es propiamente la expulsión, sino la prohibición que lleva aparejada de regresar a España durante un período de tiempo.

(20) Sobre ello, con ulteriores referencias, BRANDARIZ GARCÍA (2011), pp. 222 s.

(21) Al respecto FLORES MENDOZA (2002), p. 110; CANCIO MELIÁ (2005), p. 202; RODRÍGUEZ MESA (2006), pp. 280 s. y los autores que allí citan; SOUTO GARCÍA (2007), p. 309; IGLESIAS RÍO (2008), p. 656; MUÑOZ RUIZ (2014), p. 13; y LEGANÉS GÓMEZ (2015), p. 3. Cabe recordar que el TC justifica el trato diferenciado por razón de la nacionalidad, alegando al respecto que los extranjeros no tienen derecho a residir en España, salvo en los casos que así establezcan las leyes y los tratados, por lo que es lícito que la legislación de extranjería subordine dicho derecho al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de no cometer delitos de cierta gravedad (así ATC 33/1997, FJ 4; STC 24/2000, FJ 4; y STC 236/2007, FJ 14). La tesis está refrendada por el TEDH, tal y como indica ROIG TORRES (2014), p. 428. Sobre ello, véase también RECIO JUÁREZ (2016), pp. 99, 196 s.

difícilmente justificable desde los parámetros que rigen la aplicación de las consecuencias jurídico-penales. A lo anterior habría que añadir la incapacidad de la expulsión para ofrecer una respuesta proporcionada a la gravedad del hecho (22). También el TC ha negado a la expulsión judicial la naturaleza de pena. Así lo expuso ya en STC 242/1994 (FJ 4): «la expulsión no puede ser calificada como pena. Al contrario que ésta, no se concibe como modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente a un hecho tipificado legalmente como delito, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero que el Estado en el que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a la política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar» (23).

Por otro lado, la doctrina ha hecho hincapié en la absoluta desatención a la reinserción del condenado por parte de la expulsión, no solo porque la propia figura obviamente no la persigue, sino también porque su regulación ha omitido tradicionalmente cualquier referencia a la valoración de las circunstancias personales del sujeto o su conducta como criterios para optar por la no sustitución (24). Ello le aleja de la «filosofía de los sustitutivos penales», cuya finalidad es evitar la desocialización que puede provocar el internamiento del penado en un establecimiento penitenciario para cumplir una pena privativa de libertad de corta duración, proporcionando una alternativa orientada a la prevención especial (25). Por último, prácticamente todos los autores entienden también que la expulsión no cumple ninguno de los requisitos de las medidas de seguridad y reinserción social, porque no requiere la constatación de la peligrosidad criminal del sujeto ni posibilita la aplicación de ningún programa individualizado tendente a neutralizarla (26).

(22) Así, NAVARRO CARDOSO (2004), p. 16; CANCIO MELIÁ (2005), p. 212; y BRANDARIZ GARCÍA (2011), p. 165. Véanse también MUÑOZ LORENTE (2004), p. 464; y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), p. 627, refiriendo la ausencia de proporcionalidad a la uniforme duración de la prohibición de entrada tras la reforma de 2003. Desde la reforma de 2010 el periodo de prohibición de entrada oscila entre los cinco y los diez años «atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado» (vigente art. 89.5 CP).

(23) La misma argumentación puede verse en ATC 106/1997 (FJ 2) y SsTC 203/1997 (FJ 3); y 24/2000 (FJ 3).

(24) Véanse, por todos, CANCIO MELIÁ (2005), pp. 195 ss.; e Iglesias Río (2008), pp. 643 s.

(25) ASÚA BATARRITA (2002), p. 57. Niegan que la expulsión constituya un sustitutivo penal, pese a su configuración formal, por ejemplo, FLORES MENDOZA (2002), p. 108; NAVARRO CARDOSO (2004), pp. 17 s.; CANCIO MELIÁ (2005), p. 212; GRACIA MARTÍN / ALASTUEY DOBÓN (2006), pp. 331 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), p. 631; DAUNIS RODRÍGUEZ (2009), pp. 230 s.; BRANDARIZ GARCÍA (2011), p. 166; RODRÍGUEZ BALADO (2011), p. 39; TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 72; y RECIO JUÁREZ (2016), p. 87.

(26) Así, CUGAT MAURI (2001), pp. 31 s.; ASÚA BATARRITA (2002), p. 60; CANCIO MELIÁ (2005), p. 214; SOUTO GARCÍA (2007), p. 314; URRUELA MORA (2009), pp. 198 s.; BRANDARIZ GARCÍA (2011), pp. 165 s.; TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 67 s.; ROIG TORRES (2014), p. 474; BOZA MARTÍNEZ (2016),

Una vez negado el carácter penal de la expulsión judicial, parece natural volver la vista al Derecho administrativo. Así lo ha venido haciendo un importante sector doctrinal, cuando indica que la expulsión estaría llamada en realidad a cumplir objetivos de política de extranjería, en particular de control de la inmigración ilegal —dada la restricción del ámbito subjetivo de aplicación de la expulsión judicial, hasta la reforma de 2015, a los extranjeros sin residencia legal en España— (27). Más allá de la acertada crítica que acompaña a esta consideración, relativa a la instrumentalización del Derecho penal para conseguir objetivos que le son ajenos, o a la subordinación del Derecho penal a la política de extranjería (28), me interesa resaltar la conclusión que de ella se puede inferir respecto a la naturaleza jurídica de la figura. En efecto, según este punto de vista, dado que las funciones de la expulsión regulada en el Código penal no difieren de las encomendadas a la expulsión prevista en la legislación administrativa, la naturaleza jurídica de ambas modalidades de expulsión debe coincidir; y si se parte de que la expulsión administrativa tiene naturaleza sancionadora, de ahí resultará que en ambos casos estemos ante una «sanción administrativa», aunque la expulsión judicial haya sido revestida de las formalidades de una consecuencia jurídico-penal al ser impuesta por un juez de ese orden jurisdiccional en una sentencia condenatoria (29).

pp. 262 s, 330 s.; y RECIO JUÁREZ (2016), pp. 91 s. Pese a ello, el TS afirma que esa es su naturaleza, por encontrarse en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad (art. 96.3) —así, SsTS 901/2004, de 8 de julio; 710/2005, de 7 de junio; 1099/2006, de 13 de noviembre; 165/2009, de 19 de febrero; 617/ 2010, de 22 de junio; y 438/2016, de 3 de junio, entre otras—. Dicho sea de paso no es cierto, como afirma el TS, que su introducción en el catálogo de medidas de seguridad tuviera lugar por LO 15/2003, pues la versión inicial del Código penal ya la recogía en dicho precepto. Por lo demás, es discutible que se refiera el TS en todo caso a que su naturaleza es, materialmente, la de una medida de seguridad y *reinserción social*. En efecto, en algunas sentencias se indica que estamos ante una «medida de seguridad por razones de política migratoria —véanse STS 28/2011, de 25 de enero y 6/2018, de 10 de enero—». Se aparta de las anteriores la STS 1231/2006, de 23 de noviembre: la expulsión no es ni una pena ni una medida de seguridad «lo que la convierte en un cuerpo extraño en el esquema legalmente establecido para sancionar conductas delictivas».

(27) Adicionalmente, la expulsión judicial se explicaría con el argumento económico y utilitario de descongestión de los establecimientos penitenciarios. Se refieren a ello, por ejemplo —pero no comparten que la expulsión se justifique con esos motivos— GONZÁLEZ TASCÓN (2016), pp. 152 s.: «el (...) planteamiento del legislador responde a la lógica de que si esas personas, los extranjeros, finalmente van a ser expulsados del territorio español, resulta conveniente por razones de gestión presupuestaria anticipar su salida a través de la vía penal»; y GARCÍA ESPAÑA (2016), p. 11. Véanse además las objeciones a este argumento formuladas por CANCIO MELIÁ (2005), pp. 192 ss.

(28) Véanse, por todos, ASÚA BATARRITA (2002), pp. 54 ss., 61, 91; FLORES MENDOZA (2002), pp. 108 ss.; NAVARRO CARDOSO (2004), pp. 3 ss.; RODRÍGUEZ MESA (2006), pp. 274 s.: y TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 70 s.

(29) Así, con total claridad, ASÚA BATARRITA (2002), pp. 58 ss., 67 s.: «en el marco de la ley de extranjería constituye una genuina sanción administrativa», y en referencia a la expul-

La anterior consideración nos conduce de lleno al plano por el que se desenvuelve la discusión en torno a la naturaleza jurídica de la expulsión administrativa. Se da la circunstancia de que en este ámbito constituye objeto de debate, precisamente, si la expulsión es una sanción administrativa o, al menos, si lo es en todos los casos en los que aparece regulada, por mucho que el legislador la califique como sanción. La doctrina administrativista que se ha ocupado de perfilar un concepto material de sanción y, partiendo de él, de clasificar las innumerables consecuencias jurídicas del Derecho administrativo según se trate de sanciones o de actos de gravamen no sancionatorios encuentra dificultades para determinar dónde debe ubicarse la expulsión de extranjeros (30). Tampoco la Sala 3.ª del TS y el TC, que se han pronunciado sobre la cuestión de la naturaleza jurídica de la expulsión administrativa al hilo de asuntos diversos, han alcanzado hasta el momento una postura uniforme y clara al respecto. De cualquier modo, del tratamiento doctrinal y jurisprudencial del problema sí puede deducirse la necesidad de estudiar las distintas modalidades de expulsión administrativa recogidas en el art. 57 LOEx de manera individualizada, pues es discutible que todas ellas compartan la misma naturaleza.

En definitiva, enlazando con la opinión manifestada mayoritariamente por la doctrina penal, no parece que pueda discutirse que la expulsión constituye un instrumento de política de extranjería en todos los casos en los que aparece

sión judicial: «aunque sea anómalo, como lo es esa injerencia de la política de inmigración en el código penal, debe reconocerse que en su fundamento y en su contenido sustancial no se diferencia de la sanción administrativa de expulsión». Entienden también que la expulsión judicial tiene la naturaleza de sanción administrativa, SANZ MORÁN (2004), p. 39; NAVARRO CARDOSO (2004), p. 18; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), p. 631; DAUNIS RODRÍGUEZ (2009), pp. 227 ss., 231; RODRÍGUEZ BALADO (2011), pp. 40, 51; GONZÁLEZ TASCÓN (2014), p. 57; y yo misma, antes de profundizar en la cuestión, en GRACIA MARTÍN / ALASTUEY DOBÓN (2006), p. 332. GARCÍA ARÁN (2011), pp. 736 s., considera que su naturaleza es «esencialmente administrativa», pero no se refiere a su carácter sancionador.

(30) Como muestra de lo indicado, véanse REBOLLO PUIG (2001), p. 166, nota 31, quien cita a la expulsión entre las sanciones para añadir seguidamente, refiriéndose al art. 57.1 LOEx: «pero, en general, más que una sanción, es una medida que en algunos casos sustituye a la sanción»; el mismo (2010), pp. 92 s.: «la expulsión de extranjeros es en unos casos sanción y en otros no; depende de las circunstancias que la motiven y de cómo esté configurada legalmente», admitiendo que en algunos casos «la expulsión parece, más bien, una medida de simple restablecimiento de la legalidad»; por su parte, HUERGO LORA (2007), p. 354, estima que en algún supuesto «se parece más a una medida de restablecimiento de la legalidad o de protección de los intereses públicos que a una sanción en sentido estricto» aunque no excluye que pueda ser una sanción en ciertos casos; y CANO CAMPOS (2017), p. 214, quien explica que la frontera entre las sanciones y otras medidas no sancionadoras no siempre es nítida, y pone como ejemplo, citando a *Rebollo*, la expulsión de extranjeros, que «dependiendo de la decisión del propio legislador (...) puede ser considerada una sanción o una medida de restablecimiento de la legalidad».

prevista, con independencia de si la impone un órgano administrativo u otro judicial. Pero la pregunta clave es si el objetivo de la política de extranjería que se sirve de la expulsión es sancionador o de otra índole. Dicho con otras palabras, se trata de averiguar, o al menos intentarlo —y a ello dedicaré las páginas que siguen—, si dicho instrumento se utiliza realmente con la finalidad de castigar al extranjero por la realización de una infracción (administrativa o penal). El análisis pondrá de manifiesto que la expulsión es una figura de perfiles muy complejos, cuyo acomodo pacífico en el sistema general de consecuencias jurídicas —y no solo en el específico de consecuencias jurídico-penales— resulta sumamente dificultoso.

Esta breve exposición del estado de la cuestión quedaría incompleta si no se mencionase que la caracterización de la expulsión judicial, una vez descartada su naturaleza penal, como una sanción administrativa no es la única opción que se ha puesto sobre la mesa. Y así, desde otra perspectiva, también muy crítica con la figura, se hace notar el componente de exclusión del sistema jurídico de un grupo de personas consideradas no deseadas inherente a la expulsión, lo que la convierte en una medida puramente inocuidadora (31). Aunque en ocasiones este planteamiento se perfila como complementario del anteriormente expuesto, me parecen dos orientaciones difícilmente compatibles. En efecto, como enseguida se recordará, las sanciones —administrativas o penales— persiguen la retribución de una infracción, esto es, suponen la aplicación de un castigo proporcionado a la gravedad de un injusto culpable. Por supuesto que la sanción puede —y debe— desplegar efectos de preven-

(31) Véanse MAQUEDA ABREU (2001), p. 513; LAURENZO COPELLO (2004), p. 30, quien la define como un «mero instrumento ejecutor de una política inocuidadora decidida a deshacerse a toda costa de cuanto extranjero (...) que infrinja las leyes penales en nuestro país». Por su parte CANCIO MELIÁ (2005), pp. 211 ss., resalta este elemento de la expulsión como uno característico del Derecho penal del enemigo. En efecto, de acuerdo con Cancio, una de las características del Derecho penal del enemigo es «la construcción de una categoría de “enemigos” y su plasmación en un Derecho penal de autor», rasgo distintivo que la expulsión cumpliría, pues su finalidad es «asegurar la identidad de los sujetos representados en la norma, los excluyentes, mediante la exclusión». Ciertamente, aunque la versión vigente del art. 89 CP haya suavizado alguno de los aspectos característicos del Derecho penal del enemigo que eran patentes en la redacción de 2003 —la que Cancio toma como referencia— parece mantenerse incólume uno de sus rasgos más significativos, cual es el de la caracterización de un grupo de sujetos como enemigos, porque se les considera peligrosos para el orden jurídico, tal y como más adelante indicaré. Sobre la consideración de la expulsión como una manifestación del Derecho penal del enemigo, véase también NAVARRO CARDOSO (2004), pp. 9, 24 s.; y, con respecto a la reforma de 2015, BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 320 ss. Por lo demás, comparten la consideración de la expulsión como medida dirigida en esencia a la inocuidación del extranjero, MUÑOZ LORENTE (2004), pp. 466, 481 s.; FERNÁNDEZ TERUELLO (2007), p. 235; DAUNIS RODRÍGUEZ (2009), pp. 229, 231; BRANDARIZ GARCÍA (2011), pp. 83 s.; 101, 226, 231 (vinculando asimismo la expulsión al Derecho penal del enemigo); y TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 71 s.

ción general y especial, y entre estos últimos se encuentran los de prevención especial negativa, según cuál sea el contenido de la concreta sanción —así, la que consiste en una privación de libertad—. Pero una consecuencia jurídica que tenga como única finalidad o como finalidad preferente la incoización del sujeto al que se aplica, sin que el efecto incoizador aparezca como una consecuencia colateral de un castigo proporcionado, no puede en modo alguno constituir una sanción.

Por lo demás, aunque desde ambas perspectivas se ha propuesto de *lege ferenda* la supresión de la expulsión del Código penal o, al menos, una considerable reducción de su ámbito de aplicación (32), parece que cada una de ellas permite llegar a conclusiones diversas sobre el papel que ha de representar la expulsión en el ordenamiento jurídico. En principio, el entendimiento de la expulsión como una sanción administrativa no genera necesariamente dudas sobre la legitimidad de la figura en sí, sino que solo reprueba su irrupción en el Derecho penal (33). Desde esos presupuestos, se podría afirmar que la expulsión debería mantenerse como sanción en la legislación administrativa, de donde nunca debió salir. En cambio, si la expulsión se comprende como una medida cuya única finalidad es la incoización del extranjero, y es censurada por ese motivo, se allana el camino para extender la crítica a todas las modalidades de expulsión, incluidas las contempladas en la legislación administrativa (34).

III. PUNTO DE PARTIDA: CONCEPTO DE SANCIÓN

Dado que el objetivo principal de este estudio es tratar de averiguar si la expulsión tiene o no tiene naturaleza sancionadora, es preciso recordar siquiera brevemente —pues no se pretende aquí llevar a cabo una investigación sobre el concepto de sanción— cuáles son las características sustantivas definitorias de las sanciones, al margen de su naturaleza penal o administrativa. Para ello me basaré sobre todo, por lo que a la doctrina científica se refiere,

(32) Véanse las propuestas de ASÚA BATARRITA (2002), pp. 63, 95 s.; CANCIO MELIÁ (2005), p. 215; NAVARRO CARDOSO (2004), pp. 24 s.; BRANDARIZ GARCÍA (2011), pp. 232 ss.; y BOZA MARTÍNEZ (2016), p. 379; así como la ya citada del GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (1998), pp. 50 ss.

(33) Esto no significa que los autores que defienden esta tesis acepten acriticamente la presencia de la expulsión en la legislación administrativa de extranjería. Véase al respecto NAVARRO CARDOSO (2004), p. 13, nota 27, para quien «propugnar la entrada de la legislación de extranjería (se entiende: aplicando la expulsión) no implica la admisión acrítica de la actual política de extranjería». (El texto entre paréntesis no figura en el original).

(34) Amplia la crítica a la expulsión administrativa, desde la perspectiva del respeto al principio de proporcionalidad y a los derechos fundamentales, BRANDARIZ GARCÍA (2011), p. 232.

en la investigación de *Huergo Lora* sobre las sanciones administrativas (35), así como en los últimos trabajos de *Gracia Martín* en los que examina dicha cuestión, asumiendo en esencia las tesis de *Huergo*, con el objetivo de negar la naturaleza penal y sancionadora de la responsabilidad de las personas jurídicas regulada en el Código penal, así como de las consecuencias accesorias previstas para entes sin personalidad jurídica (36). Además, es imprescindible tener en cuenta la elaboradísima doctrina del TC sobre los requisitos materiales de las sanciones plasmada fundamentalmente en sus sentencias 164/1995, 276/2000 y 48/2003.

Procede aclarar de entrada que al utilizar el término «sanción» me refiero a su concepto estricto o propio, pues ya es sabido que dicho término se utiliza con frecuencia de manera muy amplia e impropia, como sinónimo de «consecuencia jurídica», incluyendo no solo medidas punitivas, sino también resarcitorias, de restablecimiento de la legalidad o coercitivas (37). En cambio, el concepto de sanción *stricto sensu* tiene unos contornos mucho más precisos, y permite «revelar su verdadera función retributiva o de castigo por una acción ilícita» (38).

Pues bien, las sanciones propiamente dichas presentan tres características esenciales, estrechamente relacionadas entre sí, que las distinguen de otras consecuencias jurídicas con las que pueden confundirse. En primer lugar, las sanciones son en todo caso consecuencias jurídicas de una infracción, esto es, de una conducta contraria a un mandato o a una prohibición —norma de determinación— y antijurídica realizada por un individuo determinado sobre quien sea posible formular el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad. En otras palabras, el supuesto de hecho de una sanción solo puede serlo un injusto culpable (39). Del supuesto de hecho así configurado se deduce,

(35) HUERGO LORA (2007).

(36) GRACIA MARTÍN (2016), el mismo (2016-2), y el mismo (2020).

(37) Sobre ello véanse HUERGO LORA (2007), pp. 220-224, quien indica que el concepto de sanción en sentido amplio «incluye todas las medidas previstas por el Ordenamiento jurídico para dotar de efectividad a sus normas» (p. 220); y GRACIA MARTÍN (2016), p. 85; el mismo (2020), p. 73.

(38) Así, CANO CAMPOS (2011), p. 101, criticando el concepto amplio de sanción (pp. 100 ss.); el mismo (2017), pp. 209 s.

(39) GRACIA MARTÍN (2016), p. 40: «solo puede ser y es sanción en sentido estricto la consecuencia jurídica que tiene como presupuesto necesario la culpabilidad, y la culpabilidad tiene a la vez como presupuesto a la infracción que constituye el objeto específico del juicio de reproche»; y, en el mismo sentido, pp. 48, 61, 79 s. y 101, entre otras. Véase también su argumentación en pp. 31 ss. sobre la necesidad de distinguir adecuadamente entre el plano de las normas de valoración y el de las normas de determinación, y p. 49, donde recuerda que solo se puede denominar *infracción* al quebranto de una norma de determinación. Además, véanse SUAY RINCÓN (2010), p. 174, quien indica a este respecto que las sanciones

como segunda característica de las sanciones, que estas han de tener una finalidad punitiva, pues se imponen como castigo o retribución de lo injusto culpable con el objetivo de influir en la voluntad del sujeto que cometió la infracción (40)· (41). Además, dicha finalidad punitiva determina el contenido

administrativas y las infracciones administrativas componen un «inescindible binomio», siendo las segundas indispensable presupuesto de las primeras; REBOLLO PUIG (2010), p. 63; y CANO CAMPOS (2011), p. 101, donde niega el carácter de sanción a cualquier «incumplimiento del deber ser» —como sucede en el caso de las medidas de carácter resarcitorio o en las de restablecimiento de la legalidad, cuyo supuesto de hecho «es una situación de hecho que el ordenamiento jurídico considera que ha de ser eliminada»— y requiere para poder hablar de tal un «ilícito previo», de forma que el «supuesto de hecho de la sanción» se realice mediante «el establecimiento de mandatos o prohibiciones»; el mismo (2017), p. 210. En el mismo sentido, STC 276/2000 (FJ 3), donde se indica que las sanciones se aplican «como consecuencia de una infracción de la ley y, precisamente, a la persona que aparece como responsable de la misma»; y SsTC 48/2003 (FJ 9), 26/2005 (FJ 5): la sanción ha de ser «consecuencia de un ilícito».

(40) Indica HUERGO LORA (2007), p. 225, que «el criterio más claro de distinción entre las sanciones administrativas y otras formas de intervención administrativa con las que suelen confundirse (...) es que la sanción *castiga* o retribuye un comportamiento ilegal del sujeto a quien se impone, mientras que esas otras medidas tienden a satisfacer intereses públicos (...) con independencia de que también supongan un perjuicio para el infractor», y cita como ejemplos las medidas de policía, las de restauración de la legalidad o la revocación de ciertos actos por incumplimiento de sus condiciones. Y en p. 227, nota 337: «no basta (...) con la sola pretensión de constreñir al cumplimiento de un deber jurídico (como ocurre con las multas coercitivas) o de restablecer la legalidad conculcada (...). Es preciso que, de manera autónoma o en concurrencia con esas pretensiones, el perjuicio causado responda a un sentido retributivo». Sobre ello, en el mismo sentido, GRACIA MARTÍN (2016), pp. 75 s., 79 s., 91 s., 111 s.; REBOLLO PUIG (2001), p. 154; SUAY RINCÓN (2010), pp. 170 ss.; y CANO CAMPOS (2011), pp. 103 ss.; el mismo (2017), pp. 210, 215. Véanse no obstante las puntualizaciones de PEMÁN GAVÍN (2000), pp. 76 ss.

(41) El TC también ha hecho hincapié en varias sentencias en que la característica específica de las sanciones es su «finalidad represiva, retributiva o de castigo». Así en STC 239/1988 (FJ 2) niega que las multas coercitivas tengan un «verdadero carácter sancionador» o, lo que es lo mismo, que representen «el efectivo ejercicio del *ius puniendi* del Estado» porque con ellas «no se impone una obligación de pago con un fin represivo o retributivo por la realización de una conducta que se considere administrativamente ilícita (...) sino que consiste en una medida de constreñimiento económico». Con el mismo argumento analiza el carácter sancionador de dos recargos tributarios en SsTC 164/1995 y 276/2000, y entiende en el primer caso que el recargo en cuestión no es una sanción «porque carece de la finalidad represiva, retributiva o de castigo (...) específica de las sanciones» (FJ 4), mientras que en el segundo caso estima, en sentido contrario, que se trata de una sanción al apreciar en él una función de castigo que va más allá del cometido resarcitorio (FFJ 3, 4 y 5). Y, según la STC 48/2003 (FJ 9), «para determinar si una consecuencia jurídica tiene o no carácter punitivo habrá que atender, ante todo, a la función que tiene encomendada en el sistema jurídico. De modo que si tiene una función represiva y con ella se restringen derechos como consecuencia de un ilícito, habremos de entender que se trata de una pena en sentido material; pero si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la existencia de una pena, por más que se trate de una consecuencia gravosa (...) Es preciso que, de

de las sanciones, que habrán de suponer un mal, una privación o restricción de derechos para el individuo que las sufre, siendo esta su tercera característica definitoria (42).

Debe insistirse en la efectiva interrelación entre estos tres elementos. Obsérvese, en este sentido, que la última característica mencionada solo define a las sanciones en la medida en que el perjuicio causado al sujeto proceda de una consecuencia jurídica impuesta con la finalidad de castigarle. Pues el hecho de que una consecuencia jurídica suponga una privación o restricción de derechos para el individuo que la sufre, por sí solo, no la convierte en sanción, aunque su contenido material no difiera del que pueda tener una medida sancionadora (43). Ello se aprecia claramente en el caso de la multa, que puede ser una pena, una sanción administrativa o una multa coercitiva sin finalidad sancionadora. Lo mismo pasa con la privación de libertad, que puede ser, al menos, una sanción (pena), una medida cautelar o una medida de seguridad y reinserción social. En ambos casos se trata de instrumentos que desempeñan funciones distintas en el ordenamiento jurídico, aunque su contenido privativo o restrictivo de derechos sea el mismo. Solo la finalidad punitiva que persiguen en algunos supuestos les confiere el carácter de sanción penal o

manera autónoma (...) el perjuicio causado responda a un sentido retributivo, que se traduce en la irrogación de un mal añadido al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho». Véanse además, en el mismo sentido, SsTC 132/2001 (FJ 3), 100/2003 (FJ 2) y 26/2005 (FJ 5).

(42) Así lo afirma HUERGO LORA (2007), p. 227, nota 337, siguiendo la tesis del TC expuesta en la nota anterior, y p. 228 s.: «una sanción, por su contenido, sólo puede afectar a los intereses del infractor». También GRACIA MARTÍN (2016), pp. 48, 85 ss., donde concreta las características de las sanciones, y su conclusión en p. 114: «solo pueden contemplarse como penas y sanciones aquellas medidas consistentes en una intervención directa e inmediata en el ser físico y espiritual de un sujeto que ha cometido él mismo con su propia conducta un delito o una infracción culpablemente, y que supone para él un mal, una aflicción o un perjuicio»; REBOLLO PUIG (2001), pp. 155 s.; y CANO CAMPOS (2011), pp. 104 s.: «la sanción consiste siempre en infligir un mal (o en privar de un bien) (...). El sujeto a quien se impone la sanción tiene que sufrir necesariamente un perjuicio en su esfera jurídica para poder hablar de sanción». De ahí se deduciría, según este último autor —con cita de *Casino Rubio*—, el carácter constitutivo y no meramente declarativo de las sanciones, dado que la sanción impone al particular un mal añadido que no se reduce a hacer cumplir la legalidad vigente. Con más detalle, el mismo (2017), pp. 212 ss. Resaltan igualmente el «fin aflictivo de la sanción» GARCÍA DE ENTERRÍA / FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020), p. 186. Véase también STC 48/2003 (FJ 9): «El carácter de castigo criminal o administrativo de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente».

(43) Sobre ello, GRACIA MARTÍN (2016-2), p. 157 s.

administrativa (44). Ya es sabido que algunas consecuencias no sancionadoras pueden causar un perjuicio a su destinatario, pero ello no forma parte de su finalidad, sino que aparece como una consecuencia colateral de su aplicación. En cambio, las sanciones persiguen directamente la causación de un mal (45). Conviene tener en cuenta asimismo que el mayor o menor contenido gravoso de la consecuencia jurídica no sirve tampoco para identificar a las sanciones, pues «es evidente que existen medidas administrativas, como la imposición a un particular, de forma unilateral y ejecutiva, de la obligación de reparar el daño causado o la revocación de un acto favorable por incumplimiento de alguna de sus condiciones (...) que son materialmente mucho más graves que las sanciones en sentido estricto» (46). En definitiva, lo que permite identificar una sanción es su función y no su contenido (47).

En cambio, hay otras características formales y materiales de las consecuencias jurídicas que no son relevantes para determinar si poseen naturaleza sancionadora. Destacan al respecto dos. En primer lugar, el TC ha indicado que para conocer cuál es la naturaleza de una determinada figura no es decisivo el *nomen iuris* que le dé la Administración o le asigne la ley, y ni siquiera la clara voluntad del legislador (48). En segundo lugar, la finalidad disuasoria tampoco define a las sanciones, porque una «cosa es que las sanciones tengan, entre otras, una finalidad disuasoria, y otra bien distinta que toda medida

(44) Véanse al respecto REBOLLO PUIG (2001), p. 155 s.; y CANO CAMPOS (2011), p. 105: «no toda privación de un bien o imposición de un mal a un sujeto constituye una sanción, pues también otras medidas (...) no punitivas (...) producen ese perjuicio. El perjuicio es necesario, pero no suficiente. Para que estemos en presencia de un verdadero acto punitivo, de un castigo, el carácter aflictivo de la medida debe configurarse únicamente como reproche o retribución, esto es, como atribución directa de las consecuencias que acarrea la realización de una acción antifijúridica (...)». Por tanto, la única función del mal que se impone es «reprobar, reprochar o retribuir la realización de esa acción».

(45) CANO CAMPOS (2017), p. 213.

(46) HUERGO LORA (2007), pp. 237 s., y pp. 235 s.: «el criterio de distinción, (...) coherente con la noción de “sanción” como castigo o retribución de una conducta ilegal, no está relacionado con la mayor o menor gravedad del mal o consecuencia jurídica desfavorable que se le impone al particular. Es perfectamente posible que un mismo hecho (por ejemplo, la construcción de un edificio ilegal) dé lugar a una sanción (multa) y a una medida de restauración de la legalidad (demolición) que no es una sanción pero cuyas consecuencias económicas pueden ser mucho más graves».

(47) Así HUERGO LORA (2007), p. 233; y GRACIA MARTÍN (2016), p. 90: «la finalidad de una consecuencia jurídica, y en particular la de las penas y sanciones, no puede determinarse exclusivamente por su *contenido*, sino únicamente a partir de los caracteres y de la estructura del *supuesto de hecho* que la fundamenta, de su finalidad y de su función específica», y aclara en el sentido indicado en el texto que estas últimas «podrán condicionar en parte su contenido, pues si se trata por ejemplo de castigar con una pena, esta no podrá consistir lógicamente en una medida que produzca ventajas o provechos al penado».

(48) STC 164/1995 (FJ 4). Así también SsTC 239/1988 (FJ 3) y 276/2000 (FJ 3).

con una finalidad disuasoria de determinados comportamientos sea una sanción» (49). Por ello debe negarse el carácter sancionador a consecuencias que, aun cumpliendo una función disuasoria o, en general, preventiva, no tienen la finalidad de castigar al autor de la infracción. Es cierto que con la aplicación de la sanción como respuesta a la realización de una infracción culpable se pueden perseguir (y de hecho se persiguen) y desplegar efectos de prevención general o especial (50), pero estos fines y efectos no son útiles por sí solos para definir a las sanciones, pues son compartidos por consecuencias jurídicas que no tienen carácter sancionador (51). Como indica *Cano Campos* (52) «lo característico de las sanciones no es (...) su finalidad preventiva, pues hay muchas medidas administrativas no sancionadoras que también cumplen esa finalidad (...) (53), sino que lo peculiar de las sanciones es la forma en que dicha finalidad preventiva o disuasoria se persigue: castigando».

Tomando como base este concepto material de sanción, dedicaré el epígrafe siguiente a analizar si concurren las indicadas características en la expulsión prevista en la legislación administrativa como alternativa a la sanción de multa (art. 57.1 LOEx) o como acumulada a la pena (art. 57.2 y 8 LOEx). Después veremos cómo repercuten las conclusiones que aquí se obtengan en la determinación de la naturaleza jurídica de la expulsión judicial.

IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA

1. La expulsión como alternativa a la multa por la comisión de una infracción administrativa (art. 57.1 LOEx)

El Título III de la LOEx se ocupa, tal y como reza su rúbrica, «de las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador». Allí, tras

(49) SsTC 164/1995 (FJ 4) y 276/2000 (FJ 4).

(50) Así, REBOLLO PUIG (2001), pp. 156 s.

(51) Véase GRACIA MARTÍN (2016), p. 88, nota 237, y pp. 95 ss., sobre la distinción criminológica entre diversas clases de prevención (primaria, secundaria y terciaria), siendo solo esta última la propia de las sanciones, pues se persigue mediante la imposición de un castigo, y p. 114: «la esencia de (...) toda sanción es el castigo, y por esto el único fin específico y esencial de (...) toda sanción es la *retribución* del sujeto sancionado por el hecho que ha realizado el mismo culpablemente. Los fines de prevención, general y especial, si bien tienen que ser y deber ser objetivos a realizar con (...) toda sanción, no son específicos de estas consecuencias jurídicas ni corresponden a su esencia, sino que son (...) solo objetivos a alcanzar por medio de ellas».

(52) CANO CAMPOS (2011), pp. 106 s.; el mismo (2017), p. 215.

(53) Cita como ejemplos «los recargos tributarios, que constituyen una forma de disuadir a los contribuyentes de que presenten las declaraciones fuera de plazo, o la tasa láctea en el mercado comunitario que busca desincentivar la producción».

describir las distintas infracciones leves, graves y muy graves (arts. 52, 53 y 54, respectivamente) prevé como sanción la multa, con diferentes cuantías en función de la gravedad de la infracción (art. 55). Pero además, de acuerdo con el art. 57.1 LOEx, si quien comete la infracción es un extranjero, y realiza conductas tipificadas como muy graves (las descritas en el art. 54) o incurre en alguna infracción grave de las previstas en las letras a), b), c), d) o f) del art. 53.1, «podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuren la infracción». Después, el art. 57.3 dispone que «en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa».

De acuerdo con esta configuración legal, no hay duda de que la expulsión acordada por la autoridad administrativa conforme al art. 57.1 LOEx cumple los requisitos formales de las sanciones administrativas, pues es impuesta por el órgano competente para sancionar, tras la tramitación del correspondiente expediente sancionador y como consecuencia de hechos tipificados como infracción administrativa. Además, aunque se regula en un precepto diferente al dedicado a las «sanciones» (art. 55), el art. 57 la denomina también expresamente «sanción» en sus apartados 3 y 5. Así las cosas, podríamos decir que dicha modalidad se conforma como una sanción alternativa a la multa en los supuestos que el precepto establece.

Por estas razones, gran parte de la doctrina da por sentada la naturaleza sancionadora de la expulsión (54). Asimismo, la Sala 3.ª del TS ha defendido

(54) Véanse entre otros PEMÁN GAVÍN (2000), pp. 100 s.; DORADO NOGUERAS / RODRÍGUEZ CANDELA (2001), pp. 873 s.; GARCÍA CATALÁN (2002), 319 s.; BATUECAS (2005), pp. 28 s.; MESTRE DELGADO (2006), p. 1263; SELMA PENALVA (2013), cuyo trabajo se centra en analizar la modalidad de expulsión del art. 57.2 y, concluye, como indicaré *infra*, que no tiene naturaleza sancionadora, pero parte de que los supuestos de expulsión del art. 57.1 sí la tienen (pp. 27, 33 y 34); y GARCÍA DE ENTERRÍA / FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020), p. 218. De la misma opinión LORENZO JIMÉNEZ (2009), p. 210, aunque considera que no es una sanción cuando se aplica a extranjeros en situación irregular (p. 214). VELASCO CABALLERO (2003), pp. 334 ss. también parte de que es una sanción, aunque señala las «paradojas y problemas aplicativos» que dicha calificación genera en algunos casos, como luego veremos. Finalmente ÚBEDA TARAJANO (2018), pp. 1 s., critica que la ley la califique como sanción en todos los casos, pues en su opinión «la persona extranjera que entra legalmente en nuestro país sabe de antemano que su estancia (salvo en los supuestos de residencia permanente) está sometida a plazo temporal, transcurrido el cual está obligada a abandonar España o a instar la renovación de la anterior autorización o una nueva. Trascurrido dicho plazo sin que se cumpla esa obligación de salida voluntaria la Administración podría, en principio, acudir a la expulsión forzosa. En tales supuestos de ejecución forzosa de una obligación de salida, la expulsión no tendrá que tener necesariamente naturaleza sancionadora. Si la tiene es porque el legislador (...) ha optado por que lo sea».

esta tesis reiteradamente. Según el TS, en la derogada Ley de extranjería la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción (55). Lo deduce de una interpretación conjunta de sus arts. 26 y 27, donde la expulsión estaba prevista para unos supuestos y la multa para otros, de manera que «los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con la expulsión», tal y como disponía expresamente el art. 27.3 del citado texto legal. Pero, estima el TS, la Ley de 2000 cambia la concepción de la expulsión, configurándola como sanción (56).

Partiendo de esa premisa, durante unos años el TS desarrolló una línea jurisprudencial en materia de expulsión del extranjero que se encuentra ilegalmente en España —art. 53.1 a) LOEx (57)—, el supuesto más frecuente

(55) Así lo había indicado en algunas sentencias. Según la STS de 9 de abril de 1997, la expulsión del territorio nacional de un extranjero por no hallarse legalmente en territorio español —art. 26.1 a) de la antigua Ley de extranjería— «no constituye, por su naturaleza, la imposición de una sanción, sino la adopción de una medida administrativa limitativa de derechos que debe ajustarse al principio de legalidad, dada la trascendencia que alcanza en relación con los derechos fundamentales de los extranjeros en España». Así también, para los casos de estancia irregular, SsTS de 14 de diciembre de 1998 y 18 de marzo de 2002: «no constituye una sanción, sino la lógica consecuencia derivada de hallarse ilegalmente en España». Véase también, en el mismo sentido, STS de 20 de diciembre de 2002. Pero esta tesis no la había defendido el TS de manera uniforme. En sentido contrario, por ejemplo, SsTS de 27 de diciembre de 2000; 19 de octubre de 2001; y 4 de mayo de 2004.

(56) Conviene precisar a este respecto que en la redacción inicial de la LO 4/2000 para la estancia irregular —art. 53.1 a)— se establecía únicamente la sanción de multa, al contrario de lo que sucedía en la antigua Ley, donde se preveía como única reacción a la estancia irregular la expulsión. Pero desde la reforma operada por LO 8/2000 la estancia irregular puede conllevar también la expulsión del extranjero. Sobre esta evolución véase RODRÍGUEZ CANDELA (2019), p. 69. En otro orden de cosas, aunque no entraré a valorar aquí si la actual Ley de extranjería ha mutado la naturaleza jurídica de la expulsión, debe hacerse notar lo confuso de la argumentación del TS en su defensa del supuesto cambio —crítico al respecto, con razón, LORENZO JIMÉNEZ (2009), p. 204—.

(57) En virtud del cual constituye una infracción administrativa grave «encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente». Tras las dudas iniciales sobre los supuestos que debían considerarse incluidos en dicho enunciado, el TS afirma en jurisprudencia constante que el art. 53.1 a) se refiere al hecho de encontrarse irregularmente en territorio español por unas circunstancias muy concretas: primero, por no haber obtenido la prórroga de estancia, segundo, por carecer de autorización de residencia y, tercero, por tener caducada más de tres de meses esta autorización, siempre que no se hubiese solicitado en plazo su renovación. Deduce el TS que el precepto no contempla el supuesto en que el extranjero ha entrado ilegalmente en territorio español y se encuentra en él irregularmente sin haber sobrepasado los noventa días a los que se refiere el art. 30.1 LOEx, de manera que lo procedente en ese caso es decretar la devolución regulada en el art. 58, medida que no conlleva la prohibición de entrada en territorio español desde que la STC 17/2013 declarara inconstitucional dicha previsión, que había sido

en la práctica, a la que conviene hacer referencia (58). En ella el TS indica que la autoridad administrativa puede optar, ciertamente, entre la multa y la expulsión, pero considera que la sanción principal es la multa, mientras que la expulsión «en cuanto sanción más grave y secundaria (...) requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal». Los criterios de graduación de las sanciones previstos en el art. 55.3 habrían de aplicarse también para elegir entre la multa y la expulsión, de manera que «la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción, y, en general (...) cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa». En suma, según el TS la expulsión solo podrá decretarse cuando «en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión». El propio TS ha ido concretando cuáles son esos datos negativos que deben sumarse a la estancia irregular, y señala, entre otros, el no haber intentado regularizar la situación, haber participado en actividades ilegales o carecer de domicilio y de arraigo familiar (59).

incorporada al precepto por la LO 14/2003. No obstante, como en este caso la devolución no se realiza por ninguno de los dos motivos a los que se refiere el art. 58.3, se exige la tramitación de un expediente. Sobre esta interpretación jurisprudencial del art. 53.1 a) véanse, entre otras muchas, SsTS (Sala 3.ª, sec. 5.ª) de 22 de diciembre de 2005; 30 de noviembre de 2006; 19 de diciembre de 2006; 18 de enero de 2007; 20 de septiembre de 2007; 25 de octubre de 2007 y 20 de diciembre de 2007. Véase una crítica a esta interpretación del TS y al recurso a la devolución en estos supuestos en LORENZO JIMÉNEZ (2009), pp. 206 ss.

(58) Véanse, en el sentido que se indica a continuación en el texto, las sentencias citadas en la nota anterior, entre otras muchas.

(59) Así, por ejemplo, considera procedente la expulsión la STS de 19 de diciembre de 2006, porque el extranjero, además de su estancia irregular, había sido detenido por su posible participación en un delito de detenciones ilegales que estaba siendo objeto de instrucción; y también la STS de 25 de octubre de 2007, porque el extranjero no solo se encontraba irregularmente en España, sino que al ser detenido portaba una documentación correspondiente a otra persona que intentó presentar como propia, y ya se le había denegado anteriormente el permiso de residencia. Sobre estos criterios, véanse ÚBEDA TARAJANO (2018), p. 2, y la jurisprudencia allí citada; y RODRÍGUEZ CANDELA (2019), p. 70. Por su parte, CUADRADO ZULOAGA (2008), pp. 1678 s., deduce de esta jurisprudencia que la sanción de expulsión debe quedar reservada, por una parte, atendiendo a un criterio subjetivo, a los supuestos en que la culpabilidad del sujeto se manifieste con especial intensidad, así como, en atención a un criterio objetivo, a los casos en que «la acción del infractor tuviera una notable trascendencia para frustrar o poner en peligro la finalidad perseguida por la norma», a saber, que los extranjeros se encuentren en España con la documentación y autorizaciones exigidas.

La jurisprudencia del TS (60) sobre la aplicación de la expulsión a los extranjeros con residencia irregular dio un vuelco tras la conocida sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015. La resolución traía causa de una cuestión prejudicial planteada por el TSJ del País Vasco mediante auto de 17 de diciembre de 2013, y en ella determina el citado tribunal que la regulación española en materia de extranjeros en situación irregular, al permitir optar por la multa en lugar de por la expulsión e impedir la aplicación conjunta de ambas consecuencias jurídicas, se opone a lo dispuesto en los arts. 6.1 y 8.1 de la Directiva 2008/115, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (en adelante, Directiva de retorno), que establecen la obligación de los Estados miembros de expulsar a los nacionales de un tercer país que se encuentren en situación irregular en su territorio, con las excepciones previstas en los apartados 2 a 5 del art. 6 de la Directiva, a las que hay que añadir los supuestos de no devolución por interés superior del niño, vida familiar y estado de salud, según el art. 5 del mismo texto. El TJUE argumenta que «ningún precepto de la Directiva ni ninguna disposición del acervo comunitario en materia de inmigración y de asilo permiten establecer un sistema que en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro imponga, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí», y que la facultad de establecer excepciones por parte de los Estados miembros en el sentido de mantener disposiciones más favorables (art. 4.3) está supeditada a su compatibilidad con la Directiva, compatibilidad que no queda garantizada en el caso español. Finalmente, advierte que una normativa nacional como la nuestra puede frustrar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por la Directiva y, en su caso, demorar el retorno, menoscabando de ese modo el efecto útil de la misma (61).

(60) Cabe recordar que hubo unos años de silencio del TS motivado por la LO 19/2003, cuya Disposición Adicional 14.ª modificó la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, otorgando competencias a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo para conocer de los asuntos de extranjería. Contra sus resoluciones cabría recurso de apelación ante la sala correspondiente de los Tribunales Superiores de Justicia, con lo que no fue posible a partir de ese momento el recurso de casación ante el TS. La LO 7/2015 —cuya Disposición Final 3.ª modifica la Ley 29/1998, permitiendo recurrir en casación las sentencias dictadas en apelación por los Tribunales Superiores de Justicia— posibilitó que este tribunal volviera a pronunciarse en materia de extranjería.

(61) El TJUE se había pronunciado en sentido contrario en dos sentencias anteriores —de 22 de octubre de 2009, Sala Tercera, y de 6 de diciembre de 2012, Sala Primera—, respaldando la aplicación de la multa en casos de estancia irregular sin tener en cuenta la Directiva de retorno. Véase al respecto RODRÍGUEZ CANDELA (2019), p. 71.

Desde entonces el TS ha alegado la necesidad de vinculación de los tribunales nacionales a la doctrina del TJUE en la interpretación del Derecho comunitario y viene afirmando, en contra del criterio que había defendido anteriormente, que en estos supuestos no es posible optar entre la multa y la expulsión, sino que la «sanción aplicable a los extranjeros cuando hayan incurrido en las conductas tipificadas como graves en el apartado a) del art. 53.1 LOEx consiste en decretar la expulsión, que, no obstante, podrá no llevarse a efecto cuando concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva de retorno o, en su caso, de los supuestos del artículo 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución». Además, considera el TS que «dichos supuestos de excepción (...) no operan como criterios de ponderación o proporcionalidad a efectos de aplicar alternativamente y de manera sustitutoria la sanción de multa» (62).

Por tanto, el TS habilita a la Administración para no aplicar el art. 57, apartados 1 y 3, en el supuesto del art. 53.1 a) LOEx, por considerarlo implícitamente derogado —o, en sus propias palabras, modulado—, y aplicar en su lugar directamente la Directiva de retorno. Ante esta situación, se planteaba la duda de si el modo de proceder del TS era el adecuado o si, por el contrario, iba en contra de la propia doctrina del TJUE, según la cual solo los particulares pueden invocar una directiva que no se ha adaptado al Derecho interno, de lo que se deduce a la inversa que una directiva no puede crear obligaciones a cargo de un particular, ni invocarse en contra de dicho particular (63). Así las cosas, el TSJ de Castilla-La Mancha planteó una cuestión prejudicial sobre el problema ante el TJUE mediante auto de 11 de julio de 2019, que ha sido resuelta en STJUE de 8 de octubre de 2020. En esta sentencia el TJUE recuerda que, en efecto, «las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares, pues los Estados miembros no pueden invocar las disposiciones de las directivas, en su calidad de tales, contra dichas personas» y que, por tanto, «si la normativa nacional que es de aplicación (...) en el litigio principal establece que, a los efectos de dicha normativa, la expulsión de los nacionales de terceros países que se encuentren en territorio español solo puede ordenarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular (...) el Estado miembro no podrá basarse directamente en dicha Directiva para, a los efectos de lo

(62) En este sentido, entre otras, STS (Sala 3.ª, sec. 5.ª) 980/2018, de 12 de junio; 1716/2018, de 4 de diciembre; 1818/2018, de 19 de diciembre; 38/2019, de 21 de enero; 63/2019, de 28 de enero; 734/2019, de 30 de mayo; 1117/2019, de 18 de julio; y 1407/2019, de 22 de octubre. Sobre la evolución de esta tendencia jurisprudencial en aplicación de la mencionada sentencia del TJUE por parte de los Tribunales Superiores de Justicia, véase RODRÍGUEZ CANDELA (2019), pp. 73 s.

(63) Véanse las críticas a la actuación del TS formuladas por RODRÍGUEZ CANDELA (2019), pp. 76 ss.

dispuesto en ella, adoptar una decisión de retorno (...) y hacer cumplir esta aun cuando no existan circunstancias agravantes». Por tanto, de acuerdo con esta reciente sentencia del TJUE, como la normativa española prevé para el supuesto que nos ocupa o bien una sanción de multa, o bien una expulsión, pero esta solo puede adoptarse si existen «circunstancias agravantes» adicionales, la autoridad administrativa no podrá basarse en la directiva para expulsar al extranjero cuando no concurran dichas circunstancias agravantes. En definitiva, parece que esta resolución (64) augura una vuelta a la doctrina inicial del TS, mientras no se adapte nuestra legislación al contenido de la Directiva de retorno.

El TC también considera que la expulsión regulada en el art. 57.1 LOEx tiene naturaleza sancionadora. De hecho, el Alto Tribunal ya defendía el carácter sancionador de la expulsión contemplada en la Ley del 85 en relación con supuestos equiparables a los descritos en el precepto vigente. Destaca, en este sentido, la STC 24/2000 donde se afirma que la expulsión de un extranjero decretada por la autoridad administrativa, fundamentada en ese caso en el art. 26.1 c) de la antigua Ley de extranjería («estar implicado en actividades contrarias al orden público»), «no es una pena, pero sí una sanción administrativa que, como tal sanción, ha de encontrar cobertura en la legislación de extranjería, por imperativo del art. 25.1 (...) y respetar el derecho de defensa, dándose audiencia al extranjero antes de acordar la expulsión» (65).

Además, en pronunciamientos posteriores el TC ha compartido el criterio mantenido por el TS para los casos en que se expulsa al extranjero que se encuentra en situación irregular en España. Así lo hace en el Auto 409/2007 (FJ 3), en el que inadmite a trámite una cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el art. 57.1 de la LOEx en relación con el art. 53.1 a) LOEx por su posible incompatibilidad con el mandato de taxatividad recogido en art. 25.1 CE. El TC basa su argumentación en la tesis que ya defendió en su sentencia 113/2002, según la cual «la necesidad de que la ley predetermine

(64) Dejo para una mejor ocasión una valoración de esta sentencia. Indicaré solo lo sorprendente que resulta el hecho de que el TJUE haga pasar por «circunstancias agravantes» recogidas en la ley los «elementos negativos» complementarios que el TS exigía para ordenar la expulsión, de acuerdo con la concreción que realiza del principio de proporcionalidad.

(65) Pero, añade el TC en esta sentencia, la autorización para expulsar al extranjero que se encuentra inmerso en un proceso penal (primer párrafo del art. 21.2 de la antigua Ley de extranjería) no constituye una sanción, por lo que deniega el amparo que se fundamentaba en esta premisa (FJ 3). Sobre ello volveré más adelante, al analizar el art. 57.7 LOEx. Véase también en el sentido de considerar la expulsión una sanción, STC 116/1993 (FJ 3), aunque aquí se expresa de manera más tibia: «con abstracción de su naturaleza jurídica, la decisión administrativa impugnada supone una limitación de derechos y se ha basado en la apreciación de la conducta de la persona, por lo que (...) ha de considerarse como sanción a los efectos del art. 25.1 C.E.».

suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta». En este sentido, entiende que en el precepto cuestionado la ley no concede una carta en blanco a la Administración, sino que recoge criterios suficientes para orientar a la Administración en la imposición y graduación de la sanción de expulsión. En el mismo sentido se manifiesta en STC 212/2009 (FJ 4), en el que resuelve un recurso de amparo presentado contra una resolución administrativa de expulsión y las resoluciones judiciales que la confirmaron en un caso de estancia irregular por la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) conectado con el derecho a la familia (art. 39 CE), por no haberse ponderado el arraigo familiar y laboral del extranjero, lo que determinaría la falta de proporcionalidad de la expulsión acordada. Entiende el TC que «la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, cuya actuación se encuentra condicionada, de una parte, por la existencia de una conducta tipificada como grave y, por otra, por la concurrencia de los criterios para la aplicación de las sanciones, establecidos tanto en el artículo 53.3 de la Ley Orgánica 4/2000, como en el artículo 50 de esa misma norma, que remite a lo establecido en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (66), en concreción del principio de proporcionalidad y de los criterios de graduación de la sanción a aplicar en el curso de un procedimiento administrativo que deberá acomodarse a las exigencias del artículo 20.2 de la citada Ley Orgánica 4/2000». Finalmente, se deniega el amparo al no apreciarse en el caso concreto vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Y en la STC 145/2011 (FJ 4) se resuelve el recurso de amparo contra una resolución administrativa de expulsión que se presentó alegando, entre otros motivos, la vulneración del derecho a la defensa y el principio acusatorio (art. 24.2 CE) por no haberse notificado al interesado la propuesta de resolución del instructor del expediente, pese a que en ella se introdujeron hechos nuevos relevantes, relativos a detenciones anteriores, que inclinaron la balanza a favor de la expulsión. El TC asume la tesis del demandante y le concede el amparo por estimar vulnerado el derecho a la defensa, partiendo en su argumentación de que la expulsión es una sanción en los términos ya vistos en las resoluciones citadas anteriormente (67).

Hasta aquí me he limitado a exponer, primero, que el art. 57.1 LOEx califica la expulsión como sanción y, segundo, que por ese motivo la naturaleza

(66) Correspondiente al art. 29 de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector público.

(67) En el mismo sentido pueden verse, además, las SsTC 260/2007 y 140/2009.

sancionadora de la expulsión allí regulada no es discutida por una parte de la doctrina administrativista; tampoco la discute la jurisprudencia ordinaria ni la constitucional. Sin embargo, ya hemos visto que en propias palabras del TC la configuración formal de una institución no es un dato decisivo para determinar su naturaleza jurídica. Por tanto, lo que debemos examinar es si en esta modalidad de expulsión concurren los requisitos materiales de las sanciones referidos *supra*. A continuación argumentaré que, en mi opinión, dichos requisitos no están presentes cuando la expulsión es impuesta como consecuencia de la estancia irregular del extranjero, pues ni siquiera es posible identificar —una vez más, materialmente— una infracción previa como supuesto de hecho de la hipotética sanción. Además, entiendo que en el resto de los casos para los que el art. 57.1 LOEx prevé la expulsión tampoco es posible atribuir a la figura naturaleza sancionadora, sino que se trata más bien de un acto de gravamen dirigido a la protección de intereses públicos, sin finalidad punitiva.

En efecto, donde con mayor claridad se aprecia que la expulsión no tiene carácter sancionador es cuando se aplica como consecuencia de encontrarse el extranjero residiendo irregularmente en nuestro país —art. 53.1 a) LOEx—. Ya sabemos que el Estado, partiendo de que existe un interés en controlar los flujos migratorios, hace uso de su potestad legítima de establecer las condiciones que han de cumplir los extranjeros para entrar y permanecer en nuestro país (68). En este sentido, el Capítulo I de la LOEx especifica qué requisitos ha de reunir un extranjero que pretenda entrar en España; asimismo, el Capítulo II de dicho texto legal describe distintas situaciones de estancia y residencia, a la vez que fija el régimen de autorizaciones necesarias para la permanencia en España. Como indica *Velasco Caballero*, la ausencia de dichas condiciones o requisitos, *a priori* o sobrevenida, provoca el nacimiento de un deber de salida que el extranjero puede cumplir voluntariamente; en caso contrario, la Administración ejecuta forzosamente dichos deberes de salida (69). Y así, son formas de ejecución forzosa de previos deberes de salida, en primer lugar, el retorno, aplicable a los extranjeros a quien la Administración ha denegado la entrada por no cumplir los requisitos indicados (arts. 26.2 y 60.1 LOEx); en

(68) Como recuerda la STC 24/2000, FJ 4, entre otras muchas, «los extranjeros solo gozan del Derecho a residir en España en virtud de autorización concedida por autoridad competente, de conformidad con los Tratados internacionales y la ley (...). Por tanto, es lícito que la Ley de extranjería subordine el derecho de los extranjeros a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones (...). Conclusión que se ve corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que (...) no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio».

(69) VELASCO CABALLERO (2003), pp. 311 ss., en particular 315 ss., donde desarrolla su clasificación entre deberes de salida impuestos directamente por la ley y deberes de salida impuestos por la Administración de acuerdo con la ley.

segundo lugar, la devolución, prevista para los que pretenden entrar ilegalmente en el país (art. 58.3 LOEx) (70), aunque el TS la amplía a los casos en los que el extranjero ha entrado ilegalmente sin haber transcurrido noventa días desde la entrada (71); y, en tercer lugar, la expulsión, cuya aplicación puede derivar tanto de un incumplimiento de los requisitos *ab initio* —entrada irregular una vez transcurridos los noventa días durante los cuales, según el TS, es aún posible la devolución— como sobrevenidos —el extranjero entró legalmente, pero ha expirado el tiempo de estancia sin haber solicitado prórroga o autorización de residencia, o estos permisos le han sido denegados—. El problema que se plantea es que las figuras de retorno y devolución no están configuradas legalmente como sanciones (72), mientras que la expulsión sí se califica por la ley como sanción (73). Ahora bien, hay que insistir en que su caracterización formal no afecta a lo que la expulsión es en su esencia, esto es, materialmente.

Para que la expulsión fuera una sanción sería preciso en primer lugar que se impusiera como consecuencia de la realización de un comportamiento ilícito y culpable por parte del extranjero. Pero este requisito básico falta aquí, porque el art. 53.1 a) no tipifica una conducta que suponga la infracción de una norma de determinación, dado que al extranjero no se le ordena —ni, obviamente, se le prohíbe— cumplir con los requisitos necesarios para permanecer en territorio español, sino que simplemente se acuerda su expulsión cuando dejan de concurrir dichos requisitos o ha transcurrido el plazo fijado sin haberlos llegado a cumplir. En realidad, lo que describe el precepto es una *situación objetiva* contraria a los intereses del Estado en gestionar adecuadamente los flujos migratorios que, como ya se ha indicado, conlleva la pérdida automática del extranjero del Derecho a permanecer en territorio español. La ausencia de conducta ilícita alguna que pueda constituir la infracción de una norma de determinación (injusto) se pone de manifiesto meridianamente

(70) Además de para los extranjeros expulsados que contravengan la prohibición de entrada, supuesto que aquí no nos interesa.

(71) Véase nota 57.

(72) Y ello a pesar de que su regulación también se ubica en el Capítulo III de la LOEx. Que la devolución y el retorno no tienen naturaleza sancionadora es opinión prácticamente unánime. Véanse, por todos, DORADO NOGUERAS / RODRÍGUEZ CANDELA (2001), pp. 857 ss.; VELASCO CABALLERO (2003), pp. 312, 321, 330 s.; BATUECAS (2005), pp. 21 ss.; MELÓN MUÑOZ (2007), pp. 97 ss.; y LORENZO JIMÉNEZ (2009), pp. 209 s., 211. Cfr., no obstante, respecto a la devolución, GARCÍA CATALÁN (2002), pp. 455 ss. El TC ha negado también la naturaleza sancionadora de la devolución, a la que considera una «medida de restitución de la legalidad conculcada». Con ese argumento, en su sentencia 17/2003 (FJ 12), declaró inconstitucional la prohibición de entrada como efecto de la devolución que la LO 14/2003 había incorporado a la LOEx.

(73) Véase VELASCO CABALLERO (2003), pp. 326, 333 y 334 s., donde indica que esta es una peculiaridad de nuestro ordenamiento jurídico, pues ni la legislación alemana ni la francesa consideran la expulsión como una sanción administrativa, sino que la conciben como un acto de gravamen dirigido a la protección de intereses públicos.

en el caso que con más frecuencia determinará la situación que el precepto describe, a saber, aquel en el que el extranjero solicite la prórroga o renovación requeridas, pero esta le sea denegada, por ejemplo, por no contar con medios económicos suficientes para su manutención (74). Pero incluso cuando el extranjero omita solicitar la prórroga, consciente o inconscientemente, la expulsión no se acordará como respuesta a esa omisión con el fin de castigar al extranjero por ella, puesto que, de acuerdo con lo expuesto, no existe ningún mandato previo que el sujeto deba cumplir, sino solo una obligación de solicitar dicha prórroga o renovación si se quiere conservar el derecho a residir en España. Se trata, en definitiva, de una obligación que se mantiene en el plano de las normas de valoración.

Si el art. 53.1 a) LOEx no recoge materialmente una infracción, sino que describe un estado de cosas, la consecuencia de expulsión que allí se establece no puede tener finalidad punitiva alguna, pues no hay injusto culpable que retribuir, ni tampoco representa un mal en sentido jurídico para el extranjero, porque no se le puede privar de un derecho —el de residencia— que legalmente no posee. La finalidad de la expulsión, que comparte con las figuras de devolución y retorno, no es otra que restaurar la legalidad vigente para proteger el interés público en mantener controlada la inmigración. Por eso, la expulsión del extranjero en el supuesto que tratamos posee las mismas características materiales que las medidas de restablecimiento de la legalidad (75). Estas consecuencias jurídicas carecen de naturaleza sancionadora, pues su fundamento, tal y como sucede en el caso de la expulsión, no es un acto ilícito, sino una situación de hecho contraria a la legalidad (76).

(74) Ver art. 40, en relación con el art. 38, y art. 51 del Reglamento de extranjería (RD 557/2011).

(75) En este sentido, HUERGO LORA (2007), p. 354; y el mismo (2010), p. 465, en cuya opinión «la expulsión es la otra cara de la autorización para entrar en territorio nacional y está sometida a algunos requisitos de tipo objetivo o que, en todo caso, no se refieren a conductas ilícitas, como por ejemplo la carencia de medios de subsistencia, por lo que en cierto modo se parece más a una medida de restablecimiento de la legalidad o de protección de los intereses públicos que a una sanción en sentido estricto». Véanse también, de la misma opinión, MELÓN MUÑOZ (2007), p. 79; LORENZO JIMÉNEZ (2009), p. 214, quien critica por esta razón, entre otras, la línea jurisprudencial del TS que da preferencia a la multa sobre la expulsión (pp. 212 ss.); y TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 146 s.

(76) En este sentido, indica CANO CAMPOS (2011), p. 101, que en las medidas de restablecimiento de la legalidad «el presupuesto de hecho no es el incumplimiento previo de un deber por quien ha de soportar la fuerza, sino simplemente una situación de hecho que el ordenamiento jurídico considera que ha de ser eliminada de inmediato. No hay tanto un ilícito previo cuanto una situación que debe ser suprimida, de modo que la formulación del supuesto de hecho no se hace mediante el establecimiento de mandatos o prohibiciones, sino a través de la descripción de la situación en que se habrá de usar la fuerza». Además, señala HUERGO LORA (2007), p. 249, estas medidas pueden tener un carácter preventivo (por ejemplo, la clausura de una instalación que no cumple las medidas de seguridad contra incendios) o

El hecho de que la LOEx califique de sanción la expulsión prevista para extranjeros en situación irregular provoca que algunas particularidades de su regulación no encajen bien con sus elementos materiales y la función que se deriva de ellos. Téngase en cuenta, en primer lugar, que una de las características de las medidas de restablecimiento de la legalidad es que dichas consecuencias jurídicas deben dejar al particular en la situación inicial, es decir, deben limitarse a restaurar la legalidad vulnerada (77). No sucede eso con la expulsión, pues ya es sabido que esta se acompaña de una prohibición temporal de entrada en nuestro país, a no ser que el extranjero cumpla voluntariamente la orden de expulsión. Ello provoca que los extranjeros que se encuentren en la situación descrita en el art. 53.1 a) LOEx resulten perjudicados en comparación con aquellos a los que se les aplica el retorno o la devolución, al reconducirse la ejecución forzosa del deber de salida en aquel caso al ámbito sancionador (78).

En segundo lugar, la previsión de la multa como alternativa a la expulsión tampoco es coherente con la opinión expresada aquí. Esta multa no puede tener una finalidad punitiva, no solo porque no tiene sentido castigar al extranjero con una multa, ni de ninguna otra forma, por el mero hecho de encontrarse irregularmente en nuestro territorio, sino por la evidencia de que imponer una sanción a quien no ha realizado ninguna conducta ilícita —infracción de una norma de determinación— y respecto de quien, por tanto, no se ha podido formular el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad supone una flagrante vulneración del principio de culpabilidad (79). Además, la posibilidad de optar por la multa faculta a la Administración a mantener el daño al interés público que la residencia irregular del extranjero representa (80). Ello tampoco se ajusta a la esencia de las medidas de restablecimiento de la legalidad, porque, como dice *Gracia Martín*, «las consecuencias jurídicas no sancionadoras, típicas y

de reparación, es decir, de eliminación de un estado contrario a la ley (demolición de un edificio ilegal), pero no tienen la finalidad de castigar al particular, sino de restaurar el orden jurídico alterado, y por tanto no son sanciones.

(77) Véase HUERGO LORA (2007), p. 249.

(78) En este sentido, VELASCO CABALLERO (2003), p. 329.

(79) La citada multa podría tener algún elemento en común con las multas coercitivas —las cuales tampoco poseen naturaleza sancionadora, como es reconocido por la doctrina y la jurisprudencia: por todos, HUERGO LORA (2007), pp. 269 ss.; y GRACIA MARTÍN (2020), p. 21, así como la doctrina y jurisprudencia que cita en nota 36—, si se considera que mediante la imposición de la multa se quiere constreñir al extranjero a regularizar su situación, pero tampoco se ajusta *in toto* a esa clase de multa, entre otras razones —véanse ulteriores motivos en VELASCO CABALLERO (2003), p. 326— porque la imposición de una multa coercitiva requiere que el particular esté en condiciones de cumplir la conducta que se le exige, lo que resulta discutible en el supuesto analizado.

(80) Sobre ello, LORENZO JIMÉNEZ (2009), pp. 221 ss., en particular p. 224.

propias del orden de las normas de valoración y distribución (...) tienen que aplicarse necesariamente cuando se han realizado sus supuestos de hecho, porque su fin no es otro que realizar actualmente el deber ser jurídico objetivo en cada situación vital y, por esto mismo, dejar de aplicarlas supondría una renuncia a la realización del Derecho» (81). Ahora bien, en este punto conviene hacer una importante precisión, porque la expulsión, aunque su destinatario sea un extranjero en situación irregular, es un acto de gravamen con una elevada incidencia en la esfera personal del que lo soporta, e incluso puede vulnerar sus derechos fundamentales, por lo que no puede regirse por idénticos parámetros que, por ejemplo, la demolición de una obra ilegal. En el caso de la expulsión resulta obligado establecer excepciones, sacrificando el interés público cuando ello venga exigido por razones humanitarias. Estas excepciones están recogidas en la normativa internacional —v. gr., en la Directiva de retorno (arts. 5 y 6, apartados 2 a 5) (82)—, así como, al menos algunas de ellas, en la propia LOEx (art. 57, apartados 5 y 6) y deben regir para cualquier modalidad de expulsión (83). En cualquier caso, lo dicho no justifica el establecimiento de la multa como alternativa a la expulsión.

El TS ha considerado la multa como consecuencia de aplicación preferente con el argumento de que la expulsión es una «sanción más grave y secundaria». Aunque, por lo que vengo argumentando, no puedo compartir que se trate de una sanción, es cierto que en gran parte de los casos la expulsión resultará para el extranjero mucho más onerosa que una multa, suponiendo que tenga capacidad económica para afrontar el pago. Se da la paradoja entonces de que dejar de considerar la expulsión como sanción y abogar por la desaparición de la multa para los casos de estancia irregular, siguiendo el modelo de la Directiva de retorno, no beneficia al extranjero. Pero, según entiendo, la solución no es etiquetar como sanción una consecuencia jurídica

(81) GRACIA MARTÍN (2016), p. 82, quien señala además que eso no sucede con las sanciones, pues no existe una necesidad absoluta de aplicarlas. Véase también HUERGO LORA (2007), p. 229, quien al señalar las diferencias entre las sanciones y otras medidas que no poseen esa naturaleza indica que es «impensable que las medidas (de restablecimiento de la legalidad) puedan quedar sin efecto por circunstancias subjetivas (como la falta de culpabilidad del sujeto al que se dirigen) pues ello equivaldría a reconocer que se admite un daño a (...) intereses públicos», y p. 262: «la Administración debe velar por el cumplimiento de la legalidad en todo caso, pero no siempre es necesario sancionar».

(82) El modelo de la Directiva de retorno se ajusta mejor a la comprensión de la expulsión como una medida de restablecimiento de la legalidad, con las precisiones señaladas en el texto. En este sentido, su Capítulo II tiene como rúbrica «finalización de la situación irregular».

(83) Véase, con respecto a los límites a la expulsión judicial relativos a las circunstancias personales del autor, particularmente su arraigo, y al principio de no devolución, RECIO JUÁREZ (2016), pp. 128 ss.; sobre el derecho a la vida familiar como límite a la expulsión desde la perspectiva del TEDH, véase BOZA MARTÍNEZ (2006), pp. 25 ss.; solo sobre el arraigo, CAMPOS HELLÍN (2019), pp. 2 ss.

que materialmente no lo es. Si se considera que expulsar a extranjeros en situación irregular —de acuerdo con la descripción que hace de esta situación el Derecho vigente— puede resultar desproporcionado, lo más adecuado es modificar la regulación de las condiciones exigibles para la permanencia en España (84), estableciendo legalmente requisitos adicionales para considerar que la estancia es irregular. Por esa vía quedaría restringida la aplicación de la expulsión manteniendo la coherencia con su naturaleza jurídica.

El hecho de que la expulsión se perciba, con razón, como una medida de considerable contenido gravoso es lo que puede explicar, aunque no justificar, la postura del TC. En efecto, parece contradictorio que por un parte el TC insista en la «improcedencia de extender indebidamente la idea de sanción con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionalmente propias de este campo a medidas que no responden al ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen una verdadera naturaleza de castigos», y analice por ese motivo meticulosamente si las consecuencias jurídicas sobre las que tiene ocasión de pronunciarse tienen carácter sancionador, dado que según su criterio únicamente en este caso resultarán de aplicación las garantías materiales y procesales recogidas en los arts. 24 y 25 CE (85), pero por otra parte no realice este minucioso examen en el caso de la expulsión, dando por sentado que se trata de una sanción administrativa (86). Con este modo de proceder incurre el TC en el error que pretende evitar, porque extiende el concepto de sanción para que sea capaz de abarcar la expulsión con el fin de aplicarle los principios especialmente garantistas del Derecho sancionador, y lo hace con base en el criterio de la gravedad. Como indica *Huergo Lora* (87), esta vía resulta insatisfactoria, porque aplica principios del Derecho sancionador a consecuencias que nada tienen que ver con una finalidad punitiva.

Conviene tener presente al respecto que la aplicación de las consecuencias jurídicas no sancionadoras no se encuentra en absoluto desprovista de garantías. *Gracia Martín* (88) recuerda acertadamente que muchas garantías del Derecho sancionador no son monopolio de este, «pues se trata de garantías básicas y comunes a todos los sectores del ordenamiento jurídico, y por lo tanto también aplicables a los no sancionadores», y cita como ejemplos los principios de legalidad, irretroactividad de las disposiciones restrictivas de

(84) Porque una cosa es que la expulsión sea una medida de restablecimiento de la legalidad y otra muy distinta que la legalidad que se pretende restablecer sea justa.

(85) Así STC 276/2000 (FJ 3), con cita, en el mismo sentido, de las SsTC 239/1988 (FJ 2); 164/1995 (FJ 4); y ATC 323/1996 (FJ 3).

(86) Sobre esta contradicción advierte HUERGO LORA (2007), p. 353; y el mismo (2010), p. 464.

(87) HUERGO LORA (2007), p. 238 s.

(88) GRACIA MARTÍN (2016-2), p. 160.

derechos y, en particular, los de necesidad y proporcionalidad. En definitiva, señala *Huergo* y comparte *Gracia*, debe distinguirse entre los principios y garantías del Derecho sancionador «que son esenciales a las sanciones por su condición de tales, al margen de su gravedad, y que solo deben aplicarse a las medidas punitivas, y aquellos otros que, por ser simplemente garantías del ciudadano ante inmisiones estatales de especial gravedad, no tiene sentido que se reserven para las sanciones y no se apliquen a otros actos de gravamen» (89). El hecho de que una medida no sancionadora sea más gravosa que una sanción puede tenerse en cuenta aplicando en su imposición una serie de garantías de carácter procedimental que no son inherentes al concepto de sanción, sino que derivan de la gravedad de la medida (90). En cambio, lo que no tiene sentido es aplicar a consecuencias jurídicas no sancionadoras principios que son exclusivos de las medidas de naturaleza punitiva, como el principio de culpabilidad (91).

Volvamos al art. 57.1 LOEx. Hasta ahora he tratado de argumentar la ausencia de naturaleza sancionadora en una expulsión impuesta como consecuencia de la situación descrita en el art. 53.1 a). Aunque este es el supuesto que con mayor frecuencia da lugar a la expulsión, no hay que olvidar que esta se encuentra prevista también como consecuencia jurídica alternativa a la multa en relación con todas las infracciones administrativas muy graves tipificadas en el art. 54 LOEx así como respecto a las infracciones graves descritas en las letras b), c), d) y f) del art. 53.1, a las que hay que añadir las infracciones muy graves y graves previstas en la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (92) cuando sean cometidas por extranjeros (93). Por

(89) HUERGO LORA (2007), p. 239; GRACIA MARTÍN (2016-2), p. 160.

(90) Así, HUERGO LORA (2007), p. 362; y, el mismo (2010), p. 465, en relación con la expulsión: «el hecho de que la expulsión no constituya (...) una sanción administrativa, no significa que pueda aplicarse de plano o sin que la Administración acredite sus requisitos. Estas garantías procedimentales no están ligadas al concepto de sanción y por ello deben aplicarse también a otras medidas basadas en una valoración de la conducta, aunque no sean sanciones».

(91) En este sentido, HUERGO LORA (2007), pp. 236, 360, 362. Por lo demás, en el caso de la expulsión ordenada a extranjeros «por encontrarse irregularmente en territorio español» resulta absurdo plantearse siquiera la aplicación del principio de culpabilidad a esta supuesta sanción pues, como vengo afirmando, ni siquiera existe un injusto personal que reprochar.

(92) Las remisiones a la LO 1/1992 hay que entenderlas referidas ahora a la LO 4/2015.

(93) En estas infracciones pueden incurrir todos los extranjeros, con independencia de cuál sea su situación administrativa. Si se encuentran irregularmente en territorio español se habrá realizado, además, el supuesto de hecho del art. 53.1 a) LOEx. En la práctica se recurre a este último precepto para calificar estos casos porque, como hemos visto, el TS ha considerado la participación del extranjero en actividades ilegales como un elemento negativo añadido a su situación administrativa que inclinaría la balanza hacia la expulsión. Por esa

razones evidentes no puedo detenerme aquí a analizar los elementos típicos de todas estas infracciones administrativas (94), sino que me limitaré a dar mi opinión sobre la naturaleza jurídica de la expulsión que puede ser aplicada a los extranjeros que las cometan, partiendo de que en todos estos casos concurre —aquí sí— un injusto personal que, cuando sea además culpable, configurará el supuesto de hecho de una sanción.

Podría pensarse que si la ley establece para los casos en que se comete una infracción administrativa dos consecuencias jurídicas entre las que el órgano sancionador tiene que elegir una, las dos han de tener naturaleza sancionadora. Ello sucede en relación con los delitos, donde se prevén con frecuencia dos o más penas alternativas que afectan a diferentes derechos o bienes del penado —en el caso más frecuente, privación de libertad o multa—, para que el juez opte por una de ellas. Su naturaleza de pena en ese caso es innegable, porque todas ellas tienen como supuesto de hecho el delito y su razón de ser es castigar a quien lo cometió, con el fin de reafirmar el ordenamiento jurídico y prevenir futuras infracciones penales. Lo que sucede es que la ley permite al juez escoger la que le parezca más adecuada para cumplir con esas funciones en el caso concreto. Pero no es esto lo que acontece, a mi modo de ver, en el supuesto que estudiamos. Se puede comenzar objetando al legislador lo inadecuado de querer configurar como sanción una consecuencia jurídica que no admite graduación, con lo que resulta imposible ajustarla a la distinta gravedad de las infracciones para las que se prevé, así como a la mayor o menor culpabilidad de su autor (95). Y precisamente este dato nos ofrece la pista acerca del auténtico fundamento y la verdadera finalidad de la expulsión.

En efecto, según entiendo, cuando se cometen dichas infracciones administrativas la consecuencia jurídica que tiene naturaleza sancionadora es la multa, porque su supuesto de hecho es la conducta socialmente dañosa, que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos, y su finalidad es castigar de manera

razón la jurisprudencia sobre la expulsión dictada en relación con estas infracciones es mucho menos numerosa. Sirva como ejemplo la STS (Sala 3.ª, sec. 3.ª) 2389/2016, de 8 de noviembre, en la que se confirma la procedencia de la expulsión por pertenecer el extranjero a un grupo de ideología yihadista. Aunque en el ámbito penal se había decretado el sobreseimiento provisional de las actuaciones, por considerar que no había motivos para imputarle el delito de asociación ilícita, se entendió que existían datos suficientes para apreciar la existencia de una conducta «que por su propia naturaleza puede ser extremadamente grave para la seguridad nacional», pues pertenece a un grupo que «va dirigido y orientado al adoctrinamiento y captación de personas en el ámbito de una ideología en la que es notoria su patrocinio de la generación de actos violentos y de carácter terrorista».

(94) Véanse, por todos, GARCÍA CATALÁN (2002), 51 ss.; y PALOMAR OLMEDA (2010), pp. 561 ss.

(95) Sobre ello, véase PALOMAR OLMEDA (2010), p. 589 s.

proporcionada a quien la llevó a cabo. Sin embargo, el hecho de que se permita a la autoridad administrativa optar por la expulsión cuando quien realice los hechos, con independencia de su gravedad, sea un extranjero nos indica que el fundamento de esta medida tiene que ser otro y, por cierto, el mismo que en los casos en que la expulsión se prevé como consecuencia jurídica del delito, como veremos más adelante. El fundamento o supuesto de hecho de la expulsión es una presunta peligrosidad del sujeto deducida de la realización del hecho antijurídico. La infracción administrativa constituye el requisito previo o presupuesto necesario de la expulsión, pero no forma parte de su supuesto de hecho (96), sino que su valor es el de un síntoma revelador de la peligrosidad: al haber cometido el extranjero una infracción administrativa se considera probable o posible que vuelva a realizar en el futuro actos antijurídicos (97). Según lo expuesto, la expulsión no tiene como finalidad castigar al extranjero por su comportamiento pasado, sino neutralizar su hipotética peligrosidad —prevenir hechos futuros—. Se trata, por tanto, de una medida asegurativa, de protección de bienes jurídicos (98).

Desde esta perspectiva se ha de concluir que cuando un extranjero comete alguna de las infracciones administrativas citadas la Administración tiene dos opciones: castigar al extranjero o renunciar a la sanción y aplicar en su lugar una medida de carácter asegurativo. A esta última solo se debería recurrir excepcionalmente, teniendo en cuenta que la peligrosidad personal que le sirve de fundamento no ha sido constatada mediante un diagnóstico y una prognosis, y es muy discutible que la comisión de una infracción administrativa pueda considerarse un indicio relevante. Además, salta a la vista que la expulsión resultará casi siempre más onerosa que la multa. Obsérvese que su destinatario puede serlo un extranjero en situación administrativa regular, incluso con estatus

(96) Sobre la distinción entre el delito como presupuesto necesario para la aplicación de determinadas consecuencias jurídicas y el supuesto de hecho o fundamento de las mismas, véase GRACIA MARTÍN (2016-2), pp. 204 ss., 208 ss., en relación con las consecuencias accesorias reguladas en el art. 129 CP —sin naturaleza penal porque el supuesto de hecho carece de tal naturaleza, y sin carácter sancionador, aunque el hecho antijurídico delictivo sea un presupuesto necesario de su aplicación—. Respecto a las medidas de seguridad y reinserción social (arts. 95 y siguientes del Código penal) —de naturaleza penal pero no sancionatoria, porque el supuesto de hecho es la peligrosidad criminal del sujeto, pero no el delito, que es el requisito previo que revela dicha peligrosidad—, véase GRACIA MARTÍN (2006), p. 451, 457 ss.

(97) Véanse similares consideraciones en relación con la expulsión judicial (por haber delinquido, se presume, con una presunción *iusuris et de iure*, que el inmigrante volverá a delinquir) VIEIRA DA COSTA (2010), pp. 153 s., aunque, a diferencia de lo que definiendo en el texto, afirma más adelante que en su opinión se trata de una verdadera sanción penal (p. 156).

(98) La fundamentación de la expulsión del extranjero en la protección del orden público o de la seguridad pública basada, a su vez, en la tesis de que el extranjero no tiene derecho a residir en España si no cumple con las condiciones que la ley establezca, es una constante en el TC, como veremos en el subepígrafe siguiente.

de residente de larga duración, por lo que la expulsión probablemente tenga importantes repercusiones en su vida familiar. Será preciso, en consecuencia, ponderar meticulosamente su necesidad en el caso concreto, y descartarla cuando concurra algunas de las circunstancias descritas en los apartados 5 y 6 del art. 57 LOEx. Asimismo, y por supuesto, su aplicación debe estar rodeada de estrictas garantías procedimentales.

2. La expulsión por contar el extranjero con antecedentes penales derivados de la condena por determinados delitos dolosos (art. 57.2 LOEx)

De acuerdo con el art. 57.2 LOEx «asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados» (99). Prevé aquí la LOEx un confuso supuesto de expulsión que se solapa en gran medida con la expulsión judicial ex art. 89 CP, así como con otras vías de expulsión administrativa. Conviene comenzar, por tanto, con una referencia al ámbito de aplicación del precepto, para tratar después la cuestión de la naturaleza jurídica de la expulsión aquí regulada.

La expulsión administrativa prevista en el art. 57.2 LOEx tiene lugar cuando un extranjero que reside en España de manera regular o irregular ha sido condenado por un juez o tribunal español o extranjero (100) y no han sido cancelados aún los antecedentes penales. Si la condena ha sido dictada en nuestro país, habrá pasado por el filtro del art. 89 CP, por lo que esta modalidad de expulsión solo podrá operar con posterioridad a la ejecución de la condena, en los casos en que el extranjero no haya sido expulsado

(99) El precedente de este precepto se encuentra en el art. 26.1 d) de la antigua Ley de extranjería, con una redacción prácticamente idéntica. Esta causa de expulsión desapareció con la entrada en vigor de la LO 4/2000, pero fue reintroducida en la reforma operada por LO 8/2000. Sobre esta evolución, véanse ASÚA BATARRITA (2002), pp. 41 s.; y GARCÍA ESPAÑA (2016), pp. 5 ss.

(100) Si el extranjero está siendo investigado por un delito sancionado con la pena referida en el art. 57.2 LOEx no es posible acudir a esta modalidad de expulsión. Ahora bien, la expulsión puede tener lugar antes de la condena si, además de estar siendo investigado por un delito, se ha incoado un expediente con cobertura en el art. 57.1 LOEx —en el supuesto más frecuente, por tratarse de un extranjero con residencia irregular— en cuyo caso se requiere autorización judicial para la expulsión, conforme a lo establecido en el apartado 7 de este mismo precepto. Considera GARCÍA CATALÁN (2002), p. 327, que la aplicación del art. 57.2 LOEx queda limitada en el caso de que la situación administrativa del extranjero sea irregular, pues desde que se conoce la comisión del delito hasta que recae la condena hay tiempo suficiente para instruir el procedimiento de expulsión y solicitar la autorización judicial.

judicialmente (101). Al tratarse de una modalidad subsidiaria de la expulsión judicial, las variaciones en el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación del art. 89 CP modifican las situaciones que permiten recurrir al art. 57.2 LOEx. Esto es lo que ha sucedido con la reforma del art. 89 CP operada por LO 1/2015, que ha ampliado las posibilidades de sustitución de la pena de prisión por la expulsión a costa del régimen administrativo (102). En efecto, antes de la reforma, los condenados con residencia legal en nuestro país quedaban fuera del art. 89 CP y debían por tanto cumplir la pena impuesta, pero era posible expulsarles luego por aplicación del referido precepto (103). En cambio, ahora también es posible sustituir la pena por la expulsión en el caso de residentes legales. Por otra parte, tampoco era posible antes de la reforma recurrir al mecanismo de sustitución en las condenas a penas de prisión superiores a seis años, pero quedaba expedita la vía administrativa de expulsión posterior al cumplimiento de la pena. Actualmente, el art. 89.2 CP permite la sustitución de penas de esa duración por la expulsión, aunque debe cumplirse antes parte de la pena. La sustitución puede tener lugar en esos casos si el penado extranjero accede al tercer grado o se le concede la libertad condicional, por lo que ya no habrá lugar para que entre en aplicación el art. 57.2 LOEx.

Cuestión distinta es la mención novedosa a un límite mínimo de la pena susceptible de ser sustituida por la expulsión. El legislador de 2015 confiesa en el

(101) Al respecto, véanse solo HERNÁNDEZ OLIVEROS (2019), pp. 17 s.; RODRÍGUEZ YAGÜE (2012), p. 14; y TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 134. No obstante, debido a la confusa redacción del precepto, se ha defendido minoritariamente que la expulsión puede ser acordada también antes de que la condena sea ejecutada, como en el caso de la expulsión judicial prevista en el art. 89 CP. En este sentido, MUÑOZ LORENTE (2004), p. 414. Crítica con esta opinión, entiendo que con razón, TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 132-134. Se plantea la cuestión, con dudas al respecto, SELMA PENALVA (2013), pp. 52-54. En cualquier caso, no se requiere necesariamente para aplicar este precepto que el sujeto haya cumplido la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia, sino que la expulsión podrá llevarse a cabo aunque se haya suspendido la ejecución de dicha pena (arts. 80 y siguientes CP), una vez transcurrido el plazo de suspensión y remitida la pena (art. 87 CP). Sobre ello, GARCÍA CATALÁN (2002), p. 326; y SELMA PENALVA (2013), pp. 23 s.

(102) Sobre las posibilidades de aplicar el precepto antes de la reforma, mucho más numerosas que las actuales, véase SELMA PENALVA (2013), pp. 51 s. Sobre su aplicación en la práctica desde 2006 hasta 2017 véase NISTAL BURÓN (2018), p. 55.

(103) La doctrina había denunciado la diferencia de trato entre residentes regulares e irregulares que se generaba, pues a los extranjeros sin residencia legal se les podía sustituir la pena por la expulsión, mientras que el extranjero en situación regular debía cumplir la pena primero y podía ser expulsado posteriormente —al respecto, RODRÍGUEZ YAGÜE (2012), p. 15—. Esta puede haber sido una de las razones del cambio en el ámbito subjetivo de aplicación del art. 89 CP. Como motivo adicional o quizá principal, el legislador parece haber querido ajustar la normativa penal a la administrativa, al advertir que la legislación administrativa en materia de extranjería permite también, en este y otros supuestos, la expulsión de extranjeros con residencia legal por razones de defensa del orden público.

preámbulo de la citada Ley Orgánica haber querido «ajustar» el límite de pena a partir del cual se puede acordar la expulsión a la regulación administrativa de extranjería; pero lo cierto es que dicho ajuste no pasa de ser aproximado, porque la pena privativa de libertad superior a un año mencionada en el art. 57.2 LOEx es una referencia a la pena abstracta, de acuerdo con el criterio jurisprudencial consolidado (104), mientras que las penas de prisión de más de un año a las que alude el art. 89 CP son las concretas penas impuestas en sentencia (105). Y así, habrá supuestos en los que la expulsión judicial no podrá decretarse, por haber sido condenado el sujeto a una pena de prisión que no supere el año, pero sí sea posible la expulsión administrativa posterior al cumplimiento de la pena (106) si el delito estaba castigado con una pena abstracta superior al año tanto en su límite mínimo como máximo —supongamos que el delito quedó en grado de tentativa, lo que dio lugar a uno o varios descensos de la pena en grado—.

En definitiva, desde la entrada en vigor de la LO 1/2015 los casos en los que puede acordarse la expulsión a través del art. 57.2 LOEx —siempre que no se trate de extranjeros comunitarios— por no haberse sustituido la pena de prisión por la expulsión ex art. 89 CP se reducen a dos: en primer lugar, sujetos condenados a una pena de prisión no superior a un año, siempre que

(104) Aunque el tenor literal del precepto parece claro al respecto —en este sentido, BATUECAS (2005), p. 43; SELMA PENAIVA (2013), p. 23; y TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 133—, los Tribunales Superiores de Justicia no habían mantenido un criterio uniforme sobre el particular: así, por ejemplo, el criterio de la pena abstracta había sido defendido en STSJ de Madrid, sec. 3.º, 218/2016, de 8 de junio; STSJ de Baleares, sec. 1.º, 383/2016, de 22 de junio; STSJ del País Vasco, sec. 3.º, 350/2016, de 22 de julio; STSJ de Andalucía (Sevilla), sec. 2.º, 1093/2016, de 13 de octubre; y STSJ de Navarra, sec. 1.º, 69/2018, de 26 de febrero. En cambio, han mantenido el criterio de la pena concreta, entre otras, las siguientes: STSJ de Madrid, sec. 6.º, 188/2016, de 4 de abril; STSJ de Andalucía (Sevilla), sec. 4.º, 1175/2016, de 23 de diciembre; y STSJ de Madrid, sec. 2.º, 420/2017, de 6 de junio. Finalmente, el TS en su sentencia 893/2018, de 31 de mayo, sentó el criterio de la pena abstracta, puntualizando que la aplicación del referido supuesto de expulsión requiere que la pena privativa de libertad prevista para el delito de que se trate sea superior al año tanto en su límite mínimo como en su límite máximo. Desde esta sentencia el TS ha mantenido este criterio en sentencias posteriores, como por ejemplo en SsTS (Sala 3.º, sec. 5.º) 962/2018, de 11 de junio y 1135/2018, de 3 de julio.

(105) Carece de relevancia, en cambio, el hecho de que el precepto de la LOEx se refiera en general a las «penas privativas de libertad» y el art. 89 CP solo a las penas de prisión. En efecto, la pena de localización permanente no alcanza el requisito de duración establecido en el art. 57.2 LOEx; y la responsabilidad personal subsidiaria tampoco podrá dar lugar a la aplicación del precepto, puesto que no es una pena abstracta —en el sentido de originaria—. Sobre ello, BOZA MARTÍNEZ (2016), p. 351.

(106) A no ser que otras razones lo impidan, porque como veremos son de aplicación al art. 57.2 LOEx los límites a la expulsión previstos en los apartados 5 y 6 del mismo precepto.

la pena abstracta supere ese límite en todos sus extremos (107); y en segundo lugar, situaciones en las que se acuerde la ejecución total de la pena, de acuerdo con el art. 89.2 CP, en las que el sujeto no sea clasificado en tercer grado ni se le conceda la libertad condicional (108). El resto de los supuestos que imposibilitan la expulsión judicial no abren la puerta a la expulsión administrativa que tratamos en este apartado: por un lado, si la razón por la que no se expulsa al extranjero en virtud del 89 CP es porque posee arraigo en España, esa misma circunstancia impide la aplicación del art. 57.2 LOEx, como enseguida veremos (109); por otro lado, cuando no se ha podido sustituir la pena por la expulsión por haber cometido el extranjero alguno de los delitos enumerados en el art. 89.9 CP, la expulsión administrativa posterior al cumplimiento de la pena tiene lugar conforme al art. 57.8 LOEx, al que también me referiré después (110).

Hay que tener en cuenta asimismo que la LOEx mantiene abiertos otros caminos para la expulsión de condenados con antecedentes penales. Si el extranjero está pendiente de una autorización de residencia temporal no podrá obtenerla porque se lo impedirá el art. 31.5 LOEx. Además, los antecedentes penales son objeto de valoración —aunque en este caso no suponen un factor impeditivo *per se*— cuando se trata de decidir sobre las renovaciones de dicha autorización, de acuerdo con lo establecido en el art. 31.7 LOEx. Si se deniega la autorización de residencia temporal o no se renueva por este motivo, el extranjero se encuentra en la situación descrita en el art. 53.1 a), por lo que se le puede expulsar aplicando el art. 57.1 LOEx (111). Siendo así, cuando el

(107) Ninguno de los dos preceptos podrá aplicarse si el extranjero ha sido condenado a una pena de prisión que no supere el año y la pena abstracta no supera ese límite en sus dos extremos, ni tampoco cuando haya sido condenado a una pena de otra naturaleza. Solo si se abre un procedimiento de expulsión por otro motivo (art. 57.1 LOEx) podrá tener lugar la expulsión después de la condena. Así, por ejemplo, si un extranjero irregular es condenado a una pena de multa, deberá cumplirla, pero podrá instruirse luego expediente de expulsión —arts. 53.1 a) y 57.1) LOEx—.

(108) Para una ampliación sobre este supuesto véase GONZÁLEZ TASCÓN (2016), pp. 173-175.

(109) Como indica BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 353 s., resulta ilógico que tras un pronunciamiento judicial contrario a la expulsión por considerarla desproporcionada pueda resolver posteriormente un órgano administrativo en sentido contrario.

(110) Si el extranjero residente en España posee antecedentes penales vigentes por una condena dictada en el extranjero podrá ser expulsado de acuerdo con el art. 57.2 LOEx si se dan sus requisitos. Obviamente, en este caso el recurso a dicho precepto es directo.

(111) Sobre ello véase LARRAURI (2016), pp. 6 ss., 16. Obsérvese que el art. 31 LOEx hace referencia a los antecedentes penales de un modo genérico, sin especificar cuál fue la condena que los motivó, y ni siquiera aclara que dichos antecedentes no han de tenerse en cuenta si han sido cancelados. Ello es criticado con acierto por *Larrauri*, pues si la razón de ser de dicho requisito, según afirma el TC, es «garantizar el orden público» —así, ATC

extranjero se encuentre en la situación descrita en el art. 57.2 LOEx y a la vez no pueda obtener o renovar la autorización de residencia temporal se dará un concurso de leyes entre los dos apartados del art. 57 LOEx (112). Teniendo en cuenta, además, que cuando el motivo de la irregularidad de la residencia se fundamente en otra circunstancia distinta a la de poseer antecedentes penales también cabe la expulsión a través del art. 57.1 LOEx, parece que el ámbito de aplicación específico del art. 57.2 LOEx —en el sentido de que no se solapa con el apartado 1— queda limitado a la expulsión de extranjeros que residen legalmente en España y en situación de residencia de larga duración, cuando ya no necesitan renovar autorización de residencia alguna, con la paradoja de que los residentes de larga duración gozan de una protección reforzada frente a la expulsión —art. 57.5 b) LOEx, de acuerdo con el art. 12 de la Directiva 2003/109—.

Perfilado así el ámbito de aplicación del precepto —muy escaso ahora, como se ha podido apreciar— es momento de ocuparse de la naturaleza jurídica de la expulsión prevista en él. La doctrina penal critica unánimemente esta modalidad de expulsión, y utiliza para ello como argumento principal que su aplicación posterior a la pena plantea dudas de constitucionalidad por la posible conculcación del principio *ne bis in idem* (113). De esta opinión se deduce, aunque a veces falte una manifestación expresa al respecto, que la expulsión fundada en el art. 57.2 LOEx es considerada una sanción—pues es evidente que el mencionado principio, en su vertiente material, prohíbe solo la acumulación de sanciones, y no que se añada una consecuencia no sancionadora a una sanción—, impuesta al mismo sujeto por unos mismos

54/2010 (FJ 4)— es muy discutible que la condena por un delito de escasa gravedad o cometido hace mucho tiempo pueda justificar la denegación del derecho a residir en España por ese motivo. En este sentido, véase ASÚA BATARRITA (2002), pp. 43 s., quien propone que se apliquen por analogía los criterios de expulsión que rigen para los extranjeros comunitarios (actualmente es de aplicación el RD 240/2007, de 16 de febrero). De acuerdo con dichos criterios, la expulsión solo será posible cuando existan «graves motivos de orden público o seguridad pública» y, además, «la existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola» motivo para la expulsión (art. 15). La autora sugiere además (p. 42) que el art. 31 LOEx se interprete en el sentido de que solamente sean tenidos en cuenta a dichos efectos los antecedentes penales que reúnan las características del art. 57.2 LOEx —al respecto véanse también GARCÍA ARÁN (2011), p. 738; y TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 141—.

(112) Por eso estima ASÚA BATARRITA (2002), p. 42, que el art. 57.2 LOEx es redundante. De la misma opinión, MONCLÚS MASÓ (2008), p. 421.

(113) Así, RODRÍGUEZ CANDELA (1998), p. 63, nota 88; ASÚA BATARRITA (2002), p. 38; MUÑOZ LORENTE (2004), p. 415; NAVARRO CARDOSO (2004), p. 14; PÉREZ CEPEDA (2004), p. 338; BATUECAS (2005), p. 43; BAUCÉLLS I LLADÓS (2005), p. 60; RODRÍGUEZ MESA (2006), pp. 267 s.; SOUTO GARCÍA (2007), p. 304; MONCLÚS MASÓ (2008), pp. 420, 422; TERRADILLOS BASOCO (2010), p. 7; BRANDARIZ GARCÍA (2011), pp. 221 s.; RODRÍGUEZ YAGÜE (2012), p. 16.; LARRAURI (2016), p. 13; y BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 351 s.

hechos y con el mismo fundamento que la pena. En mi opinión, entre las objeciones que cabe plantear al art. 57.2 LOEx no se encuentra la infracción del mencionado principio, porque la expulsión allí prevista no posee tampoco naturaleza sancionadora.

Una vez más, resulta esencial determinar cuál es el fundamento, el supuesto de hecho, de esta consecuencia jurídica. De entrada, debe descartarse que se trate de una consecuencia penal del delito por el que el extranjero fue condenado, lo que sería lo mismo que decir que la infracción penal constituye aquí el supuesto de hecho de la expulsión. La consecuencia jurídico-penal del delito es la pena que le impuso el órgano judicial en la correspondiente sentencia condenatoria. Por tanto, en este caso, el delito representa solo el requisito previo o presupuesto para que pueda aplicarse el art. 57.2 LOEx (114). Sobre ello no hace falta insistir más.

Pero tampoco puede considerarse una sanción administrativa, por la sencilla razón de que no se identifica la infracción a la que se anudaría la expulsión como consecuencia jurídica (115). En primer lugar, cabe recordar que para tramitar el expediente de expulsión al que se refiere el art. 57.2 LOEx no hace falta que el extranjero resida de manera irregular en nuestro país o haya incurrido en alguna de las restantes infracciones graves o muy graves que permiten optar por la expulsión en virtud del apartado 1 del art. 57 (116). Es más, si se diera alguna de estas circunstancias, lo procedente sería aplicar lo establecido en el art. 57.1 en los términos que vimos en el epígrafe anterior. Por tanto, el art. 57.2 se refiere a una «causa de expulsión» independiente, que opera por sí sola, y sin que se prevea como alternativa a una multa. En segundo lugar, el hecho de haber sido condenado el sujeto por un delito doloso castigado con una pena determinada no es tampoco una infracción administrativa (117),

(114) Véase CHAMORRO GONZÁLEZ (2018), p. 4.

(115) Al respecto, VELASCO CABALLERO (2003), p. 336.

(116) Se plantea la cuestión y la resuelve en sentido negativo, apelando a la jurisprudencia reciente, SELMA PENALVA (2013), pp. 26, 33, 56, con cita en p. 26, nota 35, de autores que indican que por esa razón el expediente que se tramita «no merece la condición de sancionador, sino de pura verificación». Véase también TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 132. Plantea una interpretación distinta GONZÁLEZ TASCÓN (2014), p. 75.

(117) Por el contrario, defiende esta opinión el magistrado D. Rafael Fernández Valverde en uno de los votos particulares que acompañan a la STS 893/2018, de 31 de mayo. En esta sentencia, ya citada *supra*, el TS defendió que la pena a la que se refiere el art. 57.2 LOEx es la pena abstracta. En opinión del magistrado que formula voto particular debería haberse adoptado el criterio de la pena concreta, y argumenta en defensa de su tesis que el art. 57.2 LOEx describe una infracción administrativa sancionada exclusivamente con la expulsión del extranjero y que por ello «no existe diferencia de trato —ni de naturaleza— entre la “sanción de expulsión” contemplada en el apartado 1, y la “causa de expulsión” del apartado 2 del artículo 57 LOEx. La apelación semántica a los conceptos de “causa” o “medida”, en relación con la expulsión, carece de consistencia suficiente para desvirtuar la auténtica naturaleza de

pero no solo porque no esté descrita como tal en los artículos de la LOEx que tipifican las infracciones, sino porque materialmente no puede serlo (118). En realidad, el precepto que tratamos no describe una conducta que infrinja una norma de determinación, sino una situación fáctica —haber sido condenado por una conducta dolosa— que constituye la «causa» de la expulsión.

Un examen de la doctrina del TC permite extraer importantes conclusiones sobre el fundamento de la expulsión en el supuesto analizado. Destaca a este respecto la STC 236/2007 (FJ 14), en la que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la LO 8/2000 de reforma de la LOEx, entre los que se cuenta el art. 57.2 LOEx, alegando infracción del principio *non bis in idem*. El TC rechaza expresamente entrar a valorar si la expulsión establecida en el precepto impugnado constituye o no una sanción, pero niega la pretendida vulneración del citado principio por falta de identidad entre el fundamento de la pena y el de la expulsión. Para ello el TC se basa en el argumento, ya expresado en pronunciamientos anteriores (119), de que ambas consecuencias se orientan a la protección de intereses distintos, pues «la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería (...). Es decir, (...) el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza aflictiva. En cambio, la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería (...) relacionados con el control de los flujos migratorios». Añade que la expulsión es «una medida que se acuerda legítimamente por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España (...) De ahí que la misma Ley Orgánica 4/2000 establezca los requisitos para la entrada en el territorio español (art. 25), así como las causas de prohibición de dicha entrada, que son las “legalmente establecidas o en virtud de convenios internacionales en los que sea parte España” (art. 26.1)». En cuanto a la normativa europea destaca el

«sanción» —o al menos de “medida restrictiva de derechos individuales”— con las consecuencias de ello derivadas». El magistrado D. José Juan Suay Rincón formula un segundo voto particular a la sentencia mayoritaria. En él coincide con el criterio expresado en el otro voto, en el sentido de que debería tenerse en cuenta para acordar la expulsión la pena concreta impuesta, pero discrepa de fundamentar dicha tesis en atribuir naturaleza sancionadora a la expulsión. A su modo de ver, la expulsión constituye una «consecuencia accesoria» a una sanción. Comparte esta última opinión MESTRE DELGADO (2006), p. 1264: la expulsión no es una sanción, sino una «consecuencia añadida a la condena penal».

(118) De otra opinión GARCÍA CATALÁN (2002), p. 327, quien defiende que debería introducirse como infracción administrativa.

(119) SsTC 234/1991 (FJ 2) y 242/1994 (F J 4), así como ATC 331/1997 (F J 6).

TC la «relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003), que autoriza a los Estados miembros a denegar dicho estatuto por motivos de orden público o de seguridad pública mediante la correspondiente resolución, tomando en consideración “la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública” (art. 6)», así como la referida al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001), que «contempla la expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales que puede adoptarse en caso de “condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año” (art. 3). Es, por tanto, lícito que la Ley de extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad».

En consecuencia, aunque no lo manifieste de manera explícita, el TC no reconoce naturaleza aflictiva a esta modalidad de expulsión, y por tanto no la considera una sanción de acuerdo con su propia doctrina, sino que ve en ella un instrumento de política de extranjería vinculado con los requisitos y condiciones que han de cumplir los extranjeros para entrar y residir en nuestro país. A su vez, estos requisitos y condiciones se basarían en razones de protección del orden público o de la seguridad pública, en la línea de lo indicado en la normativa europea (120). De ahí se deduce que el fundamento de la expulsión es la amenaza que representa para dichos (difusos) intereses la permanencia en España de extranjeros que han sido condenados por delitos de cierta entidad (121). En

(120) Como indica SELMA PENALVA (2013), p. 38, el precepto supone la transposición del art. 3 de la Directiva 2001/40. Véase también, además de la sentencia referida en el texto, la STC 186/2013 (FJ 7), donde se afirma que la finalidad de la medida de expulsión regulada en el art. 57.2 LOEx es «asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001 del Consejo». En el mismo sentido se manifiesta el TS por ejemplo, en sentencia (Sala 3.ª, sec. 5.ª) 893/2018, de 31 de mayo (FJ 1).

(121) Ya hemos dicho que el tenor literal del art. 57.2 LOEx se refiere a la pena abstracta. Pero si atendemos al fundamento del precepto, cabe plantearse que quizás el alcance de la (supuesta) amenaza que representa el extranjero se precisaría mejor si se atendiese a la pena concreta, en el sentido indicado por *Suay Rincón* en su voto particular a la STS 893/2018, de 31 de mayo. Con este argumento defiende también el criterio de la pena concreta la STSJ de Madrid (Sala de lo contencioso, sec. 2.ª), 420/2017, de 6 de junio. Atiende el TSJ de Madrid a lo dispuesto en la STC 186/2013, en la que se expone que la medida del art. 57.2 persigue asegurar el orden público y la seguridad ciudadana en coherencia con la Directiva 2001/40. Alude al art. 3 de la Directiva, que contempla la posibilidad de expulsar a nacionales de un tercer país cuando la expulsión se base en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales, y deduce que si

otras palabras, a raíz de la condena se presume *iuris et de iure* un estado de peligrosidad del extranjero que lo convierte en un sujeto «no deseado» (122). Tampoco aquí se aprecia finalidad punitiva alguna en la expulsión, sino que estamos ante una medida preventiva de aseguramiento, de defensa frente a peligros.

La doctrina relaciona con razón esta modalidad de expulsión con la ausencia de antecedentes penales como requisito exigible para autorizar la residencia temporal en territorio español, de acuerdo con lo establecido en el art. 31.5 LOEx (123). Desde este punto de vista, parece claro que la expulsión se asemeja a una revocación de la autorización (en este caso de residencia) por incumplimiento sobrevenido de los requisitos exigidos para su otorgamiento (124). En este tipo de consecuencias jurídicas que, según la doctrina más autorizada, no tienen naturaleza sancionadora (125), la situación de partida es que un sujeto ha sido sancionado por la comisión de una infracción (en el caso que analizamos, un delito), y sufre, además, otro gravamen (extinción del derecho a residir en España) en virtud de una norma distinta de la sancionadora (el art. 57.2 LOEx) que anuda ese gravamen al hecho de haber sufrido previamente la sanción. En este caso, el gravamen impuesto tiene como función neutralizar la amenaza que el extranjero parece representar para los bienes jurídicos, pero tampoco tiene naturaleza sancionadora, por lo que su imposición acumulada a la pena no vulnera el principio *non bis in idem* (126).

La Sala 3.ª del TS entiende también que la expulsión regulada en este precepto carece de naturaleza sancionadora. La tesis ya la dejó entrever en

la expulsión se fundamenta en la existencia de dicha amenaza grave, «lo que debe tenerse en cuenta es la condena concreta impuesta al extranjero, ya que solo teniendo presente el concreto reproche penal realizado cabe valorar si el nacional de un tercer país constituye esa amenaza». Añade al respecto el TSJ de Madrid que según la doctrina del TJUE para que las medidas de orden público o seguridad pública estén justificadas deben basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, siendo así que solo la pena concreta refleja una conducta personal del interesado.

(122) Véase, negando asimismo la naturaleza sancionadora de este supuesto de expulsión, SELVA PENALVA (2013), pp. 23, 33 y 35. Véase también MONCLÚS MASÓ (2008), pp. 412 s., 440, quien como ya hemos visto parte de que la expulsión tiene naturaleza de pena, pero considera que el fundamento de esta causa de expulsión es una «presunción de “peligrosidad postdelictiva”».

(123) Al respecto, véanse TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 139 ss.; y LARRAURI (2016), pp. 12 ss.

(124) Según HUERGO LORA (2007), p. 354, nota 536; y el mismo (2010), p. 465: «esta expulsión no constituye una sanción (...) sino que se adopta ante la constancia de que el sujeto no reúne los requisitos para permanecer en España».

(125) Así CANO CAMPOS (2011), pp. 104 s.; y HUERGO LORA (2007), p. 225, 337 ss. —véase no obstante, pp. 319 ss., donde relata las dudas doctrinales y jurisprudenciales sobre la cuestión, y pp. 334 ss., donde explica que algunas revocaciones sí constituyen sanciones—.

(126) Sobre todo ello, véase HUERGO LORA (2007), pp. 338 ss.

la sentencia 893/2018, de 31 de mayo, donde asienta el criterio de que la pena privativa de libertad superior a un año mencionada en el art. 57.2 LOEx es la pena abstracta. En esta sentencia el TS se basa en algunos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia que habían defendido la misma tesis negando el carácter sancionador de la expulsión. Así, por ejemplo, en la STSJ de Navarra, sec. 1.º, 69/2018, de 26 de febrero, se afirma que al defender la tesis de que la pena a la que se refiere el precepto es la abstracta no resultan vulnerados los principios de proporcionalidad e individualización de las sanciones porque la expulsión regulada en ese precepto no es una medida sancionadora sino «una consecuencia *ipso iure* de la sanción penal», siendo así que esos principios ya han sido atendidos al imponer la pena. Y añade la citada sentencia que «la expulsión es una medida *ad hoc* impuesta por la legislación de extranjería en atención a la gravedad “en abstracto” del delito cometido por las especiales razones de ese régimen jurídico ajenas a consideraciones propias de otros ámbitos normativos». En un sentido similar, según la STSJ del País Vasco, sec. 3.º, 350/2016, de 22 de julio, al extranjero «no se le ha impuesto una sanción sino que se ha acordado la aplicación de la consecuencia que el art. 57.2 establece para el caso de ser condenado a la pena de privación de libertad teniendo presente que esa condena lo sea por la comisión de delito doloso que (en abstracto) sea susceptible de ser castigado con pena superior a un año de prisión». Pues bien, basándose en estos pronunciamientos, mantiene el TS en la sentencia citada que el precepto describe «una infracción objetiva en la que la valoración subjetiva de los hechos determinantes de la condena penal ya fue realizada por el Tribunal penal, y tal valoración (...) pudo dar lugar a una concreta pena privativa de libertad inferior al año; pero tal valoración subjetiva no le corresponde realizarla —de nuevo— a la Administración».

El TS ha llegado a defender que debido a la ausencia de naturaleza sancionadora de esta modalidad de expulsión no le son aplicables las excepciones establecidas en el apartado 5 del mismo art. 57 LOEx, en consonancia con lo dispuesto en el art. 12 de la Directiva 2003/109, relativa al estatuto de los residentes de larga duración, sino que la expulsión es de aplicación automática una vez constatada la existencia de una condena por delito doloso castigado con pena de prisión superior a un año con los antecedentes penales no cancelados (127). Afortunadamente, TC ha rechazado esta interpretación

(127) Véanse, por ejemplo, SsTS (Sala 3.º, sec. 5.º) 191/2019, de 19 de febrero; y 257/2019, de 27 de febrero. Argumenta el TS que el apartado 5 establece limitaciones a la expulsión de residentes extranjeros de larga duración solo «cuando la expulsión sea consecuencia de la imposición de una sanción», y aquí «no se está ante una sanción de expulsión como tal, prevista en el art. 57.1, sino ante la consecuencia no punitiva desde la perspectiva administrativa, de la comisión de un ilícito penal».

en varias sentencias, entre las que destaca la 201/2016 (FJ 3) (128). Según el TC el argumento no puede ser aceptado fundamentalmente por dos motivos: primero, porque es dudosa su compatibilidad con lo dispuesto en el art. 12 de la citada Directiva, que obliga a ponderar las circunstancias familiares en toda decisión de expulsión, también por tanto en las que no tienen naturaleza sancionadora; y, segundo, porque la expulsión está sujeta a especiales exigencias de motivación por el grado de gravamen que representa en intereses constitucionalmente salvaguardados, y ello aunque no se le pueda atribuir el carácter de sanción. En este sentido, recuerda que «el deber de motivación en el ámbito administrativo (...) no solo se produce en el supuesto de sanciones administrativas» y que dicho deber alcanza a veces una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo (...), lo que ocurre cuando los actos administrativos limitan o restringen el ejercicio de derechos fundamentales. Pues bien, cuando se expulsa a un extranjero residente de larga duración se limitan claramente sus derechos fundamentales, pues «se ha visto privado de su autorización de residencia, lo que implica la alteración de su propia condición de ciudadano y de la posibilidad del ejercicio de los derechos y libertades inherentes a la misma, aparte de las consecuencias que la medida tiene en su vida familiar (...) lo que hace que sea extensible a dicha medida ese deber constitucional de motivación al margen de su eventual naturaleza jurídica sancionadora». El TS ha asumido recientemente estos planteamientos, modificando en consecuencia aquella línea jurisprudencial (129).

3. Excurso: la autorización judicial para la expulsión administrativa (art. 57.7 LOEx)

En virtud del art. 57.7 a) LOEx, «cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación».

En contra de lo que suele afirmarse, este precepto no regula un supuesto de expulsión basado en la comisión de la infracción penal que ha motivado el

(128) Véanse en el mismo sentido, por ejemplo, los votos particulares formulados a la STC 186/2013 y las SsTC 131/2016 (FJ 6) y 14/2017 (FJ 5). Sobre los criterios mantenidos por el TC al respecto, véase PLEITE GUADAMILLAS (2017), pp. 22 ss. En la doctrina, se muestra a favor de la compatibilidad entre el art. 57.2 y el apartado 5 del mismo precepto SELMA PENALVA (2013), pp. 41 ss.

(129) Véase el extenso FJ 7 de la STS (Sala 3.ª, sec. 5.ª) 321/2020, de 4 de marzo.

procesamiento o imputación del extranjero (130), sino que parte de la tramitación de un expediente administrativo de expulsión por encontrarse el extranjero en situación irregular en nuestro país, haber realizado alguna de las conductas a las que se refiere el art. 57.1 LOEx o por concurrir el supuesto descrito en el art. 57.2 LOEx —existencia de una condena previa por delitos distintos de los que ahora se enjuician—. En otras palabras, la autorización para la expulsión no supone la imposición de una «sanción» de expulsión como sustitutiva de la pena que correspondería, en su caso, por los delitos que están siendo investigados antes de que recaiga condena —lo que supondría una flagrante vulneración del principio de presunción de inocencia—, sino que la expulsión está motivada por esas otras razones. En este sentido, el art. 57.7 LOEx se limita a requerir autorización judicial para la expulsión acordada por la autoridad administrativa (131).

En efecto, de acuerdo con la STC 24/2000 (FFJJ 3 y 6), con respecto al primer párrafo del art. 21.2 de la antigua Ley de Extranjería, que constituye el antecedente del precepto actual: «en el presente caso no nos hallamos todavía ante una orden de expulsión, sino ante una resolución judicial que resulta necesaria para que la Administración pueda llevar a efecto la expulsión de un extranjero “encartado” (...) de modo que si la Administración decreta finalmente la expulsión, ésta surta efectos inmediatos, al no resultar necesario esperar a la celebración del juicio penal. Tal autorización de expulsión, por tanto, no puede ser calificada como una “sanción” sustitutiva de la sanción penal». Y puesto que la citada autorización «no es una manifestación del *ius puniendi* del Estado (...) carece de sentido invocar el derecho a la presunción de inocencia» (132).

(130) Opina lo contrario MUÑOZ LORENTE (2004), p. 412, quien considera por esa razón que lo establecido en el precepto conculca el principio de presunción de inocencia al llevarse a cabo la expulsión «antes de que un Juez o Tribunal declare la culpabilidad del sujeto». En el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA (2004), pp. 228 s., 339. Similar, aunque parte de que «no es el hecho objeto del proceso penal el que motiva la autorización de la expulsión», RODRÍGUEZ MESA (2006), pp. 270 s.; apuntan también a una posible vulneración de la presunción de inocencia SOUTO GARCÍA (2007), p. 306; TERRADILLOS BASOCO (2010), p. 7; y RODRÍGUEZ YAGÜE (2012), p. 13.

(131) Dado que no es el juez quien expulsa, sino que únicamente concede la autorización para expulsar, no es su competencia revisar la legalidad de la decisión administrativa de expulsar al extranjero, sino que esa facultad corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Lo único que debe analizar el juez del orden penal es si la expulsión administrativa debe prevalecer o no respecto al ejercicio del *ius puniendi*. Al respecto, TOMÉ GARCÍA (2006), p. 119; TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 109-111; y RECIO JUÁREZ (2016), p. 81.

(132) Así, en la doctrina, TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 108, 114. Véanse también, rechazando infracción alguna de la presunción de inocencia, CUGAT MAURI (2001), p. 29; MONCLÚS MASÓ (2008), p. 423; y RECIO JUÁREZ (2016), p. 74, nota 129. En el mismo sentido, sobre la necesidad de no confundir este precepto con el art. 89 CP, véase TOMÉ GARCÍA (2006), pp. 119, 162 s.

Al no tratarse de un supuesto de expulsión distinto de los ya analizados, nada nuevo hay que añadir respecto a la naturaleza de dicha consecuencia jurídica. En cualquier caso, no puede obviarse la trascendencia de la previsión que este precepto contempla, pues permite nada más y nada menos que la paralización del procedimiento penal en curso, con la consiguiente renuncia por parte del Estado a exigir responsabilidad penal por delitos que pueden alcanzar una gravedad considerable, dando preferencia a la decisión administrativa de expulsión. Ello implica la introducción por esta vía de un criterio de oportunidad en el proceso penal que antepone la política de extranjería al interés público en la persecución y, en su caso, sanción de los delitos (133). La autorización para expulsar queda tan solo excluida si la imputación versa sobre delitos castigados por la ley con pena privativa de libertad superior a seis años o cuando se trate de los delitos tipificados en los arts. 312.1, 313.1 y 318 bis CP (134). Si se cumplen los requisitos establecidos, el juez ha de autorizar la expulsión («autorizará»), con el consiguiente archivo provisional de la causa, salvo que, motivadamente, «aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación» (135).

Por otra parte, la tramitación simultánea del proceso penal y del expediente administrativo de expulsión genera en la práctica ciertos vicios que,

(133) Sobre ello véanse ASÚA BATARRITA (2002), pp. 32 s.; MUÑOZ LORENTE (2004), p. 411; TOMÉ GARCÍA (2006), pp. 116 s.; MONCLÚS MASÓ (2008), pp. 425 s.; RODRÍGUEZ GÓMEZ / DEL MORAL GARCÍA (2011), pp. 838 s.; TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 112; y RECIO JUÁREZ (2016), p. 84. Por otra parte, es evidente que las razones en ocasiones alegadas en favor de esta previsión no pueden justificar sólidamente el menoscabo de los principios procesales que su existencia comporta. Aparte de apelar a razones de ahorro económico y de disminución de la carga de trabajo de los tribunales, se señala como objetivo esencial del precepto evitar que el extranjero pendiente de expulsión delinca con la finalidad de dificultarla. Pero lo cierto es que, vista la regulación en su conjunto, no se aprecia en qué podría favorecer al extranjero delinquir si no existiera el precepto. Si acaso, ello podría servir solo para retrasar la expulsión, que podría imponerse en sustitución de la pena o tras su cumplimiento total o parcial. Al contrario, como se ha señalado, la existencia del precepto puede fomentar la comisión de delitos por parte de extranjeros pendientes de una orden administrativa de expulsión, si saben que van a ser expulsados antes de que se llegue a la condena. Al respecto véanse TOMÉ GARCÍA (2006), pp. 115-117; y TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 127 s.

(134) En este último caso, dispone el art. 57.8 LOEx que la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad. Sobre ello véase *infra*.

(135) Estas circunstancias, que no están determinadas en la ley, pueden referirse en palabras de RODRÍGUEZ GÓMEZ / DEL MORAL GARCÍA (2011), p. 838, entre otras a razones de alarma social, evitar sensación de impunidad o, si son varios los imputados, evitar agravios comparativos. TOMÉ GARCÍA (2006), p. 135, indica como criterios a tener en cuenta la naturaleza y gravedad del delito, así como el número de delitos por los que el extranjero se encuentre procesado o inculcado (a mayor gravedad o mayor número de delitos, más justificado estará denegar la expulsión). Por lo demás, dado que se requiere audiencia del Ministerio Fiscal, la FGE ofrece criterios orientadores del correspondiente dictamen —véase Circular 2/2006—.

según entiendo, deberían corregirse. Si la autorización para la expulsión ha de pedirse cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento penal, la solicitud ya no procederá si la situación procesal del extranjero se encuentra en un momento posterior. En este sentido, la doctrina mayoritaria considera que una vez declarada la apertura del juicio oral ya no puede solicitarse la autorización para la expulsión, sino que el procedimiento penal debe seguir su curso hasta el final (136). Pero en la práctica la imposibilidad de solicitar la autorización o de que esta sea concedida por no cumplirse ya los requisitos establecidos en el art. 57.7 no paraliza el procedimiento de expulsión administrativo, por lo que se da la circunstancia anómala de que el extranjero es expulsado, sin autorización judicial, antes de la conclusión definitiva de la actuaciones judiciales en sede penal, lo que implica que estas queden en suspenso (137).

Además hay que tener en cuenta que la autorización debe quedar vedada cuando los hechos que motivan el expediente administrativo de expulsión y los que constituyen el objeto del proceso penal sean los mismos. En este caso, el respeto al principio *non bis idem* exige la paralización del procedimiento administrativo, dada la preferencia de la jurisdicción penal (138).

(136) Defienden este criterio, entre otros, TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 118-122; y RECIO JUÁREZ (2016), pp. 75-77. En contra, TOMÉ GARCÍA (2006), pp. 122 ss., quien considera que la expulsión puede ser autorizada incluso después de haber recaído sentencia hasta que adquiera firmeza, en cuyo caso debe ser el órgano competente para conocer el recurso quien decida si concede la autorización; y RODRÍGUEZ GÓMEZ / DEL MORAL GARCÍA (2011), p. 57. De cualquier forma, para todos los autores es evidente que la situación de «condenado» impide la autorización para la expulsión, y que a partir de ese momento solo es posible la aplicación de los supuestos de expulsión judicial previstos en el Código penal. La FGE comparte como regla general que la autorización solo puede concederse hasta la apertura del juicio oral (Circular 2/2006), pero hace una excepción para los delitos castigados con penas no privativas de libertad. En su opinión (Circular 5/2011), en ese caso, dado que la expulsión judicial queda vedada, debería poderse autorizar la expulsión administrativa aunque ya hubiera sido condenado el sujeto. Critica este planteamiento, con razón, por evidentes problemas de legalidad, RECIO JUÁREZ (2016), pp. 76-77.

(137) Al respecto puede verse el ATS de 24 de mayo de 2004 en relación con un extranjero que había sido expulsado estando pendiente la formalización de un recurso de casación contra una condena penal. Comentan el supuesto RODRÍGUEZ GÓMEZ / DEL MORAL GARCÍA (2011), pp. 842-844.

(138) Así lo indica reiteradamente el TS por ejemplo en sus sentencias (Sala 3.ª) de 21 de diciembre de 2004, 2 de marzo de 2005, 29 de abril de 2005 y 30 de noviembre de 2006. En el mismo sentido la Circular FGE 2/2006 y, en la doctrina, MESTRE DELGADO (2006), pp. 1268 s.; TOMÉ GARCÍA (2006), 133 s.; RODRÍGUEZ GÓMEZ / DEL MORAL GARCÍA (2011), pp. 844 ss.; y TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 123 ss., donde señala que este principio no siempre ha sido respetado. En efecto, así se deduce del relato de los hechos que dieron lugar al recurso de amparo que resolvió el TC en sentencia 24/2000: los extranjeros habían sido detenidos en el aeropuerto por su presunta participación en delitos de falsificación de documentos e inmigración ilegal; se incoó expediente de expulsión con fundamento en el supuesto previsto

4. La expulsión acordada con posterioridad al cumplimiento de la pena por determinados delitos (art. 57.8 LOEx)

Como hemos visto en el epígrafe anterior, si el extranjero sobre el que pende un expediente administrativo de expulsión está además imputado (investigado) por un delito de tráfico ilegal de personas o inmigración clandestina de los enumerados en este apartado, no es posible autorizar la expulsión, por lo que el proceso penal tendrá que continuar. Por otra parte, el art. 89.9 CP imposibilita que sean sustituidas por la expulsión las penas de prisión impuestas por estos delitos. Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico quiere asegurar que no permanezcan en España, una vez cumplida la pena, los extranjeros condenados por la comisión de dichos ilícitos penales, y por esa razón dispone el art. 57.8 LOEx que «cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los arts. 312.1, 313.1 y 318 bis del Código penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad».

Según entiendo, el fundamento de esta modalidad de expulsión coincide con el del supuesto contemplado en el art. 57.2 LOEx. Tampoco se pretende aquí castigar al extranjero doblemente, sino prevenir un peligro para los bienes jurídicos. Por tanto, una vez más, la expulsión tiene un carácter asegurativo, no sancionador.

Los apartados 7 y 8 del art. 57 LOEx no fueron adaptados a la reforma del Código penal operada por LO 5/2010, por lo que desde entonces existe una discordancia entre los preceptos citados en dichos apartados y la regulación del Código penal en el art. 313 y en el art. 89 (apartado 7, de acuerdo con el texto vigente hasta 2015) (139). La falta de armonización es aún más patente tras la reforma del Código penal ex LO 1/2015. Por un parte, el art. 89.9 CP añade el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis) entre aquellos cuyas penas de prisión no son susceptibles de ser sustituidas por la expulsión. Este delito no se encuentra entre los enumerados en el art. 57.7 y 8 LOEx, pero no podrá plantearse la solicitud de autorización para la expulsión conforme

en el art. 26.1 c) de la antigua Ley de extranjería (estar implicado en actividades contrarias al orden público) y, a la vez, el correspondiente juzgado de instrucción acordó apertura de diligencias previas por un presunto delito de falsificación de documentos oficiales. La expulsión fue autorizada de acuerdo con lo establecido en el art. 21.2, párrafo primero, de la Ley de extranjería. La STC 24/2000 (FJ 4) llega a afirmar que «cualquier extranjero incurso en alguno de los supuestos de expulsión previstos en el art. 26.1 de la Ley de Extranjería puede ser expulsado del territorio español por la autoridad gubernativa (...), sin perjuicio de la intervención autorizatoria del Juez penal en el supuesto de que *los hechos que justifican la medida de expulsión* puedan ser delictivos» (la cursiva ha sido añadida).

(139) Sobre el problema y las posibles soluciones, RODRÍGUEZ GÓMEZ / DEL MORAL GARCÍA (2011), p. 848.

al apartado 7 porque la pena prevista para el delito supera los seis años de prisión. En cualquier caso, la expulsión con posterioridad a la pena tendrá que sustanciarse de acuerdo con lo establecido en el art. 57.2 LOEx. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la reforma de 2015 redujo considerablemente las penas de los tipos básicos del art. 318 bis CP. Actualmente los apartados 1 y 2 del precepto prevén penas de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. Aun en el supuesto de que el juez eligiese la pena de prisión, esta quedaría fuera del régimen de sustitución previsto en el art. 89 CP, dado que la pena concreta no superaría el año de duración —a no ser que se hubiera aplicado alguna regla penológica que determine el ascenso de la pena en grado—. La expulsión administrativa posterior al cumplimiento de la pena de prisión tampoco sería posible a través del art. 57.2 LOEx. Sin embargo, sí podría ordenarse la expulsión en aplicación del apartado 8 del precepto, al menos si atendemos al tenor literal del mismo (140). Me parece más adecuado realizar una interpretación sistemática y teleológico-restrictiva del precepto, y entender que la mención a las condenas por el delito del art. 318 bis va referida a las penas privativas de libertad cuya duración abstracta supere el año de duración tanto en su límite mínimo como en el máximo, lo que sucede cuando se aplican los tipos agravados de los apartados 3 y 4. Se respetaría así el límite establecido en el art. 57.2 LOEx, cuya razón de ser se encuentra en la consideración de que no cualquier condena motiva la expulsión con fines asegurativos, sino solo las que hayan sido impuestas por la comisión de delitos de cierta gravedad. Finalmente, entiendo que en coherencia con dicho precepto no deberían tenerse en cuenta las condenas cuando los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

V. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN JUDICIAL

1. La expulsión como sustitutivo de las penas de prisión superiores a un año (art. 89 CP)

La entrada en vigor del Código penal de 1995 trajo consigo, como relevante novedad, un mecanismo de sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración basado en el convencimiento de la doctrina científica más autorizada, corroborado ampliamente por la investigación criminológica, de que la ejecución de penas privativas de libertad de corta duración resulta contraproducente en muchos casos desde la perspectiva de la prevención especial. Estas penas se muestran inadecuadas para alcanzar los fines de la resocialización, porque no dejan margen temporal para poder desarrollar una

(140) Véase al respecto BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 356 s., indicando la necesidad de modificar el art. 57.8 LOEx.

intervención adecuada sobre la persona del condenado y, además, le exponen a la contaminación carcelaria. Por esta razón, está plenamente justificado que el Código penal establezca la posibilidad de dejar de ejecutarlas en ciertos casos. Concretamente, el instituto de la sustitución de las penas privativas de libertad —a diferencia del que permite suspender su ejecución— está pensado para los casos en que se desaconseje la ejecución de la pena de prisión por los motivos indicados, pero las exigencias de reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general apuntan a la necesidad de aplicar en su lugar otras sanciones. Estas otras sanciones serán en el caso concreto más idóneas para alcanzar el fin de la prevención especial, y al mismo tiempo impiden que se produzca un menoscabo de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general. En definitiva, los sustitutivos de la pena privativa de libertad deben ser instrumentos idóneos para cumplir los fines de la pena —reafirmación del ordenamiento jurídico, prevención general y prevención especial—; esto es, deben producir los efectos característicos de las penas privativas de libertad a las que sustituyen, si bien de un modo subsidiario. De ello se deduce que los sustitutivos de las penas privativas de libertad han de tener también la naturaleza jurídica de una pena (141).

Al concepto de sustitución de la pena que acabo de exponer en apretada síntesis respondían los supuestos de sustitución que regulaba el art. 88 CP, donde se permitía al juez sustituir, en el supuesto más común, penas de prisión no superiores a un año por las penas de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad, cuando concurrieran una serie de criterios característicos de la prevención especial —circunstancias personales del reo, su esfuerzo por reparar el daño causado, etc.—. A estos efectos, el precepto recogía unos módulos de conversión de penas: cada día de prisión habría de sustituirse por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajos en beneficio de la comunidad. Este mecanismo de sustitución del art. 88 CP fue suprimido por la LO 1/2015, aunque una versión modificada del mismo se integró en la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80 ss. CP).

En cambio, la regulación del art. 89 CP no se ha ajustado en sus diferentes versiones (142), ni se ajusta en la vigente, al fundamento de la sustitución de las penas privativas de libertad. De la regulación se deduce claramente que no se pretende aquí sustituir penas de prisión de corta duración por otra pena más idónea en el caso concreto desde planteamientos preventivo-especiales, pero igualmente capaz de cumplir los fines de reafirmación del ordenamiento jurídico y de prevención general. Nótese, en primer lugar, que no se establece

(141) Sobre todo ello con más detalle, GRACIA MARTÍN / ALASTUEY DOBÓN (2006), pp. 293 ss., 327 ss. y la bibliografía allí citada.

(142) Con respecto a la regulación del precepto tras la reforma de 2003, véase GRACIA MARTÍN / ALASTUEY DOBÓN (2006), pp. 331 s.

un límite máximo de duración de la pena de prisión que puede ser sustituida, sino un límite mínimo por debajo del cual no cabe la sustitución —art. 89.1 CP: «las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español»—. La perspectiva es, por tanto, la contraria: la sustitución solo cabe en relación con delitos que alcanzan una cierta gravedad (143). En segundo lugar, los nuevos criterios que han de tenerse en cuenta para determinar la procedencia de la expulsión incorporados en la reforma de 2015 confirman la tesis, reiteradamente manifestada por la doctrina (144), según la cual la expulsión es incapaz de cumplir con los fines de la pena. En efecto, por un lado, la pena de prisión inicialmente impuesta debe ejecutarse, al menos parcialmente, «cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito» (art. 89.1 y 2 CP) (145). Se viene a reconocer con ello que la pena de prisión, y no la expulsión sustitutiva, es el instrumento idóneo para reafirmar el ordenamiento jurídico y para atender a la prevención general; pese a ello, la expulsión es de aplicación preferente (146). Por otro lado, la expulsión queda vedada cuando se considere desproporcionada a la vista de las circunstancias personales del extranjero, en particular su arraigo en España (art. 89.4 CP); en otras palabras, como ya sabíamos, las posibilidades de reinserción del condenado pasan por el cumplimiento de la condena, porque la expulsión la anula por completo (147).

(143) Gravedad que, como vimos, el legislador intenta ajustar a lo establecido en el art. 57.2 LOEx.

(144) Véase *supra* II.

(145) Antes de la reforma, la FGE había mantenido en sus circulares 2/2006 y 5/2011 la necesidad de atender a la gravedad y naturaleza del delito para no sustituir la pena por la expulsión cuando ello genere una sensación de impunidad y/o cuando no lo aconsejasen razones de prevención general y especial. Cita como ejemplos, entre otros, los delitos vinculados a la delincuencia organizada y, particularmente, el tráfico de drogas, salvo en casos de relevancia menor. Asimismo, el TS venía rechazando con carácter general la sustitución de la pena de prisión por la expulsión en el delito de tráfico de drogas, salvo en casos de escasa entidad. Al respecto pueden verse las SsTS 1249/2004, de 28 de octubre; 1546/2004, de 21 de diciembre; 906/2005, de 8 de julio; 1189/2005, de 28 de octubre; 531/2010, de 4 de junio; 245/2011, de 21 de marzo; 588/2012, de 29 de junio; 132/2014, de 20 de febrero; 927/2016, de 14 de diciembre. Hará falta observar hasta qué punto la reforma de 2015 influirá en este criterio: la STS 133/2019, de 12 de marzo, considera adecuada la expulsión cuando el penado acceda al tercer grado o a la libertad condicional.

(146) GONZÁLEZ TASCÓN (2016), p. 170 se refiere al «sinsentido» que supone «afirmar (por un lado) que la vigencia del derecho necesita del cumplimiento parcial de la pena y, por otro lado, (...) que aun así no siempre se habrá de proceder a ello, solo excepcionalmente».

(147) El ATC 106/1997 (FJ 2) lo reconoció sin ambages hace tiempo. Entiende el TC que la expulsión, a diferencia de otros substitutivos de las penas cortas privativas de libertad, no pretende «surtir efectos positivos en orden a la reeducación y reinserción social del extranjero en España, pues ni en rigor puede decirse que tal expulsión sea una pena (...) ni, dado su

A mi modo de ver, esta regulación demuestra que la expulsión judicial posee idéntica naturaleza que la expulsión administrativa ordenada por la comisión de una infracción administrativa —en este caso como alternativa a la multa— o tras el cumplimiento de la condena en los casos de los apartados 2 y 8 del art. 57 LOEx. La expulsión se fundamenta en la consideración del extranjero que ha cometido delitos de cierta entidad como una amenaza para intereses públicos que ha de ser neutralizada apartándole de la sociedad (148). En consecuencia, al extranjero no se le *castiga* con la expulsión por la comisión de un delito, sino que se le *expulsa para prevenir* futuros comportamientos ilícitos.

No resulta baladí en este sentido la extensión del ámbito subjetivo de aplicación de la figura a todo extranjero, con independencia de su situación administrativa. En el caso de ciudadanos de la Unión Europea se establece que la expulsión solo procederá cuando el extranjero represente «una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública» (149), lo que abona la tesis defendida sobre el fundamento de la expulsión, aunque en relación con el resto de los extranjeros no se exige la constatación de dicha amenaza ni, por ende, de su gravedad (150). Por lo demás, y finalmente, resulta también significativo el interés del legislador por asegurar la expulsión en un momento u otro. Como vengo señalando, la sustitución de las penas de prisión superiores a un año por la expulsión constituye la regla general. Pero aun cuando el juez deba acordar la ejecución de una parte de la pena por motivos de reafirmación del ordenamiento y de prevención general, «en todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o a la libertad condicional» (art. 89.1 *in fine* CP). Si la pena o penas impuestas superan los cinco años de duración es obligatoria la ejecución al menos de parte de la pena por los motivos indicados, pero también entonces se debe sustituir el resto de la pena por la expulsión una vez cumplida la parte determinada. Además, si el juez acordase la ejecución total de la pena, la expulsión tendrá lugar cuando el extranjero acceda al tercer grado o a la libertad condicional (art. 89.2 CP).

Esta expulsión, desprovista de todo carácter punitivo, no es un sustitutivo penal porque no es ni siquiera una sanción y, si no pertenece al género

carácter puntual o de agotamiento en un solo acto, 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».

(148) Como dice IGLESIAS RÍO (2015), p. 177, la reforma de 2015 en esta materia acentúa «de forma manifiesta las consideraciones defensoras y de policía».

(149) Véanse los arts. 27 y 28 de la Directiva 2004/38.

(150) Sobre la relevancia de los conceptos de «seguridad pública» y «orden público» para interpretar la regulación de la expulsión, véase IGLESIAS RÍO (2015), pp. 183 s.

(sanciones), es evidente que no puede pertenecer a la especie (penas). Como ya indicara el TC en su sentencia 242/1994 (FJ 2) y reiterara luego en la sentencia 24/2000 (FJ 3), la expulsión del extranjero condenado en sustitución de la sanción penal no es una pena, sino «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». El Estado renuncia a la sanción (151), total o parcialmente, para imponer en su lugar una medida de carácter asegurativo (152).

2. La expulsión como sustitutivo de las medidas de seguridad y reinserción social (art. 108 CP)

Como he expuesto *supra*, el legislador ha mantenido inalterado el art. 108 CP desde la reforma del precepto operada por LO 11/2003. Ello explica que el régimen de sustitución de las medidas de seguridad por la expulsión que dicho precepto contempla difiera considerablemente del establecido para los casos en que la expulsión sustituye a las penas de prisión. Así, el ámbito subjetivo de aplicación del art. 108 CP es más limitado que el del art. 89 CP, porque la sustitución solo es posible cuando el extranjero no reside legalmente en España, pero el ámbito objetivo resulta mucho más amplio, pues se permite la sustitución por la expulsión de cualquier medida de seguridad, sea o no sea privativa de libertad, y con independencia de su duración. Además, la sustitución opera aquí de manera automática, salvo que el juez aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la medida de seguridad en España. No se atiende, en cambio, a criterios relacionados con las circunstancias personales del extranjero. Difieren también del art. 89 CP, por un lado, el plazo de prohibición de regreso a España, que en el art. 108 CP es de diez años en todo caso, y, por otro lado, las consecuencias del quebrantamiento de la decisión de expulsión, pues no se contempla la posibilidad de que la medida de seguridad que resultase aplicable se cumpla en España si el extranjero regresa antes del plazo señalado.

Para que pueda entrar en juego el art. 108 CP hace falta que concurran los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reinserción social.

(151) Como dice GRACIA MARTÍN (2016), p. 61, «la sanción solo puede ser sustituida por otra sanción, porque si lo fuera por otra consecuencia de naturaleza distinta, ya no se trataría de una sustitución, sino de una auténtica renuncia a la sanción».

(152) Si lo interpreto correctamente, mi planteamiento se asemeja al de CANCIO MELIÁ (2005), p. 214, cuando señala que la expulsión es «una causa de levantamiento de la pena cuya finalidad es excluir del sistema jurídico a una categoría de personas». Entienden también que el art. 89 CP establece un mecanismo de renuncia a la sanción, entre otros, RODRÍGUEZ MESA (2006), pp. 274 s.; y TOMÉ GARCÍA (2006), p. 160.

Recordaré cuáles son estos para situar el precepto en su contexto. En primer lugar, se requiere la comisión de un hecho típico y antijurídico, dado que nuestro ordenamiento jurídico-penal solo permite la aplicación de medidas de seguridad postdelictuales (arts. 6.1 y 95.1.1.º CP). En segundo lugar, hará falta que quien haya cometido el delito se encuentre en una categoría de estado peligroso reconocida como tal por la ley, generalmente por ser inimputable o semiimputable (arts. 101 a 104 CP), aunque también es posible, desde la entrada en vigor de la LO 5/2010, imponer la medida de libertad vigilada a determinados delinquentes plenamente imputables para que sea cumplida con posterioridad a la pena de prisión (art. 106.2 CP). Finalmente, será preciso que se aprecie en el sujeto peligrosidad criminal, esto es, la probabilidad de que realice en el futuro hechos constitutivos de delito (arts. 6.1 y 95.1.2.º CP). La peligrosidad criminal constituye el fundamento de las medidas de seguridad, y, por tanto, la única finalidad de estas es combatir dicha peligrosidad. Ello significa que las medidas de seguridad no pretenden castigar al sujeto al que se le imponen, pues no se fundamentan en su culpabilidad, que puede no existir o estar disminuida, ni tienen como finalidad la prevención general, sino que se orientan exclusivamente a los fines de la prevención especial, es decir, a la advertencia individual, a la corrección o enmienda y a la inocuización del delincuente (153).

En coherencia con el fundamento y fines indicados, el Código penal arbitra un sistema de aplicación de las medidas de seguridad basado en la posibilidad del juez de elegir la que resulte más idónea en el caso concreto para el tratamiento de la peligrosidad criminal del sujeto. Y además, teniendo en cuenta que la peligrosidad criminal no es un dato estático sino que evolucionará durante el proceso de ejecución de la medida que se consideró adecuada para neutralizarla, y de acuerdo con el mandato del art. 6.2 CP, en cuya virtud las medidas de seguridad no pueden exceder de lo necesario para prevenir la peligrosidad del sujeto, el art. 97 CP establece una serie de mecanismos destinados a adaptar la ejecución de la medida al efecto que la misma vaya produciendo en el estado de peligrosidad (154). Así, durante la fase de ejecución es posible decidir mantener la medida originariamente impuesta, decretar su cese, sustituir la medida por otra o suspender su ejecución, todo ello en función de los informes que el juez recabe «acerca de la situación y evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva» (art. 98.2 CP).

Pues bien, desde mi punto de vista, compartido como vimos por la doctrina más autorizada, la regulación del art. 108 CP no se adapta al régimen

(153) Sobre todo ello, véase, por todos, GRACIA MARTÍN (2006), pp. 434 ss., 450 ss. y la bibliografía que allí cita.

(154) Véase GRACIA MARTÍN (2006), pp. 478 ss.; y URRUELA MORA (2009), pp. 91 ss.

de imposición y ejecución de las medidas de seguridad y reinserción social diseñado de acuerdo con su fundamento y fines, ni es capaz de respetar los principios que lo inspiran. Para empezar, me parece necesario dejar constancia de que en el ámbito de las medidas de seguridad, por su naturaleza, no es preciso establecer un sistema de sustitución equivalente al de las penas. Como vengo indicando, de acuerdo con el sistema de aplicación de las medidas de seguridad, el juez puede elegir inicialmente la medida que estime más adecuada en el caso concreto, y luego está facultado para sustituirla durante su ejecución por otra que considere más idónea en atención al estado de la peligrosidad criminal del sujeto en ese momento. Dado que la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España aparece en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad (art. 96.3.2.º CP), su aplicación sería posible, en principio, aunque el art. 108 CP no existiera.

Pero difícilmente podría justificarse la imposición originaria o sustitutiva de la expulsión de extranjeros conforme a los criterios que rigen con carácter general la aplicación de las medidas de seguridad, porque la expulsión no constituye en ningún caso un instrumento adecuado para el tratamiento de la peligrosidad criminal del sujeto. Es cierto que dentro del catálogo de medidas que recoge el Código penal no todas tienen una finalidad terapéutica o pedagógica, sino que algunas tienden exclusivamente a asegurar que el sujeto no pueda realizar actos lesivos para los bienes jurídicos, como sucede por ejemplo con las prohibiciones de residencia en determinados lugares o de aproximación a la víctima impuestas en el marco de la libertad vigilada (art. 106 CP). Ahora bien, incluso en los casos en que la medida considerada más adecuada para combatir la peligrosidad criminal del sujeto sea una de carácter meramente asegurativo, se realiza un control periódico del estado de peligrosidad criminal del sujeto, que puede desembocar en el cese de la medida cuando la peligrosidad haya desaparecido. Por razones obvias, dicho control está completamente ausente en el caso de la expulsión. En ella, el aseguramiento frente a la peligrosidad criminal consiste en la mera segregación del individuo.

Al ser esa la única finalidad pretendida, el legislador se vio obligado a crear un mecanismo de sustitución *ad hoc*, completamente desvinculado de los principios y criterios rectores de la imposición y ejecución de las auténticas medidas de seguridad y reinserción social. En particular, el régimen establecido en el art. 108 CP no respeta el principio de proporcionalidad en materia de medidas de seguridad formulado en el art. 6.2 CP (155), en virtud del cual «las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite

(155) Sobre ello, por ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA CONILLO (Dir.) (2007), p. 629; GARCÍA ALBERO (2016), pp. 764-766; y BOZA MARTÍNEZ (2016), p. 340.

de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor». Ya sabemos que la expulsión ha de acordarse como sustitutiva de cualquier medida de seguridad, incluso de las no privativas de libertad, y con independencia de su duración. Además, se establece un plazo fijo de diez años para la prohibición de entrada. Queda excluida así toda opción de comparar la gravedad y la duración de la expulsión con la de la pena abstractamente aplicable al hecho cometido. Por lo demás, no hace falta insistir en la imposibilidad de determinar, una vez expulsado el extranjero, cuándo se ha excedido el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

La expulsión sustitutiva de las medidas de seguridad comparte, a mi entender, la naturaleza de la expulsión regulada en el art. 89 CP y de la prevista en la LOEx en la mayoría de los casos. No constituye una sanción, ni penal ni administrativa, porque su supuesto de hecho no es un injusto culpable. Tampoco es una medida de seguridad y reinserción social porque no puede, ni lo pretende, tratar la peligrosidad criminal del sujeto. Es una medida administrativa de aseguramiento cuyo fin es inocular al sujeto peligroso mediante su segregación de la sociedad (156).

VI. CONCLUSIÓN

Con independencia de su configuración formal, la expulsión del extranjero no posee materialmente naturaleza sancionadora en ninguno de los supuestos en los que nuestro ordenamiento jurídico permite ordenarla:

a) Cuando se basa exclusivamente en el hecho de que el extranjero se encuentra en situación administrativa irregular —supuesto que no constituye una infracción administrativa *stricto sensu*— presenta los caracteres materiales de una medida de restablecimiento de la legalidad, aunque ello no significa que deba acordarse en todo caso, sino que, dada la injerencia en la esfera personal del extranjero que su aplicación puede comportar, tendrá que sacrificarse el interés público en que el Derecho se vea realizado cuando ello venga exigido por razones humanitarias. La expulsión basada en este motivo no debería llevar aparejado el efecto de prohibición temporal de entrada.

b) En el resto de los casos la expulsión se ordena administrativa o judicialmente cuando concurre como requisito previo una infracción administrativa —art. 57.1 LOEx, en relación con las infracciones descritas en los arts. 53 y 54 que allí cita, excepto el supuesto del art. 53.1 a)— o un delito —art. 57, apartados 2 o 8 LOEx, o arts. 89 y 108 CP—. No obstante, tampoco en

(156) En el mismo sentido, URRUELA MORA (2009), p. 198. Véanse también, resaltando la finalidad de protección del orden público, por ejemplo, JORGE BARREIRO (1997), p. 325; y REBOLLO VARGAS (2011), pp. 866 s.

estos casos tiene la expulsión naturaleza de sanción, porque ni la infracción administrativa ni el delito forman parte de su supuesto de hecho, sino que su comisión se considera un indicio de que el extranjero representa una amenaza —que se da por confirmada— para el interés colectivo. La expulsión se fundamenta en una supuesta peligrosidad del extranjero y tiene como única finalidad neutralizarla, por lo que se trata de una medida de carácter defensivo. Su peculiaridad reside en que el peligro que se quiere prevenir no es uno procedente de cosas o de actividades, como sucede en general en el Derecho administrativo de policía, sino que procede de la actuación de individuos. Por eso, en este caso estamos ante una medida de aseguramiento frente a personas. Desde este punto de vista la naturaleza jurídica de la expulsión se asemeja a la de las medidas de seguridad basadas en la peligrosidad criminal del sujeto reguladas en el Código penal, aunque con importantes diferencias: primero, porque no se trata aquí de combatir necesariamente una peligrosidad criminal (probabilidad de que el sujeto realice en el futuro hechos constitutivos de delito), sino que la peligrosidad se concibe en sentido más amplio, como probabilidad o posibilidad de realización futura de actos antijurídicos; y segundo porque, salvo en el caso del art. 108 CP, no se exige que dicha peligrosidad se haya constatado mediante un diagnóstico y un pronóstico de comportamiento futuro, sino que se presume.

Por otra parte, las modalidades de expulsión judicial reguladas en el CP no tienen naturaleza penal. La expulsión prevista como sustitutivo de las penas de prisión en el art. 89 CP no es una pena, entre otros motivos, porque no es ni siquiera una sanción. En realidad, al sustituir la pena por la expulsión se está renunciando al castigo total o parcialmente. La expulsión que puede ser acordada como sustitutivo de las medidas de seguridad y reinserción social de acuerdo con el art. 108 CP no comparte tampoco la naturaleza de las consecuencias jurídico-penales a las que sustituye. Es cierto que tiene en común con algunas de ellas su carácter de medida que pretende proteger los bienes jurídicos frente a comportamientos de individuos. Además, aquí la peligrosidad criminal habrá tenido que demostrarse previamente, pues solo así será posible determinar qué medida de seguridad originaria hubiera sido aplicable al caso concreto. Sin embargo, cuando se sustituye dicha medida por la expulsión se renuncia a perseguir el objetivo de reinserción social al que se orientan todas las medidas de seguridad de naturaleza penal, porque aquella no pretende incidir en la peligrosidad criminal del sujeto.

De *lege lata*, la consecuencia más relevante de considerar que la expulsión carece de naturaleza sancionadora es que no se entiende infringido el principio *ne bis in idem* cuando aquella se acuerda tras el cumplimiento total o parcial de una pena de prisión. Por lo demás, dado que la expulsión administrativa es considerada por la ley, en la mayoría de los casos, como una consecuencia jurídica que se aplica tras la comisión de determinadas infracciones adminis-

trativas, su ordenación se encuentra rodeada de las garantías propias del Derecho sancionador, aunque no sea una sanción. Por su parte, a la expulsión judicial sustitutiva de las penas o de las medidas de seguridad se le aplican también los principios que rigen la imposición de las consecuencias jurídicas de naturaleza penal.

De *lege ferenda* se propone una regulación de la expulsión administrativa basada exclusivamente en la estancia irregular del extranjero más acorde a su naturaleza de medida de restablecimiento de la legalidad. Mención aparte merece la expulsión fundamentada en la consideración del extranjero que ha cometido una infracción administrativa o un delito como una fuente de peligro que conviene eliminar preventivamente. Que la previsión de la expulsión como consecuencia jurídica supone en este caso otorgar un trato desigual a los extranjeros, por su condición de tales, respecto a los nacionales, resulta más que evidente: al extranjero que infringe la ley, aunque sea de manera incidental, no se le quiere dar otra oportunidad. Parece igualmente indiscutible que la expulsión así fundamentada presenta rasgos de un Derecho excluyente, inoportunizador, propio del dirigido a los que no son considerados ciudadanos, sino enemigos, tal y como viene indicando el sector doctrinal ya referido *supra*. En este sentido, me interesa resaltar que el hecho de negar el carácter sancionador a la expulsión no supone blanquearla o hacerla pasar por algo mejor que una sanción; más bien al contrario, se trata de señalar que al extranjero que comete un hecho ilícito se le quiere negar incluso el derecho a ser sancionado (157).

No obstante, como también ha sido indicado, una propuesta radical de supresión de la expulsión administrativa y judicial basada en la prevención de lesiones a bienes jurídicos no resulta realista —y necesitaría una fundamentación más profunda que la que en este trabajo se puede desarrollar—. Recuérdese al respecto que tanto el TC como el TEDH justifican la mencionada desigualdad de trato, también en el caso de extranjeros con residencia regular en España, y consideran legítima su expulsión por razones de protección de intereses colectivos. Lo que sí puede y debe hacerse, al menos, es abogar por una considerable restricción en su aplicación. A este respecto, estimo que la comisión por parte del extranjero de una infracción administrativa no debería fundamentar su expulsión por razones de orden público. Si no es posible expulsar al extranjero que ha cometido un delito por el que se le ha impuesto

(157) Véase al respecto GRACIA MARTÍN (2005), pp. 104-106, y, en particular, p. 202 s., cuando indica citando a *Jakobs* que, de acuerdo con el discurso del Derecho penal del enemigo —que según entiendo podría aplicarse igualmente a un Derecho administrativo sancionador del enemigo—, «a determinados individuos se los debe extraer del Derecho de la pena, y, por ello (...) ya no hay que reconocerlos como personas en la comunicación ni, por lo tanto, dialogar con ellos por medio de la pena (porque) de lo que aquí se trata (...) es de que el Estado ya no habla con sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos».

una pena de prisión inferior a un año o una pena de otra naturaleza, por entender que ello no representa un indicio suficiente de su peligrosidad, no está justificada la expulsión por la mera realización de un ilícito administrativo. En ese caso, lo procedente es aplicar la sanción de multa. En cuanto a las modalidades de expulsión que requieren la previa comisión de un delito, entiendo que la expulsión no debería ser la regla general, sino que debería primar el cumplimiento de la pena o la medida de seguridad impuesta. Solo en casos de constatada falta de arraigo en los que además se demostrase una probabilidad de comisión de delitos graves en el futuro por parte del extranjero podría recurrirse a la expulsión con base en los indicados motivos de aseguramiento. Finalmente, me parece que, por elementales razones de humanidad, la expulsión no debería aplicarse nunca a inimputables o semiimputables que necesiten un tratamiento terapéutico.

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARIAS SENSO, M.: «Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004», *Diario La Ley*, n.º 6160, 2005 (ref. 2771/2004 base de datos laleydigital).
- 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 Lorenzo Copello (Coord.): *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 17 ss.
- BATUECAS, J. M.: *La expulsión del extranjero en la legislación española*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2005.
- BAUCELLS I LLADÓS, J.: «El Derecho Penal ante el fenómeno inmigratorio», *RDPP*, n.º 13, 2005, pp. 45 ss.
- BOZA MARTÍNEZ, D.: «El Derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.º 11, 2006, pp. 25 ss.
- *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Aranzadi, Pamplona, 2016.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*, Comares, Granada, 2011.
- CAMPOS HELLÍN, R.: «El arraigo como factor impeditivo de una expulsión tras la reforma de la LO 1/2015», *Boletín criminológico del Instituto andaluz interuniversitario de Criminología*, artículo 4/2019 (n.º 185).

- CANCIO MELIÁ, M.: «La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)», en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson / Civitas, Madrid, 2005, pp. 183 ss.
- CANO CAMPOS, T.: «¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?», *RAP*, n.º 184, 2011, pp. 79 ss.
- «El concepto de sanción y los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador», en Bauzá Martorell (Dir.): *Derecho administrativo y Derecho penal: reconstrucción de los límites*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 207 ss.
- CANO CUENCA, A.: «Suspensión de ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión (arts. 83, 84, 85, 86, 87, 308 bis y 89)», en González Cussac (Dir.): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 341 ss.
- CARDENAL MONTRAVETA, S.: «Art. 89», en Corcoy Bidasolo / Mir Puig (Dir.): *Comentarios al Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 342 ss.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, J. M.º: «Expulsión de ciudadanos extranjeros del territorio nacional por comisión de un hecho delictivo», *Actualidad administrativa*, n.º 11, 2018 (ref. 13237/2018 base de datos laleydigital).
- CUADRADO ZULOAGA, D.: «La expulsión de extranjeros del territorio nacional», *Actualidad administrativa*, n.º 14, 2008, pp. 1671 ss.
- CUGAT MAURI, M.: «La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del Derecho penal», *RDPP*, n.º 6, 2001, pp. 23 ss.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: *El Derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Granada, 2009.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (Dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007.
- DORADO NOGUERAS, F. M. / RODRÍGUEZ CANDELA, J. L.: «Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador», en Moya Escudero (Coord.): *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Comares, Granada, 2001, pp. 835 ss.
- DURÁN SECO, I.: «El extranjero delincuente ‘sin papeles’ y la expulsión (A propósito de la STS 8-7-2004)», *RDPyCr.*, n.º 15 (2005), pp. 307 ss.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: «El proceso social de determinación de la normativa administrativa y penal en materia de inmigración», en Faraldo Cabana (Dir.): *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 219 ss.

- FLORES MENDOZA, F.: «La expulsión del extranjero en el Código penal español», en Lorenzo Copello (Coord.): *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 97 ss.
- GARCÍA ALBERO, R.: «Art. 108», en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (Coord.): *Comentarios al Código penal español*, Tomo I, 7.º ed., Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 762 ss.
- GARCÍA ARÁN, M.: «Art. 89», en Córdoba Roda / García Arán (Dirs.): *Comentarios al Código penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 733 ss.
- GARCÍA CATALÁN, J. M.: *Infracciones, sanciones y procedimiento en la Ley y el Reglamento de extranjería*, Atelier, Barcelona, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo II*, 16.º ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2020.
- GARCÍA ESPAÑA, E.: «La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código penal de 2015. ¿De la discriminación a la reinserción?», *RECPC* 18-07 (2016).
- GONZÁLEZ TASCÓN, M.º M.: «La expulsión judicial del extranjero condenado penalmente», en Bernal del Castillo (Dir.): *Delito y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 45 ss.
- «La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión», *EPC*, vol. XXXVI (2016), pp. 131 ss.
- GRACIA MARTÍN, L.: *El horizonte del finalismo y el «derecho penal del enemigo»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- «Las medidas de seguridad y reinserción social», en Gracia Martín (Coord.) / Boldova Pasamar / Alastuey Dobón: *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 427 ss.
 - «La serie 'infracción-culpabilidad-sanción' desencadenada por individuos libres como síntesis jurídica indisoluble derivada de la idea y del concepto a priori del derecho», *RECPC* 18-18 (2016).
 - «Concepto, función y naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del delito», *Revista penal*, n.º 38, 2016, pp. 147 ss. (cit. 2016-2).
 - «Consideraciones críticas sobre las erróneamente supuestas capacidades de infracción y sanción de la persona jurídica en Derecho administrativo sancionador», en esta REVISTA, n.º 55, 2020, pp. 12 ss.
- GRACIA MARTÍN, L. / ALASTUEY DOBÓN, C.: «Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad (!)», en Gracia Martín (Coord.) / Boldova Pasamar / Alastuey Dobón: *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 287 ss.

- «Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad (II)», en Gracia Martín (Coord.) / Boldova Pasamar / Alastuey Dobón: *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 323 ss.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, 1998.
- GUISASOLA LERMA, C.: «Consideraciones político-criminales para una reformulación de la expulsión penal de condenados extranjeros sin residencia legal», *EPC*, Vol. XXX (2010), pp. 201 ss.
- HERNÁNDEZ OLIVEROS, J. C.: «La expulsión de cada vez más ciudadanos extranjeros implicados en hechos delictivos», *La ley penal*, n.º 138, 2019 (ref. 8411/2019 base de datos laleydigital).
- HUERGO LORA, A.: *Las sanciones administrativas*, iustel, Madrid, 2007.
- «Expulsión de extranjeros (sanción de)», en Lozano Cutanda (Dir.): *Diccionario de sanciones administrativas*, iustel, 2010, pp. 462 ss.
- IGLESIAS RÍO, M. A.: «Algunas reflexiones sobre la extranjería, Derecho penal y derechos fundamentales», en Muñoz Conde (Dir.): *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 623 ss.
- «La expulsión de extranjeros», en Quintero Olivares (Dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters, Pamplona, 2015, pp. 173 ss.
- IZQUIERDO ESCUDERO, F. J.: «Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal. Comentario al Auto del TC 106/19997, de 17 de abril», *Diario La Ley*, 1997 (ref. 11858/2001 base de datos laleydigital).
- JORGE BARREIRO, A.: «Art. 108», en Rodríguez Mourullo (Dir.) / Jorge Barreiro (Coord.): *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 324 ss.
- LARRAURI, E.: «Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes», *InDret* 2/2016.
- LAURENZO COPELLO, P.: «Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión», *Jueces para la Democracia*, n.º 50, 2004, pp. 30 ss.
- LEGANÉS GÓMEZ, S.: «La expulsión de los penados en el Código penal de 2015», *Diario La Ley*, n.º 8579, 2015 (ref. 4613/2015 base de datos laleydigital).
- LÓPEZ LORENZO, V.: «Expulsión de extranjeros (Comentario a la Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo núm. 901/2004 de 8 de julio)», *La Ley penal*, n.º 18, 2005 (ref. 848/2005 base de datos laleydigital).
- LORENZO JIMÉNEZ, J. V.: «La expulsión de extranjeros por permanencia irregular en España: un análisis de la jurisprudencia del TS», *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.º 20, 2009, pp. 201 ss.

- MAGRO SERVET, V.: «La expulsión automática de los inmigrantes en la sentencia penal en el art. 89.1 CP. Sentencia del Tribunal Supremo 901/2004, de 8 de julio», *La Ley penal*, n.º 14, 2005, (ref. 114/2005 base de datos laleydigital).
- MAQUEDA ABREU, M.º L.: «¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?», en *Los Derechos Humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Universidad de Granada, 2001, pp. 509 ss.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: «Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿hasta dónde estamos dispuestos a llegar?», *Indret* 3/2009.
- MELÓN MUÑOZ, A.: «La expulsión del territorio nacional en el ámbito de la extranjería», en Méndez Canseco (Dir.): *Extranjería*, CGPJ, 2007, pp. 75 ss.
- MESTRE DELGADO, J. F.: «Artículo 57. Expulsión del extranjero», en Esplugues Mota (Coord.): *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1261 ss.
- 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», *RDPyCr.*, n.º extraordinario 2 (2004), pp. 401 ss.
- NAVARRO CARDOSO, F.: «Expulsión ‘penal’ de extranjeros: una simbiosis de Derecho penal ‘simbólico’ y Derecho penal del ‘enemigo’», *RGDP*, n.º 2, 2004.
- NISTAL BURÓN, J.: *La condición de extranjero en el sistema penitenciario español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- PALOMAR OLMEDA, A.: «La potestad sancionadora pública en materia de extranjería», en Palomar Olmeda (Coord.): *Tratado de Extranjería*, Tomo I, 4.º ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 557 ss.
- PEMÁN GAVÍN, I.: *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, Barcelona, 2000.
- PÉREZ CEPEDA, A. I.: *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2004.
- PINTO DE BARROS, A.: «Un análisis crítico de la medida sustitutiva de la pena de prisión impuesta al extranjero a la luz del Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho», *RGDP* 31(2019).
- PLEITE GUADAMILLAS, F.: «Régimen de las expulsiones del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000», *Actualidad administrativa*, n.º 9, 2017 (ref. 10105/2017 base de datos laleydigital).
- REBOLLO PUIG, M.: «El contenido de las sanciones», *Justicia administrativa*, n.º extraordinario, 2001, pp. 151 ss.

- «Concepto de sanción administrativa», en Rebollo Puig (y otros): *Derecho administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 57 ss.
- REBOLLO VARGAS, R.: «Art. 108», en Córdoba Roda / García Arán (Dirs.): *Comentarios al Código penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 865 ss.
- RECIO JUÁREZ, M.: *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2016.
- 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», *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.º 26, 2011, pp. 27 ss.
- RODRÍGUEZ CANDELA, J. L.: «La expulsión del extranjero en el nuevo Código penal», *Jueces para la Democracia*, n.º 33, 1998, pp. 59 ss.
- «Interpretación y seguimiento de la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 (Zaizoune)», *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 18, 2019, pp. 68 ss.
- RODRÍGUEZ GÓMEZ, M. / DEL MORAL GARCÍA, A.: «Artículo 57. Expulsión del extranjero», en Cavas Martínez (Dir.): *Comentarios a la Ley de extranjería y su nuevo reglamento*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 828 ss.
- RODRÍGUEZ MESA, M.º J.: «La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica», en Rodríguez Mesa / Ruiz Rodríguez (Coords.): *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 255 ss.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: «El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes», *RECPC* 14-07 (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», *EPC*, vol. XXXIV (2014), pp. 423 ss.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: «Artículo 89», en Gómez Tomillo (Dir.): *Comentarios prácticos al Código penal*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 789 ss.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: «Garantismo e insumisión judicial en la expulsión penal de extranjeros», en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 1559 ss.
- SANZ MORÁN, A. J.: «Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal», *Revista de Derecho penal*, n.º 11, 2004, pp. 11 ss.
- SELMA PENALVA, A.: «La expulsión de los extranjeros no europeos: reflexiones críticas acerca de la indeterminación del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 de extranjería», *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.º 33, 2013, pp. 13 ss.

- SOUTO GARCÍA, E. M.º: «Algunas notas sobre la función del Derecho penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión», en Faraldo Cabana (Dir.): *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 289 ss.
- SUAY RINCÓN, J.: «Concepto de sanción administrativa», en Lozano Cutanda (Dir.): *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 165 ss.
- TAMARIT SUMALLA, J. M.º: «Art. 89», en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (Coord.): *Comentarios al Código penal español*, Tomo I, 7.º ed., Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 663 ss.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M.º: «Reflexiones y propuestas sobre inmigración», *InDret* 1/2010.
- TOMÉ GARCÍA, J. A.: *Intervención del juez penal en la expulsión de extranjeros*, Colex, Madrid, 2006.
- TORRES FERNÁNDEZ, M.º E.: *La expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2012.
- ÚBEDA TARAJANO, F.: «La sanción administrativa de expulsión de personas extranjeras», *Actualidad administrativa*, n.º 1, 2019 (ref. 15642/2018 base de datos laleydigital).
- URRUELA MORA, A.: *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, Comares, Granada, 2009.
- VELASCO CABALLERO, F.: «Expulsión administrativa, devolución, retorno y otras ‘salidas obligatorias’», en Pomed Sánchez / Velasco Caballero (Eds.): *Ciudadanía e inmigración*, *Monografías de esta REVISTA*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2003, pp. 301 ss.
- VIEIRA DA COSTA, P. L.: «La expulsión de los extranjeros ‘sin papeles’», *RJUAM*, n.º 21, 2010-I, pp. 149 ss.