

ESTUDIOS

Aranzadi-Cátedra Johnson&Johnson  
«DERECHO Y SALUD» UNIZAR

# NUEVOS RETOS DEL DERECHO ANTE LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA SALUD

INVESTIGACIONES DE LA CÁTEDRA J&J DERECHO  
Y SALUD – UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA (2023-2024)

**MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR**

DIRECTOR

**CARLOS FUERTES IGLESIAS**

COORDINADOR



**Universidad**  
Zaragoza

Cátedra Johnson & Johnson  
de Derecho y Salud

III ARANZADI

© Miguel Ángel Boldova Pasamar (Dir.) y Carlos Fuertes Iglesias (Coord.) y otros, 2025  
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9  
28231 Las Rozas (Madrid)  
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/>

Primera edición: 2025

Depósito Legal: M-3421-2025

ISBN versión impresa: 978-84-1085-032-3

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-033-0

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.  
Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

**Nota de la Editorial:** El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de ARANZADI LA LEY, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

## Índice General

	<i>Página</i>
PRESENTACIÓN DE LA OBRA Y AGRADECIMIENTOS .....	21

### ESTUDIOS DE DERECHO PENAL RELACIONADOS CON LA SALUD Y LA PROTECCIÓN DE LOS COLECTIVOS VULNERABLES

#### ESTUDIO 1

#### LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS CON TRASTORNOS MENTALES POR LA COMISIÓN DE DELITOS: CONSIDERACIONES CRÍTICAS

CARMEN ALASTUEY DOBÓN .....	27
I. Introducción .....	27
II. Evolución legislativa en la materia .....	29
III. Reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la expulsión aplicable en estos supuestos. ....	32
IV. Interpretación de la legislación vigente. ....	36
V. Límites a la expulsión por motivos de salud mental. ....	41
VI. Conclusión .....	45
VII. Bibliografía citada .....	47

#### ESTUDIO 2

#### NEUTRALIDAD DELICTIVA Y EMPRESAS FARMACÉUTICAS

MÓNICA DE LA CUERDA MARTÍN .....	51
----------------------------------	----

	<i>Página</i>
<b>I. Introducción</b> .....	51
<b>II. La actividad de los laboratorios farmacéuticos.</b> .....	52
1. <i>Pasado y presente de las relaciones entre empresas farmacéuticas y profesionales sanitarios.</i> .....	52
1.1. <i>Empresas farmacéuticas y corrupción.</i> .....	52
1.2. <i>Las transferencias de valor realizadas por profesionales sanitarios.</i> .....	55
2. <i>La autorregulación del sector farmacéutico: Especial mención a los códigos de buenas prácticas</i> .....	57
<b>III. Los actos neutrales en el ámbito farmacéutico</b> .....	60
1. <i>Concepto, contenido y alcance de los denominados «actos neutros»</i> .....	60
2. <i>El juicio de neutralidad del comportamiento: ¿cabría hablar de neutralidad delictiva de las empresas farmacéuticas?</i> .....	63
<b>IV. Reflexión final.</b> .....	68
<b>V. Bibliografía</b> .....	69

### ESTUDIO 3

<b>EL INFLUJO DE LA «PERSPECTIVA DE GÉNERO» EN LA CONFIGURACIÓN DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL MEDIANTE LA LOGILS: HACIA UN DERECHO PENAL Y PROCESAL-PENAL «IDENTITARIO» EN MATERIA SEXUAL</b> CARLOS FUERTES IGLESIAS .....	73
<b>I. Introducción</b> .....	74
<b>II. Análisis crítico del enfoque de «perspectiva de género» en el ámbito del Derecho Penal sexual</b> .....	76
<b>III. Notas críticas sobre los postulados de género y e interpretativos del Código Penal vigente a partir de la Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma del Código Penal operada por la LOGILS</b> .....	80

	<i>Página</i>
IV. Postura personal frente a la instrucción y enjuiciamiento de las causas penales sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexuales bajo los postulados de la «perspectiva de género» .....	83
V. Conclusiones .....	88
VI. Bibliografía .....	91

#### ESTUDIO 4

### LOS ENFERMOS MENTALES ANTE EL SISTEMA PENAL DE JUSTICIA: CONSIDERACIONES SOBRE EL ESTÁNDAR DE PRUEBA EN CASOS DE INIMPUTABILIDAD PENAL

SERGIO DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS .....	93
I. Planteamiento .....	93
II. La prueba de la inimputabilidad por alteración o anomalía psíquica .....	98
1. <i>La vinculación del juez penal al informe pericial psiquiátrico.</i> .....	98
2. <i>¿Cuál debe ser el contenido del informe pericial en casos de inimputabilidad penal por alteración psíquica? .....</i>	103
3. <i>Carga formal de la prueba: ¿quién debe soportar la carga de probar la inimputabilidad penal por enfermedad mental? A la vez, una reflexión sobre el derecho a la presunción de inocencia .....</i>	107
4. <i>Carga material de la prueba: el estándar de prueba por inimputabilidad penal en casos de enfermedad mental tras la STS, Sala 2.ª, 291/2024, de 21 de marzo .....</i>	116
5. <i>¿Cómo y cuándo se debe probar la inimputabilidad penal por enfermedad mental? Especial referencia a la prueba pericial psiquiátrica preconstituida. ....</i>	120
III. Conclusiones .....	123
IV. Bibliografía .....	125

ESTUDIO 5

**PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DELITOS  
PATRIMONIALES**

ELENA GUTIÉRREZ PÉREZ .....	131
<b>I. Introducción</b> .....	131
<b>II. El concepto de discapacidad en el Código penal</b> .....	135
<b>III. La discapacidad de la víctima en la excusa abolutoria de parentesco (art. 268 CP)</b> .....	139
<b>IV. Conclusiones</b> .....	145
<b>V. Bibliografía</b> .....	146

ESTUDIO 6

**MEDIDAS DE INTERNAMIENTO ¿PERMANENTES  
REVISABLES?**

JOSÉ LEÓN ALAPONT .....	151
<b>I. Planteamiento</b> .....	151
<b>II. La prisión permanente revisable en el Código penal español</b> .....	154
1. <i>Los plazos de revisión</i> .....	154
2. <i>Estar clasificado en tercer grado</i> .....	155
3. <i>Pronóstico favorable de reinserción social</i> .....	163
<b>III. El internamiento (como medida de seguridad privativa de libertad) en supuestos castigados con PPR</b> .....	171
1. <i>El Código Penal guarda silencio</i> .....	171
2. <i>Críticas al internamiento permanente revisable</i> .....	180
3. <i>Propuesta de lege ferenda</i> .....	180
<b>IV. Bibliografía citada</b> .....	182

ESTUDIO 7

**LA RESPONSABILIDAD «PENAL» DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: PROBLEMAS QUE PLANTEAN LAS ENTIDADES DE REDUCIDO TAMAÑO Y LAS SOCIEDADES UNIPERSONALES**

LUCAS GABRIEL MENÉNDEZ CONCA. ....	185
<b>I. Introducción</b> .....	185
<b>II. ¿Requiere el art. 31 bis CP que la persona jurídica posea cierta complejidad organizativa interna?</b> .....	187
<b>III. Supuestos en que el delito es cometido por el administrador y socio único de la persona jurídica.</b> .....	189
<b>IV. Supuestos en que el delito es cometido por el administrador y socio mayoritario o que, no llegando a serlo, es propietario de una parte importante de la persona jurídica</b> ...	201
<b>V. Conclusiones</b> .....	204
<b>VI. Bibliografía</b> .....	206

ESTUDIO 8

**RÉGIMEN JURÍDICO Y PROBLEMAS PENALES DE LAS ASOCIACIONES CANNÁBICAS EN ESPAÑA: PRESENTE, PASADO Y ¿FUTURO?**

M. <sup>a</sup> ALEJANDRA PASTRANA SÁNCHEZ .....	211
<b>I. Introducción</b> .....	211
<b>II. El delito de tráfico de drogas y la doctrina del consumo compartido</b> .....	213
<b>III. Los clubes cannábicos y la STS 484/2015, de 7 de septiembre (caso EBERS)</b> .....	218
<b>IV. La reciente tendencia regulacionista y la <i>Cannabis-Gesetz</i> alemana</b> .....	228
<b>V. Propuestas y conclusiones</b> .....	231
<b>VI. Referencias bibliográficas</b> .....	232

ESTUDIO 9

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA EVOLUCIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR EN LOS PROCEDIMIENTOS PENALES POR VIOLENCIA DE GÉNERO**

NATALIA MARÍA PEMÁN GRACIA .....	235
<b>I. Introducción .....</b>	<b>236</b>
<b>II. Fundamento o razón de ser de la dispensa del deber de declarar .....</b>	<b>237</b>
<b>III. La dispensa del deber de declarar en los procedimientos penales por violencia de género .....</b>	<b>240</b>
1. <i>Delimitación conceptual.</i> .....	240
2. <i>Problemas que plantea la dispensa del deber de declarar en relación con las víctimas de violencia de género .....</i>	241
3. <i>Evolución jurisprudencial y reformas legales. Especial referencia a los casos en los que la víctima de violencia de género ha denunciado o se ha personado como acusación particular en el procedimiento penal.</i> .....	249
3.1. Breve referencia al origen y a la evolución histórica de la dispensa del deber de declarar en el proceso penal español .....	249
3.2. Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013 .....	251
3.3. Acuerdo del Pleno No jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 23 de enero de 2018 .....	253
3.4. La STS 389/2020, de 10 de julio de 2020 y la modificación del art. 416.1 LECrim mediante Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. .	257
3.4.1. Cuando el testigo está o ha estado personado en el procedimiento como acusación particular .....	259

	<i>Página</i>
3.4.2. Cuando la víctima ha acudido espontáneamente a denunciar a su agresor . . . . .	260
3.4.3. Examen particular de la posible exclusión de los testigos-víctimas de la posibilidad de acogerse a la dispensa del deber de declarar. . . . .	263
<b>IV. Bibliografía . . . . .</b>	<b>268</b>
 ESTUDIO 10	
<b>FALSIFICACIÓN Y TRÁFICO DE MEDICAMENTOS: UNA MIRADA INEVITABLEMENTE TRANSNACIONAL</b> ANNA VILÀ CUÑAT. . . . .	271
<b>I. Consideraciones preliminares . . . . .</b>	<b>272</b>
<b>II. Una necesaria regulación penal global . . . . .</b>	<b>278</b>
1. <i>El déficit de las normas internacionales penales . . . . .</i>	278
1.1. La regulación a nivel internacional . . . . .	278
1.2. La regulación a nivel comunitario . . . . .	280
2. <i>La posibilidad de una regulación penal europea. . . . .</i>	281
2.1. La especial gravedad de la actividad. . . . .	283
2.2. La transnacionalidad de la actividad. . . . .	284
<b>III. Una regulación penal centrada en la salud . . . . .</b>	<b>287</b>
1. <i>Los elementos del tipo: la desvinculación administrativa . . . . .</i>	288
1.1. La falsificación y la ausencia de autorización. . . . .	289
1.2. La ausencia de autorización y la falsificación. . . . .	290
2. <i>Las exigencias de la tipicidad: el riesgo para la salud . . . . .</i>	291
2.1. La alteración de la sustancia . . . . .	291
2.2. La alteración de la información. . . . .	293
<b>IV. Conclusiones . . . . .</b>	<b>294</b>
<b>V. Bibliografía . . . . .</b>	<b>297</b>

**ESTUDIOS DE DERECHO DEL TRABAJO Y  
SEGURIDAD SOCIAL RELACIONADOS CON LA  
SALUD Y LA PROTECCIÓN DE LOS COLECTIVOS  
VULNERABLES**

**ESTUDIO 11**

<b>LA ENFERMEDAD O CONDICIÓN DE SALUD COMO NUEVA CAUSA DE DISCRIMINACIÓN PREVISTA EN LA LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN</b>	
NURIA J. AYERRA DUESCA .....	303
<b>I. Introducción .....</b>	303
<b>II. Equiparación entre enfermedad y discapacidad realizada por los Tribunales antes de la Ley 15/2022 .....</b>	307
<b>III. Nulidad/improcedencia del despido por enfermedad o condición de salud con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2022 .....</b>	313
<b>IV. El concepto de ajustes razonables y su vinculación con los despidos por ineptitud sobrevenida relacionados con la sa- lud de las personas trabajadoras .....</b>	323
<b>V. Reflexiones finales .....</b>	331
<b>VI. Bibliografía .....</b>	333

**ESTUDIO 12**

<b>DESAFÍOS LABORALES DE LAS ENFERMEDADES DE SENSIBILIZACIÓN CENTRAL: PERSPECTIVA JURÍDICO- PREVENTIVA</b>	
GEMA CATALÁN MEJÍA .....	337
<b>I. Introducción .....</b>	338
<b>II. Enfermedades encuadradas dentro del síndrome de sensi- bilización de central .....</b>	339
1. <i>Notas definitorias y manifestaciones clínicas preponderantes.</i>	340
1.1. <i>Fibromialgia .....</i>	341

	<i>Página</i>
1.2. El síndrome de sensibilidad química múltiple . . . .	343
1.3. Síndrome de Fatiga Crónica/Covid Persistente . . .	346
1.4. Síndrome de Hipersensibilidad Electromagnética	348
<b>III. Tratamiento jurídico de las enfermedades encuadradas dentro del síndrome de sensibilización central . . . . .</b>	<b>350</b>
1. <i>El reconocimiento de incapacidad permanente derivado de las enfermedades encuadradas dentro del síndrome de sensibilización central . . . . .</i>	<i>351</i>
2. <i>La reubicación del puesto de trabajo ante la declaración de incapacidad permanente total: ¿Obligación empresarial? . . . . .</i>	<i>352</i>
<b>IV. La prevención de riesgos laborales: Especial referencia a los pacientes con enfermedades encuadradas dentro del síndrome de sensibilización central . . . . .</b>	<b>355</b>
1. <i>Medidas preventivas especiales en los casos de trabajadores con enfermedades encuadradas dentro del síndrome de sensibilización central . . . . .</i>	<i>357</i>
2. <i>Medidas de vigilancia y control de la salud . . . . .</i>	<i>359</i>
<b>V. Reflexión final. . . . .</b>	<b>360</b>
<b>VI. Bibliografía . . . . .</b>	<b>361</b>

**ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL  
RELACIONADOS CON LA SALUD Y LA PROTECCIÓN  
DE LOS COLECTIVOS VULNERABLES**

ESTUDIO 13

**¿FUNDAMENTA EL SECRETO MÉDICO UNA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR EN EL PROCESO PENAL (ART. 416.2 LECRIM POR ANALOGÍA)?**

BRIAN BUCHHALTER MONTERO. . . . .	369
<b>I. Introducción . . . . .</b>	<b>370</b>
<b>II. Un breve apunte de Derecho comparado. . . . .</b>	<b>373</b>
<b>III. El sentido del art. 24.2.II CE . . . . .</b>	<b>375</b>

	<i>Página</i>
<b>IV. Posibles fundamentos de la dispensa del deber de declarar del médico</b> .....	377
1. <i>Derechos fundamentales</i> .....	377
1.1. Prohibición de indefensión y derecho a que no se utilicen medios de prueba antijurídicos .....	378
1.2. Derecho del investigado o acusado a la intimidad personal, a la protección de datos. ....	378
2. <i>Deontología profesional y, en su caso, deberes funcionariales.</i>	379
3. <i>Evitar el desincentivo de solicitar ayuda médica (derecho a la integridad física y moral y derecho a la protección de la salud)</i>	380
<b>V. Traducción legal de tales fundamentos: la analogía es posible</b> .....	380
1. <i>Argumento teleológico</i> .....	381
2. <i>Argumento sistemático</i> .....	382
3. <i>Ponderación concreta</i> .....	382
<b>VI. Ámbito subjetivo: médicos habilitados en España (y sus asistentes).</b> .....	383
<b>VII. Ámbito objetivo: lo conocido en el ejercicio de sus funciones</b> .....	383
<b>VIII. Límites a la dispensa</b> .....	384
1. <i>Derechos procesales de otras partes</i> .....	384
2. <i>Voluntad del investigado o acusado</i> .....	385
3. <i>Los supuestos del art. 416.1.II (1.º, 2.º, 4.º y 5.º) LECrim por analogía</i> .....	385
4. <i>Extraordinario interés público</i> .....	386
<b>IX. Efectos procesales de la quiebra del deber de secreto médico</b> .....	386
1. <i>Cuestión previa: obligación del Juez de advertir la existencia de dispensa y consecuencia de su incumplimiento.</i> .....	386
2. <i>La declaración no es valorable cuando el médico quiebra su deber</i> .....	387
<b>X. Conclusiones</b> .....	388
<b>XI. Referencias</b> .....	389

ESTUDIO 14

**HACIA LA VALORACIÓN INTEGRAL DE LA PERSONA  
CON DISCAPACIDAD EN LA PROVISIÓN DE MEDIDAS  
JUDICIALES DE APOYO**

JESSICA NARANJO RODRÍGUEZ. ....	391
<b>I. Algunas notas sobre la trascendencia civil y procesal civil de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica . . . . .</b>	392
<b>II. El expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad (art. 42 bis. LJV) . . . . .</b>	395
<b>III. Del dictamen pericial médico al del «profesional especializado en el ámbito sanitario» . . . . .</b>	397
1. <i>Quién está facultado para emitirlo . . . . .</i>	397
2. <i>En la tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria . . . . .</i>	405
2.1. Momento procesal de su aportación . . . . .	405
2.2. Comparecencia del perito sanitario o social . . . . .	405
2.3. Revisión de las medidas judicialmente adoptadas . . . . .	406
3. <i>En el proceso judicial sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad (art. 759.1 3.º LEC) . . . . .</i>	406
<b>IV. Conclusiones . . . . .</b>	409
<b>V. Bibliografía . . . . .</b>	409

ESTUDIO 15

**LAS GARANTÍAS PROCESALES EN LA PRÁCTICA Y  
VALORACIÓN DEL DICTAMEN MÉDICO PERICIAL**

PEDRO MANUEL QUESADA LÓPEZ. ....	413
<b>I. Consideraciones introductorias: la valoración del dictamen médico pericial . . . . .</b>	413

	<i>Página</i>
<b>II. La participación de las partes en la práctica del dictamen médico pericial</b> .....	418
1. <i>La admisión de dictamen médico pericial</i> .....	418
2. <i>La intermediación en la práctica de la prueba médico-pericial</i> ...	421
3. <i>La posibilidad de impugnar de forma efectiva el dictamen médico-pericial propuesto por otra parte</i> .....	424
<b>III. La independencia del perito médico como garantía</b> .....	427
<b>IV. La motivación del dictamen</b> .....	431
<b>V. Conclusión</b> .....	434
<b>VI. Bibliografía</b> .....	435

**ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, DE  
PROTECCIÓN DE DATOS SANITARIO Y OTRAS  
MATERIAS RELATIVAS A LA SALUD**

ESTUDIO 16

<b>REFLEXIONES SOBRE LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN EN LA SALUD. NUEVAS TENDENCIAS, LA DIGITALIZACIÓN, Y ALGUNOS RETOS Y OBSTÁCULOS</b> LETICIA FUERTES GINÉ .....	441
<b>I. Introducción. El estado de la salud pública y su confluencia con la innovación sanitaria</b> .....	441
<b>II. La contratación pública como herramienta al servicio de la innovación y de la salud</b> .....	447
1. <i>La compra pública de innovación. Distinción entre la Compra Pública Precomercial y la Compra Pública de Tecnología Innovadora</i> .....	450
2. <i>¿Hacia dónde se dirige la innovación en el sector salud? La digitalización y la medicina «5P»</i> .....	453
<b>III. Algunos retos y obstáculos para la innovación en el sector de la salud digital</b> .....	457
<b>IV. Conclusiones</b> .....	463
<b>V. Bibliografía</b> .....	464

ESTUDIO 17

**LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DATOS CEREBRALES O «NEURODATOS» EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA**

JESÚS A. TAHIRÍ MORENO .....	469
<b>I. Introducción .....</b>	<b>470</b>
<b>II. La delimitación del concepto «dato neuronal» o «dato cerebral» como paso previo a su calificación jurídica .....</b>	<b>472</b>
1. <i>La interpretación restrictiva: el «dato neuronal» entendido como toda información extraída o inferida mediante el uso de dispositivos que registren, midan o modulen la actividad cerebral .....</i>	<i>473</i>
2. <i>La interpretación extensiva: el concepto «dato neuronal» interpretado en sentido amplio y su extensión a los datos mentales con independencia del medio utilizado para su tratamiento. ....</i>	<i>475</i>
<b>III. La calificación jurídica de los datos dimanantes de la actividad neuronal .....</b>	<b>477</b>
1. <i>¿Son los datos cerebrales datos personales? .....</i>	<i>477</i>
2. <i>Una aproximación a la calificación jurídica de los «datos neuronales» desde el derecho comparado .....</i>	<i>480</i>
3. <i>Las consecuencias derivadas de la naturaleza poliédrica de los datos neuronales en función de la finalidad del tratamiento. ¿Datos personales, anónimos o de categoría especial? .....</i>	<i>482</i>
<b>IV. Cauces para la incorporación del concepto «dato neuronal» al ordenamiento jurídico europeo y español .....</b>	<b>483</b>
<b>V. Sobre la innecesariedad de crear un derecho humano a la «privacidad mental» .....</b>	<b>485</b>
1. <i>Una crítica al neurohype o la tendencia a la exageración deliberada de las evidencias científicas en el campo de la neurociencia. ....</i>	<i>485</i>
2. <i>El derecho a la intimidad personal y familiar ya reconoce el derecho a la privacidad mental. ....</i>	<i>487</i>

	<u>Página</u>
3. <i>La libertad de pensamiento en su vertiente ad intra y la consecuente prohibición absoluta de las interferencias no consentidas que tengan por finalidad la manipulación o alteración cognitiva</i> .....	488
4. <i>La proyección del derecho fundamental a la protección de datos personales a los supuestos de tratamientos de datos cerebrales</i> .....	490
<b>VI. Reflexiones finales. En defensa de una regulación que refuerce los derechos de la ciudadanía y promueva el avance científico y tecnológico</b> .....	492
<b>VII. Bibliografía</b> .....	494

ESTUDIO 18

**LOS ENSAYOS CLÍNICOS Y EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES AL QUE DAN LUGAR**

VICTORIA PARDO MARQUINA .....	497
<b>I. Introducción</b> .....	497
<b>II. El ensayo clínico. Definición normativa y procedimiento de ejecución</b> .....	499
<b>III. El Derecho Fundamental a la protección de datos personales</b> .....	506
<b>IV. El tratamiento de datos personales por norma general y el caso concreto de los datos personales de salud. Especialidades en los ensayos clínicos</b> .....	511
<b>V. Bibliografía</b> .....	523

## *Presentación de la obra y agradecimientos*

Este libro, que se presenta ante la comunidad científica y ante la sociedad civil, nace del esfuerzo conjunto y las sinergias entre la Universidad de Zaragoza, una de las instituciones de formación superior de más raigambre y prestigio dentro y fuera de España, y el mecenazgo de un laboratorio farmacéutico referente a nivel mundial, como es Johnson&Johnson Innovative Medicine, a través de un instrumento de colaboración particularmente ambicioso y original, como es la Cátedra J&J Derecho y Salud de la Universidad de Zaragoza.

El propósito de la obra es ofrecer al lector una selección de algunas de las más interesantes aportaciones que esta nueva Cátedra, que está dando sus primeros pasos, puede ofrecer. Sus autores y las materias que abordan expresan, creemos que de una manera excelente, la transversalidad e interdisciplinariedad que infundió la idea original en la creación de esta Cátedra, para lo que debemos agradecer públicamente el interés, confianza y soporte que desde Johnson&Johnson se ha dado a este proyecto, que no tiene otra pretensión que expresar el compromiso social y con el avance científico de las entidades participantes, ofreciéndonos a los investigadores integrantes unos medios y oportunidades con las que avanzar en nuestras investigaciones jurídicas aspectos clave para el interés social y para la salud colectiva. Esta Cátedra, a su vez, es una de las varias apuestas de J&J por abarcar un estudio y avance integral en diversos campos de los saberes científicos, desde un prisma «afectivo-efectivo» que pretende crear un «ecosistema sanitario» de colaboración, participación y comunicación entre los distintos protagonistas en el ámbito de la salud, desde los usuarios, familias, ONGs, Administraciones, profesionales y la propia industria farmacéutica. Se trata de un modelo en el que se parte de que sumar y multiplicar ofrece resultados óptimos en una sociedad en la que, en ocasiones, priman otros intereses que restan y dividen, con lo que ello comporta.

Por ello, este libro debe ser agradecido con la entidad que lo patrocina, Johnson&Johnson, la Universidad de Zaragoza, pero también con nuestros queridos colegas de las demás «Cátedras en Red» de Johnson&Johnson, con quienes encontramos puntos de interés común e inspiración en sus modelos

de trabajo. Igualmente, debemos agradecer encarecidamente el apoyo ofrecido a nuestra Cátedra desde los órganos administrativos de nuestra institución, la Universidad de Zaragoza, y desde el Gobierno de Aragón, que apoyan con interés las actividades que hemos realizado y las que estamos proyectando para los próximos años.

Es una satisfacción contar con el compromiso de todas las partes implicadas en un proyecto como el que nos ocupa, en el que se sabe que los frutos están por llegar y que, aun cuando actualmente ya podemos presumir de algunas actuaciones culminadas, no estamos sino ante el prelude de un modelo de trabajo que ofrecerá, a buen seguro, investigadores con una mirada jurídico-sanitaria dual, con el sello del modelo «Afectivo-Efectivo» que las Cátedras en Red poseemos, preocupados por responder a las grandes cuestiones que afronta el Derecho sanitario en el marco actual de una sociedad en constante evolución y una vertiginosa expansión de las nuevas tecnologías. Son temas cruciales, que nos afectan a todos los ciudadanos, y que transitan diversos ámbitos, desde la protección de las personas con discapacidad, la tutela de los derechos individuales en el ámbito laboral y las condiciones para el acceso a la innovación sanitaria, hasta aspectos de la tutela de los derechos de colectivos particularmente vulnerables, como son las personas afectadas de una enfermedad mental.

Solo desde una óptica combinada, desde un diálogo abierto y constante entre el Derecho y las demás ciencias jurídicas con la Medicina y las ciencias de la salud, desde esa mutua comprensión entre dos orillas conceptuales del mismo río, en el que se encuentra nuestra sociedad civil, podemos trazar puentes y no muros, lazos que vinculen a ambos colectivos profesionales y que redunden, finalmente, en una apuesta por lo verdaderamente importante frente a las cuestiones accesorias.

La promoción de la salud, su cuidado, y la protección de los derechos individuales y colectivos son los signos de identidad de las sociedades avanzadas, garantistas y respetuosas con las libertades fundamentales. Se atribuye a Stuart Mill la sentencia de que *«no existe una mejor prueba del progreso de una civilización que la del progreso de la cooperación»*.

Este libro es, sin duda, la muestra del compromiso de investigadores de solvencia y prestigio, de diversa edad y experiencia académica, de distintos orígenes disciplinares, que ponen al servicio de la comunidad científica sus mejores conocimientos en favor del beneficio colectivo que implica la cooperación. Como responsables de la Cátedra J&J Derecho y Salud, por tanto, no podemos sino agradecerles encarecidamente su esfuerzo y ratificar ante el lector, ante la sociedad civil y la comunidad académica, nuestro entu-

siasmo y determinación por progresar en esta línea de estudio y trabajo con el apoyo que sentimos desde el primer momento de las entidades implicadas, desde Johnson&Johnson (con especial agradecimiento a David Beas, Pedro Jiménez, Victoria Fernández, Macarena Rodríguez, y muy cariñosamente, a Luis Díaz-Rubio), a los miembros de la Universidad de Zaragoza que han cooperado en su creación (en particular, su Vicerrectora de Transferencia e Innovación Tecnológica, Gloria Cuenca) y sin duda, a los miembros de la Comisión Científica de nuestra Cátedra, que con su prestigio y compromiso, colaboran a que cada día esta Cátedra J&J crezca y se convierta en una referencia por sus objetivos y sus actividades.

A todos y todas, muchas gracias. Seguiremos trabajando.

En Zaragoza, a 20 de octubre de 2024

*El Director y el Coordinador de la Cátedra*  
*Prof. Dr. D. Miguel Ángel Boldova Pasamar*  
*Prof. Dr. D. Carlos Fuertes Iglesias*

Estudios de Derecho penal relacionados con la  
salud y la protección de los colectivos  
vulnerables

# La expulsión de extranjeros con trastornos mentales por la comisión de delitos: consideraciones críticas\*

CARMEN ALASTUEY DOBÓN  
*Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Zaragoza*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN LA MATERIA. III. REFLEXIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN APLICABLE EN ESTOS SUPUESTOS. IV. INTERPRETACIÓN DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE. V. LÍMITES A LA EXPULSIÓN POR MOTIVOS DE SALUD MENTAL. VI. CONCLUSIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

## I. INTRODUCCIÓN

Nuestro ordenamiento jurídico contempla una regulación excepcional para los extranjeros que cometen delitos, donde la expulsión del territorio español se configura como la principal consecuencia jurídica aplicable en esos casos. Se trata de una regulación compartida por el Código penal y la Ley de Extranjería (LO 4/2000, en adelante LOEX), en la que las distintas modalidades de expulsión con origen en la comisión de delitos se complementan y vinculan mediante complejas interrelaciones. El Código penal se

---

\*. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación «El Derecho penal ante los retos actuales de la Biomedicina (DERPERBIO)», ref.: PID2022-136743OB-I009. Se inserta, asimismo, en las líneas de investigación de la Cátedra Johnson & Johnson «Derecho y Salud» de la Universidad de Zaragoza, de la que la autora forma parte de la Comisión Científica; así como del Grupo de Estudios Penales, grupo de investigación de referencia financiado por el Gobierno de Aragón.

ocupa de los supuestos de expulsión judicial, previendo a este respecto la sustitución de las penas de prisión superiores a un año, total o parcialmente, de acuerdo con el art. 89 CP, o de las medidas de seguridad que hubiesen sido de aplicación al extranjero (art. 108 CP) por su expulsión, aunque con considerables diferencias entre ambos regímenes. En los excepcionales casos en que la expulsión no haya sido ordenada judicialmente para su ejecución sustitutiva del cumplimiento de la condena o de la medida de seguridad, podrá no obstante ser acordada por resolución administrativa una vez satisfecha la responsabilidad penal, siempre que el delito cometido por el extranjero fuese doloso y estuviese castigado con una pena privativa de libertad superior a un año, así como cuando la condena hubiese recaído por un delito vinculado con el tráfico ilegal de personas, supuesto este último en el que está vedada la expulsión judicial (art. 57.2 y 8 LOEX). Además, junto a estas modalidades de expulsión derivadas directamente de la comisión de delitos, hay que contar con la posibilidad de que los antecedentes penales desencadenen o blinden una situación de irregularidad que conducirá también a la expulsión, conforme al art. 57.1 en relación con el art. 53.1 a), ambos de la LOEX.

En esta contribución me ocuparé de la problemática específica que presenta la expulsión del territorio nacional de extranjeros que, en el momento de cometer el delito, a causa de una anomalía o alteración psíquica, no podían comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, o tenían considerablemente disminuidas dichas capacidades (situaciones contempladas en los arts. 20.1.<sup>o</sup> y 21.1.<sup>a</sup>, respectivamente), pero en los que se aprecia una peligrosidad criminal que requiere intervenir mediante la aplicación de una medida de seguridad y reinserción social, conforme a lo establecido en los arts. 6, 95, 99 y 101 a 105 CP. Según entiendo, y este es el punto de partida de las consideraciones que siguen, la expulsión de extranjeros con enfermedades mentales, sin contemplar ninguna actuación coordinada con el país receptor, se hace acreedora de severas críticas desde el punto de vista del respeto a sus derechos humanos. Las objeciones se acentúan cuando la regulación que la contempla, como es el caso en nuestro Código penal, no requiere una ponderación de las circunstancias personales del extranjero en la decisión sobre la expulsión, dando lugar, además, a graves incoherencias sistemáticas, como se expondrá en el apartado dedicado a la evolución legislativa en la materia. Por otra parte, también pretendo poner de manifiesto que la expulsión prevista para estos extranjeros no ostenta, materialmente, la naturaleza jurídica de una medida de seguridad, por mucho que formalmente esté contemplada como tal en el Código penal, lo que la convierte en un elemento discordante con las previsiones legales generales en materia de medidas de seguridad. Aunque

el desarrollo de estos argumentos conduce a proponer su derogación *de lege ferenda*, procede mientras tanto realizar *de lege lata* una interpretación restrictiva de esta regulación. Tras apuntar las líneas básicas de la exégesis propuesta, me referiré finalmente a la limitación que debe representar el estado de salud mental del extranjero para la expulsión, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que, en contra de las previsiones legales, impide todo automatismo en su ejecución.

## II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN LA MATERIA

El art. 96 CP recoge desde su primera versión en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad «la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España», actualmente en el numeral 2.º del apartado 3. Por su parte, el art. 108 CP, ubicado en la sección dedicada a las medidas no privativas de libertad, establecía en su redacción original la facultad del juez o tribunal sentenciador de acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, previa audiencia de este, como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le fuesen aplicables. El extranjero expulsado no podría regresar a España en el plazo que se señalase, sin que este plazo pudiera exceder de diez años<sup>1</sup>. Paralelamente, el art. 89 CP contemplaba la posibilidad de sustituir por la expulsión las penas privativas de libertad impuestas a extranjeros en situación irregular, íntegramente en el caso de penas inferiores a seis años o parcialmente, una vez cumplidas las tres cuartas partes de la condena, si se trataba de penas iguales o superiores a seis años. Cabe señalar que la expulsión, pese a configurarse en el art. 89 como un sustitutivo penal, nunca ha figurado en el catálogo de penas (art. 33 CP).

---

1. La consideración formal de la expulsión como medida de seguridad en el Código penal no representa una novedad absoluta en nuestro ordenamiento jurídico. Salvando las notables diferencias entre la derogada regulación de las medidas de seguridad y la vigente, el antecedente inmediato de esta regulación se encuentra en la Ley 16/1970, de peligrosidad y rehabilitación social, cuyo art. 5 recogía como medida de seguridad duodécima «la expulsión del territorio nacional cuando se trate de extranjeros», y establecía que el extranjero sujeto a dicha medida de seguridad no podía regresar a España en un plazo de cinco años. Según el art. 7 de la citada Ley, si los declarados peligrosos fueran extranjeros, el juez podía imponerles la medida de seguridad que resultase pertinente según la categoría de peligrosidad en que se encontrasen o la de expulsión del territorio nacional, sin perjuicio de aplicarles, además, las medidas que fuesen compatibles con dicha expulsión y estuviesen previstas en el supuesto de peligrosidad correspondiente.

La LO 11/2003 llevó a cabo una importante modificación en los arts. 89 y 108 CP dirigida a incrementar el número de expulsiones judiciales de los extranjeros que cometen delitos, reforma que el legislador justificó con el argumento de «evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto», dado que la expulsión «se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y que han delinquido». Con esta pretensión, la sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión se prevé tras dicha reforma como imperativa, con la única excepción de que la naturaleza del delito justificase el cumplimiento de la condena en España. Ello impedía valorar las circunstancias personales del extranjero que el juez, en el margen de su arbitrio, podía tener en cuenta aplicando la versión anterior del precepto para optar por la no expulsión. A la vez, fue suprimida la mención al trámite de audiencia al penado que figuraba en la redacción inicial. Por lo que respecta a las consecuencias de la expulsión, se estableció un plazo único de prohibición de entrada de diez años (antes, de tres a diez años), y se impidió el cumplimiento de la pena en España en caso de quebrantamiento o intento de quebrantamiento de la prohibición, disponiéndose, en su lugar, la obligación de devolver al extranjero por parte de la autoridad administrativa, empezando a computar desde el principio el plazo de prohibición de entrada.

Los cambios se extendieron a la regulación de la sustitución de las medidas de seguridad por la expulsión en el art. 108 CP, transformándose igualmente en obligatoria dicha sustitución, salvo cuando por la naturaleza del delito cometido el juez considerase justificado el cumplimiento de la medida de seguridad en España. Además, esta reforma amplió la sustitución a todas las medidas de seguridad, aunque no fueran privativas de libertad. El plazo de prohibición de regreso pasó a ser también aquí únicamente de diez años, y se recogieron las mismas previsiones que en el art. 89 en materia de quebrantamiento de la prohibición de entrada en territorio español.

Como es sabido, esta nueva regulación de la expulsión judicial de extranjeros fue muy contestada por la doctrina<sup>2</sup>. Por su parte, el Tribunal Supremo se encargó de matizar sus efectos a partir de la sentencia 901/2004, de 8 de julio, en la que argumenta sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. 89 CP, ampliando las excepciones a la expul-

2. Véanse, entre otras muchas, las consideraciones críticas formuladas por SANZ MORÁN (2004), pp. 35 ss.; MUÑOZ LORENTE (2004), pp. 401 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.

sión e incluyendo, a tal efecto, un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar, para lo que resultaría imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión (FJ 2). En las reformas posteriores operadas en la regulación de la expulsión sustitutiva de las penas privativas de libertad, en virtud de las leyes orgánicas 5/2010 y 1/2015, el legislador atendió en cierto modo aquellas reclamaciones doctrinales y jurisprudenciales, optando por una flexibilización de los requisitos de la sustitución. Por otra parte, la LO 1/2015 amplió el ámbito subjetivo de aplicación del art. 89 CP a todos los extranjeros condenados, de manera que la expulsión sustitutiva de la pena abarca ahora también a los extranjeros con residencia regular de terceros países y a los extranjeros pertenecientes a la Unión Europea. Sin embargo, la expulsión sustitutiva de las medidas de seguridad no se vio afectada por estas reformas, por lo que el contenido del art. 108 CP permanece inalterado desde la entrada en vigor de la LO 11/2003. Ello provoca incomprensibles desajustes entre ambos supuestos de sustitución de la consecuencia jurídico-penal por la expulsión<sup>3</sup>.

En efecto, el régimen jurídico de la sustitución de las medidas de seguridad por la expulsión del extranjero difiere considerablemente del establecido para los casos en que la expulsión sustituye a las penas de prisión. En primer lugar, como se ha adelantado, el ámbito subjetivo de aplicación del art. 108 CP queda restringido a los extranjeros que no residen legalmente en España. En cambio, en segundo lugar, el ámbito objetivo es mucho más amplio, pues se establece la sustitución imperativa de todas las medidas de seguridad, con independencia de su naturaleza y duración. Además, a diferencia de lo dispuesto en el art. 89 CP, la medida de seguridad ha de sustituirse íntegramente por la expulsión. La única excepción a la sustitución es que la naturaleza del delito justifique el cumplimiento de la medida en España, aunque, al tratarse de extranjeros a quienes procede aplicar medidas de seguridad, resultaría mucho más adecuado atender, para excepcionar la expulsión, a su situación particular que determina una anulación o disminución considerable de su imputabilidad, así como a las necesidades tratamentales que se derivan de ella. En relación con lo anterior, llama poderosamente la atención que el art. 108 CP no recoja, como sí hace en cambio el art. 89 CP desde la reforma de 2015, una excepción a la expulsión basada en las circunstancias personales del extranjero, particularmente su arraigo.

También difieren los efectos de la expulsión, pues en el caso de la sustitución de las penas se establece un plazo de prohibición de entrada que

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

puede oscilar entre los cinco y los diez años, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado (art. 89.5 CP), mientras que la expulsión sustitutiva de las medidas de seguridad impide al extranjero regresar a España, en todo caso, en un plazo de diez años contados desde la fecha de la expulsión. Finalmente, tampoco hay coincidencia en las previsiones legales relativas a cómo proceder en situaciones de quebrantamiento de la prohibición. El art. 89 CP prevé el cumplimiento en España de las penas sustituidas si el extranjero regresa a España antes de transcurrir el tiempo fijado judicialmente, aunque permite que el juez reduzca la duración de la pena si su cumplimiento íntegro resulta innecesario, pero dispone la expulsión directa por la autoridad gubernativa, con reinicio del cómputo del plazo de prohibición, si el extranjero es sorprendido en la frontera intentando entrar. En cambio, el art. 108 CP solo hace referencia al intento de quebrantamiento de la prohibición de entrada, al que asocia la consecuencia de devolución del extranjero por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo, también aquí, el plazo de prohibición en su integridad.

Aunque el legislador no se ha pronunciado al respecto, probablemente sea la escasísima relevancia práctica del art. 108 CP la razón por la que no se ha querido prestar atención al precepto<sup>4</sup>. En cualquier caso, nada justifica el mantenimiento en el Código penal de una regulación que presenta tan graves incoherencias, y que no requiere una ponderación de las circunstancias personales del extranjero allí donde es más necesario: en el caso de los extranjeros inimputables o semiimputables.

### III. REFLEXIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN APLICABLE EN ESTOS SUPUESTOS

La crítica a la expulsión sustitutiva de las medidas de seguridad se sustenta en su inidoneidad para cumplir las funciones propias de aquellas. Como ya sabemos, el art. 96.3 CP incluye la expulsión en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad, razón por la cual el TS ha mantenido en algunas sentencias que esa es su naturaleza, incluso cuando

4. No parece, en efecto, que el art. 108 CP sea el instrumento jurídico utilizado para expulsar a los extranjeros que delinquen. Como ejemplo, puede verse el que sigue: en el Auto 125/2004, de 30 de junio, de la AP de Badajoz (sec. 3.<sup>o</sup>) se acuerda mantener la resolución, recurrida en apelación del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia e Instrucción n.º 2 de Almendralejo de 24 de marzo de 2004, en la que se sustituyó una medida de seguridad privativa de libertad impuesta a una extranjera por su expulsión.

sustituye a las penas de prisión en aplicación del art. 89 CP<sup>5</sup>. Pero lo cierto es que la figura no reúne ninguno de los requisitos materiales de estas consecuencias jurídico-penales.

A la tesis que defiende la naturaleza de medida de seguridad de la expulsión sustitutiva de las penas cabe plantearle varias objeciones. En primer lugar, que su aplicación no requiere la constatación de la peligrosidad criminal del sujeto, ni posibilita la aplicación de ningún programa individualizado tendente a neutralizarla. En segundo lugar, que carecería de sentido prever una medida de seguridad como consecuencia jurídica sustitutiva de las penas de prisión impuestas a sujetos plenamente imputables, dado que las medidas no tienen carácter sancionatorio, por lo que no son útiles para cumplir subsidiariamente los fines de la pena<sup>6</sup>. En tercer lugar, debe tenerse en cuenta que el art. 96.3 CP se refiere exclusivamente a la expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España, siendo así que el ámbito subjetivo de aplicación del art. 89 abarca desde la reforma de 2015 a cualquier ciudadano extranjero, con independencia de cuál sea su situación administrativa en nuestro país. Por esta razón, la mención a la expulsión en el art. 96.3 solo puede ir referida al supuesto de sustitución de las medidas de seguridad impuestas a extranjeros no residentes legalmente en España regulado en el art. 108 CP. Así y todo, considero que ni siquiera en este caso la expulsión tiene materialmente la naturaleza de medida de seguridad jurídico-penal.

Considero, en efecto, que la regulación del art. 108 CP no se adapta al régimen de imposición y ejecución de las medidas de seguridad y reinserción social diseñado de acuerdo con su fundamento —la peligrosidad criminal— y fines —la prevención especial—, ni es capaz de respetar los principios que lo inspiran. En primer lugar, parece adecuado dejar constancia de que en el ámbito de las medidas de seguridad, por su naturaleza, no es preciso esta-

5. Así, entre otras, 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. De todas formas, es discutible que se refiera el TS en todo caso a que su naturaleza sea, materialmente, la de una medida de seguridad y reinserción social. Y así, en algunas sentencias 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».

6. Comparten la opinión de que la expulsión sustitutiva de las penas no es una medida de seguridad, entre otros, ASÚA BATARRITA (2002), p. 60; CANCIO MELIÁ (2005), p. 214; BRANDARIZ GARCÍA (2011), pp. 165 s.; TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 67 s.; ROIG TORRES (2014), p. 474; MACÍAS ESPEJO (2016), pp. 259-261; BOZA MARTÍNEZ (2016) pp. 262 s., 330 s.; y RECIO JUÁREZ (2016), pp. 91 s. De otra opinión, por considerar que se trata de una medida de seguridad basada en una peligrosidad criminal «no plena», DÍEZ RIPOLLÉS (2020), pp. 697, 806 s.

blecer un sistema de sustitución equivalente al de las penas. Conforme a las características del 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, si es necesario, 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, según los arts. 97 y 98 CP. 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, si materialmente se tratase de una medida de seguridad, su aplicación sería posible, en principio, aunque el art. 108 CP no existiera.

Pero, como la expulsión no constituye en modo alguno un instrumento adecuado para el tratamiento de la peligrosidad criminal del sujeto, su imposición, originaria o sustitutiva, no podría justificarse conforme a los criterios que rigen con carácter general la aplicación de las medidas de seguridad. 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<sup>7</sup>. Procede indicar, además, que el régimen establecido en el art. 108 CP no es acorde tampoco con el

7. TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 258, considera que cuando concurren los requisitos necesarios para imponer una medida de seguridad a un extranjero con residencia irregular, la expulsión puede tener dos modalidades de aplicación: como medida elegida autónomamente, es decir, originaria, por aplicación del art. 95.2, que remite al art. 96.3, y como medida sustitutiva, en el marco del art. 108 CP. En cambio, a mi modo de ver, la única posibilidad de expulsar al extranjero es a través del mecanismo regulado en el art. 108 CP, o, lo que es lo mismo, por imposición legal. Como señalo en el texto, la inidoneidad de la expulsión para satisfacer los fines propios de las medidas de seguridad, anula sus posibilidades de ser elegida como consecuencia jurídica directamente aplicable.

principio de proporcionalidad en materia de medidas de seguridad formulado en el art. 6.2 CP<sup>8</sup> 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 de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor». En este sentido, no parece posible realizar un análisis comparativo de la gravedad y duración de la expulsión con la de la pena que hubiera sido abstractamente aplicable; pero se da la circunstancia, además, de que la propia regulación lo impide: el juez tiene que acordar la expulsión como regla general, al margen de cuál fuese la clase y duración de la pena prevista para el delito cometido, y se establece un plazo fijo de diez años para la prohibición de entrada. Por lo demás, el hecho de que la expulsión haya de ordenarse en sustitución de toda medida de seguridad que fuese aplicable pone de manifiesto que el grado de peligrosidad criminal del sujeto resulta irrelevante a los efectos de su expulsión. No hace falta insistir, finalmente, 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<sup>9</sup>.

Como he puesto de manifiesto en otro lugar<sup>10</sup>, las modalidades de expulsión judicial, al igual que los supuestos de expulsión administrativa basados en la comisión de delitos, se fundamentan en razones de protección de intereses públicos. En todos los casos, la expulsión se ordena con la finalidad de satisfacer objetivos de política de extranjería de carácter asegurativo o defensivo, que subordina el derecho a entrar y a residir en nuestro país al cumplimiento de la condición de no haber cometido delitos o delitos de cierta gravedad. En consecuencia, la expulsión es un acto de gravamen esencialmente incoercitivo, dirigido a neutralizar una fuente de peligro. Este objetivo de política de extranjería se convierte en prioritario, de manera que se prefiere neutralizar al extranjero para prevenir hipotéticos riesgos para la seguridad colectiva que, en el caso del art. 89 CP, ejecutar una pena proporcionada a la gravedad de lo injusto culpable capaz de desplegar efectos preventivos o, en el caso del art. 108 CP, que combatir su peligrosidad criminal mediante la aplicación de una medida de seguridad adecuada a su estado, que permita un control de su evolución.

- 
8. Sobre ello, por ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), p. 629; GARCÍA ALBERO (2016), pp. 764-766; y BOZA MARTÍNEZ (2016), p. 340.
  9. En contra de que la expulsión regulada en el art. 108 sea una medida de seguridad, se manifiestan, por ejemplo, URRUELA MORA (2009), pp. 198 s.; ARIAS SENSO (2005), p. 17; y GRACIA MARTÍN / MAYO CALDERÓN (2023), pp. 659 s.
  10. ALASTUEY DOBÓN (2024), pp. 25 ss., 66 ss., 211 s.

#### IV. INTERPRETACIÓN DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE

De acuerdo con el art. 108.1 CP, en su primer párrafo, «si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que les sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España». El punto de partida de esta regulación es que al extranjero le sea aplicable una medida de seguridad. De acuerdo con nuestro Código penal, ello es posible en los supuestos en que el extranjero haya sido declarado inimputable (arts. 101 a 103 CP) o semiimputable (art. 104 CP), y también cuando, aun siendo imputable, haya cometido alguno de los delitos para los que está prevista la imposición de la medida de libertad vigilada para su cumplimiento postpenitenciario (art. 106.2 CP). En este último caso, el hecho de que la libertad vigilada sea una medida no privativa de libertad no supone obstáculo alguno para aplicar el régimen del art. 108 CP, pues este no queda restringido a las medidas de seguridad privativas de libertad. Ahora bien, teniendo en cuenta que en dichos supuestos será ejecutada antes la pena de prisión, la expulsión habrá podido actuar como sustitutivo total o parcial de aquella, sin necesidad de que llegue a plantearse, cuando así sea, la sustitución de la medida por la expulsión.

En los otros dos supuestos, lo que el ordenamiento jurídico *impone* es, simple y llanamente, la expulsión sin previo tratamiento de personas con trastornos mentales, con adicción al alcohol o a estupefacientes, o con alteraciones en la percepción. No hace falta repetir lo ya dicho en el epígrafe anterior sobre la ausencia de perspectiva preventivo-especial en la figura, más allá de la dirigida a la mera inocuización. Al extranjero se le abandona a su suerte, pues no está contemplada ninguna actuación de coordinación con las autoridades del país receptor en orden a programar un tratamiento destinado a incidir en su peligrosidad criminal. Por este motivo, comparto la opinión que aboga *de lege ferenda* por la derogación del precepto<sup>11</sup>. Entre tanto, por si se presenta la oportunidad de aplicarlo, se impone, en la medida de lo posible, realizar una interpretación restrictiva del mismo.

En lo referido al ámbito subjetivo de aplicación de esta modalidad de expulsión, se mantiene la exigencia, otrora vigente para todos los supuestos de expulsión judicial, de que el extranjero no resida legalmente en España.

11. En este sentido, entre otros, ASÚA BATARRITA (2002), p. 94; MARTÍNEZ ESCAMILLA (2009), p. 21; TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 262; BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 340 s.; y ARIAS SENSO (2005), p. 17.

Debemos determinar, por tanto, en qué extranjeros concurre dicha circunstancia, para lo que es preciso acudir a la normativa administrativa. Según el art. 30 bis LOEX, se encuentran en España en situación de residencia los extranjeros que sean titulares de una autorización de residencia temporal o de residencia de larga duración. A grandes rasgos, y limitándonos al régimen ordinario, la residencia temporal autoriza a residir en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años (art. 31.1 LOEX), mientras que la residencia de larga duración, a la que tienen derecho quienes hayan tenido residencia temporal continuada durante cinco años, autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles (arts. 32.1 y 2 LOEX). En consecuencia, no residirán legalmente en España quienes no hayan obtenido nunca esas autorizaciones, generalmente por haber entrado en territorio nacional incumpliendo las formalidades legalmente establecidas, ni tampoco quienes, siendo inicialmente titulares de un permiso de residencia, lo hayan perdido posteriormente, al no haber obtenido la prórroga del permiso o tenerlo caducado.

En relación con lo anterior, dado que la legislación administrativa en materia de extranjería distingue entre situación de residencia y situación de estancia, se plantea la cuestión de si sería expulsable un extranjero en régimen de estancia, esto es, según el art. 30 LOEX, aquel que permanezca legalmente en territorio español por un tiempo no superior a noventa días, salvo prórroga. A esta pregunta responde afirmativamente la FGE<sup>12</sup>, así como un sector de la doctrina<sup>13</sup>. Por el contrario, coincido con otro sector doctrinal en la consideración de que el término «no residente legalmente» debe interpretarse como referido a extranjeros en situación de irregularidad, por lo que los extranjeros en situación administrativa regular, aunque no tengan permiso de residencia, no pueden ser expulsados<sup>14</sup>. Como vengo indicando, las objeciones que cabe plantear a la regulación reclaman una interpretación restrictiva del precepto. En cualquier caso, a no ser que se considere expulsables a quienes gocen de una modalidad especial de estancia, la cuestión tendrá una relevancia limitada. Téngase en cuenta en este

12. De acuerdo con la Circular 2/2006, apartado I.2, «no puede confundirse residencia legal y estancia regular. No residen legalmente en España ni los extranjeros que se encuentran en situación irregular ni los que se encuentran en situación de estancia, pese a que estos últimos se encuentran legalmente en España». Y, en el mismo sentido, la Circular 5/2011, apartado VI. 2.1.

13. Así, RECIO JUÁREZ (2016), p. 121, con el argumento de que si no se ha alcanzado la situación de residente no existe todavía un mínimo arraigo. Ahora bien, en su opinión quedarían fuera del ámbito de la expulsión los supuestos de estancia por razón de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado, «en atención a la situación de cierto arraigo» que implican.

14. Véanse, respecto a la regulación de la expulsión judicial anterior a 2015, ARIASSENSO (2005), p. 11; y PUENTE SEGURA (2009), p. 380.

sentido, primero, la escasa duración temporal de la situación de estancia y, segundo, que el momento en el que debe valorarse la situación administrativa del extranjero es el de la materialización de la expulsión. Por otra parte, tampoco residirán legalmente en España los nacionales de otros Estados de la UE que no hayan cumplido los requisitos de entrada o no posean derecho de residencia en los términos indicados en el RD 240/2007.

Por lo que respecta al ámbito objetivo de aplicación del art. 108 CP, desde la reforma del precepto operada por LO 11/2003, la ley permite la sustitución de cualquier medida de seguridad, sea o no sea privativa de libertad, y con independencia de la duración estimada. Asimismo, la ley solo contempla la sustitución íntegra de la medida de seguridad. Todo ello contrasta claramente con el régimen de la expulsión sustitutiva de la pena, y pone de manifiesto las incoherencias en la regulación de la expulsión judicial. Pese a las diferencias apreciables en el tenor literal de los preceptos que la regulan, la FGE sostiene que la sustitución del art. 108 solo debe regir para las medidas de seguridad privativas de libertad, de acuerdo con «una interpretación sistemática, a la luz de los criterios sentados por el art. 89 y del principio de proporcionalidad»<sup>15</sup>. Sin embargo, es discutible que mediante una interpretación sistemática pueda excluirse la posibilidad de sustituir medidas de seguridad no privativas de libertad por la expulsión, lo que no impide transitar otras vías que permitan restringir este supuesto de expulsión. *García Albero* opina, en este sentido, que solo cabe recurrir a la expulsión sustitutiva de las medidas de seguridad cuando el delito cometido por el extranjero tenga prevista una pena privativa de libertad. En consecuencia, no podrían sustituirse por la expulsión medidas de seguridad no privativas de libertad en los casos en que el juez, teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 6.2 y 95.2 CP, tuviese vedada la imposición de una medida privativa de libertad, por no tener esa naturaleza la pena establecida por la ley para el delito cometido<sup>16</sup>. La tesis resulta convincente. En efecto, desde la orientación defensiva o de protección de la sociedad que fundamenta la expulsión judicial, cabe entender que únicamente procede ordenarla cuando el delito cometido por el extranjero alcance una determinada gravedad<sup>17</sup>. De ahí se extrae que la pena prevista por la ley para ese delito tendrá que ser

15. Circulares FGE 2/2006, apartado I. 9, y 7/2015, apartado 12. Son de esta opinión también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), pp. 641 s.; y RECIO JUÁREZ (2016), p. 206.

16. GARCÍA ALBERO (2016), p. 764.

17. Y ello, por cierto, con independencia de cuál sea el grado de peligrosidad criminal del individuo concreto. La regulación de la expulsión no tiene en cuenta este elemento en ninguna de sus modalidades, lo que resulta evidente en la que analizamos ahora.

privativa de libertad, pues solo entonces podrá afirmarse que concurren las razones de orden o seguridad públicas que motivan la expulsión<sup>18</sup>.

En caso de que el extranjero residente ilegalmente en España sea semiimputable y peligroso criminalmente, se le impondrá la pena atenuada (art. 68 CP) y una medida de seguridad. Se plantea entonces el problema de cómo compatibilizar el cumplimiento de la pena con la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, sin olvidar que la pena impuesta puede ser, a su vez, objeto de sustitución conforme a la regulación del art. 89 CP. No es sencillo determinar cuál es la solución más adecuada a cada una de las situaciones que pueden presentarse. Es posible que, junto a la medida de seguridad, privativa o no privativa de libertad, le sea impuesta al extranjero una pena no sustituible por la expulsión, por ejemplo, porque su extensión no supere el año de privación de libertad. En ese caso, para evitar que la sustitución afecte tanto a la medida como a la pena, debería cumplirse esta antes de aplicar el art. 108 CP. La solución no es, desde luego, plenamente satisfactoria, pero, al menos, durante el cumplimiento de la pena se puede intentar poner en práctica algún programa de tratamiento. No creo que el sistema vicarial previsto en el art. 99 CP suponga ningún obstáculo para defender esta opinión. Es decir, no puede considerarse que, en el supuesto analizado, el art. 99 CP, al disponer que debe cumplirse primero la medida, obligue a aplicar preferentemente el art. 108 CP, con la consecuencia de que la expulsión sería ordenada, sin posibilidad de que pudiese plantearse la ejecución de la pena<sup>19</sup>. En efecto, lo que regula el art. 99 CP es una forma de *cumplimiento* de penas y medidas de seguridad privativas de libertad que concurren conjuntamente, mientras que aquí la medida de seguridad dejará de cumplirse, al ser sustituida por la expulsión.

También puede concurrir la medida de seguridad con una pena sustituible, en cuyo caso podrá plantearse la aplicación tanto del art. 108 CP como del art. 89 CP. Si la pena no se sustituye íntegramente por la expulsión, estimo que debería darse preferencia al art. 89 CP, dado que se trata de un régimen más estricto —es decir, menos favorable a la expulsión y más limitado en sus efectos—. Así se logra, además, que la medida de seguridad despliegue sus efectos. Por tanto, si el juez considera que, por razones de

18. *García Albero (ibidem)*, considera, en cambio, que la razón por la que debe exigirse, para aplicar esta modalidad de expulsión, que la pena prevista para el delito sea privativa de libertad, es que en caso contrario se infringiría el principio de proporcionalidad en materia de medidas de seguridad consagrado en el art. 6.2 CP, en virtud del cual las medidas de seguridad no pueden ser más gravosas (ni de mayor duración) que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido. Sin embargo, no parece que la comparación de la gravedad de la expulsión con la de las penas arroje resultados útiles.

19. *Cfr.*, sobre el problema, RODRÍGUEZ CANDELA (1998), p. 69; y BOZA MARTÍNEZ (2016), p. 341.

prevención general, debe cumplirse una parte de la pena (art. 89.1) o si, por tratarse de una pena de prisión superior a cinco años, esta ha de ejecutarse total o parcialmente (art. 89.2), cuando la medida de seguridad sea privativa de libertad deberá procederse como dispone el art. 99 CP: se cumplirá primero la medida de seguridad, abonándose el tiempo de cumplimiento para el de la pena, sin perjuicio de que la expulsión tenga lugar tras el tiempo que el juez hubiera determinado, el acceso al tercer grado, o a la libertad condicional. Si la medida de seguridad no es privativa de libertad, podrá intentarse su cumplimiento simultáneo a la ejecución de la pena. En fin, la expulsión solo podrá llevarse a cabo *ab initio* cuando se considere que la pena es sustituible íntegramente por la expulsión, a no ser que lo impidan los apartados cuarto o noveno del art. 89 CP<sup>20</sup>.

El tenor literal del art. 108 CP parte de la imperatividad de la sustitución salvo que, excepcionalmente, el juez aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la medida de seguridad. Como indicábamos *supra*, desde la perspectiva de la aplicación de las medidas de seguridad no puede explicarse que la naturaleza del delito sea el criterio al que haya que atender para optar por la no expulsión del extranjero<sup>21</sup>. Esta referencia es una muestra más de que la regulación del art. 108 CP se basa en postulados defensistas, alejándose por completo de los parámetros rectores de la imposición y ejecución de las medidas de seguridad. Por lo demás, en el epígrafe siguiente me referiré a la posibilidad de aplicar límites a la expulsión basados en las circunstancias personales del extranjero, particularmente en su salud mental.

En cuanto a los efectos de esta modalidad de expulsión, es criticable que se haya mantenido un plazo único de diez años de prohibición de entrada (art. 108.2 CP). El juez no dispone aquí, por ende, de la posibilidad de modular la duración de esta prohibición en atención a las circunstancias del caso concreto, a diferencia de lo establecido en el régimen de expulsión sustitutiva de la pena (art. 89.5 CP). Dicho plazo de diez años se computa desde la fecha de la expulsión. Por otra parte, como consecuencia administrativa de la expulsión, se contempla también la referencia al archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España (art. 108.1, segundo párrafo CP)<sup>22</sup>.

20. Véase una solución similar, aunque referida a la regulación posterior a 2003 y anterior a 2010, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), pp. 668-670; y, en el mismo sentido, RECIO JUÁREZ (2016), p. 208.

21. En este sentido, GARCÍA ALBERO (2016), p. 764; y TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 258.

22. Crítico, GARCÍA ALBERO (2016), p. 766.

De acuerdo con el párrafo tercero del art. 108.1 CP, cuando, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, esta no pudiera llevarse a efecto, deberá cumplirse la medida de seguridad originariamente impuesta.

Finalmente, el art. 108 CP, en su apartado tercero, regula cómo proceder cuando el extranjero intentara quebrantar la decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada. En esta situación, «será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad». Por tanto, la solución que se ofrece es la devolución del extranjero, sin necesidad de que se sustancie expediente de expulsión. Nada se dice, en cambio, sobre la consecuencia de un quebrantamiento consumado, esto es, no está prevista una respuesta expresa para el caso en que el extranjero no solo intente regresar a España antes del plazo fijado, sino que lo consiga. En el período temporal entre las reformas de 2003 y 2010, coincidía en este punto la regulación de las dos modalidades de expulsión. Debía sostenerse entonces, según entiendo, que la consecuencia del efectivo quebrantamiento de la prohibición de entrada tenía que coincidir con la ofrecida para el intento de quebrantamiento: devolución y nuevo comienzo del cómputo del plazo<sup>23</sup>. Pero ahora la laguna puede cubrirse aplicando por analogía lo establecido en el art. 89.7 CP en relación con la expulsión sustitutiva de la pena. De todas formas, ello no implica que el extranjero deba cumplir necesariamente la medida de seguridad que fue sustituida por la expulsión, sino que habrá de valorarse su estado de peligrosidad criminal para determinar si procede el cumplimiento de alguna medida de seguridad y, en su caso, cuál<sup>24</sup>. La expulsión tendrá lugar, no obstante, por la vía administrativa, al tratarse de un extranjero sin residencia legal en España.

## V. LÍMITES A LA EXPULSIÓN POR MOTIVOS DE SALUD MENTAL

El tenor literal del art. 108 CP faculta la expulsión del extranjero sin consideración a sus circunstancias personales y, desde luego, al margen de cuál sea su estado de salud mental. Si la inimputabilidad o semiimputabilidad del extranjero se fundamenta en la aplicación de la eximente completa o incompleta del art. 20.1.º CP, se tratará, precisamente, de una persona con anomalías o alteraciones psíquicas, por lo que desde la perspectiva legal resultaría incoherente excepcionar la expulsión cuando concorra uno de los requisitos necesarios para su aplicación. Con todo, difícilmente podría

23. En este sentido, con cita de otros autores a favor y en contra de esta tesis, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), pp. 680-682.

24. Considera, en cambio, que lo procedente es también aquí la devolución y el reinicio del cómputo del plazo, RECIO JUÁREZ (2016), pp. 211 s. y 257.

prosperar, en la práctica, una expulsión acordada sin ponderar las circunstancias personales del extranjero, entre las que se incluye su salud mental, pues ello se opondría a las tesis mantenidas por la sala segunda del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>25</sup>.

En efecto, la trayectoria de la jurisprudencia del TS en la materia no deja lugar a dudas. En relación con la expulsión sustitutiva de las penas privativas de libertad, antes de que la ley lo exigiera, este Tribunal había elaborado una serie de criterios dirigidos a desterrar todo automatismo en la expulsión de extranjeros condenados, mediante los que atendía a las circunstancias personales del extranjero. Según el TS, la decisión sobre la expulsión requería un estudio previo de las circunstancias concretas del penado, su arraigo y situación familiar y laboral, así como los riesgos que el extranjero pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen<sup>26</sup>. De hecho, la introducción en el art. 89.4 CP de la excepción a la expulsión por razones de proporcionalidad por parte del legislador de 2015 supuso la plasmación legal de la *praxis* habitual de los tribunales que, como es lógico, se ha mantenido con posterioridad a la reforma. Así, por ejemplo, en la sentencia 213/2021, de 10 de marzo, el TS reitera que la expulsión debe ser una medida proporcionada y nunca automática (FJ 4). Según indica «se trata de una decisión en la que deben ponderarse los intereses y derechos en juego, entre los que se encuentran las concretas circunstancias personales y de arraigo del penado, tales como tiempo de residencia en España, situación de arraigo familiar en función de convivencia, tipo de parentesco y obligaciones de dependencia material y económica, entre otras». Y, añade, «también habrá de valorarse el arraigo laboral, profesional o cultural, la vinculación con el país de procedencia, los riesgos que pueda comportar la expulsión y, en general, cua-

25. Así lo entiende la AP de Tarragona (sec. 4.<sup>a</sup>) en su sentencia 320/2007, de 31 de julio, donde rechaza la expulsión de un extranjero con residencia irregular que había realizado el tipo de incendios del art. 351 CP en sustitución de la medida de seguridad de internamiento en establecimiento psiquiátrico acordada tras la aplicación de la eximente completa del art. 20.1 CP, al padecer el extranjero una esquizofrenia paranoide. Estima la AP que la interpretación literal del art. 108 CP, según la cual el tribunal solo puede denegar la expulsión si la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la medida en nuestro país, se ha visto superada por la interpretación que del precepto realizan tanto los tribunales nacionales como el TEDH. En este sentido, entiende que debe exigirse la audiencia del interesado, y que han de ser ponderados todos los factores concurrentes, entre los que se encuentran el grado de integración social y personal del inculcado en España, así como otros intereses de protección.

26. Así STS 901/2004, de 8 de julio, y, en el mismo sentido, SsTS 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; 738/2013, de 4 de octubre; y 479/2014, de 3 de junio.

lesquiera circunstancias que permiten una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en conflicto»<sup>27</sup>.

En definitiva, para formular el juicio de proporcionalidad de la expulsión sustitutiva de la pena ocupa un lugar destacado la ponderación de las circunstancias personales del autor, en particular su arraigo en España. Las circunstancias personales que han de ser atendidas pueden ser muy variadas, e incluyen la edad, su estado de salud, la situación familiar y económica, la integración social y cultural en el Estado de acogida, es decir, su arraigo, así como los vínculos que mantenga con el país de origen<sup>28</sup>. Siendo así, carecería de sentido aplicar en el caso de la expulsión sustitutiva de las medidas de seguridad un criterio distinto, amén de que la falta de ponderación de dichas circunstancias personales incrementaría las objeciones que cabe formular al precepto por su desatención a los derechos humanos del extranjero<sup>29</sup>.

El TC, por su parte, se ha pronunciado en su sentencia 14/2017, de 30 de enero, sobre la necesidad de ponderar el estado de salud mental del extranjero, que motiva una situación de especial vulnerabilidad, a la hora de decidir sobre la procedencia de la expulsión. En el caso analizado, se había acordado administrativamente la expulsión del extranjero, residente de larga duración, en aplicación del art. 57.2 LOEX, por haber sido condenado por un delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, concretamente, por un delito de atentado a la autoridad. Tras haberse confirmado la decisión administrativa de expulsión, primero, por un juzgado de lo contencioso-administrativo y, después, por la sala de lo contencioso-administrativo del tribunal superior de justicia competente, se recurre en amparo alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por falta de motivación y proporcionalidad en el acuerdo de expulsión. Según el TC las dos resoluciones impugnadas vulneran dicho derecho fundamental, por lo que otorga el amparo. Argumenta el TC que la condena penal no conlleva de forma directa o automática la expulsión, sino que previamente a su adopción debe atenderse a los vínculos económicos, afectivos o laborales y, entre ellos, *ad casum*, al estado psíquico del recurrente, del que se tenía conocimiento por el informe médico forense aportado al proceso. Además, al tratarse de un residente de larga duración, resultaba de aplicación la Directiva 2003/109/CE, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, cuyo art. 12 pro-

27. Véanse también las SsTS 927/2016, de 14 de diciembre; 608/2017, de 11 de septiembre; 147/2018, de 22 de marzo; y 1000/2022, de 22 de diciembre.

28. Al respecto, RECIO JUÁREZ (2016), pp. 130, 132 s.; y NAVARRO CARDOSO (2021), p. 214.

29. Así, GARCÍA ALBERO (2016), p. 765; y RECIO JUÁREZ (2016), p. 211.

tege especialmente a estos extranjeros contra la expulsión. En opinión del TC no se produjo una ponderación *ad casum*, que contrastase el riesgo para la seguridad y el orden público con las específicas circunstancias del afectado, a saber, la patología concurrente y el resto de las circunstancias personales y familiares, así como la situación en que quedaría el extranjero tras la expulsión. Al estar en juego una pluralidad de intereses constitucionales, entre los que se contaba la protección de la salud (art. 43.1 CE) y el derecho fundamental a la integridad física —art. 15 CE—, dada la enfermedad mental que sufría el extranjero, era preciso ponderar todas las circunstancias relevantes en el caso enjuiciado (FJ 5 y 6).

En cuanto a la jurisprudencia del TEDH, procede poner de manifiesto que este tribunal, en supuestos de expulsión de extranjeros con enfermedades mentales que han delinquido, tiene particularmente en cuenta el estado de salud mental del extranjero a la hora de decidir si la expulsión acordada fue respetuosa con los preceptos del Convenio. Así lo ha hecho, por ejemplo, en el caso *Savran contra Dinamarca*, sentencia de 7 de diciembre de 2021, y en el caso *Azzaqui contra Países Bajos*, sentencia de 30 de mayo de 2023. En ambos casos analiza la resolución de expulsión a la luz del art. 8 CEDH (derecho a la vida familiar y a la vida privada), por lo que aplica los criterios que viene utilizando con carácter general en los casos de expulsión para ponderar los intereses en conflicto.

Conviene recordar, a este respecto, que el TEDH reitera en su jurisprudencia que los Estados tienen derecho a controlar la entrada, residencia y expulsión de los extranjeros, y que el Convenio no garantiza el derecho de un extranjero a entrar y residir en un concreto país. Por tanto, los Estados están legitimados para expulsar a un delincuente extranjero. Ahora bien, en la medida en que la decisión de expulsión puede interferir en los derechos protegidos en el art. 8 CEDH, la expulsión debe tener una base legal, perseguir un fin legítimo —como, entre otros, prevenir la comisión de infracciones penales—, y ser necesaria en una sociedad democrática<sup>30</sup>. A partir de ahí, el Tribunal analiza en qué casos prevalece el respeto a la vida familiar y en cuáles, por el contrario, se considera que debe concederse prioridad al interés del Estado en expulsar al extranjero.

30. Así, por ejemplo, entre otras muchas, en las SsTEDH de 2 de agosto de 2001, en el caso *Boultif contra Suiza*, 18 de octubre de 2006, en el caso *Üner contra Países Bajos*, y 13 de diciembre de 2012, en el caso *Souza Ribeiro contra Francia*. En efecto, de acuerdo con el apartado 2 del art. 8 CEDH, la injerencia del Estado en el ejercicio de los derechos consagrados en ese apartado solo estará justificada cuando esté reconocida por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Para efectuar dicha ponderación el TEDH atiende fundamentalmente a la naturaleza y gravedad del delito cometido — a los efectos de determinar si la persona supone una amenaza para el orden público —, a la duración de la estancia del demandante en el país del que debe ser expulsado, al tiempo transcurrido desde que se cometió el delito y al comportamiento del demandante durante ese período, a la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares en el país de acogida y con el país de destino, así como a la duración de la prohibición de regreso, particularmente a si esta tiene una duración limitada o ilimitada. Además, en el supuesto de que el extranjero esté casado y tenga hijos, valora la edad de estos, las dificultades que pueda tener el cónyuge en el país de origen, así como el interés superior y bienestar de los hijos, particularmente las dificultades que probablemente tengan en el país de origen<sup>31</sup>. Pues bien, tanto en el *caso Savran* como en el *caso Azzaqui*, el estado de salud mental de la persona afectada, así como sus necesidades de tratamiento y la atención médica que recibiría en el país de destino, se tienen en cuenta como principales factores de equilibrio para limitar el peso atribuido a la naturaleza y gravedad de los delitos cometidos, partiendo de que, debido a su condición mental, el extranjero es más vulnerable frente a la expulsión que otros migrantes asentados. En ambos casos considera el TEDH que las autoridades internas no equilibraron adecuadamente los intereses en juego, por lo que infringieron el art. 8 del Convenio<sup>32</sup>.

## VI. CONCLUSIÓN

La expulsión del territorio nacional se configura en el Código penal (arts. 89 y 108) como la principal consecuencia jurídica que puede imponer el juez a los extranjeros que cometen delitos, en sustitución de la pena de prisión o de la medida de seguridad que resulte aplicable en el caso concreto, y que

31. El TEDH suele mencionar como sentencias de referencia respecto al establecimiento de estos criterios la de los casos *Boultif contra Suiza*, de 2 de agosto de 2001, *Üner contra Países Bajos*, de 18 de octubre de 2006 y *Maslov contra Austria*, de 23 de junio de 2008. Entre las más recientes que los aplican, pueden verse también las relativas al caso *Otite contra Reino Unido*, de 27 de septiembre de 2022, caso *Loukili contra Países Bajos*, de 14 de abril de 2023, y caso *Azzaqui contra Países Bajos*, de 30 de mayo de 2023.

32. Véanse también, como casos similares, el caso *Aswat contra Reino Unido*, STEDH de 16 de abril de 2013, donde se analiza la posible infracción del art. 3 del Convenio (prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes) por la extradición de un extranjero que padecía un trastorno mental y el caso *Paposhvili contra Bélgica*, STEDH (Gran Sala) de 13 de diciembre de 2016, en la que se analiza la posible vulneración de los arts. 3 y 8 del CEDH por la expulsión de una persona con graves problemas de salud, aunque no relacionados con trastornos mentales. Sobre los límites impuestos por el TEDH a la expulsión o extradición de extranjeros por motivos de salud, analizados a la luz del art. 3 del CEDH, con referencia a estas sentencias, véase SOLER GARCÍA (2019), pp. 784 ss. y 793 ss.

sería ejecutada si se tratase de un delincuente español. Sin embargo, es evidente que la expulsión no es un instrumento capaz de cumplir con los fines asignados a las consecuencias jurídico-penales, pues la única función que desempeña es la de segregar al extranjero. En efecto, la expulsión judicial, al igual que la expulsión administrativa con origen en la realización de actividades ilícitas por parte del extranjero, tiene como finalidad satisfacer objetivos de política de extranjería de carácter asegurativo o defensivo, que subordinan el derecho a residir en nuestro país al cumplimiento de la condición de no haber cometido delitos o delitos de cierta gravedad. De ahí se deduce que la expulsión es un acto de gravamen esencialmente inculpativo, dirigido a neutralizar una fuente de peligro, que no pretende ni sancionar al extranjero cuando se impone en sustitución de la pena, ni tratar la causa de su peligrosidad criminal cuando sustituye a la medida de seguridad. La desatención de las funciones propias del Derecho penal que supone la expulsión sustitutiva de los instrumentos jurídicos aptos para satisfacerlas es motivo suficiente para propugnar su desaparición del Código penal, amén de lo pernicioso que resulta prever un régimen penal diferenciado por razón de la nacionalidad del condenado con la única finalidad de adelantar una salida del territorio nacional que cabría ordenar igualmente por la autoridad administrativa. En la delincuencia de extranjeros, si el autor de los hechos carece de arraigo en nuestro país, sobre todo en casos de residencia irregular, parece mucho más conveniente recurrir, en la medida de lo posible, a mecanismos de cooperación judicial internacional basados en el traslado a otro país para el cumplimiento de la pena o de la medida de seguridad<sup>33</sup>.

La sustitución de las medidas de seguridad que resultasen aplicables por la expulsión del territorio español, conforme a la regulación del art. 108 CP, aunque restringida a los extranjeros en situación administrativa irregular, presenta problemas adicionales a los anteriores, por la particular situación de vulnerabilidad del extranjero. Si se focaliza la cuestión en extranjeros a quienes se les haya aplicado la eximente completa o incompleta de anomalía o alteración psíquica, nos encontramos con personas que padecen trastornos mentales, cuya expulsión sin tratamiento previo y con ausencia de toda actuación coordinada con el país receptor pone claramente en entredicho el respeto a sus derechos humanos. Estos defectos se ven incrementados mediante una regulación que permite la sustitución automática de la medida de seguridad por la expulsión, sin que se exija una ponderación de las circunstancias personales del extranjero, como en cam-

---

33. En el ámbito de la Unión Europea, pueden verse las posibilidades que ofrece al respecto la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

## ESTUDIOS

El presente libro compila diversos estudios en materia penal, procesal, administrativa y laboral desde la óptica del Derecho Sanitario, en una perspectiva integradora y transversal, como fruto de la labor de investigación y captación de talento desarrollada por la Cátedra Johnson&Johnson Derecho y Salud de la Universidad de Zaragoza. Se trata de una obra colectiva en la que se ha pretendido por sus autores ofrecer diversos resultados de trabajos de investigación, ligados entre sí por una perspectiva de interés jurídico-sanitario. Es una obra dirigida a profesionales sanitarios, jurídicos y también a los responsables públicos, en la medida que supone una transferencia de conocimientos desde la Universidad para el interés conjunto de la sociedad civil, de las Administraciones Públicas, de los profesionales de la salud y de los usuarios de los sistemas de salud. Este libro se enmarca en una perspectiva de promoción del modelo «Afectivo-Efectivo» en el ámbito de la salud, para lo que se precisa fomentar estudios jurídicos transversales, desde diversas áreas de conocimiento, que ofrezcan resultados que inspiren políticas legislativas y aplicativas del Derecho que inspiren una sociedad más justa, que avance en el desarrollo de los derechos fundamentales, y que promueva la protección de la salud y el acceso a la innovación sanitaria.

ISBN: 978-84-1085-032-3

