

María Contreras Román

**La renuncia al proceso penal como
respuesta a la delincuencia de inmigrantes
expulsables por vía administrativa**

Tesis doctoral
2020

Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas
Universidad de Málaga



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA


Directora de la tesis:
Profesora Dra. Elisa García España





UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

AUTOR: María Contreras Román

 <https://orcid.org/0000-0002-9436-3595>

EDITA: Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Cualquier parte de esta obra se puede reproducir sin autorización pero con el reconocimiento y atribución de los autores.

No se puede hacer uso comercial de la obra y no se puede alterar, transformar o hacer obras derivadas.

Esta Tesis Doctoral está depositada en el Repositorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA): riuma.uma.es





DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DE LA TESIS PRESENTADA PARA OBTENER EL TÍTULO DE DOCTOR

D./Dña MARIA CONTRERAS ROMÁN

Estudiante del programa de doctorado EN CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS de la Universidad de Málaga, autor/a de la tesis, presentada para la obtención del título de doctor por la Universidad de Málaga, titulada: LA RENUNCIA AL PROCESO PENAL COMO RESPUESTA A LA DELINCUENCIA DE INMIGRANTES EXPULSABLES POR VÍA ADMINISTRATIVA

Realizada bajo la tutorización de y dirección de PROFA. DRA. D.ª ELISA GARCÍA ESPAÑA
(si tuviera varios directores deberá hacer constar el nombre de todos)

DECLARO QUE:

La tesis presentada es una obra original que no infringe los derechos de propiedad intelectual ni los derechos de propiedad industrial u otros, conforme al ordenamiento jurídico vigente (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia), modificado por la Ley 2/2019, de 1 de marzo.

Igualmente asumo, ante a la Universidad de Málaga y ante cualquier otra instancia, la responsabilidad que pudiera derivarse en caso de plagio de contenidos en la tesis presentada, conforme al ordenamiento jurídico vigente.

En Málaga, a 20 de 04 de 2020

Fdo.: MARIA CONTRERAS ROMÁN



Escribo las últimas palabras de esta tesis en medio de una crisis sanitaria sin precedentes que ha provocado el cierre de fronteras y el confinamiento de los países. Todas las medidas restrictivas adoptadas para frenar el coronavirus están teniendo un enorme impacto en los flujos migratorios, provocando un escenario bien distinto al que se describe en estas páginas.

Cabe prever que muchas cosas cambiarán cuando esto pase, ojalá las aportaciones de esta tesis puedan ser de utilidad a la hora de repensar un sistema penal más respetuoso con los derechos de las personas migrantes y más eficaz..

Marzo, 2020.

INDICE DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE TABLAS.....	9
ÍNDICE DE GRÁFICOS	12
INTRODUCCIÓN.....	15

PARTE I.

DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO_Y CONTEXTUALIZACIÓN

CAPÍTULO 1. LA RESPUESTA DEL SISTEMA PENAL A LA DELINCUENCIA DE EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR COMO OBJETO DE ESTUDIO EN CRIMINOLOGÍA

1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO	22
2. ENFOQUE TEÓRICO.....	25
3. OBJETIVOS PRINCIPALES Y ESTRUCTURA DE LA TESIS:	28
4. ENFOQUE METODOLÓGICO	32
4.1. <i>Análisis cuantitativo de estadística oficial</i>	32
4.2. <i>Análisis de contenido</i>	33
4.3. <i>Análisis cualitativo con datos primarios</i>	35
4.4. <i>Análisis de la aplicación del 57.7 LOEX a través de una muestra de expedientes judiciales en los que se solicitó la autorización judicial de la expulsión administrativa durante el 2014 en los juzgados de la ciudad de Málaga.</i>	36
4.5. <i>Análisis de la percepción de una muestra de extranjeros asentados en Málaga sobre si “¿Los extranjeros sin papeles cometen delitos para entrar en prisión y no poder ser expulsados de España?”</i>	45
5. SÍNTESIS	47

CAPÍTULO 2. LA INMIGRACIÓN COMO FENÓMENO HISTÓRICO, SOCIAL Y POLÍTICO

1. INTRODUCCIÓN.....	49
----------------------	----

2. LA INMIGRACIÓN COMO FENÓMENO HISTÓRICO	52
2.1. <i>La emigración transoceánica.</i>	52
2.2. <i>Las migraciones forzosas (entre 1920 y 1950).</i>	53
2.3. <i>Las migraciones voluntarias.</i>	53
4.4. <i>La inmigración intercontinental tras la descolonización.</i>	55
4.5. <i>La inmigración intercontinental en la era de la globalización.</i>	55
3. LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DE CATEGORÍAS DE MIGRANTES.....	58
3.1. <i>Extranjeros con permiso de residencia</i>	58
3.2. <i>Extranjeros en situación irregular</i>	62
4. LA SECURITIZACIÓN Y GERENCIALIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE CONTROL DE FLUJOS MIGRATORIOS.....	72
4.1. <i>Política europea de lucha contra la inmigración ilegal y la gestión integrada de las fronteras</i>	74
4.2. <i>Política migratoria y lucha contra la inmigración irregular en España</i>	82
5. CONSIDERACIONES FINALES.	96

CAPITULO 3. INMIGRACIÓN, DELINCUENCIA Y CRIMMIGRATION

1. INTRODUCCIÓN.....	99
2. EL BINOMIO DELINCUENCIA E INMIGRACIÓN: CONFLICTO ENTRE OPINIÓN PÚBLICA Y EVIDENCIA CIENTÍFICA.....	102
2.1. <i>Opinión pública</i>	102
2.2. <i>Evidencia científica</i>	106
3. EL BINOMIO DELINCUENCIA E INMIGRACIÓN SEGÚN LAS ESTADÍSTICAS OFICIALES	109
3.1. <i>Extranjeros sospechosos</i>	109
3.2. <i>Extranjeros condenados</i>	114
4. LA RESPUESTA INSTITUCIONAL AL BINOMIO DELINCUENCIA E INMIGRACIÓN: FUSION DE POLÍTICA MIGRATORIA Y POLÍTICA CRIMINAL	119

4.1. <i>El uso de técnicas penales para dar contenido a medidas cautelares del procedimiento administrativo</i>	121
4.2. <i>La criminalización de conductas vinculadas con la inmigración</i>	124
4.3. <i>La sustitución de la pena por la expulsión</i>	127
4.4. <i>Los antecedentes penales como causa de expulsión</i>	131
4.5. <i>La renuncia penal en favor de la expulsión administrativa</i>	135
5. CONSIDERACIONES FINALES	139

PARTE II

LA RESPUESTA DEL SISTEMA PENAL A LA DELINCUENCIA DE EXTRANJEROS ADMINISTRATIVAMENTE EXPULSABLES: MARCO JURÍDICO, APLICACIÓN Y EFICACIA

CAPÍTULO 4. ENCAJE LEGAL, FUNDAMENTOS Y REQUISITOS NORMATIVOS DEL RENUNCIA PENAL PREVISTA EN EL ART. 57.7 LOEX

1. INTRODUCCIÓN.....	146
2. ENCAJE LEGAL DE LA RENUNCIA AL PROCEDIMIENTO PENAL DE EXTRANJEROS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	147
2.1. <i>El art. 57.7 LOEX como excepción del principio de legalidad</i>	148
2.2. <i>El art. 57.7 LOEX como manifestación del principio de oportunidad</i>	149
2.3. <i>Encaje del art. 57.7 LOEX en relación al principio oportunidad reglada para los delitos leves introducida en la reforma penal de 2015</i>	151
3. FUNDAMENTOS QUE JUSTIFICAN EL INTERÉS PÚBLICO DE LA RENUNCIA PENAL CUANDO EL ENCAUSADO ES UN EXTRANJERO ADMINISTRATIVAMENTE EXPULSABLE	154
3.1. <i>Circular 1/1994 de la FGE: Prevención general intimidatoria</i>	156
3.2. <i>Instrucción 4/2001 de la FGE: Sosiego ciudadano</i>	158
3.3. <i>Circular 2/2006 de la FGE: Instrumento idóneo para congeniar la política criminal y la política migratoria</i>	158

4. ELEMENTOS NORMATIVOS DE LA RENUNCIA AL PROCEDIMIENTO PENAL EN EL CASO DE EXTRANJEROS ADMINISTRATIVAMENTE EXPULSABLES.....	159
4.1. Encontrarse el extranjero procesado o imputado en un procedimiento judicial.....	163
4.2. Que el procedimiento judicial sea 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.....	169
4.3. Que conste acreditado en el expediente administrativo de expulsión que el extranjero se encuentra encartado en procedimiento penal	172
4.4. Audiencia previa del fiscal, el interesado y demás partes.....	174
4.5. Que no concurran circunstancias excepcionales que justifiquen denegar la autorización.....	178
5. CONSIDERACIONES FINALES	185

CAPÍTULO 5. DE LA NORMA A LA ACCIÓN. EVIDENCIAS SOBRE LA APLICACIÓN DEL 57.7 LOEX

1. INTRODUCCIÓN.....	188
2. APLICACIÓN DEL 57.7 LOEX EN LA PRÁCTICA SEGÚN LAS MEMORIAS DE FISCALÍA.....	189
2.1. Disfunciones referidas a la contabilización.....	190
2.2. Disfunciones referidas a aspectos formales:	190
2.3. Disfunciones referidas a aspectos sustantivos vinculados con las circunstancias excepcionales que fundamentan denegar la expulsión.	193
3. APLICACIÓN DEL 57.7 LOEX EN LA PRÁCTICA. ANÁLISIS DE EXPEDIENTES JUDICIALES EN LA CIUDAD DE MÁLAGA.....	197
3.1. Naturaleza y gravedad del delito	198
3.2. Características de las personas extranjeras contra las que se siguen los procedimientos penales cuya renuncia penal se solicita	200
3.3. Sobre la expulsión cuya autorización se solicita.....	202
3.4. Momento procesal en el que llega la solicitud	204

3.5. Resolución sobre la autorización o denegación de la renuncia al procedimiento penal.....	204
3.6. Sobre la efectiva ejecución de la expulsión autorizada	211
3.7. Sobre la reactivación del procedimiento ante la imposibilidad de materializar la expulsión.....	212
3.8. Sobre el plazo máximo de tres días que el 57.7 LOEX concede al juez para resolver.....	214
3.9. Recursos presentados por la defensa contra las resoluciones judiciales sobre la autorización de la expulsión del 57.7 LOEX	215
4. CONSIDERACIONES FINALES	216

CAPÍTULO 6. LA EFICACIA DE LA RENUNCIA PENAL EN FAVOR DE LA EXPULSIÓN

1. INTRODUCCIÓN.....	222
2. EFICACIA DISUASORIA DE LA RENUNCIA AL PROCEDIMIENTO.....	224
2.1. ¿Encaja el perfil de extranjeros sobre el que recae en la práctica el 57.7 LOEX con el perfil de extranjero al que se refiere la circular?	225
2.2. ¿La renuncia al procedimiento penal en favor de la expulsión administrativa puede tener efectos disuasorios que prevengan la delincuencia de los extranjeros en situación irregular?	226
2.3. ¿Conocen los extranjeros la posibilidad que ofrece la legislación de renunciar al procedimiento penal para no obstaculizar una expulsión administrativa pendiente de ejecución?	229
3. TRANQUILIZADORA DE LA RENUNCIA AL PROCEDIMIENTO PENAL	233
3.1. La opinión pública y política criminal	234
3.2. ¿Existe alguna evidencia de la sorpresa y desasosiego de la ciudadanía por las dificultades para expulsar a los inmigrantes que, además de estar en situación irregular, aparecen como responsables de un delito?	236
3.3. ¿La renuncia al proceso penal puede tener un impacto tranquilizador en la ciudadanía?.....	237
4. EFICACIA CONCILIADORA DE LA RENUNCIA AL PROCEDIMIENTO..	240

4.1. Fundamentos penales que debieran incorporarse para una mejor conciliación entre intereses político-migratorios y político-criminales	242
4.2. Eficacia del 57.7 LOEX desde el punto de vista de la proporcionalidad con la gravedad del hecho:	245
4.3. Eficacia del 57.7 LOEX desde el punto de vista de la atención a las necesidades criminógenas y las circunstancias personales	246
4.3. Eficacia del 57.7 LOEX para satisfacer las necesidades de reparación de las víctimas	255
4.4. Eficacia del 57.7 LOEX desde el punto de vista de la inocuización ..	262
5. CONSIDERACIONES FINALES	262

CAPÍTULO 7. DISCUSIONES FINALES Y CONCLUSIÓN

7.1. DISCUSIONES FINALES A LA LUZ DEL TRABAJO REALIZADO.....	266
A) Relacionadas con el cumplimiento de los presupuestos normativamente previstos para la aplicación de la renuncia penal	268
B) Relacionadas con los criterios político-criminales que se tienen en consideración para fundamentar la decisión sobre la renuncia penal.....	273
7.2. CONCLUSIÓN	279

REFERENCIAS NORMATIVAS	281
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	283

ANEXO 1. VARIABLES RECOGIDAS EN LA BASE DE DATOS DISEÑADA PARA EL ANÁLISIS DE LOS EXPEDIENTES JUDICIALES.....	296
---	-----

Índice de tablas

Tabla 1. Informes favorables a la aplicación del art. 57.7 LOEX en la provincia de Málaga (serie 2012-2017)	39
Tabla 2. Informes emitidos por el fiscal delegado de extranjería de Málaga sobre la aplicación del 57.7 en su jurisdicción (2014), según posición adoptada.	40
Tabla 3. Autorizaciones de expulsión (57.7) solicitadas por la brigada de extranjería de Málaga a juzgados de Málaga durante 2014.	41
Tabla 4. Casos estudiados en la ciudad de Málaga en los que se ha solicitado la aplicación del 57.7. LOEX y fuente de obtención de la información.	42
Tabla 5. Síntesis de la estructura de la tesis	47
Tabla 6. Síntesis de los campos de estudio de las diferentes disciplinas que se han aproximado al estudio del fenómeno migratorio	49
Tabla 7. Extranjeros en régimen general a 21/12/2018.	60
Tabla 8. Concesión de autorizaciones de residencia (régimen general) por motivos de concesión (2009-2017)	61
Tabla 9. Evolución de los extranjeros empadronados según lugar de procedencia.	64
Tabla 10. Flujos migratorios a Europa: llegadas y fallecidos	65
Tabla 11. Causas de extinción de las autorizaciones de residencia	69
Tabla 12. Evolución de las medidas de lucha contra la inmigración irregular en España (2009-2018)	83
Tabla 13. Infracciones LOEX sancionables con la expulsión.....	92
Tabla 14. Evolución de la percepción de los ciudadanos sobre los principales inconvenientes que trae consigo la inmigración (2008-2017)	103
Tabla 15. Detenciones e investigados extranjeros según continente de procedencia.	110

Tabla 16. Detenidos e investigados extranjeros por causa de infracción penal. (serie histórica 2012-2016).....	111
Tabla 17. Evolución de detenciones e imputaciones a extranjeros por causa penal 2008 – 2015	113
Tabla 18. Penas impuestas según procedencia de los condenados, 2017....	117
Tabla 19. Eficacia / eficiencia en función de las expulsiones que se materializan	123
Tabla 20. Evolución de la sustitución de la pena por expulsión según procedencia del extranjero condenado (serie 2013-2018).....	130
Tabla 21. Síntesis de las posibles manifestaciones del principio de oportunidad en nuestro sistema procesal penal reguladas en el derecho procesal.....	150
Tabla 22. Textos legales que han afectado a la regulación de la renuncia penal en favor de la expulsión administrativa	160
Tabla 23. Síntesis de las instrucciones y circular de la fge en las que se interpretan los requisitos normativos de la renuncia penal.	163
Tabla 24. Condenados extranjeros con alguna pena dentro de los límites del 57.7 LOEX (2017)	170
Tabla 25 directrices del ministerio fiscal para la valoración fiscal de las circunstancias excepcionales que justifican continuar con el proceso penal. .	184
Tabla 26. Criterios que deben guiar la decisión vs criterios que los fiscales están efectivamente valorando	196
Tabla 27. Distribución de los expedientes según la pena imponible	199
Tabla 28. Momento procesal en el que llega la solicitud del 57.7 LOEX	204
Tabla 29. Motivación del fiscal para justificar su posición respecto a la autorización de la expulsión administrativa por la vía del 57.7 LOEX.....	206
Tabla 30. Criterios que deben guiar la decisión vs criterios que los fiscales de nuestra muestra de expedientes están efectivamente valorando	209

Tabla 31. Comparación de criterios que justifican la continuación del procedimiento	211
Tabla 32. Distribución de los casos en los que se aceptó la expulsión según materialización posterior de la misma.	211
Tabla 33. Formas de continuación del procedimiento penal en aquellos casos en que no es posible materializar la expulsión.	212
Tabla 34. Distribución (%) de las resoluciones según situación administrativa del extranjero en el momento de la comisión del delito	225
Tabla 35. ¿conoce a algún extranjero que haya delinquido como excusa para no poder ser expulsado?.....	231
Tabla 36. Respecto a los inmigrantes que están ya en España pero que no tienen regularizada su situación (no tienen los permisos de estancia exigidos), ¿qué cree ud. Que sería mejor?.....	238
Tabla 37. Resolución sobre autorización según situación de arraigo	249
Tabla 38. Casos de extranjeros asentados con hijos menores a cargo	249
Tabla 39. Las necesidades de las víctimas según las resoluciones internacionales.....	256
Tabla 40. Decisión sobre el 57.7 LOEX en los delitos con víctima directa, según tipo de delito.....	257
Tabla 41. Características de los casos en los que habiendo sentencia, se acordaba algún tipo de indemnización para la víctima	260
Tabla 42. Ficha para la individualización de la decisión sobre la renuncia o continuación del procedimiento penal (aplicación del art. 57.7 LOEX).	277

Índice de gráficos

Gráfico 1. Distribución de expedientes identificados según tipo de juzgado	43
Gráfico 2. Procedencia de los expedientes analizados en profundidad. (n=63)	44
Gráfico 3 cuantificación de los migrantes internacionales en el mundo (1990-2015) y proporción que representan respecto a la población mundial.....	56
Gráfico 4. Extranjeros en régimen general según área geográfica de nacionalidad a 31/12/2018.	60
Gráfico 5. Evolución de las entradas ilegales en España por vía marítima y por vía terrestre a través de Ceuta y Melilla (2006-2018).....	66
Gráfico 6. Evolución de las denegaciones de entrada, readmisiones y devoluciones de extranjeros en el periodo 2007-2016	90
Gráfico 7. Evolución de las expulsiones (total) y las expulsiones cualificadas (2008-2018)	95
Gráfico 8. Percepción de los efectos de la migración en la vida cultural, el trabajo, los impuestos y la delincuencia en el país. Comparación 2002-2014.....	104
Gráfico 9. Evolución de los detenidos e investigados por causa penal (serie histórica 2010-2017)	109
Gráfico 10. Proporción (%) que representan los extranjeros entre el total de detenidos e imputados por causa penal (serie histórica 2010-2017)	110
Gráfico 11. Evolución de los condenados según nacionalidad (2007-2017)...	115
Gráfico 13. Proporciones que representa cada nacionalidad en las penas de expulsión impuestas.....	117
Tabla 20. Evolución de la sustitución de la pena por expulsión según procedencia	130
Gráfico 14. Evolución de la aplicación de la sustitución de la pena por la expulsión. (serie histórica 2008-2017).....	130

Gráfico 15. Evolución comparada de las expulsiones ejecutadas por la vía del 57.2 LOEX con la evoluciones del total de expulsiones	134
Gráfico 16. Evolución anual de los informes favorables a la aplicación del art. 57.7 LOEX emitidos por los fiscales españoles (2009-2018). Total nacional..	136
Gráfico 17. Evolución de la aplicación del 57.7 LOEX y proporción que representa respecto del total de expulsiones	137
Gráfico 18. Incidencia de las expulsiones del 57.7 respecto del total de expulsiones.....	137
Gráfico 19. Proporción que representan los informes favorables al 57.7 respecto del total de personas extranjeras detenidos o investigados por causa penal, que están en situación administrativa irregular	138
Gráfico 20. Evolución comparada de las expulsiones según tipología de expulsión.....	142
Gráfico 21. Vías para la aplicación de 57.7 que se desprenden de la interpretación que hace el ministerio fiscal en la circular 2011.	167
Gráfico 22. Distribución de los expedientes agrupados en función de la tipología delictiva de los hechos que se enjuician.....	198
Gráfico 23. Distribución de los expedientes según clasificación de la gravedad del delito	199
Gráfico 24. Distribución de los expedientes según sexo del sujeto	200
Gráfico 25. Distribución de los expedientes según dad del extranjero.....	201
Gráfico 26. Distribución de los expedientes según continente de procedencia del extranjero.....	201
Gráfico 27. Distribución de los expedientes según situación administrativa del extranjero en el momento de los hechos.....	202
Gráfico 28. Distribución de los expedientes según trayectoria delictiva del sujeto	202



Gráfico 29. Causa de la expulsión administrativa cuya autorización se solicita203

Gráfico 30. Posición de jueces y fiscales sobre la autorización de la expulsión por la vía del 57.7 LOEX205

Gráfico 31. Distribución de los casos en función del tiempo que se tardó en resolver sobre la solicitud de autorización recibida214

Gráfico 32. ¿Qué opina de esta afirmación? "*Los extranjeros sin papeles cometen delitos para entrar en prisión y no poder ser expulsados de España*"229

Gráfico 33. ¿conoce a alguien que haya delinuido como excusa para no poder ser expulsado?.....230

Gráfico 34. ¿cree que la condena a un extranjero puede ser sustituida por la expulsión de España?232

Gráfico 35. ¿cree que tener antecedentes penales puede ser motivo de expulsión?.....232

Gráfico 36. Evolución de la percepción de los ciudadanos sobre la relación entre inmigración e incremento de la delincuencia (2008-2017).....236

Gráfico 37. Apoyo a la deportación como solución para los inmigrantes que están ya en España pero que no tienen regularizada su situación238

Gráfico 38. Distribución de los extranjeros incurso en procedimiento penal según situación de arraigo248

Gráfico 39. Aspectos sobre responsabilidad civil o reparación en los expedientes judiciales con víctima directa.258

Introducción

La respuesta del sistema penal a los inmigrantes que cometen delitos es el tema central en torno al cual se articula esta tesis. En particular, la respuesta que se da a los inmigrantes que, durante el tiempo en el que dura el enjuiciamiento de su delito, resultan tener una orden administrativa de expulsión pendiente de ejecución. En estos supuestos surge un conjunto de interrogantes sobre los que nos proponemos indagar en esta tesis. ¿Qué ocurre cuando la política criminal y la política migratoria entran en colisión? ¿Qué solución ha diseñado el legislador para decidir cuál debe prevalecer? ¿Cómo están llevando a cabo los diferentes actores involucrados en la práctica esta confrontación? ¿Está resultando eficaz? ¿Eficaz para qué?

Mi interés por el análisis de la respuesta que el sistema penal da las personas que cometen delitos tiene su origen en mi etapa de estudiante en Derecho en la Universidad de Jaén. Fue entonces cuando surgieron mis primeras dudas acerca de la función de aquellas leyes penales que estudiaba y mis primeras reflexiones sobre la eficacia del sistema penal.

La búsqueda de respuestas me llevó a continuar mi formación estudiando Criminología en la Universidad Autónoma de Barcelona donde me especialicé en ejecución penal. De la mano del profesor Josep Cid me adentré en el campo de investigación del desistimiento en el delito y de la eficacia rehabilitadora de las penas. Mi interés se centró entonces en el potencial de las penas alternativas a la prisión y su capacidad para confrontar las necesidades criminógenas de los penados.

El destino me devolvió a mis orígenes andaluces y me puso a las puertas del Instituto de Criminología de la Universidad de Málaga, referente nacional en el estudio de la política criminal y la eficacia de las leyes penales. De la mano de la profesora Elisa García España me adentré en el estudio del binomio delincuencia e inmigración y tuve la enorme fortuna profesional de poder acompañarla en la creación en 2015 del Observatorio Criminológico del Sistema

Penal ante la Inmigración (OCSPI). Desde entonces, el equipo OCSPI ha ido acumulando datos empíricos que evidencian cómo los sistemas de control social de la delincuencia (estos son, el sistema policial, el sistema judicial y el sistema penitenciario) han articulado un conjunto de medidas excepcionales que buscan la expulsión del “inmigrante peligroso” a toda costa, sin que haya existido hasta la fecha demasiado interés de los operadores jurídicos sobre la eficacia de tales medidas más allá de transmitir a la ciudadanía un aparente control de los flujos migratorios no deseados. Esta tesis pretende ofrecer nuevas evidencias en este campo.

Recuerdo aquel día de marzo de 2015 en que empecé a trabajar como técnica de investigación en el marco del proyecto de excelencia financiado por la Junta de Andalucía SEJ1484 *“Delincuencia de delincuentes asentados en España”* con el profesor Díez Ripollés como investigador principal y la profesora García-España como coordinadora del proyecto. Aquel primer día, la profesora García-España me planteó el siguiente reto: *“María, existe un párrafo de un artículo en la ley de extranjería que establece que cuando un sujeto extranjero, que tiene una orden administrativa de expulsión pendiente de ejecución, aparece como imputado en un procedimiento penal por la comisión de un delito, la autoridad administrativa solicitará al juez penal que renuncie al procesamiento del delito para no obstaculizar la expulsión pendiente y el juez renunciará, salvo que aprecie circunstancias excepcionales que justifiquen continuar con el procedimiento. Hay que investigar cómo y cuánto se está aplicando esto”*.

El primer paso fue aproximarnos a su regulación, a los datos oficiales sobre su aplicación y planteamos un trabajo de campo en los juzgados de Málaga para estudiar expedientes judiciales y conocer, a partir de casos concretos, cómo se está aplicando. Una vez tuvimos los datos, identificamos que era necesaria más información para interpretarlos en contexto y para valorar sus impactos. De ese trabajo de campo y de las reflexiones subsiguientes se nutre esta tesis que persigue responder al conjunto de preguntas que, desde una perspectiva criminológica, son necesarias para entender esta previsión normativa de carácter excepcional, para conocer su alcance y para valorar su eficacia.

La tesis se compone de dos partes principales, cada una de ellas compuesta por tres capítulos. En la primera parte, partimos de la delimitación del objeto de estudio, la explicación del enfoque teórico adoptado, la concreción de los objetivos principales y secundarios de la tesis y la explicación de la metodología utilizada (capítulo 1). A continuación nos adentramos en el estudio de los movimientos migratorios como fenómeno histórico y social, revisando las características de la inmigración en nuestra sociedad actual y los rasgos que definen la política migratoria (capítulo 2). Avanzamos hacia la relación inmigración y delincuencia y las características de la política criminal que se ha ido configurando para dar respuesta a la delincuencia cometida por personas extranjeras, poniendo de relieve la existencia de múltiples puntos de convergencia entre derecho penal y derecho administrativo (capítulo 3). A través de esta primera parte se irán concretando las preguntas de investigación que tratamos de responder durante la segunda mitad de la tesis.

La segunda parte está dedicada específicamente al análisis de la renuncia al procedimiento penal cuando el sujeto investigado o procesado es un extranjero administrativamente expulsable. Para ello analizamos primero su regulación, deteniéndonos en valorar su encaje en nuestro sistema penal, los fundamentos que justifican el interés público en la renuncia penal cuando el delincuente es un sujeto en situación irregular y en los requisitos normativos que deben darse para su aplicación (capítulo 4). Nos adentramos después en el análisis de su aplicación, primero cuantitativamente, a partir de los datos oficiales disponibles sobre la materia y cualitativamente después, a partir del análisis de expedientes judiciales para profundizar en la naturaleza de los delitos, el perfil de los sujetos, las resoluciones adoptadas, los criterios utilizados para ello y el cumplimiento de los requisitos normativos legalmente establecidos (capítulo 5). Dedicamos el último capítulo a reflexionar sobre la eficacia de la renuncia penal para alcanzar los objetivos para los que ha sido diseñada y sobre su capacidad para alcanzar los objetivos que se espera de una respuesta penal político-criminalmente eficaz (capítulo 6).

Esta tesis no habría sido posible sin la confianza que la profesora Elisa García España ha depositado en mi capacidad para afrontar el reto. El proceso hasta el depósito de tesis no ha sido un camino fácil, pero su empuje, su generosidad y su optimismo han resultado clave. Especialmente quiero mostrarle mi agradecimiento por haber sido una enorme fuente de inspiración. Haber podido acompañarla y apoyarla para hacer realidad su idea sobre el OCSPi ha sido una gran fortuna profesional y una gran oportunidad de aprendizaje. Esta tesis se nutre de su compromiso social y científico con la inmigración y de sus ideas sobre el valor que tiene la Criminología para aportar conocimientos rigurosos sobre la realidad delictiva y sobre la eficacia de la respuesta que el control social articula en torno a dicha realidad.

Muestro mi agradecimiento también a todos mis compañeros del Instituto de Criminología de la Universidad de Málaga. Al profesor José Luis Díez Ripollés por abrirme las puertas del Instituto en 2015 y contar conmigo como parte del equipo de trabajo de sus proyectos de investigación, donde he podido aprender de primera mano sus teorías sobre las tendencias en la política criminal de los países desarrollados. A la profesora Anabel Cerezo por haber confiado en mis capacidades docentes, investigadoras y de gestión. A ellos, y también a los profesores Pepe Becerra, María José Benítez, y Fátima Pérez agradezco sus enseñanzas sobre calidad profesional y humana. Mención especial a mis compañeros, Araceli Aguilar, Jaqueline Carvalho, Bertha Prado, Juan Antonio Jurado, Elena Casado y María Izco. Algunos llegaron al IAIC hace poco como estudiantes en prácticas del grado en Criminología y hoy muestran una madurez, una motivación y una excelencia en sus tareas que resultan dignas de mi admiración.

De mi época en Cataluña necesito nombrar al profesor José Cid y a mis compañeros de la Universidad Autónoma de Barcelona. A él le debo las bases de mi pensamiento criminológico y mi interés por hacer una criminología útil para la sociedad. Sus aportaciones en materia de desistimiento en el delito, penas alternativas, elección del castigo y eficacia rehabilitadora nutrieron mis primeras actividades científicas y lo siguen haciendo en alguna de las aportaciones que

trato de hacer con esta tesis. A mis compañeras agradezco aquellos años compartiendo criminología y vida.

Por supuesto, mi agradecimiento a mi familia, a la que adoro, por acompañado con cariño en el proceso de tesis aun no teniendo muy claro a qué me dedicaba. En especial a mi madre, por confiar en mi capacidad para hacer aquello que me propongo, y a mi padre, que aunque ya no está entre nosotros se habría sentido muy orgulloso de verme doctorada. Mis hermanas podrán contárselo.

Inmensamente agradecida a Pedro Campoy, gran criminólogo y mejor persona, con el que tengo la fortuna de compartir intereses profesionales y proyecto de vida. Mis primeras reflexiones criminológicas las compartí con él como colega en Barcelona cuando ambos éramos recién llegados. Con él aprendí lo que es la autoexigencia de rigurosidad científica y el compromiso con el colectivo profesional. Años después, con dos solicitudes de colegios de criminólogos a nuestras espaldas, la vida nos ha regalado dos hijas maravillosas, que están creciendo inteligentes y llenas de vitalidad, pese a la exposición masiva a dibujitos como precio para que sus papás puedan escribir. Confiamos en poder equilibrar su crianza con otros factores de protección.

Pensando en ellas y en el tipo de sociedad que quiero que tengan en el futuro, me propongo aportar mi granito de arena desde la Criminología para hacer del mundo un lugar un poquitito más justo en el que ellas y los niños y niñas del mundo, sean del origen que sean, puedan vivir mañana.

Y por último, no puedo acabar mis agradecimientos sin nombrar a todas las personas de orígenes y trayectorias migratorias diversas que han formado parte de mi vida, enriqueciendo mi visión del mundo, despertando mi interés por las desigualdades sociales y aumentando mi vocación criminológica al servicio de la sociedad.

PARTE I

DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y CONTEXTUALIZACIÓN

CAPÍTULO 1

LA RESPUESTA DEL SISTEMA PENAL A LA DELINCUENCIA DE EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR COMO OBJETO DE ESTUDIO EN CRIMINOLOGÍA

1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

En un contexto como el actual en el que los temas migratorios se han convertido en epicentro de la atención política y mediática a nivel internacional, el interés por analizar cuáles son y qué eficacia tienen las diferentes medidas que los gobiernos adoptan para dar respuesta al control de los flujos migratorios adquiere especial importancia.

Fruto de ese análisis, hace ya años que la academia viene poniendo de relieve el hecho de que, en múltiples ocasiones, se produce una fusión entre la jurisdicción penal y la jurisdicción administrativa. Fusión que Stumpf (2006) popularizó con el concepto “*Crimmigration*” para referirse al papel que el Derecho penal está desempeñando actualmente como un instrumento más de la política migratoria para coadyuvar a la contención de la inmigración irregular y, especialmente, de los inmigrantes considerados peligrosos.

Las manifestaciones en las que se produce esa intersección entre derecho penal y derecho administrativo han sido analizadas en el contexto comparado y estudiadas también en España por diversos autores, habiéndose identificado cuatro manifestaciones principales: 1) La criminalización de conductas vinculadas a la inmigración, 2) la inclusión de la expulsión del territorio nacional en el catálogo de penas, 3) el uso administrativo de medidas cautelares propias del derecho penal, como la privación de libertad y 4) la vinculación de los antecedentes penales con una causa administrativa de expulsión de los extranjeros.

En el caso español, existe una quinta manifestación que, si bien ha sido menos analizada hasta la fecha, resulta especialmente llamativa porque en lugar de usar el Derecho penal en favor del control de los flujos migratorios, lo que hace es renunciar a su uso para no entorpecerlo. Se trata de la previsión normativa contenida en el párrafo a) del artículo 57.7 de la actual Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX en adelante), según la cual, cuando un extranjero sobre

el que pesa una orden administrativa de expulsión pendiente de ejecución, aparece imputado o acusado (investigado, según la terminología procesal vigente) en un procedimiento penal por la comisión de un delito, la autoridad gubernativa responsable del expediente de expulsión solicitará al juez penal que autorice la expulsión. Es decir, que renuncie al procedimiento (penal) en favor de la expulsión (administrativa).

No se trata de una previsión nueva en nuestro ordenamiento jurídico, ya estaba recogida en la anterior ley de extranjería, la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros (en adelante, LOEX 1985), y ya por entonces la doctrina advertía de que esta renuncia a la continuación del proceso penal suponía una innovación legal de decaimiento del ius puniendi estatal que introducía de forma aislada en el derecho procesal penal español de entonces, una excepción al principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal.

Ese principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal imperante en el sistema penal español, contrapuesto al principio de discrecionalidad más habitual en sistemas penales de corte anglosajón, se ha visto matizado recientemente con la introducción del principio de oportunidad reglada en la reforma del código penal de 2015, que permite al juez acordar el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal por considerar que el delito resulta de “muy escasa gravedad”¹ y que no existe un interés público relevante en la persecución del hecho. Por lo que cabría pensar que la renuncia al procedimiento penal de imputados extranjeros pendientes de expulsión tiene un mayor encaje legal en la actualidad.

Sin embargo, los supuestos en los que puede ser aplicado el art. 57.7 LOEX no se limitan a los delitos de “muy escasa gravedad” previstos en la mencionada ley, sino que excede de los mismos, al poder abarcar delitos que lleven

¹ Aquellos punibles con penas privativas de derechos, multa de hasta tres meses, localización permanente de hasta tres meses o trabajos en beneficio de la comunidad de hasta treinta días

aparejados penas de prisión de hasta 6 años o cualquier pena no privativa de libertad con independencia de su duración. Y aun aceptando que muchos de los casos en que pueda resultar aplicable esta renuncia estuvieran dentro de los límites de la oportunidad reglada, no habría sido hasta el año 2015 (cuando se introdujo el principio de oportunidad) que habría existido dicha cobertura procesal.

Algunos autores también alertaban ya con la versión inicial de 1985 (art. 21.2) que ese decaimiento del ius puniendi estatal por meros motivos de política migratoria, el interés estatal en expulsar al extranjero indeseable sin que concurren causas de justicia penal material, parecía no tener suficiente encaje legal. Pues, si bien es cierto que la Ley española de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) no obliga al fiscal a ejercitar las acciones penales en todos los casos, sino tan sólo *“las acciones penales que considere procedentes”*, sí que parece necesario que concurren otros intereses constitucionales distintos al principio de legalidad que aconsejen ese no ejercicio de la acción penal.

Un estudio pormenorizado de las instrucciones y circulares de la Fiscalía General del Estado (FGE, en adelante) nos llevará a encontrar como fundamentos político-criminales que justifican esta excepcionalidad, la prevención de actos delictivos por parte de aquellos extranjeros que buscan en la delincuencia una forma de intentar garantizar su estancia en el país y la búsqueda de mayor sosiego para una ciudadanía supuestamente preocupada ante posibles dificultades para expulsar a extranjeros que, además de no tener autorización para residir en el país, aparecen como responsables de un delito.

En la actualidad, el fundamento imperante, mucho más gerencialista, entiende que el art. 57.7 LOEX se configura como un instrumento idóneo para congeniar los intereses de la política migratoria y la política criminal, habiéndose diseñado un conjunto de criterios que deben servir de referencia a los operadores judiciales para decidir, ante cada caso con el que se encuentren, sobre la pertinencia de renunciar o continuar con el procedimiento. Sin embargo, sospechamos que el diseño de tales indicadores ha respondido a criterios más

de tipo logístico (viabilidad de ejecutar la expulsión pendiente) que a criterios que respondan a una reflexión profunda sobre cómo llevar a cabo una confrontación entre intereses de los dos ámbitos de la política implicados.

Hasta la fecha, la previsión normativa contenida en el art. 57.7a LOEX ha sido analizada desde una perspectiva jurídica, sin embargo, no existen acercamientos empíricos sobre cómo se está produciendo su aplicación práctica, sobre los mecanismos de coordinación que se ponen en funcionamiento entre policía, jueces y fiscales como principales agentes implicados en el proceso de aplicación del artículo, o sobre cuáles son los costes y beneficios que se derivan de esta renuncia al *ius puniendi* penal desde el punto de vista de los fines del sistema de justicia penal. Generar ese vacío es el objetivo principal de esta tesis.

2. ENFOQUE TEÓRICO

La tesis se encuadra en un programa de doctorado en ciencias jurídicas y sociales, en particular, dentro de la línea de especialización en Derecho Penal, Derecho procesal, Criminología y Derechos Humanos. Cuatro disciplinas bien diferenciadas, pero interconectadas de las que nos nutrimos en este trabajo, en mayor o menor medida, y que nos lleva a adoptar un enfoque interdisciplinar a la hora de abordar nuestro objeto de estudio:

a) El **derecho penal**, como rama del derecho público que regula la potestad correctiva (*ius puniendi*) del Estado, asocia la realización de determinadas conductas (delitos) con consecuencias jurídicas en forma de penas y medidas de seguridad. Sin embargo, en esta tesis vamos a ver que cuando la persona que realiza esos delitos es un extranjero administrativamente expulsable, el derecho penal vigente ha optado por renunciar, con carácter preferente, a la aplicación de esas penas o medidas de seguridad.

Si la pena es el medio con que cuenta el Estado para reaccionar frente al delito, necesariamente tendremos que reflexionar en las páginas de esta tesis sobre cuál es la finalidad de la pena y por qué esa finalidad no parece ser relevante

cuando el sujeto responsable del delito es una persona extranjera sobre la que recae causas de expulsión prevista en la política migratoria.

b) Por su parte, el **derecho procesal** penal contiene las normas que regulan la determinación y realización de la pretensión penal estatal, lo que nos llevará a analizar los principios que rigen el proceso penal en España, y especialmente, a estudiar cómo encaja la renuncia al proceso penal en el caso de investigados extranjeros administrativamente expulsables con dos principios de nuestro derecho procesal: el principio de legalidad y el principio de oportunidad reglada.

c) La **Criminología**, por su parte, tiene entre sus pretensiones la mejora de la eficacia de los sistemas de control social para reducir la delincuencia. Por ello, nuestro interés en estudiar la aplicación de la renuncia al procedimiento penal en el caso de investigados extranjeros administrativamente expulsables, busca conocer la eficacia de dicha renuncia para el logro de los objetivos que políticamente se le han atribuido al art. 57.7a LOEX. Estos, como veremos, son: prevención de la delincuencia por parte de extranjeros que buscan a través de la pena garantizar su estancia en el país, sosiego ciudadano ante las dificultades para poder expulsar a extranjeros que, además de estar en el país en situación irregular, aparecen investigados como responsables de la comisión de un delito, o instrumento para congeniar los intereses de la política criminal y la política migratoria.

Esto nos llevará a prestar especial interés en cuantificar y dimensionar la aplicación del art. 57.7 LOEX, calculando su incidencia, así como también a analizar el perfil de los sujetos y los delitos sobre los que recae la aplicación del 57.7 LOEX. Igualmente nos llevará a interesarnos por conocer cómo podemos mejorar la confrontación de intereses entre la política criminal y la migratoria en cada caso individualmente considerado. .

La Criminología, como cualquier otra ciencia social, aspira al logro de cuatro niveles de conocimiento (Redondo y Garrido, 2013: 55) y esta tesis busca aportar evidencias vinculadas con cada uno de esos niveles. Veamos en qué sentido:

- “*Descriptivo*: la Criminología pretende cuantificar la criminalidad y detallar las condiciones en que se produce los comportamientos delictivos y las reacciones sociales frente a ellos”. En este plano, nos aproximaremos a la los datos sobre la criminalidad de los extranjeros en España y trataremos de entender cómo es la respuesta policial, judicial y penitenciaria ante este tipo de criminalidad.
- “*Explicativo*: para cuyo logro ordena lógicamente los hallazgos que describen la aparición de los fenómenos delictivos y las reacciones sociales subsiguientes, y propone teorías explicativas que vinculan entre sí los conocimiento obtenidos”. En este plano, trataremos de entender el contexto normativo y político en el que se encuadra una previsión como la del 57.7 y trataremos de valorar sus impactos en la delincuencia y el sistema de justicia pena.
- “*Predictivo*: orientándose a especificar la probabilidad de repetición de la conducta delictiva y las circunstancias que la favorecerán o la dificultarán. En este plano, nos interesaremos por la eficacia de la renuncia penal prevista en el art. 57.7 LOEX para prevenir la delincuencia del colectivo al que se dirige y del valor que puede aportar en el ejercicio de la discrecionalidad judicial conocer las características del sujeto o su riesgo delictivo”.
- Por último, la Criminología tiene también un propósito “*aplicado* o de intervención, esencialmente orientado a la prevención de los comportamientos delictivos en la sociedad”. Por ello, en este plano, nos proponemos diseñar un instrumento que facilite a los operadores judiciales la tarea de individualización de la decisión sobre la renuncia o la continuación del procedimiento penal cuando el sujeto investigado es una extranjero administrativamente expulsable

d) Y por último, esta tesis también se nutre de un enfoque basado en los **derechos humanos**, principalmente porque la premisa de la que parte es que la irregularidad del extranjero no puede servir como fundamento para justificar respuestas penales diferenciadas basadas en la situación administrativa de la persona responsable de un delito. Eso, como iremos argumentando, no es

criminológicamente eficaz para el logro de la prevención de la delincuencia, pero sobre todo no es justo. La respuesta penal diferenciada basada en el origen o la situación administrativa del sujeto presuntamente responsable supone, en nuestra opinión, una clara vulneración del principio de igualdad y no discriminación reconocido internacionalmente como derecho humano, y una vulneración del derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución a la tutela judicial efectiva.

3. OBJETIVOS PRINCIPALES Y ESTRUCTURA DE LA TESIS:

Con el objetivo general de profundizar en el estudio de la renuncia al procedimiento penal como respuesta a la delincuencia de extranjeros administrativamente expulsables, esta tesis se compone de dos partes, cada una de ellas compuesta por tres capítulos. En la primera abordamos el contexto en el que se encuadra el art. 57.7 LOEX, caracterizamos los flujos migratorios y los rasgos definitorios de la política migratoria, analizamos la relación inmigración y delincuencia y los rasgos definitorios de la política criminal que se ha ido configurando para dar respuesta a la delincuencia cometida por personas extranjeras. Esta primera parte nos servirá para ir concretando las preguntas de investigación que tratamos de responder como objetivos específicos de la tesis.

En la segunda parte nos centramos específicamente en el análisis de la renuncia al procedimiento penal cuando el sujeto investigado o procesado es un extranjero administrativamente expulsable, para ello analizamos primero su regulación, los requisitos normativos que deben darse para su aplicación y su encaje en nuestro sistema penal, después revisamos los fundamentos que políticamente se han utilizado para justificar el interés público en la renuncia penal cuando el delincuente es un sujeto administrativamente expulsable. Nos adentramos después en el análisis de su aplicación, primero a partir de los pocos datos oficiales que existen sobre la materia y luego a partir de un análisis cualitativo de una muestra de expedientes judiciales de los juzgados de Málaga en los que solicitó la autorización judicial para la expulsión, donde tratamos de conocer la naturaleza de los delitos, el perfil de los sujetos, las resoluciones adoptadas, los criterios utilizados y el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos.

Dedicamos el último capítulo a evaluar la eficacia de la renuncia penal, tanto para alcanzar los fines políticos marcados, como para mejorar la respuesta político-criminal en aras de un interés público reconceptuado. Detallamos a continuación la estructura de la tesis y los objetivos específicos de cada capítulo.

Capítulo 2. Contexto migratorio en el que se encuadra el 57.7a LOEX:

Para contextualizar la previsión normativa prevista en el 57.7 LOEX en el marco de las tendencias migratorias y político-normativas de los países desarrollados en materia de control de flujos migratorios, nos centraremos en tres aspectos principales:

- i. Los movimientos migratorios como fenómeno histórico, con especial atención a las características de las migraciones en el siglo XXI. Buscamos identificar quiénes emigran y cómo son percibidos por las sociedades de acogida.
- ii. Prestamos especial atención a la existencia de diferentes tipos de migrantes, intentando cuantificarlos y, en particular, nos detenemos en analizar la categoría de migrante irregular y en entender las diferentes formas de acceso a la irregularidad.
- iii. Revisamos las tendencias actuales de la política migratoria en materia de control de fronteras y gestión de los inmigrantes irregulares. Nos fijamos primero en el ámbito europeo y después en España.

Capítulo 3. Contexto político-criminal en el que se enmarca el 57.7a LOEX

Está dirigido a contextualizar la previsión normativa prevista en el 57.7 LOEX en el marco del binomio inmigración y delincuencia y en las tendencias de la política criminal, centrando el foco de atención en tres aspectos principales:

- i. La opinión pública sobre la delincuencia de inmigrantes y las diferencias entre las percepciones y las evidencias científicas.
- ii. La representación de los inmigrantes en las estadísticas oficiales sobre delincuencia, prestando especial atención a sospechosos y condenados pues es este grupo el que constituye el ámbito subjetivo de aplicación de la renuncia al proceso penal en favor de la expulsión.

- iii. La respuesta institucional al binomio inmigración y delincuencia, prestando especial atención al solapamiento que se produce entre la política penal y la política migratoria a la hora de configurar la reacción social formal ante inmigrantes sospechosos, condenados o excondenados.

Capítulo 4. Marco jurídico del art. 57.7 LOEX

Con el objetivo principal de estudiar la regulación normativa de la renuncia al procedimiento penal en el caso de inmigrantes administrativamente expulsables prevista en el 57.7 LOEX, trataremos de responder a las siguientes preguntas de investigación

- i. ¿Cuál es el encaje normativo de esta renuncia al ius puniendi en un sistema penal guiado por el principio de legalidad?
- ii. ¿Cuáles son los fundamentos político-criminales utilizados para justificar la renuncia penal en favor de la expulsión administrativa? Revisaremos los fundamentos a los que se ha referido el Ministerio fiscal a lo largo de los últimos veinticinco años.
- iii. ¿Cuáles son los elementos que componen el supuesto material del art. 57.7a LOEX?, Para responder a esta pregunta pondremos el foco de atención en los requisitos formales que exige la norma y en el rol que desempeñan los diferentes actores involucrados en su aplicación.

Capítulo 5. De la norma a la acción. Evidencias sobre la aplicación del 57.7 LOEX

Con el objetivo principal de conocer cómo se lleva a cabo la aplicación del 57.7 LOEX en la práctica, nos proponemos responder a las siguientes preguntas de investigación:

- i. ¿Qué información nos ofrecen las fuentes oficiales sobre cómo se está aplicando el art. 57.7a LOEX en el ámbito nacional? La búsqueda de información nos llevará a las memorias anuales de la Fiscalía General del Estado, especialidad extranjería

- ii. ¿Cómo se está llevando a cabo la aplicación del art. 57.7 LOEX en los juzgados de la ciudad de Málaga? Para conocerlo realizaremos un análisis en profundidad de una muestra de expedientes judiciales donde trataremos de identificar la naturaleza de los delitos y el perfil de los sujetos sobre los que recae la renuncia penal, así como los criterios que utilizan jueces y fiscales en el ejercicio de su discrecionalidad.

Capítulo 6. La eficacia de la renuncia penal en favor de la expulsión administrativa.

Con el objetivo principal de evaluar la capacidad del 57.7a LOEX para cumplir con las utilidades político-normativa que se le han otorgado, confrontamos esas pretendidas utilidades con el conocimiento criminológico disponible y con las evidencias encontradas en nuestros análisis de aplicación práctica. En concreto, trataremos de responder a las siguientes preguntas de investigación:

- i. ¿Es eficaz la renuncia penal para disuadir a los inmigrantes en situación irregular de cometer delitos como forma de intentar garantizar su estancia en el país?
- ii. ¿Es eficaz la renuncia penal para responder a las demandas de la opinión pública?
- iii. ¿Es eficaz la renuncia penal para conciliar los intereses de la política migratoria y la política criminal?

Capítulo 7. Discusión, propuestas y conclusiones.

Terminamos la tesis con un capítulo dedicado a recapitular las conclusiones obtenidas al tratar de responder a cada una de las preguntas de investigación planteadas, discutiendo sus implicaciones y haciendo algunas propuestas que permitan una mejor valoración individualizada de los costes y beneficios que se derivan de optar por la renuncia al procedimiento penal o a su continuación en cada caso.

4. ENFOQUE METODOLÓGICO

Para llevar a cabo los cinco objetivos especificados en el apartado anterior, utilizaremos una combinación de estrategias metodológicas cuantitativas y cualitativas y diferentes fuentes de información, tanto primarias como secundarias. Detallamos a continuación cada una de las estrategias empleadas y el objetivo para el que han sido utilizadas.

4.1. Análisis cuantitativo de estadística oficial

Para contextualizar la previsión normativa prevista en el 57.7 LOEX en el marco de las tendencias de la inmigración y de la delincuencia de inmigrantes, así como de las tendencias político-normativas que se han articulado en torno a ambos fenómenos (1ª parte de la tesis), nos servimos fundamentalmente del análisis cuantitativo de datos secundarios. Con carácter general, hemos intentado analizar el período temporal comprendido entre 2008 y 2018, no obstante, en ocasiones no están disponibles los datos de los primeros años o los correspondientes a los años más recientes. A continuación enumeramos las diferentes fuentes consultadas:

4.1.1. Datos oficiales sobre inmigración

- i. Datos del padrón de habitantes sobre inmigrantes empadronados
- ii. Datos del Ministerio de Interior sobre autorizaciones de residencia a extranjeros
- iii. Datos del Ministerio de Interior sobre entradas irregulares en España, tanto por vía marítima como terrestre
- iv. Datos del Ministerio de Interior sobre denegaciones de entrada, devoluciones, repatriaciones y expulsiones
- v. Datos del Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura sobre internamientos en CIE.

4.1.2. Datos oficiales sobre opinión pública e inmigración

- i. Barómetros de opinión del Centro de Investigaciones Sociológicas
- ii. Datos de EuroStat
- iii. Datos de la Encuesta Social Europea

4.1.3. Datos oficiales sobre extranjeros sospechosos

- i. Datos del Ministerio del Interior sobre nacionalidad de los detenidos o imputados por causa penal, publicados en la web del ministerio y en los balances anuales de lucha contra la criminalidad.
- ii. Datos del Ministerio del Interior sobre situación administrativa de los detenidos o imputados por causa penal de origen extranjero, suministrados directamente al equipo de investigación del proyecto DIA.

4.1.4. Datos oficiales sobre extranjeros condenados

- i. Datos del Instituto Nacional de Estadística sobre condenados según nacionalidad y según tipo de pena

4.2. Análisis de contenido

Para estudiar la regulación normativa de la renuncia al procedimiento penal en el caso de inmigrantes administrativamente expulsables prevista en el 57.7 LOEX (capítulo 3) y para conocer la información publicada por la Fiscalía sobre aplicación del 57.7 LOEX, hemos realizado un análisis de contenido de textos normativos, instrucciones del Ministerio Fiscal, y memorias anuales del Ministerio Fiscal.

El análisis de contenido de normativas y documentos oficiales resulta de interés en la medida en que no sólo nos informamos sobre cómo está regulada y normativizada una determinada área de actuación, sino que nos interesamos además por los términos que utiliza el locutor, su frecuencia, la estructuración del discurso, etc. Nuestro objetivo es estudiar la lógica de funcionamiento del aparato administrativo-judicial en el que se produce la aplicación del 57.7 LOEX a través de sus propias instrucciones.

4.2.1. Análisis de textos normativos en materia de extranjería

Textos normativos que, desde 1985 hasta la actualidad, han regulado la renuncia al procedimiento penal en el caso de extranjeros que, en el momento de la

expulsión, aparecen imputados en un procedimiento penal. En particular, las leyes de extranjería y sus reformas:

- i. Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros (en adelante, LOEX 1985)
- ii. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEX)
- iii. Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, reforma LOEX de 2003).
- iv. Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, reforma LOEX de 2009)

Así como también los reglamentos que las desarrollan:

- i. Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (en adelante, REX 2001).
- ii. Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, REX 2004)
- iii. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (en adelante, REX 2011)

4.2.2. Análisis de Instrucciones y Circulares de la Fiscalía General del Estado

Instrucciones y Circulares de la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) que, desde 1994 hasta la actualidad, han abordado cuáles deben ser los criterios

interpretativos de los fiscales a la hora de individualizar la decisión sobre la renuncia o la continuación penal. En particular:

- i. Circular 1/1994, de 15 de febrero, sobre intervención del ministerio fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España
- ii. Instrucción de la FGE nº 4/2001, de 25 de julio, específica sobre la autorización judicial de la expulsión de los extranjeros imputados en procedimientos penales,
- iii. Circular 3/2001, 21 de diciembre de 2001, relativa a la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.
- iv. Circular 2/2006, 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.
- v. Circular 5/2011, de 02 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.

4.2.3. Análisis de las memorias anuales de la Fiscalía General del Estado, especialidad de extranjería, en el periodo 2009-2018.

Para dimensionar la incidencia de la aplicación del 57.7a LOEX a nivel nacional y para indagar sobre cómo aplican los fiscales las directrices del Ministerio Fiscal a la hora de interpretar los requisitos normativos que requiere la renuncia penal, hemos procedido a una revisión sistemática de las memorias anuales de la FGE, especialidad extranjería en el periodo que abarca desde 2009 hasta 2018.

4.3. Análisis cualitativo con datos primarios

Para conocer las características de los casos sobre los que recae el 57.7 LOEX y cómo se lleva a cabo su aplicación en la práctica (capítulo 4) hemos utilizado una metodología mixta que combina estrategias cualitativas y cuantitativas.

Las estrategias cualitativas se concretan en la realización de dos entrevistas exploratorias con fiscales provinciales de extranjería. Como indican Quivy & Campenhoudt (2004) las entrevistas exploratorias son como un primer “sondeo” antes de elegir los recursos más importantes, que en este caso se concretan en el acceso a los expedientes judiciales en los que se solicitó la aplicación del 57.7

durante el año 2014 y en la comprensión de los criterios que guían las actuaciones de los actores formales involucrados en el procedimiento (en particular, jueces, fiscales y brigada de extranjería).

4.3.1. Entrevista exploratoria presencial al Fiscal delegado de extranjería de Málaga en el momento previo al inicio del trabajo de campo.

Realizada con el objetivo de conocer su opinión sobre el 57.7, su papel en el proceso, las disfunciones con las que se topaba o la relación con la autoridad administrativa (unidad de extranjería de la Policía Nacional). Asimismo, se solicitó su ayuda para identificar los expedientes judiciales en los que se solicitó durante el año 2014 la autorización judicial de la expulsión de extranjeros encartados en procedimientos penales.

4.3.2. Entrevista exploratoria telefónica con la Fiscal delegada de Extranjería de Madrid, en el momento previo al inicio del trabajo de campo.

Con el objetivo de explorar diferencias y similitudes en el funcionamiento de aplicación del 57.7a LOEX y de su rol en el proceso.

4.4. Análisis de la aplicación del 57.7 LOEX a través de una muestra de expedientes judiciales en los que se solicitó la autorización judicial de la expulsión administrativa durante el 2014 en los juzgados de la ciudad de Málaga.

Para explorar de manera detallada cuáles son las características de los casos en los que se solicita la aplicación del art. 57.7a LOEX se ha procedido al análisis de una muestra de expedientes judiciales de los juzgados de instrucción y de lo penal de la ciudad de Málaga en los que se solicitó durante 2014 la autorización judicial para la expulsión administrativa por la vía del 57.7 LOEX.

El análisis de material judicial para analizar la discrecionalidad judicial ya ha sido empleado en otras investigaciones. En el ámbito penológico, por ejemplo, Cid Moliné y Larrauri Pijoan, coords. (2002) analizaron la respuesta del aplicador del Derecho en los casos en que la ley le otorga discrecionalidad para imponer o bien una pena privativa de libertad o bien una pena alternativa. Para ello

analizaron las sentencias dictadas por el los Juzgados de lo Penal de Barcelona estaban completamente ejecutadas. En la misma línea, Antón García y Larrauri Pijoan (2009) realizaron un análisis cuantitativo de las sentencias condenatorias por un delito de maltrato ocasional (153 CP) dictadas por los juzgados de Barcelona, con el objetivo de conocer los supuestos en que los jueces optaban por la pena de prisión o por el uso del trabajo en beneficio a la comunidad

Más recientemente, y en el ámbito específico de la respuesta institucional a los extranjeros en situación administrativa irregular pendientes de expulsión, González Beilfuss et. al. (2018) realizaron un análisis descriptivo de todos los expedientes de internamiento tramitados en la provincia de Barcelona en el año 2015 para profundizar en el conocimiento de la toma de decisiones judiciales. Como explican estos autores, el análisis de material judicial resulta de gran utilidad para el estudio de decisiones que, como el internamiento, se toman en entornos de incertidumbre considerable donde los diversos actores deben actuar en plazos breves y a partir de informaciones incompletas.

La unidad de análisis en el estudio que ahora nosotros realizamos también serán los expedientes judiciales en los que el juez ha tenido que decidir, a petición de la Brigada de extranjería, sobre la autorización de la expulsión administrativa por la vía de la aplicación del 57.7 LOEX, esto es, sobre la renuncia al ius puniendi del estado para no obstaculizar una expulsión administrativa pendiente de ejecución.

4.4.1. Nuestra población: los expedientes judiciales en los que se solicitó la aplicación del 57.7 LOEX en la provincia de Málaga durante 2014

Nuestra población – entendida como la totalidad de elementos sobre los que se investiga – está formada por los expedientes judiciales conocidos en los que se solicitó la aplicación del 57.7 LOEX en la ciudad de Málaga durante el año 2014. La solicitud de los datos se hizo durante el mes de mayo de 2015, de forma que se solicitó información relativa al 2014 por ser el año inmediatamente anterior.

Inicialmente nos habíamos propuesto realizar el estudio de los expedientes comparando entre dos ciudades, así optamos por comparar Málaga y Madrid. Sin embargo, tras realizar entrevistas exploratorias con los Fiscales delegados de Extranjería de las respectivas Fiscalías provinciales - entrevista presencial en el caso de Málaga y entrevista telefónica en el caso de Madrid - encontramos serias dificultades para acceder a la identificación de los expedientes en los que se solicita la aplicación del 57.7 en el caso madrileño. Varios motivos lo explican: en primer lugar, mientras en Málaga es el Fiscal delegado de Extranjería quien dice tener asumida la competencia centralizada para elaborar los informes preceptivos en el caso de la aplicación del 57.7, en Madrid la Fiscal de Extranjería nos dice que ha delegado la competencia para pronunciarse sobre la cuestión en los fiscales que conozcan de cada procedimiento. Esta situación, sumada a la gran cantidad de juzgados existentes en Madrid y a la ausencia de codificación, en la base de datos judicial informatizada, de algún indicador que permita discriminar los casos objeto de nuestro interés, nos llevó a dar por imposible la identificación de los expedientes en Madrid.

Una vez decidimos centrar el análisis únicamente en Málaga, nos propusimos averiguar cuántos informes favorables a la aplicación del 57.7 LOEX habían emitido los fiscales durante 2014, información que está disponible – total provincial – en los datos estadísticos que publica la Fiscalía territorial de Málaga. En ellos, dentro del área de Extranjería, se recoge la categoría de *“Expulsiones sustitutivas en el proceso penal”* en la que, además de los datos sobre informes favorables a la aplicación del 57.7, se incluyen datos relativos a expulsión sustitutiva de penas (diferenciando entre aquella solicitada en calificación, en sentencia y en ejecutoria), internamientos en CIE para expulsión del art 89-6 LOEX y aplicación de la DA 17ª de la LO 19/2003 ².

² La disposición adicional decimoséptima de la Ley, establece, en materia de comunicaciones de los órganos judiciales a la autoridad gubernativa en relación con extranjeros, que: *“... comunicarán a la autoridad gubernativa la finalización de los procesos judiciales en los que concurra la comisión de infracciones administrativas a las normas sobre extranjería, a los efectos de que por las autoridades administrativas pueda reanudarse, iniciarse o archivarse, si procede, según los casos, el procedimiento administrativo sancionador. Del mismo modo, comunicarán aquellas condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, a los efectos de incoación del correspondiente expediente*

Tabla 1. Informes favorables a la aplicación del art. 57.7 LOEX en la provincia de Málaga (Serie 2012-2017)

	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Datos Fiscalía territorial de Málaga	346	236	380	360	360	216
Datos Fiscalía total nacional	2255	2502	2626	2337	1428	1635
% que representan los informes de la Fiscalía provincial de Málaga respecto del total nacional	15,34	9,43	14,47	15,40	25,21 ³	13,21

Fuente: elaboración propia a partir de los datos estadísticos de la Fiscalía territorial de Málaga y de la FGE, especialidad Extranjería.

Como se observa en la tabla, durante 2014 se emitieron un total de 380 informes favorables a la aplicación del 57.7 LOEX en la provincia de Málaga. Coincide que ese año es el que más cantidad de informes favorables se han emitido de los años consultados. Al mismo tiempo, esta cantidad representó el 14,47% del total de informes favorables a la autorización del 57.7 LOEX que, según la memoria anual de FGE, se emitieron aquel año en toda España. Este dato resulta especialmente curioso si tenemos en cuenta que existen 50 fiscalías territoriales (una por provincia) y que Málaga fue la que registró el mayor número de informes favorables. Por ejemplo, ese año en Madrid se informaron 209 informes favorables y, dentro de Andalucía, en Sevilla 120, en Cádiz 113, en Córdoba 60, en Granada 35, en Almería 21, en Huelva 19 y en Jaén 18. El hecho de que el partido judicial de la Ciudad Autónoma de Melilla esté integrado en la Fiscalía territorial de Málaga podría ayudar a entender parcialmente esos datos.

sancionador. Igualmente, comunicarán las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida”.

³ Ese 25% debe interpretarse sabiendo que las estadísticas correspondientes a 2015 y 2016 están repetidas, por lo que la fiabilidad de la información es cuestionable.

Por otra parte, resulta oportuno destacar un aspecto que ha marcado este estudio. En las memorias y datos estadísticos de la Fiscalía siempre se hace referencia al concepto “informe favorable”, lo que hace pensar que únicamente se están registrando los casos en que los jueces se mostraron a favor de la expulsión. Sin embargo, en este estudio nos interesan tanto los favorables como los que no lo fueron, para poder identificar cuáles son los criterios que están utilizando los operadores jurídicos para tomar la decisión entre una u otra opción. Sin embargo, como veremos al analizar los expedientes, las fórmulas lingüísticas que utilizan los fiscales para expresar su postura son muchas, lo que nos hace cuestionarnos a qué tipo de informes se refieren exactamente los datos oficiales bajo el concepto de “informe favorable”.

4.4.2. La muestra: los expedientes judiciales de Málaga ciudad (n=304)

Para acceder a los expedientes judiciales, se utilizó una triple estrategia muestral. En primer lugar, se solicitó al Fiscal delegado de Extranjería de la Fiscalía Provincial de Málaga – puesto ocupado por Juan Andrés Bermejo Romero de Terreros en aquel momento – referencia de los casos en que él había tenido que pronunciarse sobre la renuncia al procedimiento penal durante 2014. Recordamos que en la entrevista exploratoria que mantuvimos con él, manifestó ser él quien centralizaba los informes sobre el 57.7 LOEX en la provincia de Málaga. Nos proporcionó acceso a una copia de los informes que durante ese año él había tenido que elaborar, a petición de algún juzgado, en la fase de audiencia previa a la decisión judicial. De ellos, seleccionamos únicamente los expedientes judiciales correspondientes a Málaga Ciudad y codificamos a) el Juzgado, b) el Núm. de procedimiento y c) La posición del Fiscal sobre la autorización de la expulsión, que como decíamos adopta múltiples fórmulas lingüísticas que hacen cuestionarnos qué tipo de informes son los que encajan en la fórmula “informes favorables” que, mencionábamos anteriormente, se adopta en los datos oficiales.

Tabla 2. Informes emitidos por el Fiscal delegado de Extranjería de Málaga sobre la aplicación del 57.7 LOEX en su jurisdicción (2014), según posición adoptada.

Postura adoptada en el informe	Casos
A resultas de lo que acontezca	7

Conformidad	54
Dejar sin efecto la resolución	1
Falta auto de expulsión	4
Nada opone	44
No procede	23
Recurso	10
Total	143

Fuente: Elaboración propia a partir de la primera depuración de los informes proporcionados el Fiscal delegado de extranjería de la provincia de Málaga

En segundo lugar, se solicitó al Comisario Jefe de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de Málaga – puesto ocupado en aquel momento por Manuel Páez Méndez – datos de las solicitudes de autorización judicial de una expulsión administrativa practicadas por su Brigada a los juzgados de Málaga durante el año 2014.

Nos proporcionaron una base de datos en formato Excel con tres columnas: a) Juzgado, b) Núm. De procedimiento y c) Autorización o denegación de la expulsión, usando una fórmula dicotómica que, como con los datos que publica la FGE, nos lleva a cuestionarnos qué tipo de resoluciones de las múltiples que adoptan los fiscales, son los que encajan en la fórmula conceptual “Autoriza” utilizada por la Brigada.

Tabla 3. Datos sobre autorizaciones de expulsión (57.7) solicitadas por la Brigada de Extranjería y Fronteras de Málaga a juzgados de Málaga ciudad durante 2014.

	Autoriza	No autoriza	Total
Audiencia Provincial	7	3	10
Juzgado de Instrucción	64	8	72
Juzgado Penal	82	13	95
Juzgado de Violencia	16	0	16
Juzgado de Menores	4	0	4
Total	173	24	197

Fuente: elaboración propia a partir de los datos proporcionados por la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de Málaga.

De la combinación de ambas fuentes, obtuvimos un total de 304 casos, resultando especialmente llamativo que sólo coincidieran entre ellas 36 casos. Recordemos que el Fiscal Provincial de Extranjería de Málaga había manifestado en la entrevista mantenida con él que él centralizaba en la provincia la emisión de informes sobre la solicitud de la aplicación del 57.7 LOEX.

Tabla 4. Casos estudiados en la ciudad de Málaga en los que se ha solicitado la aplicación del 57.7. LOEX y fuente de obtención de la información.

Denominación	Origen de los datos	Málaga provincia	Málaga capital	
Informes favorables	Memoria de la Fiscalía Provincial de Málaga	380	-	
Informes emitidos	Fiscal de extranjería de Málaga	242	143	MUESTRA FINAL
Autorizaciones solicitadas	Brigada Extranjería de Málaga	-	197 (- 36 coincidentes) = 161	(143 + 161) 304

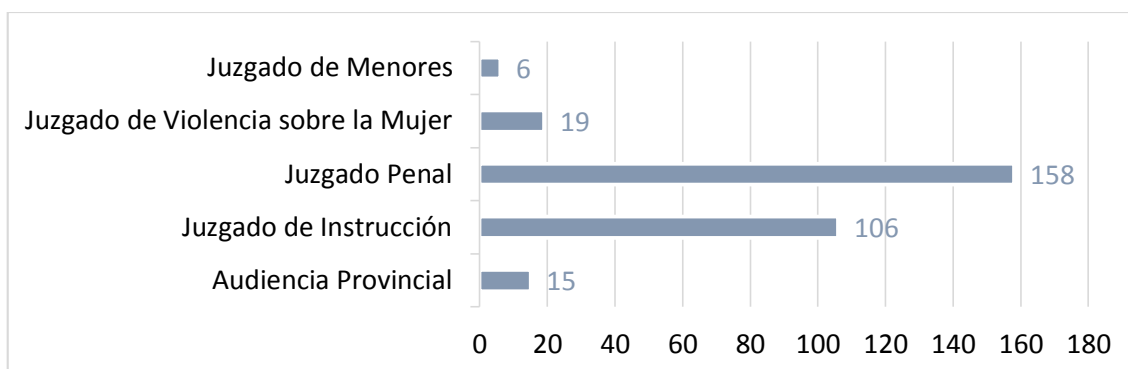
Fuente: elaboración propia

El hecho de que el fiscal provincial conozca únicamente 36 de los 197 solicitudes realizadas por la Brigada de Extranjería de Málaga probablemente pueda explicarse porque son otros fiscales los que están pronunciándose sobre la autorización del 57.7 sin trasladarle a él la información. Por otra parte, el hecho de que de la Brigada de Extranjería de Málaga sólo conociera 36 de los 143 casos informados por la fiscalía pueda deberse a que son las Brigadas de Extranjería de otras provincias las que están enviando solicitudes al Fiscal de Málaga por procedimientos penales que se tramitan en su jurisdicción. Algún criterio diferencial en la forma en que Fiscalía y Brigada recopilan los datos podría explicar también esta ausencia de concordancia entre los datos proporcionados por ambas fuentes.

Para facilitar el tercer paso, el acceso tangible a los expedientes judiciales, se optó por descartar de la muestra aquellos expedientes correspondientes a juzgados de menores, de violencia sobre la mujer o de la audiencia provincial. Pese al enorme valor analítico que hubiera tenido conocer en profundidad esos casos, optamos por quedarnos únicamente con los expedientes de juzgados de instrucción y de lo penal, por ser cuantitativamente más numerosos y, por ende,

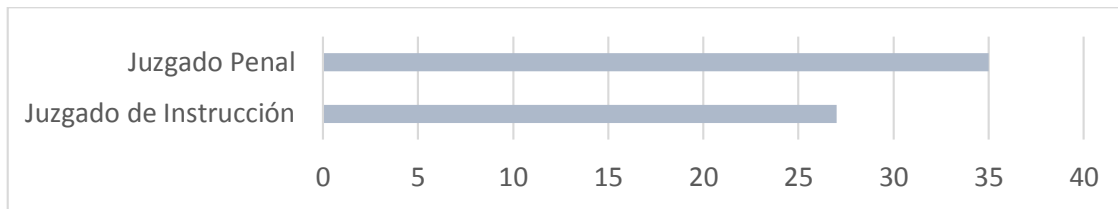
más representativos de las situaciones en las que puede potencialmente plantearse la autorización judicial de la expulsión administrativa.

Gráfico 1. Distribución de los expedientes identificados según tipo de juzgado



Por último, preparamos un listado con los 264 expedientes judiciales finalmente seleccionados, clasificándolos según juzgado de pertenencia y solicitamos autorización al juez decano de Málaga para pedir directamente a cada juzgado acceso a los expedientes. Conseguida la autorización y la implicación de los diferentes juzgados, empezamos a analizar los expedientes de forma aleatoria a medida que los juzgados nos iban facilitando el acceso a ellos. Para que la muestra fuera cuantitativamente representativa hubiéramos necesitado analizar, al menos, 157 expedientes judiciales. Sin embargo, estudiar los expedientes comprobamos que era posible utilizar como criterio muestral el de saturación de datos, pues al llegar a los 63 expedientes judiciales, consideramos que ya no estábamos obteniendo nueva información relevante sobre la forma de proceder de los operadores jurídicos y que ya disponíamos de los elementos necesarios para analizar de forma comprensiva y convincente la forma en que se estaba llevando a cabo la aplicación del 57.7 LOEX en los juzgados de Málaga, por lo que dimos por cerrada la recogida de datos. En el ámbito de la investigación cualitativa se entiende por saturación el punto en el cual se ha escuchado ya una cierta diversidad de ideas y con cada entrevista u observación adicional no aparecen ya otros elementos (Martínez Salgado, 2012), o el punto el que el investigador considera que puede decir algo importante y novedoso sobre el fenómeno que lo ocupa, que no será todo, ni tampoco lo único, ni lo último que pueda decirse al respecto, pero si logra plantear algo relevante, convincente o problematizador, podrá considerar colmado su esfuerzo (Mayan, 2009).

Gráfico 2. Procedencia de los expedientes analizados en profundidad. (n=63)



4.4.3. La ficha de recogida de información

Con el objetivo de transformar la información contenida en los expedientes en datos analizables de manera sistemática, se construyó una base de datos específica formada por tres bloques (Pueden consultarse el listado detallado de variables analizadas en el ANEXO 1):

- i. **Datos procesales:** que incluye datos sobre el delito, sobre la carga de actos probatorios, y sobre la adopción de medidas cautelares.
- ii. **Datos sobre la persona extranjera:** que incluye información sobre sus características socio-demográficas, sus arraigo en España y su trayectoria delictiva y
- iii. **Datos sobre la aplicación del 57.7 LOEX:** que incluye información sobre el momento procesal en el que se recibe la solicitud de renuncia, si hubo audiencia al extranjero y a la víctima, el tiempo que tardó en resolverse, la decisión adoptada y los criterios empleados.

La base de datos creada se puso a prueba con el análisis de los primeros expedientes durante el mes de enero de 2016, identificándose la necesidad de pequeños ajustes. Con la base de datos ultimada, el trabajo de campo se extendió durante los meses de febrero a mayo de 2016. Mostramos nuestro sincero agradecimiento al personal de todos los juzgados que amablemente colaboraron con el propósito de la investigación, dedicando su tiempo a localizar los expedientes, muchos ya en el depósito judicial, y a resolver nuestras dudas y preguntas.

Al realizar el análisis de los expedientes judiciales tratamos de encontrar información relativa a cada una de nuestras variables de estudio. Algunas variables pudieron ser respondidas con fechas, datos numéricos o categorías de

respuesta previamente diseñadas. Otras requirieron una respuesta descriptiva que ha sido analizada cualitativamente y transformada en variables categóricas para sistematizar los hallazgos encontrados.

4.5. Análisis de la percepción de una muestra de extranjeros asentados en Málaga sobre si “¿Los extranjeros sin papeles cometen delitos para entrar en prisión y no poder ser expulsados de España?”

La opinión de los extranjeros a esta pregunta servirá en esta tesis para abordar la evaluación de eficacia del 57.7a LOEX, en particular, de la eficacia preventivo general de la medida (capítulo 6)

La pregunta se enmarca dentro del cuestionario utilizado en el proyecto de investigación SEJ 1489 “Delincuencia de inmigrantes asentados”, financiado por la Junta de Andalucía. El proyecto, dirigido por Jose Luis Díez Ripollés y coordinado por Elisa García España - en el que participé como técnica de investigación en labores de diseño metodológico, trabajo de campo y análisis de datos – realizó un abordaje empírico y a nivel local de la delincuencia y victimización auto-declarada de los inmigrantes asentados en Málaga⁴, así como de los factores de protección y riesgos que se encuentran en su contexto de acogida, incluida la percepción que tienen de la relación con la policía y el sistema penal. Una investigación pionera en España pues hasta el momento no se han abordado estudios empíricos de calado sobre la delincuencia auto-declarada de los inmigrantes en relación con sus contextos de acogida (García España, 2017).

El objetivo general del estudio fue conocer las relaciones de la población inmigrante asentada con el delito (bien como autor, o bien como víctima) y con el sistema de control penal en el contexto local de acogida. De forma específica, el estudio realizado pretendía conocer la delincuencia y victimización auto-

⁴⁴ El concepto de “inmigrantes asentados” se utilizó para englobar a todas las personas extranjeras mayores de 18 años procedentes de terceros países a la Unión Europea que llevasen residiendo en Málaga capital de forma legal o irregular durante al menos tres años. Definición que pretende alcanzar a una población que está en fase de arraigo o asentamiento y también a los que están en fase de co-inclusión.

declarada de los inmigrantes asentados en Málaga, las características del contexto de acogida en el que encontraron acomodo (barrio, vecindario, servicios sociales, etc.), las características de las redes familiares y sociales de los inmigrantes asentados en España y la percepción de los inmigrantes sobre el sistema policial y penal.

La muestra estuvo compuesta por extranjeros asentados en la ciudad de Málaga (residiendo durante 3 o más años, con independencia de su situación administrativa) y por extranjeros privados de libertad en la prisión de Alhaurín de la Torre en Málaga. Se utilizó un muestreo de conveniencia no probabilística, donde los sujetos fueron seleccionados por su accesibilidad y proximidad al investigador. Así para formar la muestra de extranjeros de la capital malagueña se utilizó la técnica de la bola de nieve o muestreo en cadena, y para formar la muestra de la prisión malagueña se contó con la información facilitada por la propia prisión sobre extranjeros en situación preventiva o penada.

Para la recogida de datos se utilizó un cuestionario específicamente diseñado a tal efecto y pilotado entre los meses de marzo y abril de 2017. El contenido de la encuesta tiene en consideración el contexto social de acogida a partir de tres elementos básicos:

- i. Control social informal (incluyendo familia y relaciones sociales de apoyo, empleo y medios de vida y vivienda y barrio).
- ii. Experiencias en el contexto social de acogida (incluyendo victimización, discriminación y oportunidades delictivas)
- iii. Control social formal (incluyendo situación administrativa de extranjería, confianza y legitimidad policial, percepción del sistema penal)

A los efectos de esta tesis, solo analizaremos las respuestas obtenidas de los encuestados sobre su conocimiento respecto a las opciones de expulsión que incluye el sistema penal como respuesta a la delincuencia de los extranjeros. En particular, sobre la renuncia penal (art. 57.7 LOEX), la expulsión penal (art. 89 CP) y la expulsión administrativa por tener antecedentes penales (art. 57.2 LOEX). Los resultados serán contextualizados y analizados en el capítulo seis

de la tesis dedicado a la evaluación de eficacia del art. 57.7 LOEX, en concreto al evaluar su eficacia disuasoria.

5. SÍNTESIS

A modo de síntesis, la siguiente tabla permite visualizar con facilidad la estructura de la tesis, especificando los objetivos, el enfoque teórico y la metodología utilizada en cada uno de los capítulos.

Tabla 5. Síntesis de la estructura de la tesis

	Objetivos	Metodología
Capítulo 1	Delimitar el objeto de estudio, concretar el enfoque teórico, los objetivos principales y el enfoque metodológico	
Capítulo 2	Entender y contextualizar el fenómeno de la inmigración irregular, sus dimensiones y cómo se gestiona	<ul style="list-style-type: none"> - Revisión bibliográfica, - Revisión normativa - Análisis cuantitativo de datos secundarios
Capítulo 3	Entender la relación entre inmigración y delincuencia, sus dimensiones y cómo se gestiona	<ul style="list-style-type: none"> - Revisión bibliográfica - Revisión normativa - Análisis cuantitativo de datos secundarios
Capítulo 4	Entender el 57.7, su regulación jurídica, su evolución, su encaje legal y procesal y sus fundamentos políticos	<ul style="list-style-type: none"> - Revisión bibliográfica - Revisión normativa
Capítulo 5	Estudiar la aplicación del 57.7 en la práctica, dimensionando su cantidad, definiendo el rol de los actores implicados e identificando disfunciones de la puesta en práctica	<ul style="list-style-type: none"> - Revisión memorias fiscalía - Análisis cuantitativo y cualitativo de datos primarios y secundarios
Capítulo 6	Valorar la eficacia del 57.7 para lograr los fines para los que ha sido políticamente diseñado Confrontarlos con la evidencia empírica	<ul style="list-style-type: none"> - Revisión bibliográfica - Análisis cuantitativo y cualitativo de datos primarios y secundarios
Capítulo 7	Discusión y conclusiones	

CAPÍTULO 2

LA INMIGRACIÓN COMO FENÓMENO HISTÓRICO, SOCIAL Y POLÍTICO

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la migración humana se remonta a los primeros períodos de la historia de la humanidad. Comprender la migración internacional y sus diversas manifestaciones resulta fundamental para abordar de manera eficaz las cambiantes dinámicas migratorias y para responder adecuadamente a las diversas y variadas necesidades de los migrantes, de las sociedades de origen y de las sociedades receptoras (OIM, 2018).

Ese carácter multidimensional ha provocado que sean múltiples las disciplinas de las ciencias sociales que han prestado atención al estudio del fenómeno migratorio. Así, en la investigación sobre la materia confluyen aportaciones desde la demografía, geografía, sociología, antropología, economía, psicología, trabajo social, pedagogía y las ciencias jurídicas. Algunos estudios se han ocupado de analizar las causas y prolongación del proceso, mientras que otros se han centrado en los efectos que tiene la migración para los individuos, grupos y sociedades. Godenau y Zapata (2005) sintetizan los diferentes campos de estudio de las diferentes disciplinas de manera muy clarificadora en el siguiente cuadro:

Tabla 6. Síntesis de los campos de estudio de las diferentes disciplinas que se han aproximado al estudio del fenómeno migratorio

<p>Demografía <i>ámbito comportamiento migratorio</i></p>	<p>Énfasis en la cuantificación del comportamiento migratorio y detección de regularidades a nivel macro; diferenciación entre migraciones interiores y exteriores, destaca causas demográficas de las migraciones; elaboración de sistemas migratorios; migraciones y trayectoria vital</p>
<p>Geografía <i>ámbito comportamiento migratorio</i></p>	<p>Geografía humana; énfasis en la dimensión espacial del fenómeno, modelos de gravedad; vínculos entre jerarquía de poblamiento, infraestructuras, recursos naturales y movilidad; estudio de la distribución y repercusiones territoriales de los inmigrantes</p>
<p>Economía <i>ámbitos causas y efectos</i></p>	<p>Demografía económica; énfasis en determinantes económicos de las migraciones; separación entre enfoques micro y macro; modelo microeconómico de toma de decisiones; racionalidad; importancia de relaciones y comercio internacional en enfoques macroeconómicos</p>

<p>Sociología <i>ámbito efectos</i></p>	<p>Énfasis en variables contextuales de la decisión migratoria; importancia del contexto grupal/familiar (redes); ramificación en sociología económica y sociología política; vínculos con estratificación social de sociedades emisoras y receptoras; análisis sobre movilidad social y segunda generación</p>
<p>Antropología <i>ámbitos causas-comportamiento migratorio-efectos</i></p>	<p>Énfasis en la cultura y carácter transnacional; importancia de las estrategias grupales (redes) en el contexto internacional; redes de grupos y lugares; vínculos entre los niveles micro-meso-macro</p>
<p>Psicología <i>ámbito causas y comportamiento migratorio</i></p>	<p>Énfasis en nivel micro y meso; atención al proceso mental que acompaña la toma de decisiones; racionalidad blanda; uso activo y selectivo de información contextual; relación con motivación, actitudes, estilos de decisiones, <i>problem spaces</i>; inserción en contexto grupal</p>
<p>Ciencias Jurídicas <i>ámbito comportamiento migratorio</i></p>	<p>Análisis específico del marco jurídico destinado a la regulación de los flujos migratorios; estrechas relaciones con ciencias políticas (políticas migratorias); énfasis en el Régimen Jurídico de la Extranjería Extracomunitaria</p>
<p>Ciencias Políticas <i>ámbito comportamiento migratorio</i></p>	<p>Estudio de las políticas migratorias nacionales y supranacionales; inclusión de políticas de otra índole que influyen en las migraciones (mercado de trabajo, políticas sociales); migraciones internacionales y globalización; énfasis en trayectos migratorios transfronterizos; la frontera como mecanismo de regulación de permeabilidad</p>
<p>Ciencias educativas <i>ámbito efectos</i></p>	<p>Énfasis en los efectos específicos de la inmigración en el sistema educativo; análisis de las correspondientes políticas y medidas en materia de integración educativa; traslación de la multiculturalidad al diseño curricular</p>
<p>Trabajo social <i>ámbito efectos</i></p>	<p>Visión global sobre las personas y su entorno socioambiental en países de origen y destino, con base en la justicia social, desarrollo humano y bienestar social. Prácticas profesionales más ancladas en la integración social de las personas en la sociedad receptora y en la mejora de las condiciones de vida del conjunto de la sociedad</p>

Fuente: Godenau, D. & Zapata, V. (2005)

Como vemos, un amplio número de trabajos se limita a realizar descripciones de la estructura y evolución cuantitativa de los flujos migratorios, detallando cómo son los que migran, de dónde vienen, con qué calendario y cómo han organizado su travesía. Estas aproximaciones descriptivas son especialmente frecuentes en la inmigración irregular, debido a la escasez de información estadística que

permita cuantificar y estructurar este apartado tan versátil del fenómeno migratorio.

Por su parte, entre aquellas disciplinas que se han centrado en el análisis de las implicaciones del fenómeno migratorio están las que han profundizado, por ejemplo, en los tratados económicos sobre la inmigración en el contexto de la financiación de la Seguridad Social, análisis demográficos sobre la aportación de la inmigración a la fecundidad, investigaciones sociolaborales sobre el papel de la inmigración en la segmentación del mercado de trabajo o estudios socioculturales sobre el proceso de integración de los inmigrantes en la sociedad receptora.

Con objeto de profundizar en la figura del inmigrante administrativamente expulsable sobre el que recae nuestro estudio del art. 57.7 LOEX, nos interesan en particular aquellos trabajos que analizan quiénes emigran, desde dónde lo hacen y cómo son percibidos por los países receptores. Sólo así podremos entender de forma contextualizada cómo se han ido configurando las políticas de control de los flujos migratorios en nuestro país y en los de nuestro entorno.

Con ese objetivo, este capítulo se compone de tres apartados. En el primero abordamos la cuestión migratoria como un fenómeno histórico, repasando brevemente las características de las diferentes etapas por las que dicho fenómeno pasó en la Europa del siglo XX y centrándonos en mayor medida en las características de los movimientos migratorios en la actual sociedad globalizada.

En el segundo abordamos la cuestión de la inmigración irregular como constructo social y político en el marco de las diferentes categorías de extranjeros que se han ido construyendo, así tratamos de revisar cada una de ellas y profundizamos en la reflexión sobre las implicaciones de la etiqueta de “irregular”, tratando de dimensionar el fenómeno a partir de las diferentes vías de acceso a la irregularidad.

En el tercero nos centramos en las políticas de lucha contra la inmigración irregular, analizándolas en el contexto de la securitización y gerencialización de las políticas migratorias y centrando nuestro interés en el papel clave que la expulsión administrativa de ciertos inmigrantes no deseados juega en el actual modelo de gestión de la inmigración.

2. LA INMIGRACIÓN COMO FENÓMENO HISTÓRICO

Entre el siglo XVI y el XIX, la migración tuvo como destino el nuevo continente, al que llegaron una minoría de hombres ricos y una mayoría de esclavos, convictos y sirvientes. La transición hacia la migración libre (sin esclavitud) marcó un hito en la historia migratoria y un cambio en la naturaleza de los inmigrantes (Llanderrizas, 2018).

Hoy día, la gran mayoría de las personas que migran fuera de su país lo hacen por razones relacionadas con el trabajo, la familia y los estudios, en busca de prosperidad económica, pero muchas otras abandonan sus hogares y sus países debido a otras razones imperiosas, como la desigualdad, la violencia, los conflictos, las persecuciones y los desastres ambientales (OIM, 2018).

En la Europa del XX y considerando quiénes emigran, desde dónde lo hacen y cómo son percibidos por los países receptores, Otero (2004) sintetiza las siguientes etapas por las que han pasado los movimientos migratorios. Seguimos primero a esta autora para repasarlos brevemente y profundizamos después en los rasgos definitorios de la etapa actual:

2.1. La emigración transoceánica.

La emigración transoceánica se inicia en la segunda mitad del siglo XIX, y mantuvo cifras elevadas hasta la Primera Guerra Mundial. Durante el siglo XIX y hasta la Depresión de los años treinta del siglo XX emigraron más de 60 millones de europeos. Este periodo se asocia a las primeras fases de la industrialización, que produjeron cambios demográficos y modernización económica. En una primera oleada partieron hacia Estados Unidos y Canadá europeos de los países del centro y norte de Europa. Los inicios de la industrialización en América del

Norte, un continente prácticamente despoblado, ofrecían múltiples oportunidades de inversión y de trabajo a la población. Cuando a finales de siglo América del Sur se integró en el sistema del comercio internacional, especializándose en la exportación de productos agrarios, la oferta de trabajo se amplió y atrajo a la población del sur de Europa, que en ese momento iniciaba el proceso de modernización económica.

2.2. Las migraciones forzadas (entre 1920 y 1950).

Las migraciones forzadas del siglo XX se corresponden con la redistribución de población del periodo de entreguerras y el final de la Segunda Guerra Mundial. Después de la Primera Guerra Mundial cambiaron de país siete millones y medio de europeos por la modificación de las fronteras. Alemanes, polacos y griegos fueron los más afectados. Por las mismas fechas, debido al triunfo del régimen comunista en el Imperio Ruso (1918) y a una guerra civil posterior, huyeron de la URSS dos millones de personas. El triunfo del régimen nazi en Alemania (1933) y la represión subsiguiente contra los judíos y los sectores políticos democráticos, impulsó la huida de más de quinientos mil alemanes. Por su parte, en España, la victoria de las fuerzas franquistas en la Guerra Civil española (1936-1939) y el régimen dictatorial que se impuso, forzó a exiliarse a más de quinientas mil personas.

Durante la Segunda Guerra Mundial unos cincuenta millones de europeos fueron deportados, exiliados o expulsados. Los alemanes obligaron a ocho millones de europeos residentes en los países ocupados (URSS, Polonia, Francia...) a trabajar en campos de concentración en Alemania. Y después de la Segunda Guerra Mundial, más de catorce millones de personas tuvieron que trasladarse forzosamente por la modificación de las fronteras.

2.3. Las migraciones voluntarias.

Las migraciones voluntarias son fruto de los movimientos de redistribución de población que tuvieron lugar en la segunda mitad del siglo XX, pudiéndose diferenciar dos grandes bloques de emigración: la que tuvo origen en los países

mediterráneos y se dirigió hacia el norte y centro de Europa (1950-1975) y la que fue de este a oeste, alcanzando incluso a los países mediterráneos (1990-2000).

En el primer caso, la razón principal fue la diferencia económica entre los países europeos. Después de la Segunda Guerra Mundial Europa había perdido el liderazgo mundial, tanto político como económico frente a Estados Unidos, pero los países de la Europa occidental y central poseían un índice de desarrollo muy superior al de las zonas mediterráneas y orientales por lo que eran un polo de atracción para dichas poblaciones. A esa razón se unió la incapacidad de los países más desarrollados para cubrir la creciente oferta de trabajo con la población del país, fundamentalmente debido a dos factores: las pérdidas humanas producidas durante la Segunda Guerra Mundial y el modelo demográfico basado en el control de la natalidad y el descenso de la mortalidad. Para la población de los países mediterráneos fue una inmejorable oportunidad para mejorar su situación económica.

En estos movimientos migratorios estuvieron de acuerdo los países receptores y emisores: los receptores obtenían mano de obra barata y para los emisores fue una válvula que liberó presiones sociales (mucha población joven y en paro) y con el dinero recibido por los emigrantes se pudieron modernizar los países.

En el segundo caso, las migraciones este-oeste, se originaron por el derrumbamiento del régimen comunista (1989). En la antigua URSS y en los países de Europa, que hasta entonces tenían régimen comunista, se inició la liberalización política y económica. Como a partir de entonces podían trasladarse libremente de un país a otro, se originó una importante redistribución de población: la fracción de la antigua URSS en varios países independientes, supuso el cambio de residencia de más de tres millones y medio de personas entre 1991 y 1996. El segundo país más afectado fue Alemania, que recibió importantes grupos de población de origen alemán retenidos en la zona del Este hasta ese momento. Pero, aparte de esta redistribución, la Europa occidental se convirtió en centro de atracción económica. Las diferencias de desarrollo

estimularon a la población de los países más pobres del Este a trasladarse a los de la Unión Europea.

4.4. La inmigración intercontinental tras la descolonización.

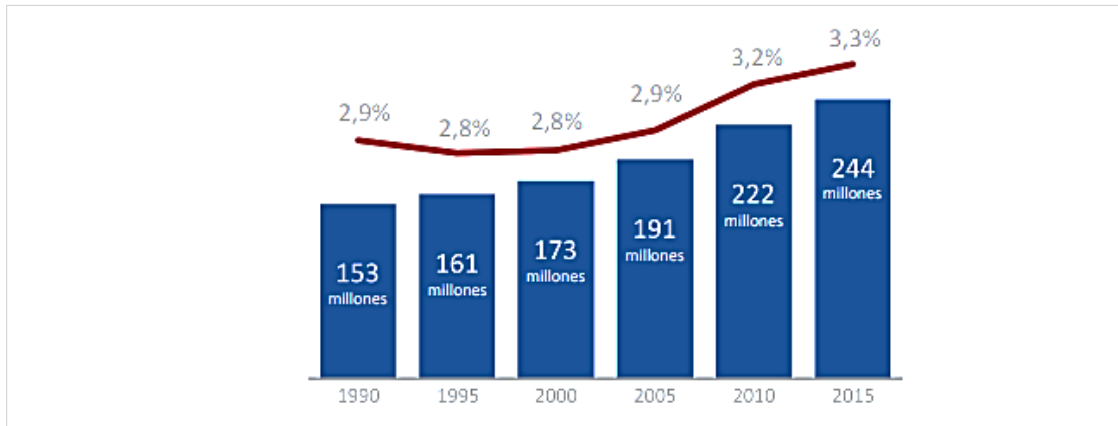
Tras la Segunda Guerra Mundial y vinculada con el desmantelamiento de los imperios coloniales se producen nuevos movimientos de población intercontinentales. Al final de los años cincuenta y principios de los sesenta del siglo XX se produjo la mayoría de las independizaciones y Europa se transformó de emisor en receptor. La afluencia de inmigrantes a las antiguas metrópolis se mantuvo durante mucho tiempo: primero inmigraron los colonos europeos que habían desempeñado funciones administrativas y sus familias, después los ejércitos coloniales, más tarde la población de origen no europeo, pero que había colaborado con la ocupación colonial y temía por sus vidas. Así, a Gran Bretaña llegó sobre todo población de Kenia, India y Malasia; a Francia, Italia y España de los países del Norte de África; a Bélgica del Congo, actual República Centroafricana, a Portugal de Angola y Mozambique.

4.5. La inmigración intercontinental en la era de la globalización.

La inmigración intercontinental en la era de la globalización se inicia durante el último tercio del siglo XX coincidiendo con el inicio del proceso de globalización mundial y se mantiene hasta nuestros días. El último informe de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM, 2018) cifraba en 244 millones el número de personas que en 2015 han cambiado su país de residencia habitual en todo el mundo, lo que representa un incremento de casi 100 millones respecto de 1990 (cuando el total ascendía a los 153 millones) y del triple respecto de la cifra estimada en 1970 (84 millones)⁵. Pero aunque la población migrante ha aumentado de tamaño, ha permanecido relativamente estable a lo largo del tiempo como porcentaje de la población mundial (situándose en torno al 3%).

⁵ Advierte Naciones Unidas de que la utilización de diferentes conceptos, definiciones y métodos de recopilación de datos en los distintos países obstaculizan la plena comparabilidad de las estadísticas sobre migrantes internacionales.

Gráfico 3 Cuantificación de los migrantes internacionales en el mundo (1990-2015) y proporción que representan respecto a la población mundial.



Fuente: Informe sobre las migraciones en el mundo (OIM, 2018)

Se calcula que los países desarrollados concentran el 57% de los inmigrantes mundiales. Estados Unidos de América ha sido el principal país de destino desde 1970, cuadruplicándose, el número de residentes nacidos en el extranjero, que pasó de 12 a 46,6 millones en 2015. En Europa, Alemania es (desde 2005) el país de destino más importante, con 12 millones de migrantes internacionales residiendo en 2015. España, por su parte, ocupaba en el 2015 el décimo puesto en país de recepción, con casi 6 millones (5.852.953) de migrantes internacionales.

La globalización ha favorecido la movilidad y flexibilidad de los factores que influyen en la producción, entre ellos la mano de obra, y como resultado se ha generalizado el flujo migratorio entre los países pobres y los países ricos. En los países pobres no hay prácticamente expectativas de mejora económica, especialmente en los sectores industriales, a cuya tecnificación no pueden acceder los países menos desarrollados, y en el sector agrícola, por la falta de suelo cultivable, la mecanización de la producción y la influencia del mercado mundial (Informe OIM, 2018).

A la falta de desarrollo económico de los países pobres, se suma el fuerte crecimiento demográfico, lo que reduce aún más la posibilidad de conseguir empleo. De hecho, la población de los países pobres duplica o triplica al de los países ricos donde el envejecimiento de la población se prevé vaya ampliándose

en los próximos años. Así, la inmigración se presenta para los países desarrollados como una oportunidad para mantener sus estándares de bienestar y evitar que la economía entre en una fase de mayor estancamiento o recesión (Informe OIM, 2018).

Sin embargo, a principios del siglo XXI, aunque la emigración y la inmigración continúan ofreciendo numerosas oportunidades a los países, las sociedades y los migrantes, se produce un cambio en la percepción que los países receptores tienen de los inmigrantes, y estos dejan de ser considerados únicamente bajo la lógica económica, laboral y demográfica como venía ocurriendo históricamente, para pasar a ser considerados bajo la lógica de las políticas de seguridad. Así, la inmigración se plantea como un desafío político y normativo fundamental en cuestiones como la integración, los desplazamientos, la migración segura y la gestión de las fronteras (Informe OIM, 2018)

En este contexto globalizado - denominado por autores como Castles y Miller (2004) *“la era de la migración”*- junto al enorme crecimiento numérico es necesario destacar otros rasgos que diferencian los movimientos migratorios de estas las últimas décadas respecto a los anteriores. En concreto, apuntan estos autores: la diferenciación (en cada país no existe una única forma de inmigración, sino una combinación de varias de ellas), la feminización (habiendo alcanzado hombres y mujeres una representación similar en la población extranjera) y la politización (habiendo entrado la cuestión migratoria en el centro de las políticas de seguridad nacionales e internacionales). Profundizamos a continuación en las cuestiones relativas a la diferenciación, a través de la aproximación a la construcción social de categorías de migrantes, y a la cuestión de la securitización de los flujos migratorios, dos aspectos clave en esta tesis⁶.

⁶ No entramos en la cuestión de la feminización pero señalamos en todo caso que esta se constata en España al revisar los datos del Informe 2018 del Consejo Económico y Social *“La inmigración en España: efectos y oportunidades”* que justifica con datos del INE cómo la distribución por sexos de la población de origen extranjero residente tiene unos rasgos muy similares a los del conjunto de la población (un 49 por 100 de hombres y un 51 por 100 de mujeres), alejándose así de la mayor presencia de hombres registrada anteriormente.



3. LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DE CATEGORÍAS DE MIGRANTES

Como apuntan Castle y Miller (2004) la mayoría de los países no tienen una sola forma de inmigración -laboral, refugiada, permanente - sino una combinación de todas ellas, lo que exige un esfuerzo mayor por entender los factores que subyacen a cada tipo de migración para poder articular las respuestas más adecuadas.

A los efectos de la tesis, no interesa tanto el motivo del inicio del proceso migratorio, sino la diferenciación de los migrantes en función de su situación administrativa en el país, al configurar dos categorías principales de inmigrantes, la de los inmigrantes con permiso de residencia y la de los inmigrantes sin permiso de residencia. Ambas categorías pueden ser a su vez ser multicategorizadas, pero esa doble clasificación nos sirve para visibilizar, siguiendo palabras de De Lucas (2003) cómo la movilidad – valor central de la globalización – y la inmigración – factor estructural y sistémico del proceso de globalización – es medida en realidad con un doble rasero. Las fronteras se abaten para un tipo de flujos y se alzan fuertes para otros.

A ese doble rasero se refiere también Rodríguez Yagüe (2012) al explicar que el modelo de política migratoria diseñado por el legislador en la LOEX responde a la ordenación de los flujos migratorios de carácter eminentemente laboral y económico en el que el legislador opta por la selección del perfil de extranjero al que necesita y, por ende permite, su entrada, estancia y desempeño de un trabajo en territorio español y al que le reconoce el ejercicio pleno de derechos en tanto se encuentra en una situación de regularidad administrativa.

3.1. Extranjeros con permiso de residencia

De acuerdo con el informe de 2018 sobre la situación de la inmigración en España del Consejo Económico y Social (CES, en adelante), elaborado a partir de los datos del Observatorio Permanente de la Inmigración⁷, el número de

⁷ Que a su vez elabora a partir de ficheros extraídos del Registro Central de Extranjeros gestionado por la Dirección General de la Policía. Esta estadística ofrece datos de stock, es decir, se presenta el número de extranjeros que son titulares de

extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor a 31 de diciembre de 2018 ascendía a 5.424.781. La clasificación, según el tipo de régimen jurídico que se aplica a cada extranjero, sitúa a 3.274.854 (60,4%) extranjeros en Régimen de Libre Circulación UE y a 2.149.927 (39,6%) en Régimen General.

El primero, el Régimen de Libre Circulación se aplica a los ciudadanos de la Unión –nacionales de países de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Islandia, Liechtenstein y Noruega) y de la Confederación Suiza– a los que corresponde un certificado de registro, así como a sus familiares y los familiares de españoles que sean nacionales de terceros países a los que se expide una tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión⁸. El derecho de libre circulación y residencia ha constituido desde sus orígenes la clave de bóveda del proceso de integración europea, primero en la consecución del mercado interior y, desde su inclusión en el estatuto de la ciudadanía europea, para el reconocimiento de un status jurídico común a todos los nacionales de los Estados miembros que les permite disfrutar del mismo tratamiento con independencia de su nacionalidad (Martín Martínez, 2014).

Según el informe del CES, aunque la mayoría de los extranjeros comunitarios, continúa proviniendo de los clásicos Reino Unido, Italia, Alemania y Portugal, se aprecia un importante incremento de los procedentes de Rumania y Bulgaria desde que ambos países entraron en la Unión Europea en 2007.

El segundo, el Régimen General, se aplica de forma general a los nacionales de terceros países, salvo que se trate de familiares de ciudadanos de la Unión, a

un certificado de registro o una tarjeta de residencia en vigor al final de cada semestre

⁸ Entre los nacionales de terceros países considerados familiares con acceso al Régimen de Libre Circulación UE se incluyen: el cónyuge o pareja de hecho registrada, los descendientes directos del ciudadano de la Unión o de su cónyuge o pareja que sean o bien menores de 21 años, o mayores si viven a su cargo, o incapacitados y los ascendientes directos del ciudadano de la Unión o de su cónyuge o pareja que vivan a su cargo.

quienes se expide una tarjeta de residencia. Respecto de este grupo, apunta el informe del CES que si bien se mantiene la preponderancia de las personas originarias del vecino Marruecos, han ido ganando peso los ciudadanos originarios de China, que se sitúa en 2018 como segundo país de origen de los extracomunitarios. Los colectivos de hondureños, rusos, venezolanos y ucranianos mantienen una tendencia creciente, cuyos incrementos han resultado de los más altos en este régimen., lo que da cuenta de la heterogeneidad adquirida por el fenómeno migratorio en España en las últimas décadas.

Tabla 7. Extranjeros en Régimen General a 21/12/2018.

	31-12-2018	% Mujeres	Edad media	Variación semestral respecto a 30-06-2018	Variación interanual respecto a 31-12-2017
Total	2.149.927	45,5%	34,5	0,7%	1,7%
Marruecos	734.775	42,8%	31,2	0,3%	1,2%
China	213.240	48,0%	32,4	1,4%	3,2%
Ecuador	136.491	43,9%	37,9	-1,5%	-3,0%
Ucrania	82.463	54,3%	40,1	1,6%	2,9%
Colombia	78.145	50,4%	40,3	-1,0%	-1,9%
Pakistán	77.086	30,5%	31,7	2,2%	5,5%
Bolivia	75.964	56,0%	36,2	-2,9%	-5,4%
Senegal	58.324	23,8%	35,8	1,5%	4,0%
Argelia	51.138	35,9%	34,5	0,2%	2,0%
Rusia	44.017	61,9%	37,6	3,1%	6,7%
Perú	42.877	47,4%	41,1	-0,3%	-0,6%
Paraguay	39.863	71,2%	38,5	0,7%	0,2%
India	39.195	39,7%	32,5	2,0%	6,1%
Argentina	34.301	46,2%	42,3	-0,1%	0,1%
Brasil	29.196	60,8%	38,4	1,6%	4,4%

Fuente: Observatorio Permanente de la Inmigración. Gobierno de España. (2018)

En términos globales, se observa que el colectivo africano representa el 45,6% del total de residentes. Le sigue el colectivo de nacionales de América Central y del Sur, con el 26,7%; a continuación se sitúa el colectivo asiático, con el 19,5%.

Gráfico 4. Extranjeros en Régimen General según área geográfica de nacionalidad a 31/12/2018.



Fuente: Observatorio Permanente de la Inmigración. Gobierno de España. (2018)

La diferenciación del fenómeno migratorio también se evidencia al analizar cómo ha evolucionado la concesión de autorizaciones de residencia de los extranjeros extracomunitarios (régimen general) según tipo de residencia y motivos de concesión. Constatándose un descenso progresivo de las autorizaciones de residencia temporales (no lucrativa, de trabajo y por circunstancias excepcionales) y un aumento progresivo de las autorizaciones de residencia por reagrupación familiar y de residencia de larga duración.

Tabla 8. Concesión de autorizaciones de residencia (régimen general) por motivos de concesión (2009-2017)

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Residencia no lucrativa	77.386	79.723	43.162	35.152	31.780	31.365	29.244	28.224	31.047
Reagrupación familiar	110.659	139.659	72.280	62.253	42.943	33.808	35.662	41.457	42.047
Trabajo	298.484	232.737	226.910	172.329	122.203	116.092	97.085	90.939	90.625
Temporal por circunstancias excepcionales	84.522	70.576	81.618	60.833	48.797	42.111	40.057	35.028	34.519
Residencia de larga duración	195.740	531.783	239.044	222.953	197.414	141.993	162.062	126.081	113.963
Total	766.791	1.054.478	663.014	553.520	443.137	365.369	364.110	321.729	312.319
Var. interanual % total		37,52	-37,12	-16,51	-19,94	-17,55	-0,34	-11,64	-14,20

Fuente: Consejo Económico y Social (2019).

Por último, el CES también incluye en su informe a los extranjeros nacionalizados, pues aunque las personas naturalizadas son ya españolas de pleno derecho y como tales, sin mayores especificaciones, suelen aparecer en

buena parte de las estadísticas, el origen extranjero, incluso entre generaciones nacidas ya en España, puede seguir asociado a situaciones diferenciales. En 2018 se registraron 2,1 millones de españoles residentes en nuestro país que habían nacido en el extranjero.

Como hemos visto, este informe ofrece información relativa a la estadística oficial de extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor, incluida en el Plan Estadístico Nacional, pero no incluye a los extranjeros con visado de larga duración en vigor cuya validez es de un año, los trabajadores transfronterizos, los extranjeros en situación de estancia por estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales y voluntariado; los solicitantes de asilo y protección subsidiaria, los extranjeros con doble nacionalidad (siendo una de ellas la española) los ciudadanos de la Unión Europea (o asimilados) que no hayan solicitado su inscripción en el Registro Central de Extranjeros, ni tampoco incluye a los extranjeros que tienen caducada su documentación de residencia y la están renovando. Por supuesto, tampoco incluye información relativa a los extranjeros que se encuentran en situación irregular en España. A caracterizar y cuantificar este último grupo nos dedicamos a continuación.

3.2. Extranjeros en situación irregular

Como apunta la OIM (2018) las estimaciones de poblaciones de extranjeros en situación irregular presentan dificultades intrínsecas: a) por su propia naturaleza, a menudo clandestina, b) porque los medios de recopilación de datos sobre migrantes difieren de un país a otro, lo que dificulta el establecimiento de un enfoque armonizado para el registro de las poblaciones mundiales de migrantes irregulares y c) porque el ritmo de cambio de las políticas migratorias también añade complejidad al asunto, por cuanto las personas pueden caer en una situación de “irregularidad” y salir de ella con la misma rapidez.

No obstante, aunque se desconoce la magnitud exacta de este colectivo, existen algunas aproximaciones desde varias fuentes. Según cifras de Eurostat, en 2008 en España fueron localizadas por las autoridades y constatada la irregularidad

de su estancia, 92.000 personas. Mientras que en 2017 habrían disminuido a 43.625.

Por su parte, según recoge la OIM (2018), el volumen de inmigrantes en situación irregular estimado para España sería de 354.000 personas, inferior al recogido para otros países europeos⁹. Estos datos, referidos a 2008, proceden del proyecto europeo Clandestino que, financiado por la Comisión Europea, tuvo como objetivo principal ofrecer un inventario de datos y estimaciones sobre la inmigración irregular (flujos y stocks) en 12 países europeos. En el caso de España, la estimación se basó en la combinación de varias fuentes, pero principalmente se centró en restar de los datos sobre extranjeros inscritos en el Padrón municipal de habitantes (INE), los datos sobre permisos de residencia del Observatorio Permanente de la Inmigración (González Enriquez, 2009).

Como apunta esta autora, España es el único país europeo que permite e incentiva el registro en el Padrón de los inmigrantes irregulares. El empadronamiento será el documento que acredite el tiempo de permanencia en territorio español, independientemente de su nacionalidad o de su situación legal. La inscripción en el Padrón lo acredita como vecino del municipio. El empadronamiento resulta necesario para solicitar la regularización o permisos de residencia y trabajo, da derecho a solicitar el carné para la asistencia sanitaria, sirve para realizar el canje del permiso de conducir en el caso de existir convenio con su país de nacimiento, es imprescindible para realizar la inscripción escolar de sus hijos y todos los demás tramites inherentes a los extranjeros. Además, la inscripción en el Padrón municipal sirve para probar el arraigo.

El Defensor del Pueblo Andaluz, no obstante, ha constatado que, en ocasiones, cuando un ciudadano extranjero solicita darse de alta en el Padrón de Habitantes

⁹ España: 354.000 (2008); Grecia: 390.000 (2011); Alemania: 180.000-520.000 (2014); Italia: 279.000-461.000 (2008) o Reino Unido: 417.000-863.000 (2007) En la Unión Europea en su conjunto, se estimaría entre 1,9-3,8 millones de personas en esta situación, mientras en Estados Unidos rondarían los 11,3 millones de personas en 2016. Véase, OIM, Informe sobre las Migraciones en el mundo, 2018.

en el domicilio donde reside habitualmente, cumpliendo así con la obligación que la ley le impone y ejerciendo también el derecho que le asiste, se le piden más documentos que los que se exigen a los ciudadanos españoles (Resolución del Defensor del Pueblo Andalúz formulada en la queja 13/5389 dirigida a Ayuntamiento de Algeciras). Y de hecho, se han elaborado instrucciones dirigidas a los Ayuntamientos sobre la gestión del Padrón, en las que se proclama que la petición de algún documento a quien solicita empadronarse, debe encaminarse a comprobar que los datos de identificación del solicitante son correctos, con independencia de cuál sea su situación legal en España (si fuese extranjero) pues los Ayuntamientos no tienen competencia para realizar ningún control sobre la legalidad o ilegalidad de la residencia en territorio español de ninguno de sus vecinos.

Tabla 9. Evolución de los extranjeros empadronados según lugar de procedencia.

Países	2000	% sobre el total	2009	% sobre el total	2017	% sobre el total
Todos	923.879	100,0	5.648.671	100,0	4.572.807	100,0
Europa	430.370	46,6	2.496.891	44,2	2.039.370	44,6
Unión Europea	375.486	40,6	2.273.226	40,2	1.777.989	38,9
Europa no UE	34.183	3,7	221.913	3,9	261.381	5,7
África	228.972	24,8	1.009.169	17,9	1.039.973	22,7
América	206.835	22,4	1.842.913	32,6	1.070.479	23,4
América Central	48.047	5,2	193.842	3,4	220.037	4,8
América del Norte	22.884	2,5	52.677	0,9	60.132	1,3
América del Sur	135.904	14,7	1.596.394	28,3	790.310	17,3
Asia	56.017	6,1	296.734	5,3	418.602	9,2
Oceanía	1.264	0,1	2.434	0,0	3.151	0,1
Apátridas	413	0,0	530	0,0	1.232	0,0

Fuente: Consejo Económico y Social (2019).

La irregularidad ha sido una fase en la vida de la mayoría de los inmigrantes en España, como muestran los datos demográficos, las regularizaciones y los resultados de varias encuestas a inmigrantes. Según recoge la Encuesta Nacional de Inmigrantes, el 40% de los que llegaron a España en el 2006 eran todavía irregulares a finales de ese año. El porcentaje de irregularidad disminuye

con el paso del tiempo. Las características demográficas y sociales de los inmigrantes irregulares son semejantes a las de los regulares (González Enríquez, 2009).

Existen muchas vías de irregularidad, como cruzar una frontera sin autorización, prolongar ilegalmente la estancia autorizada en el visado, trabajar en contravención de las condiciones del visado, nacer en una situación irregular o permanecer en el país tras denegarse la solicitud de asilo presentada. Diferenciamos a continuación seis formas de acceso a la irregularidad según la normativa española, tratando de revisar los datos disponibles en relación a cada una de ellas.

3.2.1. Cruce ilegal de fronteras.

En 2018 España se convirtió en el principal país de entrada a Europa con más de 65.383 llegadas irregulares por vía marítima y terrestre, casi el triple que el año anterior. Nuestro país recibió el 51% de las llegadas marítimas a la UE a través del Mediterráneo. La mayoría de las embarcaciones llegaron al litoral andaluz. (CEAR)

Tabla 10. Flujos migratorios a Europa: llegadas y fallecidos

País de destino	2017		2018	
	Llegados	Fallecidos	Llegados	Fallecidos
Italia	116.116	2.844	23.009	1.277
Malta			1.182	
Grecia	26.897	61	29.164	167
Chipre	501		930	
España	15.982	174	51.984	675
Total	159.496	3.079	106.269	2.119

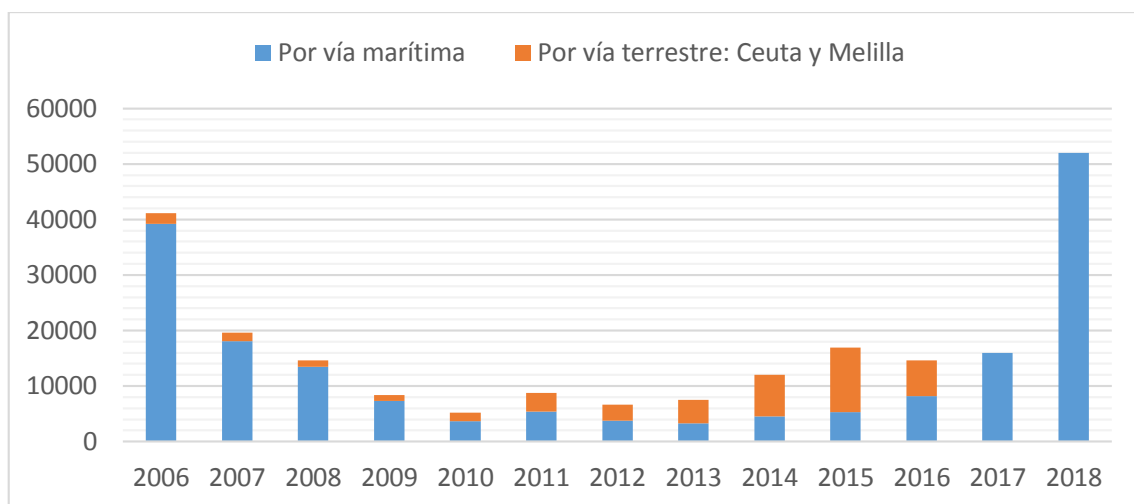
Fuente: Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2018

La entrada irregular marítima constituye la vía que recibe más atención mediática, sin embargo, el número de inmigrantes que la utilizan es pequeño. De hecho, se calcula que, únicamente, entre el 5% y el 10% de los flujos de inmigración irregular utiliza esta vía. (OIM, 2018)

Respecto las entradas irregulares por vía terrestre --que incluye saltos a las vallas fronterizas con Marruecos, entradas a través de los bajos de camiones y en maleteros de coches, entre otras formas--, según las cifras del Ministerio del Interior¹⁰, en lo que va de 2019 han entrado irregularmente por Ceuta 967 migrantes, lo que supone un 36,6% menos que esos mismos meses de 2018, cuando llegaron por esta vía 1.525 migrantes. Por Melilla se han contabilizado 3.041 entradas irregulares por tierra, es decir, un 6,1% menos que el pasado año, cuando se registraron 3.239 llegadas terrestres.

Así, considerando conjuntamente ambos tipos de entradas ilegales, y combinando los datos disponibles hasta 2016 en los balances de lucha contra la inmigración irregular del Ministerio del Interior y los datos del último informe de la OIM, recogemos en el siguiente gráfico la evolución de las llegadas ilegales a España por vía marítima y terrestre para el periodo 2006-2018.

Gráfico 5. Evolución de las entradas ilegales en España por vía marítima y por vía terrestre a través de Ceuta y Melilla (2006-2018)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos recogidos en los balances de lucha contra la inmigración irregular del Ministerio del Interior (2006-2016) y los recogidos en el Informe de la OIM (2018)

¹⁰ Recuperadas por última vez el 29/08/2019: http://www.interior.gob.es/documents/10180/10675279/informe_quincenal_acumulado_01-01_al_13-08-2019.pdf/63e1533b-22c4-47fe-a2a9-1036cd621d46

El último Informe quincenal sobre inmigración irregular publicado por el Ministerio del Interior, correspondiente a los datos acumulados desde el 1 de enero al 31 de julio de 2019, apunta una tendencia descendente con un 36,8% de llegadas menos que en el mismo periodo del año anterior. Tanto de entradas por vía marítima (con un 40% menos) como por vía terrestre (con un 17%).

3.2.2. Permanecer en el país tras denegarse la solicitud de asilo presentada.

Según datos de ACNUR (2019), a finales de 2018 había 70,8 millones de personas desplazadas forzosamente de sus hogares en todo el mundo, como resultado de la persecución, los conflictos, la violencia o las violaciones de los derechos humanos. De ellas 29,4 millones (más de un tercio del total) son solicitantes de asilo y refugiadas en otros países¹¹.

La realidad más dramática es la de Siria, con casi 6,7 millones de personas refugiadas y 6,2 millones de personas desplazadas internas. Un país devastado por una guerra civil que ya dura más de ocho años. Entre los principales países de origen también se encuentran Afganistán (2,7 millones), Sudán del Sur (2,3 millones), Myanmar (1,1 millones) y Somalia (900.000), los cuales sufren las terribles consecuencias de conflictos cada vez más enquistados.

Se calcula que los países más empobrecidos asumieron la mayor parte de responsabilidad, acogiendo el 84% del total de personas refugiadas en el mundo. Mientras que los países desarrollados siguen debatiendo cómo gestionar y redistribuir la acogida del 16% restante (CEAR, 2019). El Pacto Mundial sobre Refugiados que se aprobó en diciembre de 2018 por la Asamblea General de la ONU busca, precisamente, mejorar la respuesta internacional a las situaciones

¹¹ De acuerdo con el artículo 1.A.2 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, un refugiado es una persona que "debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él". Ojo con el tipo de letra de las notas al pie porque cambian de una página a otra.

de refugiados y garantizar que tanto ellos como las personas que los acogen, reciban el apoyo que necesitan.

En Europa, 637.895 personas solicitaron asilo en algún país miembro durante 2018, una cifra ligeramente inferior a la del año anterior y prácticamente la mitad que en 2016. El 85% de las solicitudes de asilo de la UE se concentraron en siete países: Alemania, Francia, Grecia, España, Italia, Reino Unido y Suecia. Los países de la UE resolvieron cerca de 593.500 solicitudes de protección internacional, un 40% menos que el año anterior, pero dos de cada tres fueron denegadas. España, por su parte, registró en 2018 un nuevo récord de solicitudes de asilo, con 54.065 solicitudes (el 8% del total de las presentadas en la UE), pero solo concedió protección internacional a 2.895 personas, el 24% del total, lo que supone 14 puntos menos que la media europea y 11 puntos menos que el año anterior. Con estas tasas de denegación cabe prever que un número importante de extranjeros que ingresaron como solicitantes de protección están quedando en situación de irregularidad en el país. De ahí que se reivindique la necesidad de proporcionar resultados efectivos y eficientes a esos “solicitantes de asilo no reconocidos”, para mantener sistemas de asilo creíbles y reducir los incentivos para el tráfico la trata de personas (ACNUR, 2019).

3.3.3. Prolongar ilegalmente la estancia autorizada en el visado (inmigrantes que ingresan como falsos turistas)

Además de las entradas irregulares y las permanencia en el país de solicitantes de asilo no reconocidos, es necesario tener en cuenta otras formas de acceso a la “irregularidad”, como es el caso de las personas que, habiendo entrado en España de modo legal, como turistas o estudiantes, permanecen después sin la debida autorización para ello, pasando así a la irregularidad. De hecho, los aeropuertos internacionales han sido la principal puerta de entrada de los inmigrantes irregulares que llegan como falsos turistas. Comparado con esto, la llegada irregular por mar desde África es un fenómeno menor, a pesar de la atención mediática y política que recibe (González Enriquez, 2009: Proyecto europeo Clandestino).

3.3.4. Pérdida de los requisitos para mantener la residencia legal

Otra vía de entrada en la irregularidad afecta a los inmigrantes legales que no pueden renovar su estatus legal debido a la falta de un contrato de trabajo. Cabe prever que esta situación se agravó con la crisis económica puesto que la mayoría de los inmigrantes se concentran en sectores donde la economía informal, la inestabilidad y/o la estacionalidad son importantes, como la construcción, la agricultura, el turismo o el servicio (González Enríquez, 2009: Proyecto europeo Clandestino).

Si revisamos la normativa aplicable, es posible identificar los siguientes motivos de pérdida de la residencia, diferenciando en función del tipo de autorización de residencia que ostente el extranjero.

Tabla 11. Causas de extinción de las autorizaciones de residencia

Tipos de residencia	Motivos de pérdida de la residencia	
	Sin necesidad de pronunciamiento administrativo previo	Con necesidad de pronunciamiento administrativo previo
Residencia temporal	<p>a) Por el transcurso del plazo para el que se hayan expedido.</p> <p>b) Por venir obligado el residente extranjero a la renovación extraordinaria de la autorización, en virtud de lo dispuesto por las autoridades competentes en estados de excepción o de sitio,</p> <p>c) Por la inclusión en alguno de los supuestos de prohibición de entrada, bien por no haberse conocido dicha circunstancia en el momento de su entrada, bien por haberse producido durante su permanencia en España.</p>	<p>a) Cuando el extranjero cambie o pierda su nacionalidad</p> <p>b) Cuando desaparezcan las circunstancias que sirvieron de base para su concesión.</p> <p>c) Cuando se compruebe la inexactitud grave de las alegaciones formuladas o de la documentación aportada por el titular para obtener dicha autorización de residencia.</p> <p>d) Cuando deje de poseer pasaporte, documento análogo o, en su caso, cédula de inscripción, válidos y en vigor</p> <p>e) Cuando se permanezca fuera de España durante más de seis meses en un periodo de un año.</p>
Residencia temporal y trabajo para investigadores o profesionales	<p>a) Por el transcurso del plazo para el que se hayan expedido.</p> <p>b) Por venir obligado el residente extranjero a la renovación extraordinaria de la autorización, en virtud de lo dispuesto por las</p>	<p>a) Cuando la autorización se haya obtenido de manera fraudulenta.</p> <p>b) Cuando desaparezcan las circunstancias que sirvieron de base para su concesión</p>

altamente cualificados	autoridades competentes en estados de excepción o de sitio,	c) Cuando el titular resida en España con fines distintos a aquéllos para los que se le autorizó
Residencia temporal y trabajo de víctimas de trata de seres humanos.	a) Por el transcurso del plazo para el que se hayan expedido b) Por venir obligado el residente extranjero a la renovación extraordinaria de la autorización, en virtud de lo dispuesto por las autoridades competentes en estados de excepción o de sitio,	a) Cuando una resolución judicial determine que la denuncia es fraudulenta o infundada, o en caso de fraude en la cooperación. b) Cuando desaparezcan las circunstancias que sirvieron de base para su concesión. c) Cuando su titular reanude de forma activa y voluntaria las relaciones con los presuntos autores del delito. d) Cuando su titular deje de cooperar.
Residencia de larga duración.	a) Cuando la autorización se haya obtenido de manera fraudulenta. b) Cuando se dicte una orden de expulsión en los casos previstos en la Ley. c) Cuando se produzca la ausencia del territorio de la Unión Europea durante doce meses consecutivos. d) Cuando hubiera adquirido la residencia de larga duración-UE en otro Estado miembro.	e) Cuando, obtenida la autorización por la persona a quien otro Estado miembro reconoció protección internacional, las autoridades de dicho Estado hubieran resuelto el cese, finalización, denegación de la renovación o la revocación de la citada protección.

Fuente: REX 2011. (Arts. 162 y ss.)

3.3.5. Nacer en una situación irregular

De acuerdo a la legislación vigente, los niños nacidos en España de dos progenitores extranjeros no adquieren la nacionalidad española por el mero hecho de haber nacido en territorio español, sino únicamente en aquellos casos en que ambos progenitores carecieran de nacionalidad (apátridas) o si la legislación del país de origen de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad (art. 19 Código Civil).

Así, por lo general, los niños y niñas nacidos en España de dos progenitores extranjeros no son españoles al nacer, sino que obtienen la nacionalidad de sus padres y, por tanto, son extranjeros que necesitan un permiso de residencia para vivir legalmente en el país en que han nacido. Dicho permiso de residencia no les es otorgado automáticamente, sino que sus padres deben solicitarlo

vinculado al suyo propio por medio del procedimiento de reagrupación familiar (regulado en los arts. 16-19 LOEX). Es decir, que si los padres del menor están en situación irregular, el menor será un extranjero irregular desde el nacimiento, si por el contrario alguno de los padres tiene una autorización de residencia en vigor, se le otorga una autorización sometida a las condiciones de vigencia y renovación de la del progenitor en cuestión.

Medios de comunicación como *diario.es* en un artículo de 2010 se hacía eco de las estadísticas de reagrupación familiar y llamaba la atención sobre el hecho de que España fuera aquel año el país de la UE donde un mayor porcentaje de las autorizaciones iniciales de residencia por reagrupación fueron a parar a menores de edad, un 77% del total, y aclaraba que aquel año los niños nacidos en España de dos padres extranjeros no comunitarios representaron aproximadamente un 20% del número total de autorizaciones iniciales por reagrupación familiar concedidas, por lo que el número de niños nacidos en España que podrían verse en una situación irregular no era en absoluto despreciable.

Con independencia de la forma de entrada en la irregularidad, la literatura viene poniendo de manifiesto el hecho de que la ausencia de autorización legal para residir comporta efectos negativos para los ciudadanos que sufren esta situación y para la sociedad de acogida: son generadores de economía sumergida al carecer de premisos de trabajo, lo que los convierte en víctimas de jornadas laborales abusivas y de sueldos por debajo de la legalidad y, al mismo tiempo, el Estado deja de percibir unos ingresos significativos derivados de su actividad económica. Tienen menos posibilidades de acceder a los servicios sociales, complica su proceso de integración en la sociedad y son más susceptibles de sufrir un mayor grado de discriminación que el resto de personas inmigrantes en situación regular (Ortega Roig, 2012). También se ha destacado su mayor vulnerabilidad como víctimas de determinados delitos, especialmente en relación a las mujeres extranjeras en situación irregular víctimas de trata con fines de explotación sexual (García-España, 2019).

A pesar de ello, los países desarrollados se muestran temerosos ante la llegada incontrolada de población de países en vías de desarrollo y, para evitarlo, imponen políticas inmigratorias muy restrictivas, que dificultan la llegada libre de extranjeros y criminalizan a los que consiguen instalarse en el mundo desarrollado sin pasar por el filtro establecido por sus leyes (Llenderozas, 2018). Veamos a continuación cuáles son los rasgos definitorios de las políticas de lucha contra la inmigración irregular que se han venido configurando.

4. LA SECURITIZACIÓN Y GERENCIALIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE CONTROL DE FLUJOS MIGRATORIOS.

Desde principios de siglo XXI diversos autores se han ocupado de estudiar la creciente presencia de la migración en los asuntos políticos, tanto en lo que se refiere a política interna como a las relaciones regionales y la seguridad nacional de los Estados, habiendo cierto consenso en situar el ataque del 11-S a las Torres Gemelas en Nueva York como el acontecimiento decisivo en el cambio de paradigma. Como apuntan Castles y Miller (2004) a partir del 11-S la agenda migratoria se "securitizó", la lógica económica perdió peso frente al enfoque de seguridad, el control migratorio se volvió central para enfrentar a esta "nueva amenaza a la seguridad nacional". Se endurecieron las percepciones sobre los inmigrantes, que ya no eran simplemente trabajadores sino potenciales peligrosos.

Desde entonces el discurso político se ha centrado en las amenazas que supone para la sociedad de acogida la presencia de inmigrantes desde un enfoque centrado en la soberanía nacional y se ha recurrido a la imagen de invasión y a la recreación de un clima de alarma y emergencia que, sin embargo, suele quedar desmentido por los datos sobre las formas de acceso y residencia irregulares más frecuentes, al menos en el caso de Europa (González Cámara, 2011)

Prueba de que los movimientos migratorios irregulares causan preocupación entre los gobiernos fue como apunta Ospina (2014) que la Estrategia de Seguridad Nacional de 2013 hiciera notar en su capítulo de Riesgos y amenazas

para la Seguridad Nacional que los movimientos migratorios “irregulares” generan desafíos que, en buena medida, afectan a los propios inmigrantes “sin papeles”. En concreto, recogía los siguientes riesgos que puede ocasionar el incremento de la inmigración irregular en nuestro país:

- i. El incremento de procesos de inadaptabilidad y de falta de identificación con la sociedad española, derivados del debilitamiento social;
- ii. El incremento de la conflictividad social derivada del empeoramiento de las condiciones de vida y del aumento de los procesos de exclusión;
- iii. El incremento de los guetos urbanos y sus efectos sobre la convivencia, la cohesión social y la integración de los inmigrantes;
- iv. El incremento de la vulnerabilidad de los migrantes como destinatarios de formas de explotación laboral, de la acción de grupos criminales organizados vinculados a la tarta de personas y el tráfico de drogas;
- v. El incremento de la vulnerabilidad económica, la exclusión social y el sometimiento de algunos sectores de inmigrantes a credos radicales, puede favorecer su instrumentalización por organizaciones extremistas y violentas o terroristas para la consecución de sus propios fines.

Los discursos políticos que insisten en la amenaza a la seguridad nacional que trae consigo la migración irregular, son amplificadas en los discursos sociales para hacer hincapié en las supuestas amenazas a la cultura nacional y al estado del bienestar. La opinión pública y los partidos populistas y de corte xenófobo han identificado al migrante irregular como la causa del desempleo y como un foco de competencia desleal en relación con el trabajador nacional porque está dispuesto a trabajar por salarios más bajos. Esta visión está aderezada por su representación como una presencia que sobreexplota los servicios sociales del estado de bienestar, como la sanidad pública (salud), o que acapara aquellas prestaciones (asistencia social) que son escasas y que han de distribuirse entre la población con menos recursos. Por otro lado, también es recurrente el debate acerca de la proporción de servicios que reciben por parte del estado en relación con los impuestos que pagan (Naranjo Giraldo, 2016).

Todos estos discursos obtienen legitimidad de forma indirecta mediante la categorización de la presencia del migrante no autorizado desde el ámbito político-legal como irregular, pues refuerza la tesis de que su presencia no es bienvenida (González Cámara: 2011; Brandáriz-García: 2014; Martínez-Escamilla: 2015).

Estados Unidos, el país con más inmigrantes del mundo con casi 50 millones, ejemplifica esta politización y alcanza su máxima representación con el gobierno del presidente Trump que nada más llegar al gobierno prohibió la entrada de inmigrantes de Siria, Irán, Sudán, Libia, Somalia, Yemen e Irak (medida suspendida por la Justicia) y de refugiados de todo el mundo (Llenderozas, 2018). Algo parecido sucedió en Europa, los atentados terroristas alimentaron la xenofobia y la discriminación. Acción humanitaria, relocalizaciones, inteligencia y protocolos de seguridad fueron las respuestas al flujo de refugiados e inmigrantes ilegales que ingresaron al territorio europeo en las dos últimas décadas.

En este contexto, las fronteras se configuran como elemento clave en el mecanismo del control migratorio. Se crea un proceso de fronterización de la UE que acontece en origen, tránsito y destino. Se disocia de la línea territorial en sentido estricto, fluyendo y materializándose en: a) acuerdos de cooperación al desarrollo entre la UE y terceros países, b) bases de datos biométricos, c) polifonía de discursos nacionales y supranacionales geopolíticos referidos al control migratorio, d) centros de detención de inmigrantes, en el interior o exterior de la UE. (Castles y Millers, 2004; Brandáriz, 2014, Martínez Escamilla, 2015; Naranjo Giraldo, 2016; Llenderozas, 2018;)

4.1. Política europea de lucha contra la inmigración ilegal y la gestión integrada de las fronteras

La securitización de las políticas migratorias y de fronteras ha de analizarse en paralelo con la concepción transversal de las políticas de seguridad y con el proceso de construcción de una Europa comunitaria. En esta Europa comunitaria, la gestión de fronteras forma parte – desde los tratados de Lisboa y

Estocolmo - junto con la cooperación policial y judicial y la protección civil del ámbito de la seguridad. Campos en los que la UE ha tratado de utilizar y desarrollar instrumentos y políticas comunes para hacer frente a las que entienden son amenazas y riesgos comunes (Naranjo Giraldo, 2016)

Así, la denominada “Estrategia de Seguridad Interior Europea” busca aprovechar las sinergias potenciales que existen en los ámbitos de la cooperación policial, la gestión integrada de las fronteras y los sistemas de justicia penal, entendiendo que estos campos de actividad son indisolubles en el espacio de libertad, seguridad y justicia europeo (Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de la UE, 2010). En concreto, respecto al ámbito de la inmigración, se especifica que la lucha contra la inmigración ilegal y la gestión integrada de las fronteras desempeña un papel importante en el mantenimiento de la seguridad.

Especial énfasis pone dicha estrategia en la continuación del desarrollo del Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (Eurosur). La cooperación y la coordinación de Frontex con las otras agencias de la Unión Europea y con las autoridades en materia de seguridad de los Estados miembros es un elemento esencial para su éxito. Las nuevas tecnologías desempeñan un papel importante en la gestión de fronteras. Pueden facilitar un cruce rápido de los ciudadanos por los puestos fronterizos exteriores, a través de sistemas automatizados de registro previo, de viajeros frecuentes, etc. Estos sistemas mejoran la seguridad, permitiendo que se lleven a cabo los controles necesarios para evitar que las fronteras sean traspasadas por personas o mercancías que pueden suponer una amenaza para la Unión. En este contexto es esencial la cooperación entre las autoridades policiales y de gestión de control de fronteras. Asimismo, se entiende que las autoridades policiales nacionales deben facilitar la información necesaria para llevar a cabo las medidas de seguridad en las fronteras.

La entrada en vigor del código de visados, el desarrollo del sistema de información Schengen, así como sistemas electrónicos de control fronterizo, tales como un sistema de entrada-salida, buscan contribuir a una gestión integrada de las fronteras basada en la información. La cooperación y el diálogo

con los terceros estados de origen o tránsito se entiende clave para que puedan desarrollar su propia capacidad de control fronterizo.

En particular, tal como el propio Parlamento Europeo (2019) explica, es posible identificar las siguientes estrategias clave de la política europea en materia de control de las fronteras exteriores con las que se viene dando contenido al mandato recogido en el art. 3, apartado 2, del Tratado UE. “La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”. Así, diferencia entre aquellas estrategias que se producen en el marco del acervo de Schengen y aquellas otras que, de forma más reciente, se vienen produciendo como consecuencia de la crisis de los refugiados en Europa. Veamos cada una de ellas.

4.1.1. Estrategias surgidas en el marco del acervo de Schengen

a) El código de fronteras Schengen.

Uno de los mayores logros de la Unión Europea (UE) es la creación del espacio Schengen, una zona de libre circulación sin fronteras internas que en la actualidad abarca la mayor parte de Europa. Dentro de ese espacio, se puede transitar libremente de un país a otro sin tener que pasar el control de pasaportes. El espacio Schengen se creó en 1985, cuando cinco países de la UE firmaron el Acuerdo de Schengen, que supuso el inicio de la cooperación para eliminar los controles en las fronteras interiores.

En años posteriores, la mayoría de los Estados miembros de la Unión, además de algunos países no pertenecientes a ella, se han adherido a esta cooperación. Esto significa que los países que forman parte de la cooperación Schengen ya no realizan controles en las fronteras que comparten entre sí. La supresión de las fronteras interiores implica que los países adherentes deben cooperar entre sí para mantener un alto nivel de seguridad dentro del espacio Schengen. También significa que han de compartir la responsabilidad de la gestión de sus

fronteras exteriores comunes y colaborar para ello y que, en ese contexto, deben establecer una buena cooperación con los vecinos que no pertenezcan al espacio Schengen y cuyo territorio no forme parte de la UE. La cooperación Schengen entraña criterios comunes para el control de las fronteras exteriores, normas comunes para entrar en el espacio Schengen y una cooperación policial más estrecha entre los países participantes (Comisión Europea, 2014)

El Código de fronteras Schengen regula el cruce de fronteras y los controles de las personas. En particular, enumera los requisitos que los nacionales de terceros países deben cumplir para entrar en el espacio Schengen y permanecer en él durante un máximo de tres meses cada periodo de seis, como, por ejemplo, estar en posesión de un documento de viaje válido y de un visado válido (en caso necesario), y disponer de suficientes recursos para vivir en el país de destino durante la estancia prevista. El Código de fronteras también permite a los países Schengen restablecer los controles fronterizos en sus fronteras interiores con carácter excepcional, solo en caso de graves amenazas al orden público o la seguridad interior y únicamente por un periodo limitado de tiempo

b) El sistema de información de Schengen (SIS).

Es el sistema informático de que dispone la UE en su espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ). Las autoridades de toda la UE utilizan el SIS para introducir o consultar descripciones de personas y objetos buscados o desaparecidos. Contiene más de 80 millones de descripciones y fue consultado más de 5.000 millones de veces por las autoridades en 2017, lo que provocó más de 240.000 respuestas positivas sobre descripciones extranjeras (descripciones emitidas por otro país). El SIS fue recientemente reforzado para subsanar posibles lagunas del sistema, en particular, tras la última reforma de 2018, el ámbito de aplicación del SIS se define ahora en tres instrumentos jurídicos, que adoptan la forma de tres reglamentos: uno en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, otro en el ámbito de las inspecciones fronterizas, y otro en el ámbito del retorno de nacionales de terceros países en situación irregular.

c) Fondo de seguridad interior: fronteras y visados.

Como no todos los Estados miembros tienen fronteras exteriores para controlar y no todos están igualmente afectados por los flujos de tráfico fronterizo. La UE utiliza sus fondos para intentar compensar parte de los costes para los Estados miembros cuyas fronteras son las mismas que las fronteras exteriores de la UE. Para el período financiero 2014-2020, este mecanismo de reparto de cargas se ha creado con un total de 3.800 millones de euros para un período de siete años. El principal objetivo de dicho fondo es contribuir a garantizar un elevado nivel de seguridad en la UE, facilitando al mismo tiempo los viajes legítimos.

d) El sistema de entradas y salidas (SES)

Un sistema de información que acelera y refuerza los controles fronterizos de los nacionales de terceros países que viajan a la UE. El SES sustituye el sellado manual de los pasaportes en la frontera por el registro electrónico en la base de datos. En funcionamiento desde 2017 se propone como objetivos: reducir los retrasos en los controles fronterizos y mejorar la calidad de dichos controles gracias al cálculo automático de la estancia autorizada de cada viajero; asegurar una identificación sistemática y fiable de las personas que rebasan la duración de estancia autorizada; y reforzar la seguridad interior y la lucha contra el terrorismo, permitiendo el acceso de las autoridades policiales a los registros de historiales de viaje.

e) Agencia europea de la guardia de fronteras y costas (Frontex)

Frontex ayuda a los Estados miembros de la UE y los países asociados al espacio Schengen a gestionar sus fronteras exteriores y contribuye a armonizar los controles fronterizos entre los países de la UE. La Agencia facilita la cooperación entre las autoridades fronterizas de cada país de la UE, ofreciendo apoyo técnico y experiencia.

Las actividades de Frontex incluyen un mayor apoyo a los Estados miembros en el ámbito de la gestión de la migración, la lucha contra la delincuencia transfronteriza y las operaciones de búsqueda y salvamento. Así, el Consejo, con arreglo a una propuesta de la Comisión, podrá pedir al organismo

competente que intervenga y asista a los Estados miembros en circunstancias excepcionales. Esto ocurre si 1) un Estado miembro no cumple dentro de un plazo establecido una decisión vinculante del Consejo de Administración de la Agencia para hacer frente a las vulnerabilidades en su gestión de las fronteras; y si 2) existe una presión específica y desproporcionada sobre la frontera exterior que pone en peligro el funcionamiento del espacio Schengen. Si un Estado miembro se opone a una decisión del Consejo para prestar asistencia, los demás Estados miembros podrán restablecer temporalmente los controles en las fronteras interiores.

En septiembre de 2018, la Comisión presentó una nueva propuesta para reforzar la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas. La agencia recibiría un nuevo mandato y sus propios medios y competencias para proteger las fronteras exteriores, llevar a cabo los retornos de manera más eficaz y cooperar con países no pertenecientes a la UE. El 1 de abril de 2019, el Consejo dio luz verde al acuerdo político alcanzado y el 2 de abril de 2019 la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (LIBE) del Parlamento votó a favor del acuerdo. El sello definitivo de la aprobación se sometió a votación en el Pleno de abril del Parlamento. Se prevé que este Reglamento entre en vigor a finales de 2019.

La piedra angular de esta agencia reforzada será un cuerpo permanente de 10.000 guardias fronterizos con poderes ejecutivos que estarán dispuestos a apoyar a los Estados miembros en cualquier momento. La agencia también tendrá un mandato más fuerte para devolver a los migrantes a su país de origen y cooperará más estrechamente con los Estados miembros no pertenecientes a la UE, incluidos los que no son vecinos inmediatos de la UE. La nueva Guardia Europea de Fronteras y Costas estará disponible para su despliegue a partir de 2021. De aquí a 2027, será plenamente operativa y alcanzará su plena capacidad de 10.000 guardias fronterizos.

4.1.2. Estrategias recientes de la gestión de las fronteras exteriores UE

Los cambios se han acelerado debido al elevado número de personas que han perdido la vida en el Mediterráneo en los últimos años y debido también a la enorme afluencia de refugiados y migrantes registrada desde septiembre de 2015. Así, es posible identificar las siguientes tendencias:

a) Construcción de nuevas fronteras

Antes de que se desencadenara la crisis humanitaria de los refugiados en Europa, solo tres países habían levantado vallas en las fronteras exteriores para evitar la llegada de migrantes y refugiados a su territorio: España (la instalación se terminó en 2005 y se amplió en 2009), Grecia (terminada en 2012) y Bulgaria (en respuesta a la actuación griega, terminada en 2014). En contra de lo dispuesto en el artículo 14, apartado 2, del Código de fronteras Schengen, que dispone que «solo podrá denegarse la entrada mediante una resolución motivada en la que se indiquen los motivos exactos de dicha denegación», un número cada vez mayor de Estados miembros han acometido gradualmente el levantamiento de murallas o vallas fronterizas con el fin de impedir indiscriminadamente que migrantes y solicitantes de asilo entren en su territorio nacional. Además, ante la falta de normas explícitas de la UE sobre el levantamiento de vallas en las fronteras exteriores Schengen, los Estados miembros también han levantado barreras con terceros países (en particular, Marruecos y Rusia) incluidos candidatos a la adhesión (la República de Macedonia del Norte, Serbia y Turquía) y un Estado miembro candidato a formar parte del espacio Schengen (Croacia). También se han levantado vallas dentro del espacio Schengen, como la que se ha erigido entre Austria y Eslovenia, mientras que las prácticas españolas en Melilla han sido objeto de examen por parte del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo.

b) Sistema europeo de información y autorización de viajes (SEIAV).

Propuesto en noviembre de 2016 por la Comisión europea, el objetivo de este nuevo sistema de información centralizado es recoger información sobre los nacionales de terceros países que no necesitan visado para entrar en el espacio Schengen e identificar cualquier posible riesgo en materia de seguridad o

migración irregular. La base de datos llevará a cabo controles por adelantado sobre los viajeros exentos de la obligación de visado y les denegará la autorización de viaje si se considera que plantean un riesgo. La base de datos será similar a los ya existentes, por ejemplo, en los Estados Unidos (con su sistema de control ESTA), Canadá y Australia, entre otros.

El SEIAV aportará varias ventajas, como la mejora de la seguridad interior, la mejora de la prevención de la migración ilegal, la reducción de los riesgos para la salud pública y la reducción de los retrasos en las fronteras. Aunque el sistema llevará a cabo controles previos, la decisión final sobre la concesión o denegación de la entrada, incluso en los casos en que la persona disponga de una autorización de viaje válida, será adoptada por los agentes de la guardia de fronteras que lleven a cabo los controles fronterizos, de conformidad con las normas del Código de fronteras Schengen.

El SEIAV será desarrollado por la Agencia Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (eu-LISA) y tendrá tres funciones principales: a) verificar la información presentada en línea por los nacionales de terceros países exentos de la obligación de visado antes de su viaje a la UE, b) tramitar las solicitudes cotejándolas con otros sistemas de información de la UE (SIS, VIS, la base de datos de Europol, la base de datos de Interpol, SES y Eurodac), y c) expedir autorizaciones de viaje en los casos en que no se identifiquen respuestas positivas ni elementos que requieran análisis adicionales.

c) Sistemas de información de la UE en el ámbito de las fronteras

La UE ha desarrollado sistemas informáticos centralizados a gran escala (SIS, VIS, Eurodac, SES y SEIAV) para la recogida, el tratamiento y el intercambio de información esencial para la cooperación en materia de seguridad, así como para la gestión de las fronteras exteriores y la migración. En diciembre de 2017, la Comisión propuso que estos sistemas de información fueran interoperables a nivel de la UE, es decir, capaces de intercambiar datos y compartir información, de modo que las autoridades dispongan de toda la información necesaria, en

todo lugar y momento. La interoperabilidad hace referencia a la capacidad de los sistemas informáticos y de los procesos empresariales que apoyan para intercambiar datos y permitir el intercambio de información y conocimientos, a fin de evitar lagunas de información provocadas por la complejidad y la fragmentación de estos sistemas.

En diciembre de 2017, la Comisión presentó dos propuestas específicas sobre interoperabilidad de los sistemas de información de la UE, una en materia de fronteras y visados, y otra en materia de cooperación policial y judicial, asilo y migración. En concreto, se propusieron cuatro soluciones de interoperabilidad en las que se está trabajando:

- El portal europeo de búsqueda (PEB) permitirá hacer indagaciones simultáneas en múltiples sistemas de información de la UE y ofrecerá una ventanilla única para todos los resultados del control de documentos.
- El servicio de correspondencia biométrica (SCB) permitirá la consulta y la comparación de identidades múltiples. A fin de garantizar que los guardias de fronteras y los agentes de policía dispongan de información completa y exacta, se establecerán mecanismos adecuados de control de la calidad de los datos.
- El registro común de identidades (RCDI) proporcionará información básica biográfica y biométrica, como los nombres y fechas de nacimiento de los ciudadanos de terceros países, de modo que puedan identificarse eficazmente.
- Por último, el detector de identidades múltiples ayudará a establecer los diferentes nombres que pertenezcan a la misma identidad y alertará a los guardias fronterizos y a la policía de los casos de actividad fraudulenta.

4.2. Política migratoria y lucha contra la inmigración irregular en España

El diseño de la política migratoria española en materia de control de los flujos migratorios ha ido evolucionando en consonancia con esas mismas tendencias europeas. El legislador se encuentra inequívocamente condicionado por la política migratoria de la UE, que exige la coordinación de los Estados miembros para la adopción de una política común en materia legislativa, administrativa y

policía. El rol geográfico de España en ese juego es fundamental, pues es una puerta importante de acceso de la inmigración procedente de Latinoamérica y del norte de África hacia Europa (Rodríguez Yagüe, 2012).

En este sentido, es posible clasificar las diferentes estrategias en tres grandes categorías. Por un lado, aquellas que se dirigen al control de las fronteras exteriores, por otro, aquellas que se dirigen a impedir la entrada a los extranjeros que llegan a la frontera sin cumplir los requisitos para acceder legalmente a España y, por otro, aquellas que se dirigen a facilitar la expulsión de los inmigrantes que han logrado acceder al territorio nacional sin autorización legal para hacerlo o que, teniéndola, hayan contravenido las normas de convivencia en España. Veamos cada una por separado.

4.2.1. Estrategias de control de las fronteras exteriores

Cuando revisamos las medidas destinadas al control de las fronteras exteriores, tal como son recogidas en los Balances de lucha contra la inmigración irregular publicados por el Ministerio del Interior en el periodo 2009-2016, se observa claramente que no difieren mucho de las medidas analizadas en el contexto europeo, algo obvio en tanto las políticas nacionales en la materia deben adaptarse a ellas. Se confirma así, la tendencia gerencialista en el que las medidas adoptadas tienen como fin principal mejorar la capacidad de gestión del control de fronteras.

Mostramos nuestra revisión en formato tabla para visibilizar la evolución interanual, recogiendo las medidas del Ministerio del Interior tal como son planteadas en los propios Balances.

Tabla 12. Evolución de las medidas de lucha contra la inmigración irregular en España (2009-2018)

2009
– Se plantea abordar decididamente el fenómeno de la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos, compartiendo esfuerzos con los países de origen y tránsito de la inmigración ilegal.

- Se persigue aumentar las capacidades operativas y recursos humanos y materiales de FRONTEX
- Se intenta impulsar el intercambio de información entre Estados Miembros (especialmente, en falsificación de documentos)
- Se pretende avanzar en la implantación del sistema de vigilancia de fronteras europeo (EUROSUR)
- Se crea en el Cuerpo Nacional de Policía la Brigada de Expulsión de Delincuentes Extranjeros (BEDEX)

2010

- ABC System, modernización del sistema de control de pasajeros en aeropuertos
- Incremento de efectivos policiales en fronteras e inmigración, especificándose un incremento del 60% con 16. 375 efectivos con respecto al 2003 (10.239)
- Aumento de las repatriaciones de inmigrantes ilegales

2011

- El balance no hace referencia a otras estrategias de lucha contra la inmigración irregular diferenciadas de las expulsiones

2012

- Se alude al trabajo constante en el que se destaca la excelente labor cotidiana de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y el esfuerzo humano y tecnológico desplegado
- Estrecha cooperación del Ministerio del Interior con los principales países de origen y tránsito de la inmigración irregular: Mauritania, Senegal, Argelia y muy especialmente con Marruecos
- 2012 registra los mejores resultados con mucho menor presupuesto que otros años: trabajo, eficiencia y compromiso

2013

- El modelo de gestión de la inmigración impulsado por el Ministerio del Interior en los últimos años es el principal factor de la disminución de los flujos de inmigración irregular desde África. Los resultados obtenidos se basan en un trabajo conjunto en el que destacan:
 - o La tarea diaria de la policía y de la guardia civil
 - o Las respuestas adecuadas del ministerio del interior ante los nuevos retos de las redes que trafican con la inmigración: a cada nuevo reto, una respuesta adaptada e inmediata
 - o La colaboración consolidada por España con los principales países de origen y tránsito de la inmigración irregular
 - Se repite el lema del año anterior cuando se afirma que 2013 registra los mejores resultados con mucho menor presupuesto que otros años: trabajo, eficiencia y compromiso
 - Se añade un apartado específico sobre principales proyectos realizados:
 - o Centro de coordinación para la Vigilancia Marítima de Costas y Fronteras (CCVMCF)
 - o Interconexión e interoperatividad del Sistema Integrado de Vigilancia Exterior (SIVE) español del Sistema Integrado de Vigilancia, Comando y Control (SIVICC) portugués.

- EUROSUR: Mecanismo que coordina los sistemas de vigilancia de fronteras de los estados miembros de la UE con el fin de prevenir los tráfico ilícitos de y la trata de seres humanos, así como impedir las tragedias en el mar.
- PERSEUS: Sistema europeo de vigilancia marítima que tiene como objeto la protección de los mares europeos y sus fronteras mediante la integración bajo una única base tecnológica de los sistemas nacionales y europeos existentes
- CLOSEYE: Tiene como objeto incorporar a los sistemas de vigilancia actuales nuevas herramientas como satélites, aerostatos, aviones no tripulados, entre otros dispositivos, para mejorar la seguridad en las fronteras exteriores marítimas de la UE.
- FRONTERAS INTELIGENTES (Smart Borders): Mayor despliegue de los Sistemas ABC y API de control de pasajeros en puestos fronterizos establecidos en puertos y aeropuertos

2014

- Se repite la idea del año anterior sobre la eficacia del modelo de gestión de la inmigración impulsado por el Ministerio del Interior
- Se repite el apartado sobre principales proyectos realizados, con referencia a los ya señalados el año anterior EUROSUR, PERSEUS, CLOSEYE y SMART-BORDERS (en relación a esta aclara en qué consiste: Mayor despliegue de los Sistemas ABC y API de control de pasajeros en puestos fronterizos establecidos en puertos y aeropuertos)
- Y se añade información sobre nuevos proyectos realizados:
 - Creación de oficinas de protección internacional en los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla, en las que las personas que puedan necesitar protección internacional pueden formalizar, siempre con asistencia de abogado e intérprete, su solicitud ante las autoridades al cargo del puesto fronterizo.
 - Apoyo al programa de retorno voluntario de la OIM en Marruecos, mediante la contribución de 600.000 euros para ayudar a los inmigrantes subsaharianos que se encuentran irregularmente en Marruecos y pretenden regresar a su país de origen para integrarse social y laboralmente.
 - Mejora de las infraestructuras en los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla. Medidas de seguridad pasivas en los puestos fronterizos y refuerzo de las dotaciones policiales encargadas de la protección de las fronteras gracias a una ayuda financiera extraordinaria de 10 millones de euros obtenida de la UE.
 - Incremento de las capacidades de los medios marítimos de vigilancia, dotándoles de sensores optrónicos, radar y sistemas de comunicación vía satélite, que les permite el acceso desde alta mar a los servicios de vigilancia marítima, Centros de Control de Vigilancia Marítima y autoridades que intervienen en el control de la frontera exterior.

2015

- SIVE. Potenciación y modernización del despliegue del sistema Integrado de Vigilancia Exterior, con la implantación de siete nuevas estaciones sensoras y la modernización de las existentes.

- PERSEUS: Finalización del Proyecto con la integración de los sistemas y plataformas existente para la vigilancia de las fronteras marítimas de la UE, permaneciendo como plataforma de apoyo a EUROSUR
- CLOSEYE (misma información que año anterior)
- FRONTERAS INTELIGENTES (Smart Borders). Interconexión plena de todos los sistemas que integran el proyecto Smart-Borders para el control de pasajeros en puestos fronterizos establecidos en puertos y aeropuertos
- PROYECTO EU-LISA. Participación en el Proyecto Piloto de la Comisión Europea (Smart Borders” con el Sistema Entry/Exit (EES) para la integración de aspectos técnicos y operativos en el control fronterizo.
- APOYO RETORNO VOLUNTARIO DE LA OIM EN MARRUECOS. Desde 2013 el Ministerio del Interior ha realizado una aportación de 800.000 euros al programa destinado a reintegrar social y laboralmente a las víctimas de trata de seres humanos en sus países de origen mediante programas de formación y apoyo al retorno. Desde 2013 se han beneficiado de este programa 3.154 personas.

2016

El balance diferencia entre proyectos de cooperación migratoria y programas internos desarrollados:

A) Proyectos y programas de cooperación migratoria

- SEAHORSE y WEST SAHEL. Los principales proyectos y actuaciones desarrollados en 2016 han sido el Proyecto
- SEAHORSE y el WEST SAHEL, y los recientemente aprobados, BLUE SAHEL y EL KSAR, a desarrollar en el período 2017-2019, son una continuación del camino ya emprendido para consolidar las relaciones y la cooperación con los países que participaron en los proyectos SEAHORSE y WEST SAHEL
- A finales de 2016, la Comisión Europea aprobó y asumió como propios dos proyectos que España había presentado en el marco del control de la inmigración irregular:
 - o GAR-SI SAHEL, cuya finalidad es formar unidades especializadas en el seno de las fuerzas de seguridad de seis países del Sahel para la lucha contra la inmigración irregular en diferentes ámbitos.
 - o ECI-NIGER, que tiene como objetivo reforzar las capacidades de la policía nigerina en la lucha contra la inmigración irregular y el tráfico y la trata de seres humanos.
- SIVE Y SIVICC. En 2016 se han realizado tareas de potenciación y modernización del despliegue fijo del SIVE de Almería y Huelva. Además, se ha finalizado la integración entre los dos sistemas (SIVE España y SIVICC Portugal) en la fase sur el 13 de enero de 2017. Se sigue trabajando en la integración de la fase norte.
- VIGILANCIA SATELITAL. Proyecto cuyo objetivo es utilizar las capacidades de vigilancia satélite en los puertos y zonas marítimas de interés para el control de la inmigración irregular. Finalizado en junio de 2016
- CLOSEYE. Iniciado en 2013 con el objetivo de proporcionar a la UE un marco operacional y técnico que incremente y mejore las capacidades en la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores de la UE, utilizando herramientas como UAVs y aerostatos. En 2016 se han probado diferentes soluciones tecnológicas en escenarios reales.

- ABC4EU. Su objetivo es actualizar e integrar los actuales sistemas ABC y extender su uso a los pasaportes de segunda generación y a los ciudadanos de terceros países, evaluar la viabilidad de incluir el Programa de Viajeros Registrados y el Sistema de Entrada/Salida (EES), junto con otras nuevas tecnologías de interés. En 2016 se ha llevado a cabo, en el Aeropuerto Adolfo Suárez-Madrid Barajas, la primera prueba de concepto en fase piloto realizada por el proyecto

B) Proyectos y programas internos desarrollados:

- SAIS. En enero de 2016 se ha iniciado este proyecto con el objetivo de desarrollar e implementar un sistema para el apoyo e intercambio de información en el ámbito de la seguridad marítima.
- EWISA. Iniciado en 2014 pretende buscar la mejora de las capacidades para la vigilancia de las fronteras terrestres, incrementando la calidad y eficiencia de las autoridades públicas involucradas en la vigilancia de las fronteras terrestres. En 2016 se ha iniciado el proceso de licitación.
- EUCISE2020. Iniciado en 2014 como continuación a los proyectos BlueMass-Med y Cooperation Project, con el objetivo de seguir avanzando en el apoyo a la cooperación operacional transfronteriza y transsectorial entre autoridades públicas de la UE. En 2016 se ha llevado a cabo el proceso de licitación.
- APOYO RETORNO VOLUNTARIO DE LA OIM
 - o EN MARRUECOS. Hasta 2016, el Ministerio del Interior ha efectuado cuatro contribuciones económicas por un total de 800.000 euros al programa internacional liderado por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) destinado a reintegrar social y laboralmente a las víctimas de trata de seres humanos en sus países de origen mediante programas de formación y apoyo al retorno. Tras los buenos resultados obtenidos, se va a efectuar una quinta contribución en 2017. Desde el comienzo del proyecto en 2005 hasta diciembre de 2016, un total de 8.246 inmigrantes de 20 países se han beneficiado del programa de retorno voluntario. Los principales países de origen de los inmigrantes que recibieron esta asistencia son Guinea Conakry, Camerún, Senegal, Costa de Marfil y Mali.
 - o EN MAURITANIA. En 2016, España ha destinado una contribución voluntaria por importe de 50.000 euros para financiar los costes asociados al viaje de retorno de los inmigrantes. Desde el comienzo del programa en enero de 2016 hasta diciembre del 2016, un total de 71 inmigrantes han recibido asistencia de la OIM. Los principales países de origen de los inmigrantes son Costa de Marfil, Sierra Leona, República Democrática del Congo, Camerún y Senegal

2017

No hay balance

2018

No hay balance

2019

No hay balance, pero sí una nota de prensa de La Moncloa con fecha de 02/07/2019 en la que se hace referencia a las medidas que se han implementado por el nuevo gobierno ante las llegadas de inmigrantes a las costas españolas, tanto para controlar la inmigración irregular como para prestar atención a los migrantes.



- Se alude a la cooperación con los países de origen y tránsito de la inmigración, habiéndose mantenido reuniones de trabajo con las autoridades locales de diversos países de origen de los extranjeros (Marruecos, Argelia, Mauritania, Senegal, Gambia, Guinea Conakry, Costa de Marfil y Ghana)
- En esta línea de cooperación, se destaca el refuerzo de las relaciones bilaterales con Marruecos, y el trabajo eficaz que está haciendo este país en el control de la inmigración irregular hacia España desde su territorio. Las policías de ambos países han incrementado también su cooperación en la lucha contra las redes del tráfico de personas y han desmantelado organizaciones delictivas tanto en Marruecos como en España.
- Se destaca la creación, en agosto de 2018, de la Autoridad de Coordinación de las actuaciones para hacer frente a la inmigración irregular en la zona del Estrecho, mar de Alborán y aguas adyacentes. Este organismo coordina desde su centro operativo en Málaga las actuaciones de diversos Ministerios para optimizar los recursos destinados al control de la inmigración irregular.
- Se destaca también el refuerzo de los equipos policiales conjuntos que desarrollan un importante papel en su lucha contra las mafias que trafican con seres humanos. A día de hoy, y desde 2006, España y Mauritania cooperan eficazmente en el Equipo Conjunto de Investigación (ECI) de Nuadibú. Además, España lidera el proyecto europeo ECI Níger, junto con Francia y trabaja en otros proyectos similares en diversos países de África Occidental.
- Desde el Gobierno de España se ha defendido e impulsado en el seno de la Unión Europea una política migratoria común coordinada, solidaria y basada en la cooperación entre los países de origen, tránsito y destino de la inmigración.

Fuente: elaboración propia a partir de los Balances de Lucha contra la inmigración irregular (2009-2018)

4.2.2. Estrategias destinadas a la denegación de entrada del extranjero que trata de entrar en territorio nacional sin cumplir los requisitos para ello

De acuerdo con la LOEX (arts. 25 y ss.) se podrá autorizar la entrada al territorio nacional a los extranjeros, siempre que se encuentren provistos de la documentación necesaria y válida, de medios económicos suficientes, presenten el visado si estuviesen sometidos a dicha exigencia, los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la entrada y la estancia prevista, no estén sujetos a prohibiciones de entrada, ni supongan un peligro para el orden público, para la seguridad interior o exterior del Estado, o para la salud pública. A su llegada al puesto habilitado para la entrada en España, los extranjeros acreditarán ante los funcionarios responsables del control que reúnen los requisitos establecidos para la obligada comprobación de los mismos.

Se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España (art. 25.4 LOEX). En estos casos, la Comisaría General de Extranjería y Fronteras procederá a hacer entrega al extranjero de la resolución acreditativa de la autorización de entrada por cualquiera de estas causas (art. 4.2 REX).

A los extranjeros que no reúnan los requisitos de entrada, ni los generales ni los excepcionales, les será denegada, por los funcionarios responsables del control, la entrada en el territorio español mediante resolución motivada y notificada, con información acerca de los recursos que puedan interponerse contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante la que deban formalizarse, y de su derecho a la asistencia letrada que podrá ser de oficio y, en su caso, de intérprete, que comenzará en el mismo momento de efectuarse el control en el puesto fronterizo (art. 26 LOEX).

Cuando existiesen acuerdos que regulen la readmisión de las personas en situación irregular suscritos por España, los funcionarios responsables del control denegarán, en los términos previstos en los citados acuerdos, la entrada de las personas a las que les sean de aplicación, siempre que la denegación se produzca dentro del plazo previsto en los mismos (art. 15.1 LOEX).

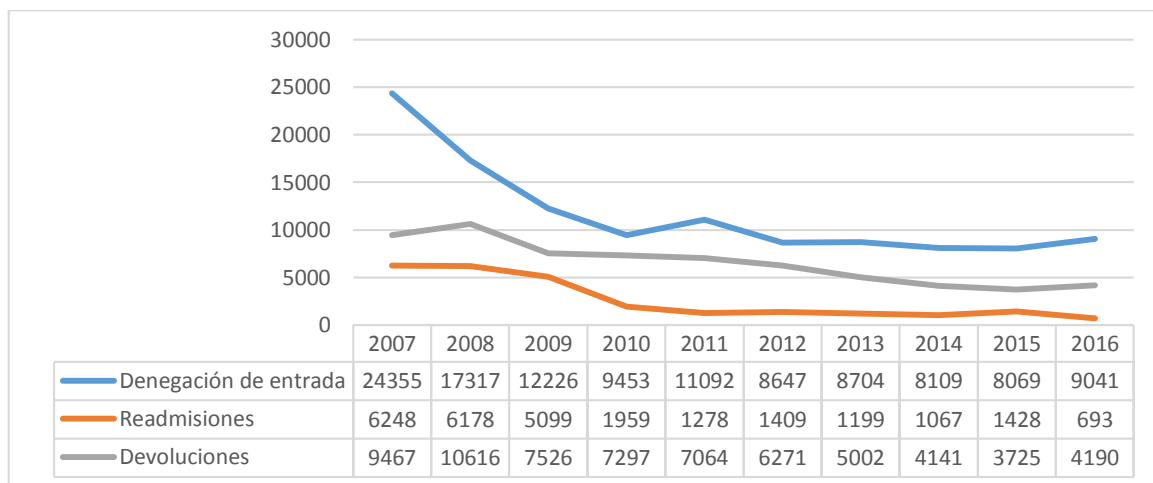
Los extranjeros a los que se les haya denegado la entrada estarán obligados a regresar a su punto de origen de forma inmediata y, en todo caso, dentro del plazo de 72 horas, por lo que permanecerá en las instalaciones destinadas al efecto en el puesto fronterizo hasta que, con la mayor brevedad posible, retorne al lugar de procedencia o continúe viaje hacia otro país donde sea admitido. Si no pudiera ejecutarse dentro de dicho plazo, la autoridad gubernativa se dirigirá al juez de instrucción para que determine, en su caso, el lugar donde haya de ser internado el extranjero, hasta que llegue el momento del regreso, (art. 15.2 LOEX). Esta limitación de la libertad ambulatoria será comunicada a la embajada

o consulado de su país o, en su defecto, al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.(art. 15.6 LOEX).

De acuerdo con los datos disponibles en los *Balances de lucha contra la inmigración irregular*, durante el periodo analizado se observa una tendencia decreciente de las tres figuras que se engloban en esta categoría:

- *Denegación de entrada*: personas rechazadas en los puestos fronterizos
- *Readmisiones*: devueltos en virtud de acuerdos de readmisión con algunos países de origen
- *Devoluciones*: personas que trataron de entrar por puestos no habilitados

Gráfico 6. Evolución de las denegaciones de entrada, readmisiones y devoluciones de extranjeros en el periodo 2007-2016



Fuente: elaboración propia a partir de los Balances de Lucha contra la inmigración irregular del Ministerio del Interior

Así, se evidencia que un descenso desde las más de 40.000 en 2007 (consideradas las tres en su conjunto) hasta alcanzar el mínimo de 13.300 en 2013 y manteniéndose estable durante los dos años posteriores. A partir de 2016, sin embargo, parece que la tendencia empieza a invertir, aunque el Ministerio del Interior no ha vuelto a publicar balances anuales.

No obstante, se requiere cierta cautela a la hora de interpretar estos datos, pues como viene poniéndose de manifiesto los tres conceptos utilizados resultan

inapropiados para aportar una información precisa, especialmente el de “readmisión” que, según los balances anuales hace referencia a “expulsados de España en virtud de acuerdos de readmisión con terceros países”, pero los acuerdos de readmisión no excepcionan la aplicación de los procedimientos establecidos en la legislación de extranjería para la salida del territorio español, a saber: la devolución o la expulsión. Y también el de “devolución” que según los balances hacen alusión a las “personas que intentaron entrar en España por puestos no habilitados como fronteras”, aunque con ello surge la duda de cómo se computan las devoluciones de personas que han entrado incumpliendo una prohibición de retorno (del art. 58.3.a) LOEx) y cuya repatriación tampoco requiere un procedimiento de expulsión. (Martínez Escamilla, M. 201)

4.2.3. La expulsión del territorio nacional de los extranjeros infractores

La expulsión del territorio español es la piedra angular del sistema administrativo sancionador del régimen de la extranjería. Regulada en el art. 57 de la LOEX, la expulsión como sanción está prevista tanto para aquellos que se encuentren sin autorización legal para hacerlo, como para aquellos que, teniéndola, hayan contravenido las normas de convivencia en España. La expulsión conlleva la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado.

En relación al primer grupo, el de aquellos que se encuentren sin autorización legal para hacerlo, conviene aquí recordar la revisión realizada en el apartado 3.4 de este mismo capítulo sobre formas de entrada en la irregularidad. En dicho apartado hemos explicado que en esta situación pueden encontrarse tanto aquellos que entraron irregularmente en territorio nacional y se han mantenido en esa situación desde entonces, como aquellos otros que, habiendo entrado regularmente en España han perdido la condición sobre la que se sustentó la autorización de entrada (por ejemplo, solicitantes de asilo no reconocidos o turistas que permanecen en España habiendo expirado su visado) o la autorización de residencia (por ejemplo, extranjeros que no pueden renovar su autorización de trabajo porque no tienen empleo).

En relación al segundo grupo, el de los extranjeros que han cometido infracciones tipificadas como graves o muy graves en la legislación de extranjería, la expulsión podrá aplicarse cuando, en atención al principio de proporcionalidad, se considere más adecuada que la sanción de multa, siendo necesaria la previa tramitación del correspondiente expediente administrativo y la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción (art. 57.1 LOEX).

Tabla 13. Infracciones LOEX sancionables con la expulsión

Infracciones graves (art. 53 LOEX)
A) 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.
B) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.
C) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos del padrón municipal, siempre que tales hechos no constituyan delito..
D) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.
E) La comisión de una tercera infracción leve, siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas leves de la misma naturaleza.
F) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.
G) Las salidas del territorio español por puestos no habilitados, sin exhibir la documentación prevista o contraviniendo las prohibiciones legalmente impuestas
Infracciones muy graves (art. 54 LOEX)
A) Participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.
B) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.

- C) La realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, siempre que el hecho no constituya delito.
- D) La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito.
- E) Consentir, con ánimo de lucro, la inscripción de un extranjero en el Padrón Municipal por parte del titular de una vivienda fin, cuando dicha vivienda no constituya el domicilio real del extranjero.
- F) Simular la relación laboral con un extranjero, cuando dicha conducta se realice con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente derechos reconocidos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito.
- G) La comisión de una tercera infracción grave siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza.

Fuente: elaboración propia a partir de los arts. 53 y 54 LOEX

En el caso de las infracciones graves previstas en los apartados a) y b), salvo que concurren razones de orden público o de seguridad nacional, si el extranjero fuese titular de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro de la Unión Europea, se le advertirá, mediante diligencia en el pasaporte, de la obligación de dirigirse de inmediato al territorio de dicho Estado. Si no cumplierse esa advertencia se incoará procedimiento sancionador.

La sanción de expulsión también podrá ser impuesta a extranjeros que fuesen titulares de un permiso que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro de la Unión Europea, aunque en este caso se exige que se trate de una infracción muy grave cometida por participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión (art. 57.5 LOEX).

Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la 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 (art. 57.2 LOEX).

Nos encontramos así ante diferentes perfiles de extranjeros sobre los que puede recaer la sanción administrativa de expulsión del territorio español y que en 2008-2009 fueron clasificados por el Ministerio de Interior en dos categorías: “*expulsiones cualificadas*” en las que, de acuerdo con el Ministerio, se incluyen aquellos extranjeros reincidentes, autores de hechos de especial violencia o gravedad, terroristas, presos a los que se les sustituye la pena, están en prisión preventiva o concluyen su condena¹² y las “*expulsiones no cualificadas*” en las que se incluyen los demás (fundamentalmente las derivadas de estancia irregular). (Brandáriz García y Fernández Bessa (2016).

Como apuntan Brandáriz García y Fernández Bessa (2016), esta clasificación es el componente clave del giro gerencialista en las políticas de deportación:

a) desde un punto de vista logístico, facilitan la ejecución de las repatriaciones, ya que en relación con ellas el Cuerpo Nacional de Policía conoce la ubicación, e incluso el momento en el que el extranjero expulsable puede ser localizado; y

b) desde un punto de vista simbólico, permiten al Gobierno legitimar las políticas de control mediante instrumentos comunicativos, al afirmar que las políticas de deportación no se centran en el retorno forzoso de migrantes simplemente indocumentados, sino en la repatriación coactiva de extranjeros delincuentes.

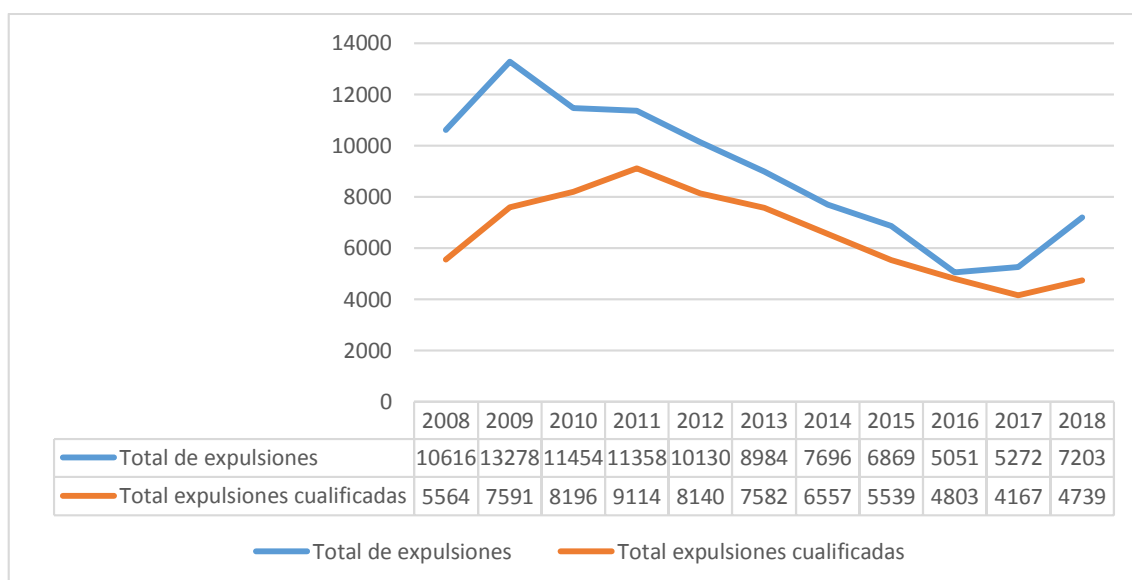
El análisis de las expulsiones ejecutadas en la última década, tomando en consideración esa doble clasificación, evidencia claramente esa evolución gerencial de las políticas de deportación, que por otra parte, no es única de este tipo de política sino que produce dentro de un contexto generalizado de progresiva racionalidad de las políticas públicas y que se concreta en la

¹² Sin embargo, los datos muestran que el Gobierno considera como expulsiones cualificadas no solo las repatriaciones de individuos con antecedentes penales, sino también el retorno forzoso de migrantes con los denominados “antecedentes policiales” (Martínez Escamilla, M. & Sánchez Tomás, J.M., 2013)

implantación en la Administración de todo un conjunto de prácticas que pretenden economizar los medios –humanos y financieros- disponibles, orientarlos eficientemente hacia objetivos definidos, y producir parámetros de evaluación periódica de los resultados obtenidos (Brandáriz, 2014)

Como se observa en el gráfico, la tendencia de ambos tipos de expulsiones, individualmente consideradas, ha ido decreciendo hasta 2017, mientras que en el último año se empieza a observar una nueva tendencia creciente. Al compararlas resulta especialmente llamativo cómo en el año 2016 casi la totalidad de expulsiones ejecutadas fueron expulsiones cualificadas.

Gráfico 7. Evolución de las expulsiones (total) y las expulsiones cualificadas (2008-2018)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Ministerio del Interior (2008-2016) y el Servicio Jesuita a Migrantes (2017-2018).

Al respecto, cabe hacer otra apreciación conceptual a la que se refiere Martínez Escamilla (2016) al alertar de que dentro de las expulsiones cualificadas se incluyen tanto la de los extranjeros con antecedentes penales (condenados), con antecedentes policiales que suelen ser generados por atestados por delito o por infracción de la LO 4/2015 de 30 de marzo de Protección de la Seguridad Ciudadana o por detenciones por delito, aunque no lleguen a los juzgados, se trate de denuncias sobreesridas, o incluso dé lugar a una sentencia absolutoria.

También podrían generar antecedente policial las detenciones por infracción de la legislación de extranjería. Como apunta esta autora, en el contexto de las “expulsiones cualificadas” los antecedentes policiales no operarían como criterio determinante de una orden de expulsión, sino supuestamente como criterio – totalmente indefinido y opaco- de selección de quiénes van a ser expulsados de entre las personas que ya cuentan con una orden de expulsión, presentándolos como delincuentes de gran peligrosidad. El problema reside en el uso propagandístico que se hace, año tras año, de las “expulsiones cualificadas”, ahondando en la identificación entre inmigración y delincuencia y sin que se hayan aportado datos que acrediten tales afirmaciones.

5. CONSIDERACIONES FINALES.

Ante el contexto descrito, cada vez es más numeroso el colectivo, tanto académico como civil, que reivindica la necesidad de evitar que avance la politización negativa y la importancia de promover otras miradas, desde la premisa de que aplicar medidas más restrictivas basadas en una perspectiva de seguridad solo puede aumentar las formas ilegales y violentas de ese fenómeno y hace que se relegue a un segundo plano las políticas de integración y los programas de intervención social con los migrantes.

En esta línea, García-España critica el enfoque eurocentrista que vincula las migraciones al discurso de la seguridad y defiende la necesidad de un cambio de enfoque, desvinculando los movimientos migratorios de las políticas de seguridad, lo que permitiría humanizar las migraciones y reducir la xenofobia y los miedos ante los flujos de población. Además, advierte la autora, que el control migratorio no frena la inmigración, tan solo desplaza los flujos hacia alternativas irregulares, lo que da lugar a un aumento de la violencia y de las muertes en los intentos por alcanzar el destino, así como el crecimiento de redes organizadas de tráfico y trata de personas, que aprovechan la demanda de esas alternativas para aumentar los precios de tales desplazamientos (García-España, 2018).

De Lucas (2002) apuntaba a principios del s.XXI una idea que me parece plenamente vigente aún hoy, y es que para organizar una política de inmigración adecuada a las condiciones de un mundo globalizado y, sobre todo, acorde con los criterios de legitimidad propios de una democracia plural e inclusiva, no puede hacerse atendiendo a una sola dimensión, como es frecuente –la laboral, la de orden público, la cultural. En su opinión, el punto de partida desde los que organizar una política de inmigración, debe ser la comprensión del fenómeno migratorio de forma global, compleja e integral. Global por su dimensión planetaria, que hace imposible examinarlo desde la perspectiva de un Estado nacional. Compleja, por heterogéneo, plural: no existe la inmigración, como tampoco un tipo homogéneo de “inmigrantes”. Los propios desplazamientos migratorios son fenómenos de flujos, y no unidireccionales. Integral porque, la inmigración es un fenómeno social total, que involucra los diferentes aspectos (laboral, económico, cultural, jurídico, político) de las relaciones sociales. Todo ello exige, como apunta este autor paciencia para conocer la realidad migratoria, sin sustituirla por el estereotipo que mejor conviene a nuestros intereses en la relación que supone ese proceso.

CAPITULO 3

INMIGRACIÓN, DELINCUENCIA Y *CRIMMIGRATION*

1. INTRODUCCIÓN.

La Criminología estudia los comportamientos delictivos y las reacciones sociales ante ellos. Es una disciplina en expansión tanto en su dimensión científica como aplicada. Cada vez es mayor el número de investigaciones criminológicas que se realizan para conocer los diversos factores relacionados con la delincuencia, para averiguar los efectos que tienen los sistemas de control del delito y para evaluar los programas de prevención y tratamiento de la conducta delictiva. Así, delito, delincuente, víctima y sistemas de control social de la delincuencia se configuran como los principales objetos de estudio en Criminología (Redondo y Garrido, 2013).

Este tesis pone el foco de atención fundamentalmente en dos de esos objetos, el delincuente y los sistemas de control social de la delincuencia, pero no desde un enfoque generalista, sino específicamente centrado en el delincuente que, además de cometer un delito, se encuentra en el país en una situación de irregularidad administrativa. Así, nuestro objetivo en este capítulo será revisar, por un lado, la representación de los extranjeros (y sus diferentes tipologías) en el sistema penal y, por otro, revisar el funcionamiento de la policía y de los tribunales en la persecución y sanción de los delincuentes extranjeros.

El primer análisis sistemático que encontramos sobre el binomio inmigración y delincuencia en España pertenece a García España (2001), en este trabajo, la autora tenía el objetivo principal de analizar la delincuencia de los inmigrantes en nuestro país durante la década de los años 90, impulsada por el vacío de conocimientos rigurosos existentes sobre la materia hasta la fecha, que venían siendo ocupados por análisis superficiales de las estadísticas oficiales y por opiniones estereotipadas y prejuiciosas. La confusión entre inmigrante y delincuente, no demostrada empíricamente, necesitaba ser objeto de investigación, decía la autora. Desde entonces, su acercamiento criminológico al fenómeno ha pretendido conocer las situaciones de riesgo delictivo en las que se colocan los inmigrantes y las respuestas que el control social les da.

Diecisiete años después, García España (2018) actualiza el conocimiento sobre el binomio inmigración y delincuencia en su obra *Enfoque criminológico de las migraciones* donde sitúa los principales temas de análisis del fenómeno migratorio en su relación con la Criminología. Así aborda cuestiones como la opinión pública ante el binomio inmigración y delincuencia, las explicaciones teóricas de la delincuencia de inmigrantes, los registros oficiales de la delincuencia de inmigrantes, las tipologías delictivas relacionadas con la inmigración, el control de fronteras, la respuesta penal a la inmigración, y los programas de prevención en contextos migratorios.

El punto de partida de esta autora es que la idea que relaciona la inmigración y la delincuencia es ampliamente compartida, se extiende en momentos de crisis y se replica internacionalmente. Ante esta situación, la Criminología puede proporcionar evidencias empíricas que permitan conocer la realidad de dicha relación, corroborando o desmintiendo las ideas que comúnmente la sobrevuelan.

Sobre ese mismo enfoque se asientan los objetivos y las áreas de estudio del Observatorio Criminológico del Sistema Penal ante la Inmigración (OCSPI) - que García-España dirige desde el Instituto de Criminología de la Universidad de Málaga – poniendo el foco de atención en el control social respecto a inmigrantes sospechosos, delincuentes y ex-delincuentes e inmigrantes víctimas. El análisis se aborda desde una doble perspectiva teórica:

- a. Por un lado se aborda el estudio del binomio delincuencia e inmigración, buscando su verdadera relación, esto es, explicaciones evidencias empíricamente sobre factores de riesgo concretos y oportunidades situacionales específicas. Lo que permite además, valorar si la delincuencia de los inmigrantes (entendidos estos como extranjeros que se han instalado a vivir en el país) diferente del resto.
- b. Por otro lado se aborda el estudio de la respuesta a la delincuencia de inmigrantes, analizándolo en el marco del fenómeno de la denominada

crimmigration (Stumpf, 2006), según el cual, el miedo al extranjero y los estereotipos sobre su peligrosidad hace que los Estados se armen administrativa y penalmente frente al extranjero como enemigo, produciéndose solapamiento entre la legislación de extranjería y la penal.

Como dice García España, desde la Criminología ambas aproximaciones son necesarias y complementarias, ya que, por un lado, hay situaciones de riesgo provocadas por la propia política migratoria y, por otro, hay que conocer la verdadera delincuencia de los inmigrantes para poder evaluar la eficiencia de las medidas propuestas y aportar estrategias preventivas más apropiadas.

Asumiendo este enfoque como propio, en este capítulo nos proponemos revisar tres aspectos que consideramos clave a la hora de situar nuestro estudio del art. 57.7 LOEX sobre la renuncia al procedimiento penal de extranjeros administrativamente expulsables. En primer lugar, nos aproximamos al conflicto entre opinión pública y evidencia científica, en segundo lugar analizamos las estadísticas oficiales sobre criminalidad para conocer la implicación delictiva de los extranjeros en España y, en tercer lugar, profundizamos en la respuesta institucional al binomio inmigración y delincuencia.

Mi aportación en este capítulo es contextualizar la renuncia al procedimiento penal en el caso de extranjeros administrativamente expulsables (57.7a LOEX) en ese marco al que se vincula el binomio inmigración y delincuencia y revisar algunos datos actualizados. Para llevar a cabo esta contextualización nos centraremos en tres aspectos principales:

- Percepciones y evidencias sobre la delincuencia de inmigrantes
- La representación de los inmigrantes en las estadísticas oficiales de criminalidad, prestando especial atención a sospechosos y condenados pues es el grupo que constituye el ámbito subjetivo de aplicación de la renuncia al proceso penal en favor de la expulsión.
- La respuesta institucional al binomio inmigración y delincuencia, prestando especial atención al solapamiento que se produce entre la

política penal y la política migratoria a la hora de configurar la reacción social formal ante inmigrantes sospechosos, condenados o excondenados.

2. EL BINOMIO DELINCUENCIA E INMIGRACIÓN: EL CONFLICTO ENTRE OPINIÓN PÚBLICA Y EVIDENCIA CIENTÍFICA

2.1. Opinión pública

García España, en su trabajo de 2001 se hacía eco de los resultados de la encuesta del CIS de 1996 en la que un 49% de la muestra decía estar de acuerdo con el hecho de que el aumento del número de inmigrantes favorecía el incremento de la delincuencia en nuestro país, hecho que, junto con la competencia laboral, se manifestaba entonces como uno de los mayores inconvenientes que la opinión pública encontraba en la inmigración.

La percepción de los ciudadanos sobre los principales inconvenientes que trae consigo la inmigración ha ido evolucionando desde entonces de forma positiva, como lo refleja, por ejemplo, el incremento de personas que consideran que la inmigración no trae consigo ningún problema. El número de personas que consideran que la inmigración favorece el incremento de la delincuencia ha ido descendiendo progresivamente desde ese 49% en 2001 hasta el 15,2% en 2017. Pero, a pesar del descenso, sigue siendo el principal problema percibido por la opinión pública en materia de inmigración.

En la tabla 14 mostramos cómo ha evolucionado la percepción de los ciudadanos sobre los principales inconvenientes que trae consigo la inmigración a partir de la revisión de los barómetros de opinión del CIS entre 2008 y 2017. Destacamos con color la fila correspondiente a la percepción sobre los problemas de delincuencia e inseguridad.

Tabla 14. Evolución de la percepción de los ciudadanos sobre los principales inconvenientes que trae consigo la inmigración (2008-2017)

	2008	2009	2010	2011	2012	2014	2015	2016	2017
Suponen una carga para España y tienen más ventajas sociales ¹³	3,3	4,6	5,8	5,2	6,5	9	10	9,6	11,9
Más competitividad en el mercado de trabajo	10,5	11,8	15,1	15,4	16,1	13,6	12,1	8,4	7,4
Abaratamiento del mercado de trabajo	3	2,7	3,3	2,9	2,9	3	2,9	1,5	2
Más problemas de delincuencia e inseguridad	32,5	30,2	26,5	25,9	22,3	20,8	17,1	21	15,2
Fuente de pobreza y conflictos sociales ¹⁴	3,2	2,8	1,9	2,7	3,3	4,7	3,4	7,4	4,4
Problemas de integración e imposición de su cultura ¹⁵	13,3	15,3	15,2	15,1	16,2	12,8	17,9	13,3	14,7
Referencias al extremismo y a la religión ¹⁶	sd	sd	sd	sd	sd	1,1	2,6	1,9	3,7
Referencias al mal comportamiento, falta de civismo y educación	sd	sd	sd	sd	sd	2,5	1,5	1,2	2,6
Exceso de inmigrantes e irregularidad ¹⁷	10,3	7,6	8,6	8,3	6	8,3	4,9	5	5,5
Todos	0,7	0,9	1,1	1,1	0,7	0,6	0,3	0,5	0,9
Otras respuestas	2,6	2,6	2,9	3,8	2,9	1,1	2,5	3,3	4,1
Ninguno	2,9	3	1,9	3,9	4,3	4,4	5,8	11	10,8
Ns/NC	17,8	18,5	17,7	15,7	18,8	18,1	18,8	15,9	16,8

Fuente: elaboración propia a partir de los barómetros del CIS (2008-2017)

En la misma línea se posicionan los datos de la Encuesta Social Europea que muestran, en relación a la percepción de la ciudadanía sobre los efectos de la

¹³ Se pregunta así en 2017, antes había dos respuestas diferenciadas, una que decía "suponen una carga para España, más gasto público" y otra que decía "Tienen más ventajas sociales". En el último estudio se han unificado, por lo que se ha optado por sumar ambas respuestas.

¹⁴ Se pregunta así desde 2014, antes se preguntaba por pobreza, marginalidad y mendicidad.

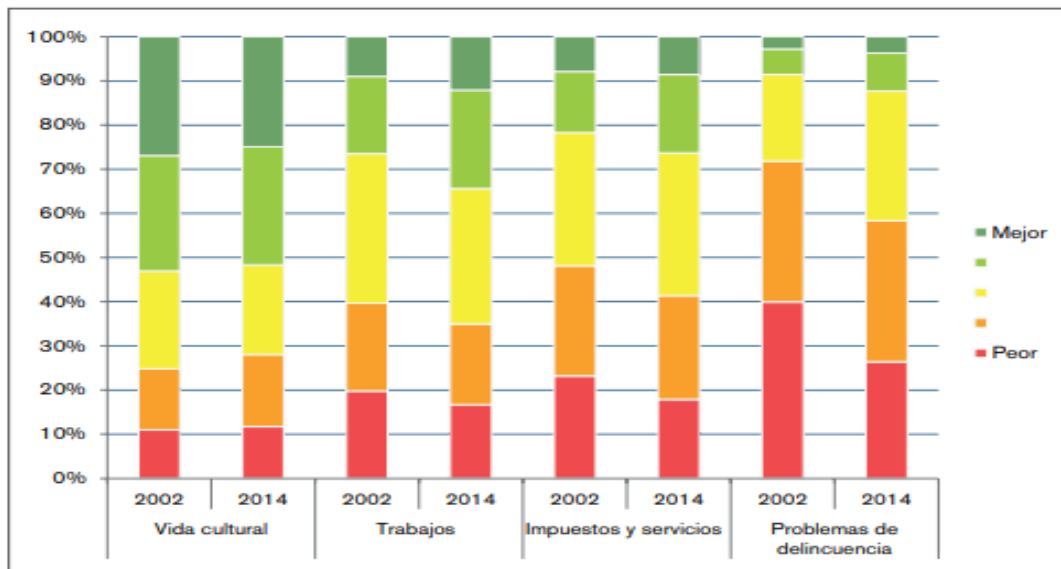
¹⁵ Se pregunta así desde 2016, antes se preguntaba de manera diferenciada sobre "problemas de integración y choque cultural" y sobre "imposición de su cultura"

¹⁶ La pregunta se introduce a partir de 2014

¹⁷ Se pregunta así desde 2014, antes se decía "Exceso de inmigrantes y mala gestión"

migración en la vida cultural, el trabajo, los impuestos y la delincuencia en el país, como la preocupación de los ciudadanos por un posible aumento de los problemas de delincuencia aparejados a la migración ha descendido del 71% en 2002 al 58% en 2014, pero a pesar del descenso sigue siendo considerado como el efecto más preocupante.

Gráfico 8. Percepción de los efectos de la migración en la vida cultura, el trabajo, los impuestos y la delincuencia en el país. Comparación 2002-2014



Fuente: Encuesta Social Europea (2015)

Para entender la identificación entre fenómenos (inmigración y delincuencia) que hace la opinión pública, los teóricos apuntan, como ocurre con todo estereotipo, que no se fundamenta en el conocimiento de unos datos reales sobre la participación de este colectivo en la delincuencia, sino que se construye sociológicamente a través, por una parte, de los mensajes políticos de los gobiernos que llegan a la opinión pública en torno a la necesidad de un exhaustivo control de las fronteras y la inmigración, y del mensaje emitido por la propia legislación de extranjería, que la regula bajo criterios policiales y represivos cercanos a los de las conductas delictivas (García-España, 2001, 2017, 2018; Martínez & Lee, 2004, Rumbaut, et. al. 2008).

También se alude al papel clave de los medios de comunicación, donde se suele relacionar el delito con la condición de inmigrante en situación de irregularidad

del sujeto activo que lo comete, generando en la opinión pública una sensación de que tales hechos son habituales y frecuentes, sobredimensionando su extensión y generalizándose el binomio irregularidad-delincuencia (García-España, 2001: 83).

A los discursos y estereotipos estigmatizadores que presentan al inmigrante como delincuente en el contexto español se refería también Wagman (2011), refiriéndose a ellos como construcciones conceptuales que reafirman la creencia de la superioridad del nacional frente al extranjero y que realizan la función de perpetuar las relaciones de desigualdad y de dominación. Wagman llamaba también a la atención sobre el hecho de que la difusión sistemática de la imagen del inmigrante como individuo conflictivo hace invisible el hecho de que los propios inmigrantes son víctimas de grandes injusticias y desigualdades, y les convierte así, a los ojos de la mayoría, en responsables de su propia situación de desventaja y exclusión, cuando no en los chivos expiatorios a quienes podamos culpar de la existencia de problemáticas sociales a las que todos nos enfrentamos.

Ambas cosas, unidas al hecho de que vivimos en una sociedad securitizada, en el que los problemas y conflictos sociales parecen tener su solución en una rigurosa respuesta penal, que desemboca en un crecimiento del populismo punitivo a golpe de sucesos mediáticos (Díez Ripollés, 2017), son el caldo de cultivo para que los movimientos de población, conocidos a través de imágenes que evocan invasión, se relacionen indebidamente con la inseguridad ciudadana y el terrorismo (González Cámara, 2011). En tal contexto, la razón queda desplazada por las emociones, los argumentos racionales por las llamadas posverdades y la realidad y los hechos por ideas estereotipadas y exageradas (García España, 2018). De ahí la necesidad de intentar contrastar las apariencias con las evidencias y explicar la verdadera relación entre la inmigración y la delincuencia.

2.2. Evidencia científica

Como apuntaron Martínez y Lee (2004), hay buenas razones teóricas para pensar que los inmigrantes deberían exhibir tasas de delincuencia más elevadas que las de los residentes oriundos. Por ejemplo, los inmigrantes encuentran problemas de aculturación que los nativos no confrontan y los inmigrantes tienden a encontrar residencia en barrios desorganizados caracterizados por condiciones estructurales negativas tal y como la pobreza, altos grados de heterogeneidad étnica, preponderancia de jóvenes varones, y posiblemente más oportunidades criminales en la forma de pandillas. También, los códigos culturales de los inmigrantes pueden entrar en conflicto con los códigos legales contruidos por los grupos oriundos.

La población inmigrante cuenta con unas características que suelen identificarse con la delincuencia común, se trata de una población joven y masculina en mayor medida, que encuentra acomodo con frecuencia en comunidades desorganizadas donde los niveles de pobreza y delincuencia son mayores que en otras zonas de la ciudad y el ajuste social que tienen que hacer los inmigrantes y los no nativos, no siempre se produce de forma armónica (Tonry, 1997; Martínez y Lee, 2004; García España, 2018)

Esa situación compleja en la que se encuentran los inmigrantes afecta especialmente a aquellos que se encuentran en el territorio nacional sin autorización para ello, pues tienen vetado el acceso al mercado laboral formal y a todos los servicios y prestaciones sociales que se le vinculan (Ortega Roig, 2012). Esta situación afecta también de manera especial al grupo de menores extranjeros que llegan a los países de destino sin referentes familiares. Así, son diversos los trabajos que han puesto de manifiesto que estos menores están expuestos a una mayor situación de vulnerabilidad social y a un mayor riesgo de convertirse en víctimas de delito o en autores de delitos. Por ejemplo, en relación al mayor riesgo de convertirse en autores de delitos, García España (2016) demostraba mediante un análisis exploratorio realizado con jóvenes marroquíes internos en la prisión de Alhaurín de la Torre, Málaga, que una mayoría de ellos fueron menores inmigrantes no acompañados acogidos por el sistema de

protección andaluz. Esta autora identificaba las dificultades de subsistencia al adquirir la mayoría de edad, la red social limitada o las dificultades para mantener en vigor el permiso de residencia en el país, como factores de riesgo en el contexto de acogida que podrían estar explicando que hubieran terminado en prisión.

De su mayor vulnerabilidad delictiva surge el interés por impulsar iniciativas preventivas con estos menores y jóvenes, tanto desde los servicios de protección de la administración pública, como desde la comunidad, especialmente cuando estos menores optan por intentar subsistir al margen de la tutela administrativa. (Un análisis profundo de esta problemática y propuestas de mejora pueden consultarte en García-España y Carvalho, 2019).

Con esas premisas es fácil identificar teóricamente la inmigración con la delincuencia. De hecho, algunas de las teorías criminológicas más importantes apoyan esa relación basándose en ese tipo de argumentos (principalmente las teorías de la desorganización social, de la anomia, de las subculturas y del etiquetamiento). Sin embargo, las aproximaciones empíricas durante más de un siglo, desmienten que la inmigración se relacione con la delincuencia y, de hecho, han encontrado niveles más bajos de participación delictiva entre los nacidos en el extranjero que entre los nacidos en el país, especialmente en Estados Unidos, pero también en otros países europeos (una revisión pormenorizada de los estudios disponibles puede consultarse para el contexto americano en Martínez y Lee, 2004 y para el contexto europeo en García-España, 2018).

Los estudios basados en macroanálisis de datos oficiales de inmigración y delincuencia muestran la falta de relación entre la inmigración y el crecimiento de la delincuencia, en la medida en que el crecimiento y la alta concentración de aquella no llevan aparejado un aumento de la delincuencia, sino más bien, lo contrario, se mantiene en niveles bajos (García España 2017).

Por su parte, los estudios que han comparado las tasas de participación delictiva entre grupos de inmigrantes asentados, han mostrado que en las zonas donde hay una mayor participación delictiva de los inmigrantes, las variables que mejor explican la delincuencia son las relacionadas con las características del contexto social de acogida y con las condiciones de vida, más que en cuestiones culturales o aspectos relacionados con el proceso migratorio, lo que genera la necesidad de explorar los factores ausentes y concurrentes de las zonas en que se asientan (Tonry, 1997). En esta línea, Lee, Martínez y Rodríguez (2000), por ejemplo, explicaron las mayores tasas de delito de los latinos que se asentaron en Miami, en comparación con los que se asentaron en El Paso, por la mayor violencia en los barrios en los que se instalaron. Leerkes, Engbersen y Van der Leun (2012) encontraron como elemento clave la disminución de oportunidades de vida convencionales derivadas de la exclusión de los inmigrantes irregulares del mercado laboral formal belga.

Pero, a pesar de que la evidencia empírica desmiente la relación entre la inmigración y la delincuencia, los estereotipos y prejuicios mantienen dicha relación como cierta, de tal manera que se cree que el aumento de inmigrantes tiene su correspondencia en el crecimiento de la delincuencia. Estas ideas contrarias a la realidad, se encuentran ancladas en lo emocional y desembocan en unos prejuicios que tienen una función social defensiva, que puede ser explicada por la teoría integrada de la amenaza (Stephan y Renfro, 2002). Esta teoría, que trata de explicar el papel que desempeñan las percepciones de amenaza en las actitudes intergrupales, distingue entre la amenaza realista – referida a la percepción de competición entre el endogrupo y el exogrupo por recursos escasos, como el empleo, los servicios sociales, la educación o la sanidad – y la amenaza simbólica – que tiene lugar cuando los miembros del endogrupo perciben en el exogrupo diferentes valores, creencias o actitudes que no están en consonancia con los propios y, entienden que éstos corren el peligro de ser alterados. Dicha función social defensiva deriva en una actitud punitiva más rigurosa con los inmigrantes (García España, 2018).

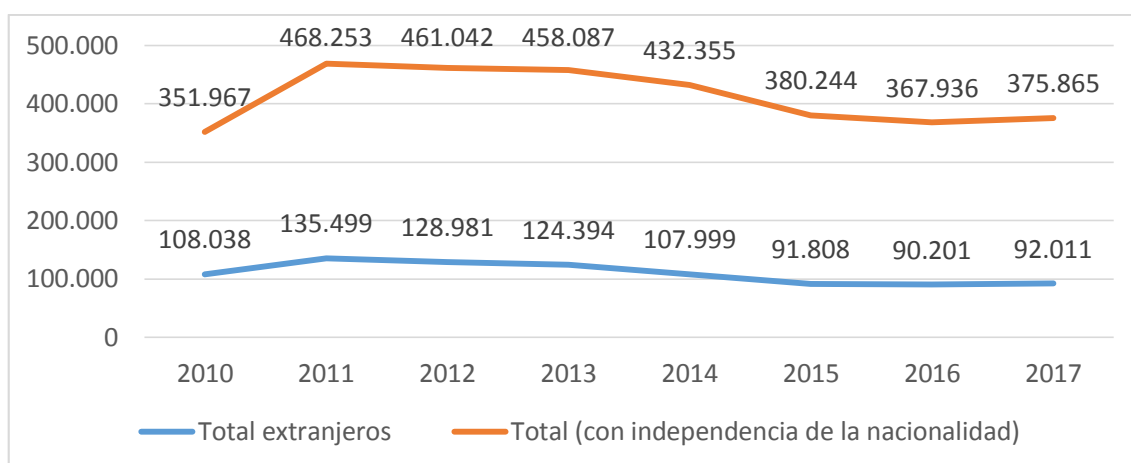
3. EL BINOMIO DELINCUENCIA E INMIGRACIÓN SEGÚN LAS ESTADÍSTICAS OFICIALES

Para responder al binomio delincuencia e inmigración es habitual acudir a las estadísticas oficiales de delincuencia (policiales, judiciales y penitenciarias). Son muchas las estadísticas oficiales disponibles y muchos los autores que han tratado de interpretarlos. Sin embargo, el uso de esta metodología cuantitativa a menudo deriva en análisis superficiales que no han tenido en cuenta que el colectivo de inmigrantes es una parte más o menos numeroso dentro del colectivo de extranjeros. En este apartado revisamos las estadísticas sobre extranjeros sospechosos y condenados intentando dimensionar la presencia de diferentes perfiles de extranjeros.

3.1. Extranjeros sospechosos

De acuerdo con los datos del Ministerio de Interior, los extranjeros – considerados en su conjunto – vienen representando entre el 25% y el 30% del total de detenidos e imputados por causa penal en los últimos años en España, con una tendencia decreciente continuada a lo largo de este tiempo, que coincide con la misma tendencia a la baja experimentada por el total de detenciones e imputaciones por causa penal.

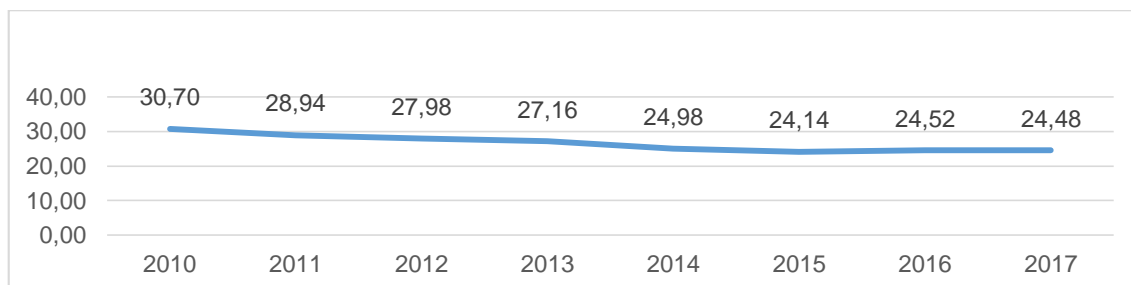
Gráfico 9. Evolución de los detenidos e investigados por causa penal (serie histórica 2010-2017)



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del Portal estadístico de Criminalidad del Ministerio del interior

Así, la proporción que representan respecto del total de detenidos e imputados ha ido descendiendo en varios puntos porcentuales de forma continua durante los últimos años, como se refleja en el siguiente gráfico.

Gráfico 10. Proporción (%) que representan los extranjeros entre el total de detenidos e imputados por causa penal (serie histórica 2010-2017)



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del Portal estadístico de Criminalidad del Ministerio del interior

Los extranjeros que con más frecuencia son objeto de detención o imputación según origen, son los procedentes de Europa, seguidos por los procedentes del continente africano y americano. En todos los casos, independientemente de la procedencia, se observa de forma proporcional esa tendencia descendente, aunque algo más marcada en el caso americano.

Tabla 15. Detenciones e investigados extranjeros según continente de procedencia.

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
AFRICA	30.989	36.321	36.114	34.324	30.134	25.679	25.218	26.085
AMERICA	32.642	40.339	37.451	35.217	26.984	21.977	21.223	22.980
ASIA	3.655	4.439	4.594	4.329	3.919	3.927	3.948	3.682
EUROPA	40.612	53.781	50.464	50.186	46.641	39.967	39.104	38.436
OCEANÍA	68	51	54	69	55	37	57	49
OTROS	72	568	304	269	266	221	651	779
TOTAL	108.038	135.499	128.981	124.394	107.999	91.808	90.201	92.011

Fuente: Portal estadístico del Ministerio del Interior

Por lo que respecta a las tipologías delictivas por las que los extranjeros son objeto de detención e imputación con mayor frecuencia, destacan aquellas que atentan contra el patrimonio. A más distancia destacan los delitos contra las personas y contra a seguridad colectiva (tráfico de drogas en particular).

Tabla 16. Detenidos e investigados extranjeros por causa de infracción penal. (Serie histórica 2012-2016)

Acumulado Enero-Diciembre	2012	2013	2014	2015	2016
I. Contra las personas	25.836	23.714	21.611	19.923	19.467
1. Homicidios//asesinatos	326	250	198	230	290
<i>Consumados</i>	140	81	74	91	105
2. Lesiones	7.667	7.155	6.363	5.951	6.027
3. Malos tratos ámbito familiar	15.177	14.046	12.801	12.430	12.786
4. Otros contra las personas	2.666	2.263	2.249	1.312	364
II. Contra la libertad	6.126	6.091	5.119	5.332	6.137
1. Malos tratos ámbito familiar	2.748	2.653	2.232	2.036	1.930
2. Otros contra la libertad	3.378	3.438	2.887	3.296	4.207
III. Contra la libertad sexual	1.995	1.843	1.684	1.496	1.623
1. Agresión sexual penetración	377	357	295	273	271
2. Corrupción menores/incap.	54	48	42	36	43
3. Pornografía de menores	38	34	49	45	40
4. Otros contra libertad sexual	1.526	1.404	1.298	1.142	1.269
IV. Relaciones familiares	599	516	546	420	334
V. Contra el patrimonio	53.767	54.266	45.583	35.459	35.199
1. Hurtos	22.246	23.045	20.217	16.434	16.744
2. Robos con fuerza en cosas	12.797	12.827	10.126	6.996	6.765
<i>En vehículos</i>	2.096	1.897	1.279	988	1.031
<i>En domicilios</i>	4.269	4.973	4.235	2.813	3.077
<i>En establecimientos</i>	2.653	2.326	1.869	1.377	1.326
3. Robos violencia/intimidación	7.058	6.393	4.643	3.602	3.929
<i>En vía pública</i>	4.680	4.073	2.887	2.269	2.568
<i>En domicilios</i>	604	595	483	340	357
<i>En establecimientos</i>	934	970	764	565	598
4. Sustracción de vehículos	1.787	1.444	1.209	1.139	1.049
5. Estafas	3.300	3.264	2.778	2.240	2.173
6. Daños	2.000	1.836	1.659	1.251	1.433
7. Contra propiedad int/ind	1.592	1.882	1.484	1.130	1.092
8. Blanqueo de capitales	198	177	171	188	201
9. Otros contra el patrimonio	2.789	3.398	3.296	2.479	1.813
VI. Seguridad colectiva	19.199	17.574	14.949	12.429	11.637
1. Tráfico de drogas	7.821	7.359	6.196	4.988	4.758
2. Contra la seguridad vial	10.762	9.835	8.364	7.135	6.580
3. Otros contra seg. colectiva	616	380	389	306	299
VII. Falsedades	6.693	6.364	6.335	6.258	5.780
VIII. Administración Pública	29	46	53	57	36
IX. Administración de Justicia	4.644	4.296	3.690	3.389	3.395
X. Orden público	8.399	8.046	6.808	5.573	5.156
XI. Legislación especial	69	81	55	68	94
XII. Otras infracciones penales	1.625	1.557	1.566	1.404	1.343
Total extranjeros	128.981	124.394	107.999	91.808	90.201
Total (extranjeros + españoles)	461.042	458.087	432.35	380.244	367.936
Proporción que representan los extranjeros respecto del total	27,98 %	27,16 %	24,98 %	24,14 %	24,52 %

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos contenidos en el Portal estadístico de criminalidad. Ministerio del Interior. Series anuales. Detenciones e investigados.

Como se observa en la tabla 16, los extranjeros representaban en 2015 el 28% del total de detenidos e imputados por causa penal. Porcentaje que ha descendido ligeramente en los últimos años. El conocimiento de las diferentes tipologías de extranjeros que aparecen representados en estas cifras permitiría tener una mejor radiografía de la situación. Así, sería interesante poder conocer, por ejemplo, el motivo por el que están en España, de manera que fuera posible diferenciar entre aquellos extranjeros que están de manera transitoria (como turistas o con visados temporales), aquellos que han llegado a España recientemente con intención de instalarse y aquellos otros que están asentados en el país. A pesar de la utilidad que esa información podría tener a la hora de dimensionar y prevenir adecuadamente la delincuencia de extranjeros, esos datos no están disponibles.

En particular, el dato relativo a la situación administrativa en el país, sí está previsto para ser recogido en los atestados policiales, pero no siempre se codifica en las bases de datos utilizadas por el Gabinete de Estudios del Ministerio del Interior, por lo que no se explota en las estadísticas oficiales que se publican. Además, según nos informan desde el mismo Gabinete, en aquellos casos en que se codifica no se hace como variable categórica (en función del tipo de autorización de residencia que tenga o en función del motivo de su falta de autorización), sino dicotómica: regular/irregular, debido a que en aquellos casos en que el extranjero detenido por causa penal está en situación irregular, se pone en marcha también la maquinaria del procedimiento administrativo sancionador.

A pesar de la ausencia de rigurosidad del dato, en mayo de 2017- en el marco del proyecto de “Delincuencia de Inmigrantes Asentados en España” solicitamos al Ministerio del Interior los datos sobre situación administrativa de los detenidos o imputados por causa penal de origen extranjero. El análisis de los datos proporcionados por el Ministerio, que abarcan desde 2008 hasta 2015, nos permite categorizar de la siguiente forma las detenciones e imputaciones por causa penal, diferenciando a los extranjeros en situación irregular del total de extranjeros detenidos e imputados.

Tabla 17. Evolución de detenciones e imputaciones a extranjeros por causa penal 2008 – 2015

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
TOTAL	306.167	318.261	307.280	468.253	461.042	458.087	432.355	380.244
EXTRANJEROS	110.852	110.103	104.199	130.106	124.431	120.441	100.167	81.080
EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR	8.213	13.492	13.249	11.093	10.332	8.922	7.109	5.586
% IRREGULARES DEL TOTAL DE EXTRANJEROS	7,4	12,3	12,7	8,5	8,3	7,4	7,1	6,9
% IRREGULARES DEL TOTAL	2,68	4,24	4,31	2,37	2,24	1,95	1,64	1,47

Fuente: Elaboración propia a partir de la combinación de los datos publicados por el Ministerio del Interior y los datos proporcionados por el Gabinete de Estudios al equipo de investigación

Como se refleja en la tabla, el porcentaje conocido de extranjeros en situación irregular de entre el total de extranjeros detenidos e imputados durante este periodo es mayor durante los años 2009 y 2010 (superando el 12%), produciéndose una tendencia a la baja desde entonces (hasta el 7% en 2015).

Si recordamos las cifras de Eurostat que citábamos en el primer capítulo de la tesis, referidas a personas que han sido localizadas por las autoridades, habiéndose constatado la irregularidad de su estancia (para el caso de España: 92.000 en 2008, 43.625 en 2017) vemos que el porcentaje de extranjeros que, además de haber sido identificados como irregulares, también aparecen como detenidos o imputados por causa penal, se situaba en torno al 9% en 2008 y se aproxima al 13% en los últimos años. Es decir, que aunque en términos absolutos se ha reducido tanto el número de extranjeros en situación irregular localizados por las autoridades, como el número de extranjeros en situación irregular que además son detenidos por causa penal, en términos relativos, la presencia de los irregulares entre los detenidos ha aumentado ligeramente.

Diversos autores han apuntado que son los posibles sesgos raciales que se producen en las identificaciones policiales y no el aumento de delincuencia entre el colectivo, lo que explicaría este aumento. En este sentido, los estudios que examinan la existencia de conductas discriminatorias en las prácticas policiales, ponen de manifiesto que la policía aplica un «perfil étnico», lo que estigmatiza a ciudadanos pertenecientes a ciertos colectivos (García España, 2018; Wagman y Pernas, 2005; Miller, 2007).

Conscientes de que estos sesgos raciales se producen, cada vez son más numerosas las iniciativas que buscan eliminarlos de la práctica policial. Es el caso del proyecto STEPSS (Strategies for Effective Police Stop and Search) puesto en marcha en Fuenlabrada y Girona en 2005 o del Programa para la Identificación Policial Eficaz (PIPE), puesto en marcha en Castellón y Pedrezuela (Madrid) en 2013¹⁸.

3.2. Extranjeros condenados

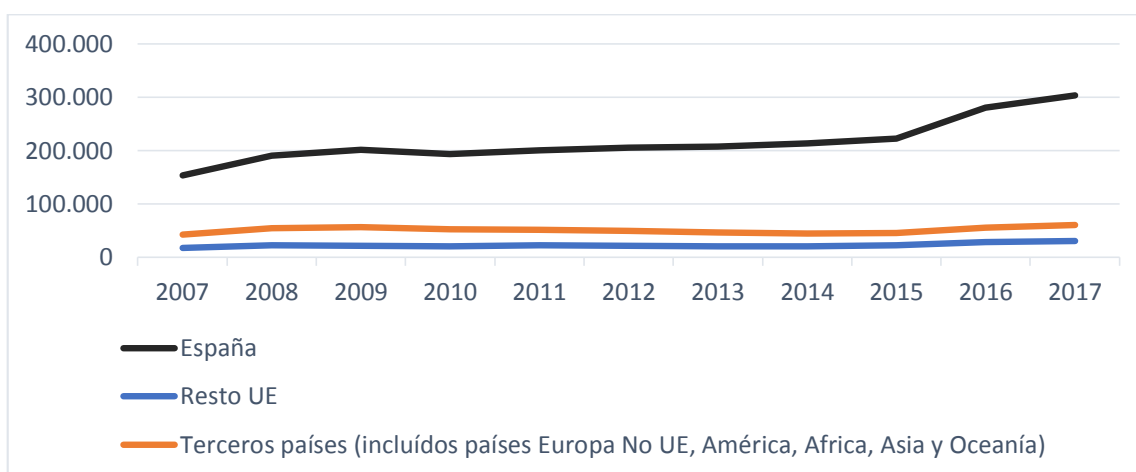
Entre los años 2000 y 2010 se produjo en España un importante crecimiento de la población penitenciaria extranjera que tuvo su explicación, no tanto en un mayor número de entradas, como en unas condenas de mayor. Si bien el número de población extranjera que entra en prisión no es demasiado elevada, el número de extranjeros que permanecen en prisión crece considerablemente por cumplir penas más duraderas y tener menos posibilidades de salir de prisión (García-España, 2018).

A partir de 2010 se observa un descenso de población presa extranjera que ha sido explicado por los teóricos en atención a varios motivos: a) cambios político criminales en materia de drogas, que especialmente afectó al número de mujeres extranjeras condenadas por delitos contra la salud pública (Cerezo y Arenas, 2016) ; b) razones de política de extranjería, al aumentar el número de

¹⁸ Una evaluación de este último puede encontrarse en Arenas García, L. y García-España, E. (2016). Identificaciones policiales y discriminación racial en España. Evaluación de un programa para su reducción. Boletín Criminológico. Artículo 3/2016, abril (n.º 163).

expulsiones que operan en el ámbito penal, que aunque no han aumentado en números absolutos, sí han aumentado en términos relativos (Brandáriz García, 2014, Cid Moliné y Contreras Román, 2014); y c) estrategias de política penitenciaria tendentes a aumentar el uso de la libertad condicional, aunque no ha afectado demasiado al colectivo de extranjeros (Cid Moliné, 2017). Desde 2015, sin embargo, esa tendencia descendente se frenó.

Gráfico 11. Evolución de los condenados según nacionalidad (2007-2017)



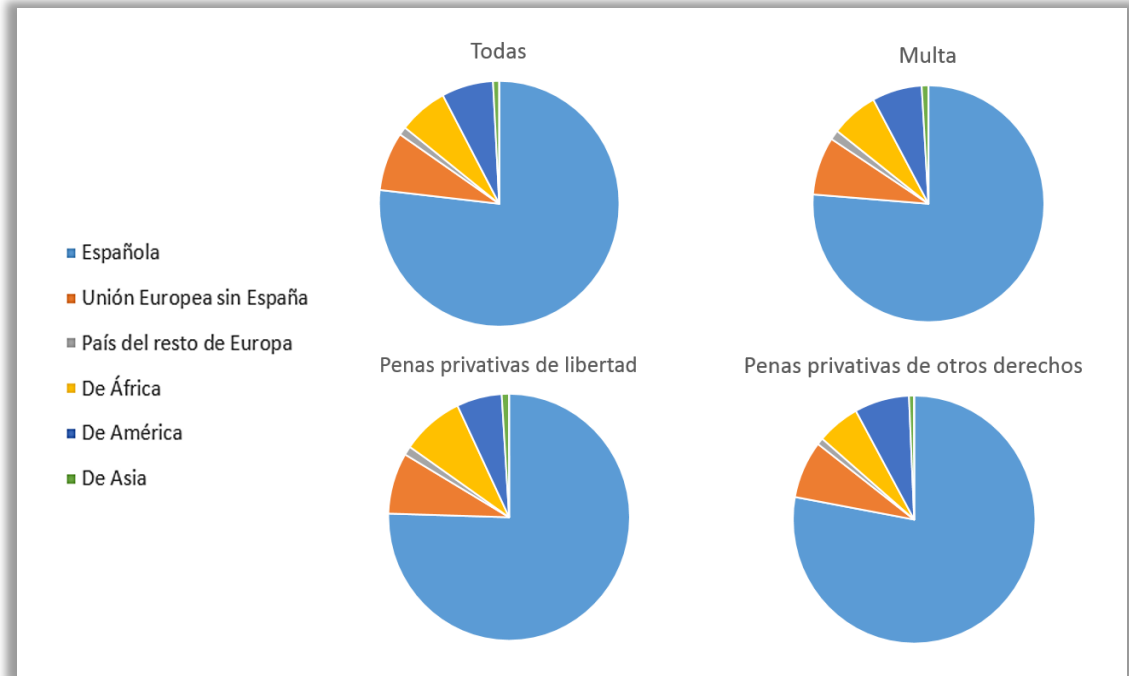
Fuente: elaboración propia a partir de los datos de condenados del INE

Si revisamos datos de 2017 sobre penas impuestas en función de la nacionalidad es interesante ver la proporción que cada grupo de procedencias representa. Así, considerando la suma de las penas privativas de libertad, las penas privativas de derechos, las penas de multa y las penas de expulsión, encontramos que el 76% de penas recayeron sobre personas de nacionalidad española, el 8,9% sobre personas procedentes de otros países del continente europeo, el 6,9% del continente americano, y el 6,6% sobre personas procedentes del continente africano. Las condenas impuestas a los asiáticos no alcanzan ni el 1% de penas impuestas por los jueces españoles ese año.

Como se observa en el siguiente gráfico, las proporciones no difieren significativamente cuando consideramos cada tipo de pena de forma separada, con tres tercios ocupados por españoles y un tercio por personas de otras

procedencias. Utilizamos gráficos circulares para representar la comparación entre proporciones según cada tipo de pena.

Gráfico 12. Comparación de las proporciones de penas impuestas en 2017 según nacionalidad del condenado.



Fuente: elaboración propia a partir de la estadística de condenados del INE

No obstante, pese a la aparente distribución proporcional de nacionalidades en cada tipo de pena, un análisis más pormenorizado de los datos permite identificar pequeñas variaciones. Por ejemplo, mientras el 6,6% de penas globalmente consideradas recayeron sobre personas procedentes del continente africano, si consideramos de manera separada las penas privativas de libertad, vemos que la proporción de africanos sube al 8,3%, lo que nos indica que se les aplica la privación de libertad por encima de la media.

Para visibilizar esas variaciones, mostramos en la siguiente tabla los datos absolutos y el porcentaje que representa cada procedencia respecto a las penas impuestas. Partiendo de la columna en la que se indica la proporción que cada procedencia representa respecto del total, hemos marcado en azul aquellas

penas donde la proporción está por debajo y en rojo aquellas otras donde la proporción está por encima.

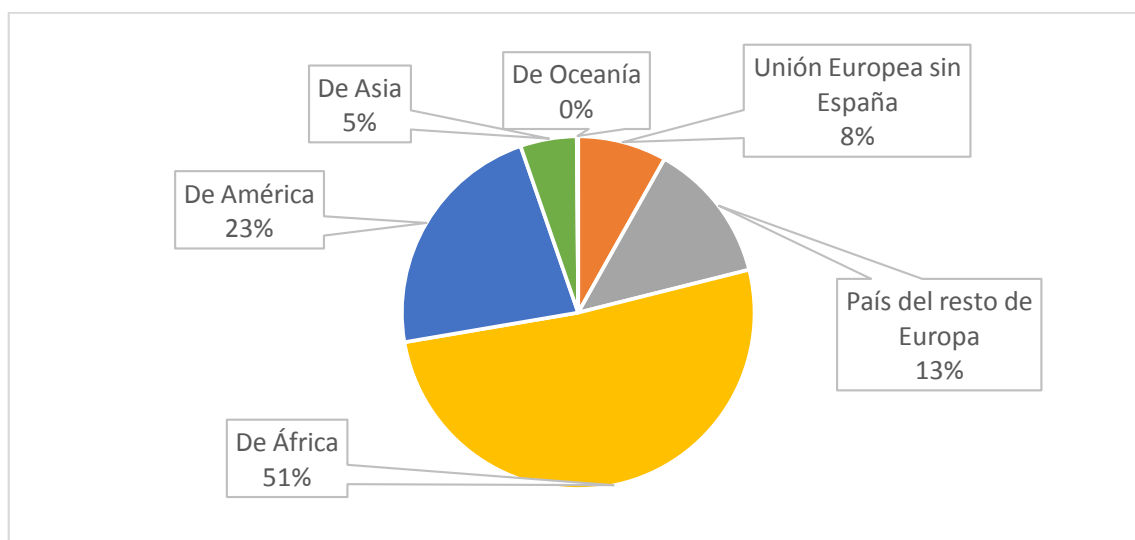
Tabla 18. Penas impuestas según procedencia de los condenados, 2017

	Total penas	%	Privativas libertad	%	Privativas derechos	%	Multa	%	Expulsión	%
Española	533.721	76,8	112.974	75,48	256.573	77,9	164.174	76,3	0	0,0
UE sin España	53.907	7,8	11.990	8,01	24.729	7,5	17.125	8,0	63	8,2
Resto de Europa	7.602	1,1	1.735	1,16	2.901	0,9	2.866	1,3	100	12,9
África	45.794	6,6	12.453	8,32	18.796	5,7	14.149	6,6	396	51,2
América	48.214	6,9	9.057	6,05	24.032	7,3	14.952	6,9	173	22,4
Asia	5.682	0,8	1.449	0,97	2.209	0,7	1.984	0,9	40	5,2
Oceanía	93	0,0	19	0,01	35	0,0	38	0,0	1	0,1
Total	695.013	100	149.677	100	329.275	100	215.288	100	773	100

Fuente: elaboración propia a partir de la estadística de condenados del INE

Más llamativa resulta la distribución de las 773 expulsiones penales impuestas en 2017, donde obviamente los españoles no están representados, pero donde los extranjeros procedentes del continente africano están sobrerrepresentados, recayendo sobre ellos el 51% de las expulsiones impuestas. Un gráfico de sectores nos muestra esta distribución.

Gráfico 13. Proporciones que representa cada nacionalidad en las penas de expulsión impuestas.



Fuente: elaboración propia a partir de los datos de condenados del INE

Por lo que respecta a la intervención penitenciaria que se realiza con los extranjeros que cumplen condena de prisión en nuestro país, Instituciones Penitenciarias, cuenta con el “*Programa específico de intervención con personas extranjeras*”. Según se describe, el programa parte de la premisa de que los internos extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales, salvo las limitaciones que establezca la ley. Por lo que cuentan con las mismas oportunidades al acceso laboral, programas educativos y tratamiento penitenciario. Se asume que ante el rápido aumento de la población de internos extranjeros en nuestras prisiones, se ha hecho necesario desarrollar un modelo de intervención específica para facilitar su integración en el medio penitenciario y finalmente en la sociedad. Todo ello en consonancia con el deber de la Administración Penitenciaria de no diferenciar por razón de raza, nacionalidad o creencias en el desarrollo de la actividad que tiene encomendada (Dirección General de Instituciones Penitenciarias, 2006).

El programa de intervención, que se llevan a cabo actualmente en varios establecimientos penitenciarios, se implanta en una doble dirección, teniendo en cuenta factores empíricos y criterios normativos:

- i. Programas generales cuyo objetivo es que los internos extranjeros, que conozcan nuestro idioma, participen de los programas educativos que se desarrollan en el centro en el que se encuentran.
- ii. Programas específicos para aquellos internos que no conozcan el idioma y a través de su enseñanza conseguir, con actividades propias para ello, un desarrollo personal y una integración en una sociedad democrática facilitando, así mismo, la convivencia ordenada en prisión.

Así, Instituciones Penitenciarias recoge las distintas recomendaciones del Consejo de Europa en esta materia y pretende servir como enfoque integral de intervención con este colectivo, para lo que dice tener como principios orientadores: Reducir el aislamiento, superar los obstáculos lingüísticos, una educación integral, información jurídica y valores democráticos y actividades interculturales abiertas. En muchos casos, las personas extranjeras que cumplen condena carecen de una red social adecuada para poder disfrutar de permisos

ordinarios, o bien su salida no ofrece a la institución suficientes garantías de reingreso, por lo que se incluye la realización de salidas programadas.

A mi parecer, resulta llamativo que el criterio que guía el trabajo con los internos extranjeros sea el conocimiento del idioma y que de eso depende que la intervención se organice en una línea o en otra. Seguramente los equipos técnicos utilicen el idioma como un criterio más para valorar si se trata de un extranjero que lleva poco tiempo en España o un inmigrante asentado para orientar su intervención en torno a eso.

Sea como fuere, lo cierto es que los extranjeros tienen dificultades de reinserción, fundamentalmente por el efecto del art. 57.2 de la LOEX que prevé como causa administrativa de expulsión tener antecedentes penales. Así, para los extranjeros que no son expulsados y cumplen su pena de prisión, el fin último de la reinserción se hace imposible, ya que al contar con antecedentes penales éstos constituirán un impedimento para la renovación de las autorizaciones de residencia. Como explicamos en el siguiente apartado, la expulsión penal y la expulsión por antecedentes penales son dos de las principales manifestaciones del solapamiento que se da entre la política migratoria y la política criminal como forma de responder a la delincuencia de inmigrantes.

4. LA RESPUESTA INSTITUCIONAL AL BINOMIO DELINCUENCIA E INMIGRACIÓN: FUSION DE POLÍTICA MIGRATORIA Y POLÍTICA CRIMINAL

Desde hace años los autores vienen poniendo de relieve la fusión que se está produciendo entre la jurisdicción penal y la jurisdicción administrativa a la hora de gestionar el control de los flujos migratorios. Esta fusión fue popularizada por Stumpf (2006) con el concepto de “*Crimmigration*” para referirse al papel que el Derecho penal está desempeñando actualmente como un instrumento más de la política migratoria para coadyuvar a la contención de la inmigración irregular y, especialmente, de los inmigrantes considerados peligrosos o indeseables.

Aunque el concepto es relativamente reciente, el fenómeno que describe no es nuevo. Sírvanos para ejemplificar la idea la referencia a la regulación de la sanción de extrañamiento en la historia de España siguiendo a Gómez de Maya (2013) quien explica como la Enciclopedia Jurídica Española de 1910 recogía que “en el concepto genérico expulsión cabe incluir determinados hechos jurídicos y actos de soberanía que llevan denominaciones específicas”, una de ellas, “la pena de extrañamiento consistente en la expulsión del sentenciado, perpetua ó temporalmente, del territorio nacional”, y otra sería la peculiar expulsión colectiva fundada y definida por la pertenencia a credo, raza, grupo de poder u otra identidad inquietante para la Corona. Sin que entonces resultara procedente disquisición compartimentadora con arreglo a categorías jurídico-políticas contemporáneas, ya fueran extrañamientos punitivos o medidas de puro gobierno, las decisiones en la época provenían del vértice de la pirámide judicial o gubernativa, el rey, del que emanaban todas las jurisdicciones temporales.

En la actualidad, en España, las manifestaciones en las que se produce esa intersección entre derecho penal y derecho administrativo han sido ampliamente analizadas por diversos autores. García-España (2001, 2017, 2018) ha tratado identificar el conjunto de esas manifestaciones, definiéndolas como teselas de un mosaico de exclusión. Monclús Mansó (2008) ha puesto el foco de atención en la gestión penal de la inmigración y en el recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios. Rodríguez Yagüe (2012) se ha centrado en el estudio del modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes, destacando como la política legislativa de extranjería, selectiva del tipo de extranjero querido y eminentemente defensorista ante el inmigrante infractor, ha ido progresivamente abriéndose paso y contaminando otros ámbitos cuya lógica, principios rectores y garantías son completamente distintos, como es el caso del Derecho Penal. Martínez Escamilla (2015) ha profundizado en el estudio de la detención, el Internamiento y la expulsión administrativa de personas extranjeras, poniendo el foco de atención en los derechos humanos. Fernández Bessa, C. y Brandariz García, J.A.: (2016) se centran en el análisis de las expulsiones y el creciente gerencialismo de las políticas de deportación. Larrauri, E. (2016), por su parte, ha estudiado cómo los antecedentes penales

se configuran en un obstáculo para la reinserción social y laboral del colectivo de inmigrantes que han cumplido su condena. Considerándolos a todos en su conjunto, es posible destacar cinco principales manifestaciones de la *Crimigración* en España que pasamos a desarrollar a continuación:

1. El uso de técnicas penales para dar contenido a las medidas cautelares del procedimiento administrativo sancionador.
2. La criminalización de conductas vinculadas con la inmigración
3. La sustitución de la pena por la expulsión
4. La vinculación de los antecedentes penales con una causa administrativa de expulsión;
5. La renuncia al procedimiento penal en favor de la expulsión administrativa

4.1. El uso de técnicas penales para dar contenido a medidas cautelares del procedimiento administrativo

Tal como establece el art. 62.1 LOEX, incoado un expediente sancionador en el que pueda proponerse la expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento (en adelante, CIE), en tanto se realiza la tramitación de dicho expediente. Es decir, la autoridad administrativa podrá solicitar al juez que decrete la privación de libertad del extranjero durante un tiempo para garantizar que se ejecuta una sanción administrativa.

El Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero.

El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente (art. 62.2 LOEX). Si, transcurrido el plazo, no se hubiera podido materializar la expulsión o cuando hayan dejado de cumplirse el resto de las condiciones descritas, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo, poniéndolo en conocimiento del Juez que autorizó su internamiento. Del mismo modo y por las mismas causas, podrá ser ordenado el fin del internamiento y la puesta en libertad inmediata del extranjero por el Juez, de oficio o a iniciativa de parte o del Ministerio Fiscal.

De acuerdo con la legislación, no podrá acordarse el ingreso de menores en los centros de internamiento y los menores extranjeros no acompañados que se encuentren en España tendrán que ser puestos a disposición de las entidades públicas de protección de menores. A pesar de ello, el informe de 2018 del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura alertaba de que ese año habían sido identificado 88 menores internos en CIEs. .

El régimen interno de estos CIE (Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo) los define como «espacios de internamiento» con un carácter «no penitenciario», sin embargo, son muchas las voces que reivindican su cierre por considerar inaceptable que se use la privación de libertad propia del ámbito penal para garantizar la ejecución de una sanción administrativa. García España. et. al. (2017) argumentan en favor del cierre de los CIE razones de índole constitutiva (razón de ser de la medida) y de índole utilitarista. Entre las primeras, las de índole constitutiva, argumentan que es una medida desproporcionada (contraria al principio de última ratio), inconstitucional (la Administración civil no podrá imponer sanciones que impliquen privación de libertad), y éticamente ilegítima (son una pieza más del engranaje de la desmemoriada e ilegítima política migratoria europea). Entre las segundas, las de índole utilitarista, argumentan que estos establecimientos son opacos y lesionan la dignidad de los reclusos, que no se garantizan unas mínimas condiciones de habitabilidad y seguridad,

que tiene un alto coste económico (ocho millones de euros al año), que se usa inadecuadamente para ejecutar la expulsión penal, que son frecuentes los fallos judiciales en su función de control al detectarse en su interior a menores de edad solos, víctimas de trata y solicitantes de protección internacional y que son un instrumento ineficiente para ejecutar la expulsión (solo se materializa de forma efectiva la expulsión de 3 de cada 10 internos).

La ineficiencia de la medida se evidencia a través de la comparación entre los datos de internados para ser expulsados y los datos de expulsados efectivamente. En la siguiente tabla se comparan los datos de los Informes anuales del Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura sobre el número de personas extranjeras internadas en CIES durante el periodo 2013-2018 y el número de expulsiones efectivamente ejecutadas desde CIES en ese mismo periodo.

Tabla 19. Eficacia / eficiencia en función de las expulsiones que se materializan

Año	Internados	Expulsados	% eficacia
2013	9022	4726	52,49
2014	7340	3483	47,45
2015	6930	2871	41,43
2016	7597	2205	29,02
2017	8237	3286	37,28
2018	7855	4582	58,33

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Observatorio Criminológico del Sistema Penal ante la Inmigración y los datos de los informes anuales (2017 y 2018) del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura.

En la Circular 6/2014, sobre criterios para solicitar el ingreso de ciudadanos extranjeros en los centros de internamiento, se determinan los criterios que la policía debe tener en cuenta para que el internamiento en CIE sea más eficiente¹⁹. Incluso acaba recordando la Circular la posibilidad de sustituir el

¹⁹ Los criterios a considerar tienden a valorar la viabilidad para llevar a término la expulsión en cada solicitud. Un primer bloque de criterios se refiere a circunstancias personales del extranjero (domicilio conocido, pasaporte, familiares a su cargo, riesgo de fuga, riesgo para el orden público, circunstancias que indiquen que se trata de una persona en situación vulnerable, etc.). Un segundo bloque remite a la

internamiento por otras medidas cautelares como la presentación periódica ante el instructor o la retirada del pasaporte. Sin embargo, como reflejan los datos, la Circular no ha tenido como efecto ni una reducción del número de internos ni un incremento de su eficiencia (Martínez Escamilla, 2016, García España et. al. 2017).

4.2. La criminalización de conductas vinculadas con la inmigración

La evolución de las políticas de lucha contra la inmigración no deseada ha estado acompañada de un proceso de criminalización de conductas vinculadas a la inmigración irregular. Esta criminalización es precisamente una de las acepciones del concepto “*Crimmigration*” de Stupf (2006). Tres situaciones creemos que reflejan bien este proceso en España:

4.2.1. La criminalización de los manteros

La falta de autorización administrativa para residir o trabajar en España es la mayor dificultad que se encuentra una persona inmigrante de cara insertarse en el mercado laboral. Las alternativas de subsistencia quedan limitadas y muchos ven una alternativa de trabajo en la venta ambulante. Sin embargo, los primeros años del 2000, el legislador consideró que la actividad de mantero debía ser perseguida con mayor intensidad. Así, en la reforma del Código Penal operada por la LO 15/2003 reformó el entonces art. 270 para, por un lado, aumentar la pena, castigando de forma acumulada con prisión de seis meses a dos años y con multa de 12 a 24 meses y, por otro, pasando a considerar este tipo de delitos como públicos, cuando antes era necesaria una denuncia de parte previa (García-España, 2018; Martínez Escamilla, 2009).

El aumento del límite inferior de la multa se criticó porque la insolvencia de muchos de los manteros llevaría a que se convirtiera en una prisión subsidiaria por impago de multa. Además, se criticó la falta de proporcionalidad, por exceder la pena al daño producido por la conducta, y se cuestionó el difícil encaje legal

posibilidad real de ejecutar la expulsión (existencia de documento de viaje, país de origen para saber si será documentado en un plazo inferior a 60 días, etc.).

de la “venta” dentro de la conducta típica definida por el artículo “distribución”. Para resolver esto último inconveniente, el legislador optó por incorporar en la reforma del CP operada por la LO 1/2015 la pena de prisión para un tipo de conductas que consisten en la “comercialización ambulante o meramente ocasional” del art. 274.3 CP. (Martínez Escamilla, 2009)

Como apunta García-España (2018), el castigo de esta actividad con pena de cárcel conlleva para los extranjeros unas consecuencias sin parangón con los españoles: la expulsión o la exclusión social. Si se consigue expulsar, engrosará la categoría de expulsiones penales, identificándose este mantero con un peligroso social.

4.2.2. La criminalización de las acciones de promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina

Desde la reforma de 2015, el art. 318 CP criminaliza las acciones de promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España. Como dice Uriarte Torrealday (2014), aparentemente el bien jurídico protegido serían los derechos de los extranjeros, aunque en realidad, se criminaliza a todo el que «directa o indirectamente promueva, favorezca o facilite... la inmigración clandestina de personas». En otras palabras, se convierte en acto criminal ayudar a una persona que intenta ejercer un derecho, por el simple hecho de que esa persona carezca de una autorización administrativa. Incluso cuando esa ayuda se haga de forma no directa, sin interés lucrativo o por solidaridad.

En este contexto, son de recordar casos recientes vividos en el verano de 2019, como el de Carola Rackete, la capitana de Sea Watch que desembarcó sin permiso a 40 rescatados y fue detenido e investigada por "favorecer la inmigración clandestina", al igual que le ocurrió a parte de la tripulación de Proactiva Open Arms, cuya nave fue incautada en 2018 y permaneció inmovilizada en un puerto siciliano tras desembarcar a 83 naufragos después de 19 días de bloqueo. Ante esto, han surgido numerosas voces que advierten del

incremento de la criminalización que enfrentan quienes defienden los derechos de las personas migrantes en Europa.

Entre esas voces, Chabíanedu Okafor, experto independiente de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y la solidaridad internacional presentó al Consejo de Derechos Humanos en pasado julio de 2019 un informe en el que destacaba la criminalización o la represión de la prestación de asistencia humanitaria refugiados y migrantes en situación irregular menoscaba o vulnera, de manera considerable e injustificable, sus derechos humanos y es, pues, ilegal con arreglo a la normativa internacional. A lo largo del documento critica las graves consecuencias de los esfuerzos que han hecho algunos Estados, organizaciones regionales y segmentos de la sociedad civil – [como grupos de ultraderecha] – por reprimir la expresión de la solidaridad internacional hacia los migrantes sin papeles. (Chabíanedu Okafor, 2019).

En opinión del experto, la mayoría de los países que han tomado medidas más frecuentes para penalizar o reprimir los rescates humanitarios de migrantes que corrían peligro en el mar por parte de ONG u otros agentes privados han argumentado que estas medidas tendrán como resultado final reducir al máximo las muertes de migrantes y refugiados en el mar. Su argumento es que tales muertes cesarán si su Armada y su sistema de justicia penal logran disuadir a los trabajadores humanitarios de ayudar a los migrantes irregulares que corren peligro en el mar, lo que disuadirá, a su vez, a estas personas de intentar cruzar el Mediterráneo u otros mares. No obstante, indica que hay pocas pruebas de que este planteamiento haya sido o pueda ser eficaz para detener los intentos, a menudo desesperados, que hacen los migrantes y los refugiados de cruzar el mar Mediterráneo y entrar en Europa.

4.2.3. La criminalización de la mera estancia irregular

El último de los pasos en este proceso de criminalización se da en algunos países en que se convierte en delito el propio hecho de la inmigración irregular, esto es, la permanencia no autorizada en el Estado. Algo que viene ocurriendo desde hace algunos años tanto en países norteamericanos, como

sudamericanos (Guia, 2012). Por lo que respecta a los países miembros de la UE, muchos han incluido en sus códigos penales la inmigración irregular como una conducta delictiva. De hecho, de los 27, únicamente Malta, Portugal y España mantienen la inmigración irregular como infracción administrativa. En los demás, tanto la estancia irregular en el país, como el quebrantamiento de una prohibición de entrada tras una deportación anterior (reentrada irregular) son considerados un delito punible con multa y expulsión (en algunos países) o con cárcel (en otros²⁰) (Guia, 2012; García-España, 2018).

Como apunta Uriarte Torrealday (2014), si bien la limitación del acceso de extranjeros a un país puede ser constitucionalmente legítima, desde la perspectiva del Estado democrático, los criterios selectivos que utilizan las legislaciones nacionales y los instrumentos que habilitan para conseguir sus objetivos pueden no ser igualmente legítimos. Y entre aquellos instrumentos que considera ilegítimos, sitúa la conversión de la propia condición de inmigrante no autorizado o de sus circunstancias concomitantes en tipo delictivo, algo que en su opinión no puede ser constitucionalmente admisible bajo ninguna circunstancia.

4.3. La sustitución de la pena por la expulsión

Tal como establece el art. 89 del código penal español, las penas de prisión impuestas a un ciudadano extranjero por la comisión de un delito²¹ serán sustituidas por la expulsión del territorio español. Se plantean dos modalidades en función de la duración de la pena impuesta:

- a) En el caso de penas de más de un año, éstas serán sustituidas por su expulsión íntegramente, salvo en aquellos casos en que se valore necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, en cuyo caso, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena en

²⁰ Un mapa de los países, en función de la respuesta penal a la mera estancia irregular, puede consultarse en García-España, 2018:145 o en el Informe de 2013 de la European Unión Agency for Fundamental Rights (FRA).

²¹ Se establecen como excepciones los delitos contenidos en los art. 177 bis, 312, 313 y 318 bis.

territorio español (que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión) y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. 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 le sea concedida la libertad condicional.

- b) Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena.

Con la reforma del CP de 2015, se estableció como excepción a la regla general de sustitución, que ésta no será procedente cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada, habiéndose desarrollado los criterios que deben guiar esa valoración a través de las circulares de fiscalía. En opinión de García-España (2016), es más un maquillaje que un giro real respecto de la práctica anterior a la reforma. La reforma de 2015 incluyó además la posibilidad de sustituir la pena por la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea y a los extranjeros con permiso de residencia de larga duración.

- a) En el primer caso se requiere adicionalmente la necesidad de que representen una amenaza grave para el orden público o la seguridad

pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.

- b) En el segundo, cuando el extranjero condenado haya residido en España durante los diez años anteriores, solo se podrá podreecer a la expulsión cuando además:
- Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.
 - Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

Los extranjeros a los que se les haya suspendido la pena de prisión por la expulsión no podrán regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

Igualmente, en aquellos casos en que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma.

Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez o tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un CIE, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa.

Mostramos a continuación cómo ha evolucionado en los últimos años la sustitución de la pena por la expulsión, diferenciando los datos según la procedencia del extranjero condenado.

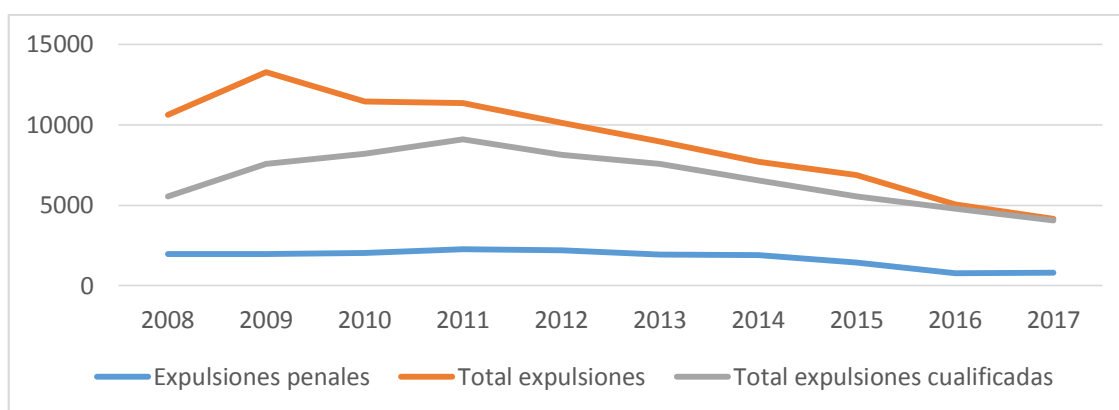
Tabla 20. Evolución de la sustitución de la pena por expulsión según procedencia del extranjero condenado (serie 2013-2018)

	2013	2014	2015	2016	2017	2018
TOTAL	1.928	1.906	1.448	773	793	886
PAÍS UE SIN ESPAÑA	32	39	58	63	53	83
PAÍS RESTO EUROPA	138	128	198	100	105	124
PAÍS DE ÁFRICA	1.087	1.143	771	396	482	458
DE AMÉRICA	459	397	319	173	121	186
DE ASIA	179	198	102	40	32	35
DE OCEANÍA	33	1	0	1	0	0

Fuente: elaboración propia a partir de la estadística de condenados del INE.

Como se observa, el número de expulsiones ha ido descendiendo, tanto el número total, como el número según procedencia. La única excepción es la de los procedentes de la UE que han incrementado en este tiempo, de forma coherente a la introducción de dicha posibilidad en la reforma de 2015. No obstante, pese a esa tendencia descendente al analizar datos absolutos, cuando analizamos la proporción que representa la expulsión penal dentro del conjunto de expulsiones ejecutadas (datos que ya trabajamos en el primer capítulo, pág. 74), vemos que la proporción ha aumentado.

Gráfico 14. Evolución de la aplicación de la sustitución de la pena por la expulsión. (Serie histórica 2008-2017).



Fuente: elaboración propia a partir de la combinación de datos sobre expulsiones penales (del INE) y de datos sobre expulsiones (del Ministerio del Interior)

La sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional ha suscitado (desde su inclusión en el catálogo de penas del código penal de 1995) múltiples debates tanto doctrinales como jurisprudenciales por las dificultades de adecuar su régimen jurídico –de origen administrativo- a los fines y principios del derecho penal y del proceso. La expulsión, tal y cómo se contextualiza en el art. 89 del CP, se convierte en un instrumento de la política migratoria y no de la política penal, subordinando el Derecho penal al servicio del Derecho administrativo para el control de los flujos migratorios. Así, el origen y el régimen jurídico de la expulsión penal genera fricciones con los principios de igualdad, non bis in ídem, proporcionalidad y contradicción. De igual modo, la medida entra en colisión con derechos fundamentales y humanos de las personas que son objeto de aplicación del art. 89 del CP (Martín Escribano, 2015).

4.4. Los antecedentes penales como causa de expulsión

La vinculación de una sanción administrativa como la expulsión a una condena penal viene recogida en el art. 57.2 LOEX, que dispone que “*constituirá causa de expulsión, previa la 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 año²², salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”.

El hecho de que la existencia de antecedentes penales se haya configurado en nuestra legislación como una “causa de expulsión administrativa”, sin que se requiera la realización de una conducta por parte del extranjero constitutiva de infracción administrativa ha sido ampliamente criticado porque supone exigir a los extranjeros un plus de obediencia a las leyes respecto de los españoles y constituye una vulneración del principio non bis in idem, ya que se añade una nueva sanción – la expulsión – por un hecho por el que ya se sufrió condena (Monclús, 2008).

Pese a que la doctrina ve claro que se impone una sanción penal y una administrativa por los mismos hechos, sin que se aprecie distinto fundamento jurídico que justifique la duplicidad de sanciones (Asúa, 2002; Rodríguez Mesa, 2006; Monclús, 2008; García-España, 2017), el Tribunal Constitucional por su parte ha declarado que las dos medidas persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes: “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, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes (...) el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los erectos preventivos asociados a la su naturaleza afflictiva. En cambio, la medida de la expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorio s de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado (STC 236/2007).

Como señala Monclús, el Tribunal Constitucional no termina de concretar cuáles son esos bienes o intereses jurídicos diferentes cuya protección persiguen la

²² Recientemente el Tribunal Supremo ha fijado como doctrina que en la expulsión del art. 57.2 de la LOEX, se atenderá a la pena prevista en abstracto en el CP para el delito correspondiente, y no a la pena efectivamente impuesta en el caso concreto (STS 962/2018, de 11 de junio de 2018). <http://laadministraciondia.inap.es/noticia.asp?id=1185173>

pena y la expulsión, sino que esta modalidad de expulsión es una muestra más de como el derecho penal se utiliza como instrumento de la política migratoria del Estado, generándose una confusión más entre política criminal y política de extranjería.

Esta autora apunta también las diferentes consecuencias de esta configuración de los antecedentes penales en función de la situación administrativa del extranjero al que afecte. Mientras que en el caso de los extranjeros irregulares añadir esta posibilidad de expulsión, resulta redundante, dado que pueden ser sometidas a expulsión administrativa en cualquier momento sin necesidad de tomar en consideración una conducta penalmente relevante (art.53.a LOEX) o, en caso de existir ésta, existen otras vías para la expulsión en momentos previos a la finalización de la condena: en el momento de ser imputados (art. 57.7 LOEX), en caso de ser condenados a pena de prisión (art. 89 CP), o en caso de ser condenado a pena de cualquier otra naturaleza (art. 57.7 LOEX).

En cambio, en el caso de los extranjeros con residencia legal en España las consecuencias son especialmente graves y suponen, además de la vulneración del principio non bis in ídem, el principio de proporcionalidad y el de igualdad – respecto de los extranjeros irregulares que pueden ser expulsados sin llegar a cumplir la condena y respecto de los españoles que extinguen su responsabilidad penal con el cumplimiento de la condena (art. 130.2 CP).

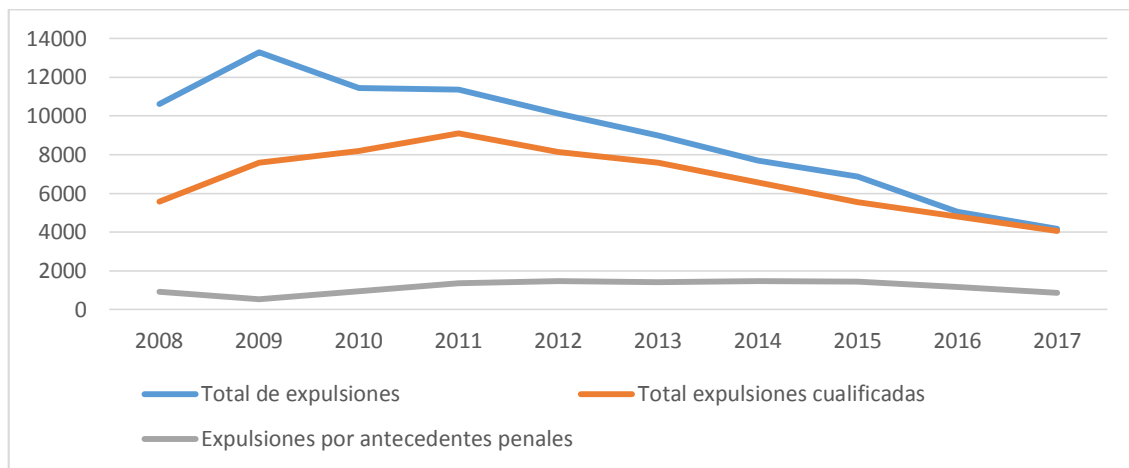
También García España y Aguilar Conde (2018) resaltan la gravosa discriminación que la aplicación del 57.2 LOEX supone para el caso de extranjeros con arraigo. Así, han destacado que cuando un extranjero que no cuenta con arraigo es condenado a pena de prisión mayor a un año cabe la sustitución de su pena o parte de ella por la expulsión a su país de origen, librándose así del cumplimiento de la pena de prisión.

En cambio, para un extranjero con arraigo condenado a prisión, la respuesta del Estado es mucho más aflictiva, ya que en aras de respeto al arraigo este individuo cumplirá su pena de prisión y, tras ella, en vigencia del art. 57.2 LOEX

le esperará la expulsión a su país de origen de manera que este extranjero con arraigo no sólo cumplirá su condena sino que, además, será expulsado y sus vínculos sociales en el país donde cumple condena se verán gravemente dañados. Por tanto, la pena de prisión no sólo perjudica gravemente a los internos extranjeros con arraigo frente a los españoles condenados, sino también frente a otros extranjeros que no cuenten con vínculos sociales suficientes en España.

Mostramos a continuación los datos disponibles sobre las expulsiones adoptadas en atención a este precepto y los comparamos con la expulsión penal del 89 CP y con los datos sobre el total de expulsiones ejecutadas, para ver mejor dimensionada qué proporción representan respecto del total.

Gráfico 15. Evolución comparada de las expulsiones ejecutadas por la vía del 57.2 LOEX con la evoluciones del total de expulsiones



Fuente: Elaboración propia a partir de datos sobre expulsiones del Ministerio del Interior y datos sobre expulsiones por antecedentes penales recogidos en Brandariz (2019)

En el caso de que no llegue a producirse la expulsión del 57.2 LOEX, los antecedentes penales se tornan, en todo caso, un obstáculo insalvable para la reinserción de los extranjeros que han cumplido condena en el país. En esta línea, Larrauri (2016) ha destacado que los antecedentes penales generan la imposibilidad de acceso a las autorizaciones administrativas para residir y/o trabajar en España, así como dificultades para la modificación y/o renovación de

las dichas autorizaciones, para el acceso a la nacionalidad o para el acceso a la protección internacional.

4.5. La renuncia al proceso penal en favor de la expulsión administrativa

Otro claro ejemplo de ese solapamiento entre el derecho penal y el derecho de extranjería lo encontramos ahora en relación a los extranjeros que, además de estar en situación irregular y tener una orden de expulsión pendiente de ejecución, aparecen incurso en un procedimiento penal.

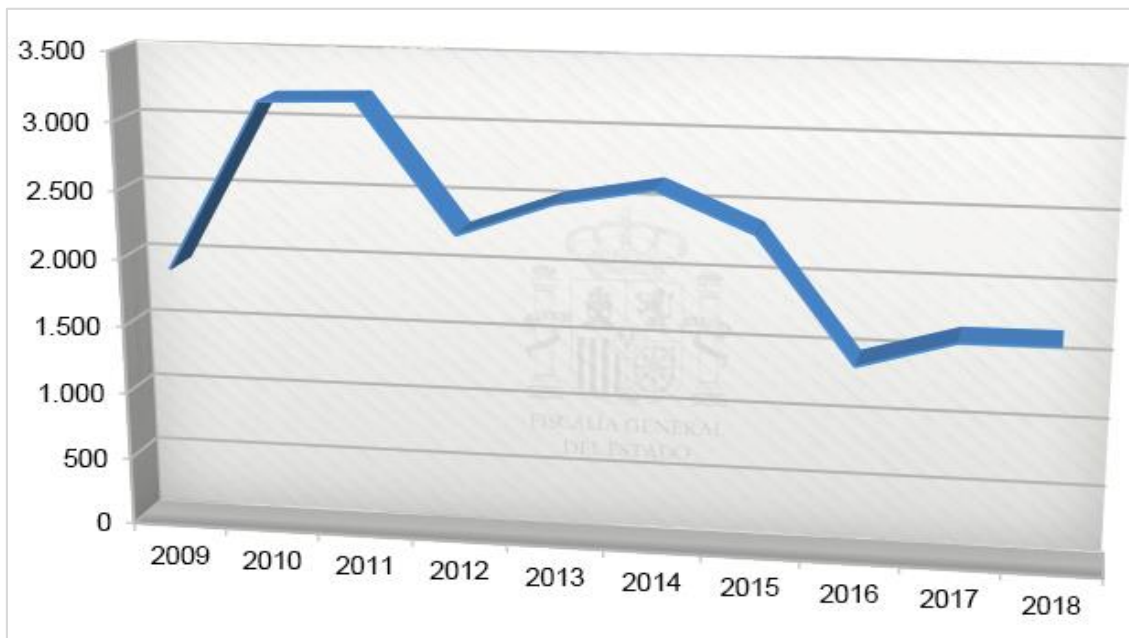
En estos casos, el legislador ha optado por hacer prevalecer, con carácter general, el derecho de extranjería. Así, el párrafo a del artículo 57.7 LOEX, establece que cuando un extranjero en situación irregular sobre el que pesa una orden administrativa de expulsión pendiente de ejecución, aparece imputado o acusado en un procedimiento penal por la comisión de un delito, la autoridad gubernativa responsable del expediente de expulsión solicitará al juez penal que renuncie a la continuación del procedimiento y autorice la expulsión.

Para Monclús (2008) este caso de inferencia entre el derecho penal y el derecho de extranjería es quizá el que más escandalosamente prescinde de todos los principios y garantías del ordenamiento jurídico, además de constituir un ejemplo de pésima técnica legislativa, sobre todo tras la reforma de la LOEX de 2003. En la redacción inicial del artículo, la norma estaba prevista como opcional para el juez y únicamente para imputados por delitos castigados con pena inferior a seis años de prisión, pero con esta reforma:

- a) la autorización pasó a establecerse como de concesión obligada salvo concurrencia de circunstancias excepcionales (de manera que la opción del juez por la denegación de autorización se configura entonces únicamente como excepción) y
- b) se añadió la posibilidad de hacer extensible su aplicación a imputados por delitos condenables con cualquier otra pena de distinta naturaleza (esto es, a cualquier pena no privativa de libertad).

Para tratar de cuantificar el recurso a la aplicación del 57.7 LOEX, los datos más completos son los recogidos en las memorias anuales de la Fiscalía General del Estado (FGE), aunque únicamente se refieren a informes favorables a su aplicación emitidos por los fiscales. Su consulta permite ver cómo han evolucionado dichos informes favorables entre los 1930 en 2008 hasta los 1633 en 2018, habiendo tenido su pico más alto en 2011 con 3186 informes.

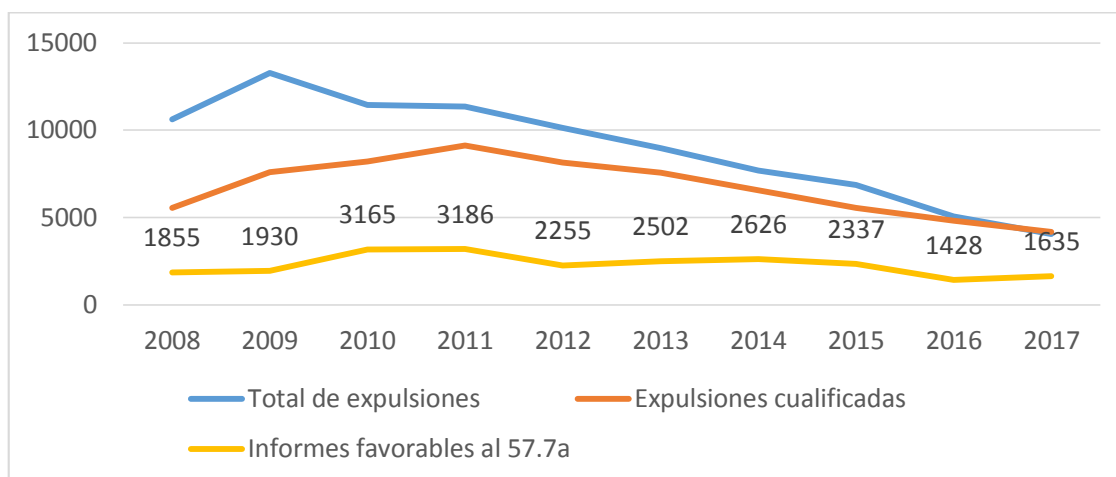
Gráfico 16. Evolución anual de los informes favorables a la aplicación del art. 57.7 LOEX emitidos por los fiscales españoles (2009-2018). Total nacional



Fuente: Memoria 2019 de la FGE, especialidad Extranjería

Al igual que hemos hecho con la expulsión penal (art. 89 CP) y con la expulsión por antecedentes penales (art. 57.2 LOEX), nos parece interesante observar cómo ha evolucionado la aplicación de la expulsión con autorización judicial (art. 57.7 LOEX) en comparación con el total de expulsiones en el mismo periodo.

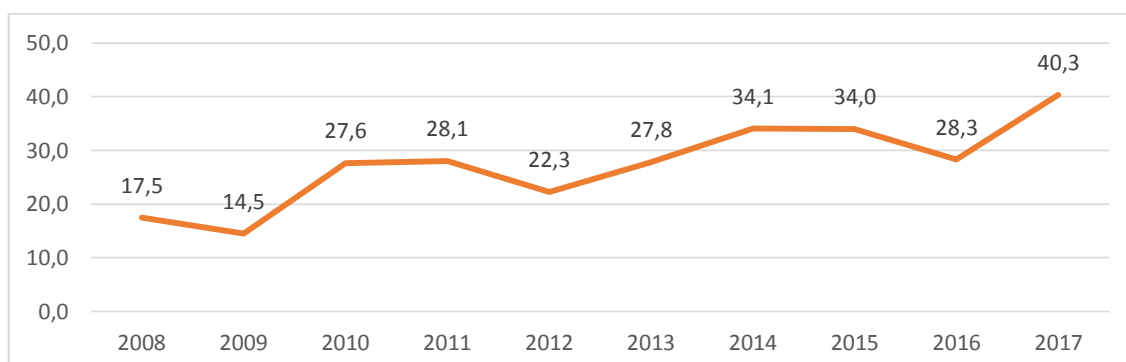
Gráfico 17. Evolución de la aplicación del 57.7 LOEX y proporción que representa respecto del total de expulsiones



Fuente: elaboración propia a partir de la combinación de datos sobre expulsiones del Ministerio del Interior y sobre informes favorables a la aplicación del 57.7 emitidos por el Ministerio Fiscal.

En efecto, se observa que la proporción que representan las expulsiones del 57.7 LOEX respecto del total de expulsiones ejecutadas durante ese tiempo ha ido en aumento, habiendo pasado de representar el 17,5% en 2008 al 40,2% en 2017.

Gráfico 18. Incidencia de las expulsiones del 57.7 respecto del total de expulsiones.

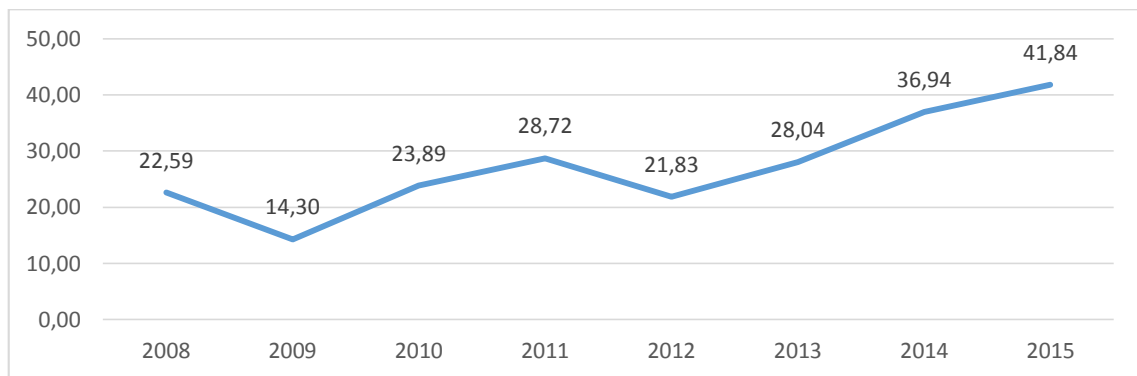


Fuente: elaboración propia a partir de la combinación de datos sobre expulsiones del Ministerio del Interior y sobre informes favorables a la aplicación del 57.7 emitidos por el Ministerio Fiscal.

Asimismo, si tratamos de dimensionar su prevalencia, calculando cuánto se aplica la renuncia al procedimiento penal respecto del universo poblacional sobre el que la renuncia potencialmente puede recaer, esto es, sobre el número de

personas extranjeras detenidas o investigadas por causa penal que, además, se encuentran en situación irregular, podemos observar que la proporción de informes favorables a la renuncia ha pasado de representar el 22% del total de extranjeros detenidos o investigados por causa penal en 2008 al 42% en 2015. Es decir, que aunque en términos absolutos se ha reducido tanto el número de extranjeros en situación irregular localizados por las autoridades, como el número de extranjeros en situación irregular que además son detenidos por causa penal, en términos relativos, la presencia de los irregulares entre los detenidos ha aumentado ligeramente.

Gráfico 19. Proporción que representan los informes favorables al 57.7 respecto del total de personas extranjeras detenidas o investigados por causa penal, que están en situación administrativa irregular



Fuente: Elaboración propia a partir de la combinación de los datos publicados por el Ministerio del Interior y los datos proporcionados por el Gabinete de Estudios al equipo de investigación.

Todos estos datos apoyan, una vez más, la tesis de aquellos autores que han apuntado la implantación de un sistema altamente selectivo (las expulsiones cualificada en 2009) que pone el foco de atención en la expulsión de extranjeros vinculados con el sistema penal ante la imposibilidad de hacer frente a todas las expulsiones y un sistema de racionalización de la política de expulsiones dirigida a intentar evitar el derroche de recursos (Monclús Masó, 2008; Martínez Escamilla, 2009; Brandáriz García, 2014; Fernández Bessa y Brandáriz García, 2016).

En este sentido, la renuncia penal del 57.7 LOEX destaca por su potencial gerencialista puesto que, como apunta Monclús, puede suceder que el juez de instrucción no autorice la expulsión del imputado y, tras la realización del juicio, el juez o tribunal sentenciador sustituya la pena de prisión inferior a 6 años por la expulsión. En este caso, se habrían derrochado recursos al realizar el juicio penal. Pero el derroche sería mucho mayor si el órgano sentenciador no sustituyese la pena de prisión por la expulsión y ésta fuese llevada a cabo por la autoridad gubernamental tras el cumplimiento de la condena (en base al art. 57.2, antecedentes penales como causa de expulsión).

Pese a su potencial cualidad gerencialista, la inacción penal en supuestos en que el sujeto infractor es un extranjero administrativamente expulsable supone una innovación legal de decaimiento del ius puniendi estatal y una aislada introducción en nuestro proceso del principio de oportunidad contrapuesto al principio de legalidad o principio de obligatoriedad en la persecución del delito que establece el art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim, en adelante).

Además, la doctrina ha venido cuestionando la legalidad de la renuncia si se hace por el mero interés estatal en expulsar al extranjero “no deseado”, pues ello implicaría dotar a la jurisdicción penal de funciones que no le son propias (Pérez-Pérez, 1994, Navarro Cardoso, 2006; Monclús Mansó, 2008, Rodríguez Yagüe, 2012; García-España, 2018). Por lo que resulta necesario analizar qué causas de justicia material han sido definidas por los jueces y los fiscales para ejercer su discrecionalidad a la hora de decidir entre continuación o renuncia penal.

5. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de este capítulo hemos analizado el binomio inmigración y delincuencia desde diferentes perspectivas. Así, en el primer bloque, empezamos revisando cuál es la opinión pública sobre este binomio, constatando que la sociedad (aunque de forma decreciente a lo largo de los últimos años) sigue pensando que la delincuencia es uno de los principales problemas que trae consigo la

inmigración. El conocimiento empírico, sin embargo, desmiente que exista esa relación.

La Criminología más reciente, en cualquier caso, se ha ido alejando de conocer si los inmigrantes delinquen más que los autóctonos o si la inmigración causa más delincuencia, pues el planteamiento de la cuestión desde esta perspectiva coloca en el centro del problema a la persona o grupo que realiza el proceso migratorio, considerando la procedencia del sujeto la causa del comportamiento delictivo, culpabilizando y provocando, en consecuencia, respuestas discriminatorias y excluyentes. Y por ello, los estudiosos del tema parten de la ausencia de relación entre ambos fenómenos y se vienen centrando en el estudio de los factores de riesgo y protección del contexto social de acogida. Desde este enfoque es posible presentar acciones que puedan mejorar la vida social de la comunidad y poner el acento en los elementos que llevan a los inmigrantes a desarrollar una mayor resistencia frente al delito, lo que permite enfocar la prevención de la delincuencia en determinadas áreas de población, prestando especial atención, no a las personas inmigrantes, sino al contexto comunitario (García-España, 2018).

Hemos revisado también las estadísticas oficiales para representar a los extranjeros dentro del colectivo de sospechosos y condenados, habiendo destacado que éstos representan en torno al 25% de dichas poblaciones, lo que supone una sobrerrepresentación del colectivo si tomamos en consideración los datos de población vistos en el primer capítulo (donde los extranjeros representan en torno al 12% de la población). A pesar de la sobrerrepresentación, los extranjeros detenidos como sospechosos de la comisión de un delito han ido descendiendo durante estos últimos años, en consonancia con la disminución del total de detenidos e imputados por causa penal. Igual ocurre en las estadísticas penitenciarias.

Por otra parte, España ha seguido la tendencia comparada y ha ido adoptando en los últimos años medidas caracterizadas por el solapamiento entre el derecho penal y el derecho de extranjería o *crimmigration*. Considerándolos a todos en

su conjunto, hemos concretado cinco principales manifestaciones de la *Crimigración* en España: 1) el uso de técnicas penales como la privación de libertad para dar contenido a las medidas cautelares del procedimiento administrativo sancionador; 2) la criminalización de conductas vinculadas con la inmigración, como ocurre con la persecución penal de los manteros o la criminalización de asistencia humanitaria a refugiados y migrantes en situación irregular; 3) la sustitución de la condena penal por la expulsión; 4) la vinculación de los antecedentes penales con una causa administrativa de expulsión; y 5) la renuncia al procedimiento penal en favor de la expulsión administrativa.

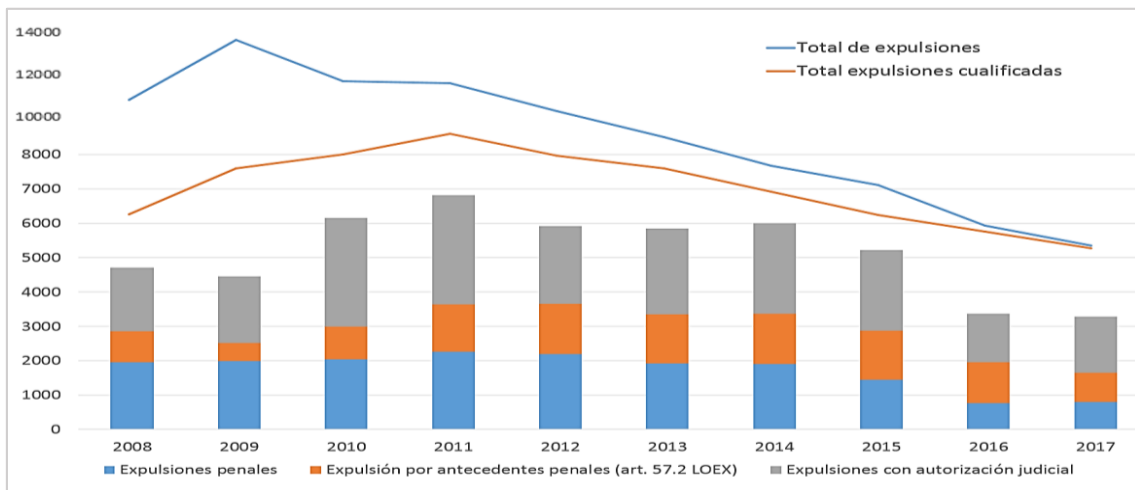
Este modelo político-criminal se basa en el presupuesto de la peligrosidad del extranjero, en el que la defensa de postulados eminentemente defencistas incorpora la figura de su expulsión como respuesta prioritaria al fenómeno de la inmigración no deseada, subordinando el Derecho penal, sus principios y sus fines, a las políticas económicas y administrativas de control de la inmigración. Así, por un lado, se difuminan principios como la igualdad, la presunción de inocencia o la culpabilidad y, por otro, supone la renuncia a uno de los cometidos impuestos por la Constitución, como es la orientación preventiva de la pena, que cede injustificadamente ante las exigencias de la policía migratoria (Rodríguez Yagüe, 2012).

Por ello cabe reprochar al legislador que se sirva ilegítimamente del derecho penal para producir efectos simbólicos en la sociedad, lo que hace cuestionar la legitimidad de decisiones legislativas que no sólo carecen de los fundamentos materiales justificadores de su adopción, sino que además realizan un uso ventajista del derecho penal para fines que no le son propios (Díez Ripollés, 2002; Navarro Cardoso, 2006)

Hemos indagado también sobre cómo han evolucionado en la última década cada una de las manifestaciones en que se produce ese solapamiento entre política criminal y política migratoria, constatando el hecho de que, aunque en términos absolutos su aplicación ha ido descendiendo, en términos relativos (proporción que representan respecto del total de expulsiones ejecutadas

durante el mismo periodo) ha ido en aumento. Lo que confirma la tesis apuntada por Brandáriz y Fernández Bessa (2017) sobre la implantación de un sistema altamente selectivo (las expulsiones cualificadas, en 2009) que pone el foco de atención en la expulsión de extranjeros vinculados con el sistema penal ante la imposibilidad de hacer frente a todas las expulsiones (las expulsiones cualificadas representan desde 2011 entre el 80-85% del total de expulsiones).

Gráfico 20. Evolución comparada de las expulsiones según tipología de expulsión.



Fuente: elaboración propia a partir de la combinación de datos sobre expulsiones totales y cualificadas (Balances Ministerio del Interior), sobre expulsiones penales (Estadística condenados INE), sobre expulsiones por antecedentes penales (Brandáriz, 2019) y sobre autorizaciones judiciales a la expulsión, 57.7 LOEX (Ministerio Fiscal).

A la hora de clasificar las manifestaciones de la *Crimmigration* en España, García-España (2018) utiliza dos categorías: las medidas administrativas que adoptan técnicas e instrumentos del derecho penal – como pasa con el uso de los CIE para garantizar la expulsión – y las medidas penales que adoptan finalidades del derecho administrativo y que anteponen los objetivos de la política migratoria (el control del inmigrante no deseado) a los objetivos propios del derecho penal.

A los efectos de esta tesis, resulta clarificador realizar, respecto de estas segundas, una sub-clasificación en función del papel que juega el derecho penal. Así, podemos diferenciar entre aquellas que usan el derecho penal para los

mismos fines que la política migratoria (técnicas “*crimigradoras*” penalmente activas) y aquellas que renuncian al uso del derecho penal para no obstaculizar los fines de la política migratoria (técnicas “*crimigradoras*” penalmente pasivas).

La renuncia al procedimiento penal prevista en el art. 57.7 LOEX para los supuestos en que el sospechoso es un extranjero administrativamente expulsable corresponde claramente a estas segundas, y si bien comparte con las demás una relegación de las necesidades del sujeto extranjero al que se expulsa al privarle de cualquier oportunidad de reinserción social, tiene la particularidad de que puede llegar a producir también un efecto adverso sobre las víctimas, pues al renunciarse al proceso penal pueden verse afectadas sus necesidades de reparación o indemnización, exponiendo a la víctima a una situación de olvido que implica ir a contracorriente de las resoluciones internacionales, comunitarias y nacionales que ponen claramente de manifiesto la necesidad de garantizar la efectiva protección de sus derechos. Además, el art. 57.7 LOEX, suponen una clara excepción al principio de legalidad que rige en el sistema penal español. Y es por ello que esta tesis busca profundizar en el conocimiento de su regulación y sus fundamentos, cómo se está llevando a cabo su aplicación en la práctica y cuál es su eficacia. Objetivos a los que dedicamos en la segunda parte.

PARTE II

LA RESPUESTA DEL SISTEMA PENAL A LA DELINCUENCIA DE EXTRANJEROS ADMINISTRATIVAMENTE EXPULSABLES: MARCO JURÍDICO, APLICACIÓN Y EFICACIA

CAPÍTULO 4

ENCAJE LEGAL, FUNDAMENTOS Y REQUISITOS NORMATIVOS DEL RENUNCIA PENAL PREVISTA EN EL ART. 57.7 LOEX

1. INTRODUCCIÓN

En los capítulos precedentes hemos tratado de analizar cuál es la realidad migratoria en nuestro entorno y cómo es la política de extranjería que se ha venido configurando en los últimos años. También nos hemos aproximado a la realidad delictiva de los migrantes y a la política criminal que les afecta, llegando a la conclusión de que ambas políticas, la migratoria y la criminal, han encontrado en la expulsión un recurso principal para aplicar al *inmigrante no deseado*, ya sea por no cumplir con los requisitos administrativos para residir legalmente en el país, ya sea, especialmente, por haber entrado en contacto con el sistema penal como sospechoso, condenado o ex condenado.

Igualmente, hemos explicado cómo se han venido desarrollando instrumentos y técnicas normativas para hacer efectiva dicha expulsión que se caracterizan por fusionar la legislación de extranjería y la legislación penal. Y terminábamos el capítulo anterior, clasificando esas técnicas en dos categorías: a) las que usan el derecho penal para los mismos fines que la política migratoria (técnicas “*crimigradoras*” penalmente activas) y b) las que renuncian al uso del derecho penal para no obstaculizar los fines de la política migratoria (técnicas “*crimigradoras*” penalmente pasivas).

En la segunda categoría hemos situado la renuncia al procedimiento penal cuando el sospechoso es un extranjero administrativamente expulsable previsto en el art. 57.7a LOEX, y hemos apuntado que se trata de una clara excepción al principio de legalidad que rige en el sistema penal español. De ahí, el interés por estudiar la regulación normativa de esta renuncia al *ius puniendi* del Estado basada en el hecho de que el sujeto activo del delito es un extranjero sobre el que ya recae una orden administrativa de expulsión pendiente de ejecución.

Para ello nos proponemos específicamente tres objetivos, dedicaremos un apartado del capítulo a cada uno de ellos:

1. Valorar el encaje normativo de esta renuncia al *ius puniendi* en nuestro ordenamiento jurídico, como excepción del principio de legalidad y como manifestación del principio de oportunidad.

2. Identificar los fundamentos político-criminales utilizados para justificar el interés público de la renuncia penal en favor de la expulsión administrativa.
3. Analizar cuáles son los elementos normativos que requiere la aplicación del art. 57.7a LOEX, poniendo el foco de atención en los requisitos formales (marcados por la legislación) y en los criterios interpretativos que se han ido adoptando (marcados por el Ministerio Fiscal) para guiar al fiscal a la hora de motivar la renuncia o la continuación penal.

2. ENCAJE LEGAL DE LA RENUNCIA AL PROCEDIMIENTO PENAL DE EXTRANJEROS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Como hemos apuntado en capítulos anteriores, la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento de delitos cuando el sujeto que aparece investigado es un extranjero administrativamente expulsable, fue introducida en el ordenamiento jurídico español con la LOEX de 1985 dentro del título dedicado a la regulación de las salidas del territorio español, y concretamente en su artículo 21.2, establecía que cuando un extranjero se encontrara encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el Juez podía autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida de España o su expulsión.

Ya entonces la doctrina advertía de que esta renuncia a la continuación del proceso penal para el castigo de un posible delito suponía una innovación legal de decaimiento del *ius puniendi* estatal, que implicaba una aislada introducción en nuestro proceso del principio de oportunidad, contrapuesto al principio de necesidad en la persecución del delito (Pérez Pérez, 1994).

Y es que, en realidad, el efecto procesal inmediato que produce la autorización de expulsión del 57.7a LOEX es la paralización del procedimiento penal y el sobreseimiento o archivo de la causa. En concreto, el archivo provisional queda

condicionado a que la expulsión autorizada efectivamente se produzca, pues si la salida del extranjero no llega a ejecutarse habrá de continuarse el procedimiento. De ahí, la necesidad de valorar el encaje normativo de la renuncia penal en un ordenamiento jurídico que, como el español, está regido por el principio de legalidad.

2.1. El art. 57.7a LOEX como excepción de los principios de legalidad e igualdad

En el sistema penal español y de acuerdo con el art. 105 Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) el principio de legalidad obliga al fiscal a ejercitar la acción penal por todo hecho de que tenga noticia con caracteres de delito. Al regir tal principio queda excluida toda capacidad de decisión sobre la conveniencia u oportunidad de la persecución en el caso concreto.

Siguiendo en esencia la definición de Gimeno Sendra (2016), puede afirmarse que un proceso penal está regido por el principio de legalidad cuando necesariamente ha de iniciarse ante la sospecha de la comisión de cualquier delito, sin que el Ministerio Fiscal esté autorizado a solicitar el sobreseimiento, ni el órgano judicial a otorgarlo, en tanto subsistan los presupuestos materiales que lo han provocado y se haya descubierto al presunto autor, así como cuando, pronunciada sentencia de condena, el órgano judicial ha de proceder necesariamente a ejecutarla de oficio y en sus propios términos, sin que le esté dado suspender la ejecución o sustituir el contenido del fallo.

Ahora bien, el art. 105.1 LECrim no obliga al Fiscal a ejercitar las acciones penales en todos los casos, sino tan sólo “las acciones penales que considere procedentes”, siendo necesario en tal caso, la concurrencia de otros intereses constitucionales distintos al principio de legalidad que aconsejen ese no ejercicio de la acción penal (en esta línea, Gimeno Sendra, 2016).

Siendo así, es comprensible que desde la introducción del decaimiento del *ius puniendi* estatal ante extranjeros sospechosos administrativamente expulsables

en la LOEX de 1985 la doctrina alertara de que la renuncia penal tenía poco encaje legal si se hacía por el mero interés estatal en expulsar al extranjero “no deseado” (objetivo de la política migratoria) sin que concurren causas de justicia material (objetivo de la política criminal) como mantiene Pérez-Pérez (1994).

2.2. El art. 57.7a LOEX como manifestación del principio de oportunidad

Esta posibilidad que introduce el 105 LECrim de no perseguir la acción cuando concorra interés general implica, siguiendo a Gimeno Sendra (2016), que los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma, a hacer o no uso de su ejercicio, dejando de ejercitar la acción que ostentan en régimen de monopolio o provocando la iniciación del procedimiento, e incluso, una vez iniciado éste, pueden las partes acusadoras con la autorización judicial obtener un sobreseimiento por razones de política criminal aun cuando concurren los presupuestos de la apertura del juicio oral, así como cuando le es dado al órgano judicial suspender la ejecución de pena impuesta por sentencia firme o sustituir ésta por otra pena alternativa.

En la misma línea, Cifuentes y Ballesteros (2018) indican que la finalidad del principio de oportunidad no es otra que la de permitir, en unos casos, o imponer, en otros, por razones de interés público, la exclusión de la pena prevista en la norma como consecuencia jurídica de la comisión de un delito o su específica ejecución.

Según estos últimos, es posible concebir el principio de oportunidad, en sus distintas manifestaciones, como un no accionar, no acusar o no ejecutar cuando en ausencia de tales manifestaciones se debería accionar, acusar o ejecutar. Así, realizan una triple clasificación de las manifestaciones del principio de oportunidad en el proceso penal español:

- i. aquellas que hacen posible la exclusión del proceso, al consentir el no ejercicio de la acción;
- ii. aquellas otras que permiten o exigen la terminación anticipada del proceso penal por razones de política criminal, de diversa índole, y,

- iii. en tercer lugar, las que atribuyen al órgano judicial la potestad discrecional de suspender la ejecución de la pena impuesta o sustituir ésta por otra menos criminógena.

Tabla 21. Síntesis de las posibles manifestaciones del principio de oportunidad en nuestro sistema procesal penal reguladas en el derecho procesal

1. Aquellas que permiten no accionar pudiendo accionar	1a. Al ofendido	Denuncia previa y querrela privada
		Licencia del órgano judicial
	1b. Al Ministerio Fiscal	
2. Aquellas que permiten o exigen no acusar pudiendo acusar	2a. Como presupuestos	De naturaleza procesal
		De naturaleza mixta: el indulto y la prescripción del delito
	2b. Como actos de disposición de la pretensión penal por las partes	El perdón del ofendido
		La conformidad
		No acusación del Ministerio Fiscal en los delitos de amenazas
3. Aquellas que permiten no ejecutar la sentencia firme de condena pudiendo ejecutarla	3a. Indulto y perdón del ofendido	Indulto
		Perdón del ofendido
	3b. Suspensión de la ejecución, sustitución y remisión de penas	Suspensión de la ejecución
		Sustitución de penas
		Remisión de penas

Fuente: Cifuentes y Ballesteros (2018)

Ahora bien, en sentido estricto, es importante tener en cuenta que, a diferencia de aquellos países cuyos sistemas procesales se rigen por el principio de oportunidad, en los sistemas penales como España que se rigen por el principio de legalidad, resulta necesaria la regulación legal del proceso, es decir, para que el principio de oportunidad pueda manifestarse en el seno del proceso habrá de estar determinado por la legislación y sólo podrá darse si se cumplen los presupuestos previstos por la norma. De ahí que se hable del ejercicio de la oportunidad “reglada” (Gimeno Sendra, 2016; Cifuentes y Ballesteros, 2018). Algunos autores han especificado, además, que debería tratarse de una norma procesal penal, por lo que han criticado que la renuncia penal en favor de la expulsión administrativa de extranjeros aparezca únicamente regulada en la ley

de extranjería (Pérez Perez, 1994; Monclús Mansó, 2008; Rodríguez Yagüe, 2012).

Cosa distinta es que, una vez determinado el principio de oportunidad por la legislación, las normas que regulen sus manifestaciones no sean todo lo precisas que sería de desear o que predomine el halo de incertidumbre sobre el de certeza en los conceptos jurídicos empleados. Pero ello es, como apuntan Cifuentes y Ballesteros (2018) en buena medida, un problema resoluble, al que habrá de dar cumplida respuesta el legislador, en primer término, a través de una buena técnica legislativa, y, posteriormente, los distintos operadores jurídicos mediante la correspondiente actividad hermenéutica, de la que, como es sabido, muy pocos preceptos legales, por no decir ninguno, están exentos.

De ahí surge nuestro interés por estudiar 1) cuáles son los fundamentos que se han venido utilizando para justificar el interés público de esta renuncia cuando el extranjero es un sujeto extranjero con una orden administrativa pendiente de expulsión y 2) cuáles son los elementos que se han establecido normativamente para regular esta manifestación del principio de oportunidad prevista en el 57.7 LOEX. A esta actividad dedicamos los próximos apartados.

Pero antes de entrar en esa revisión, nos parece importante reflexionar también sobre cómo encaja el 57.7 LOEX en el marco del principio de oportunidad reglada que recoge la reforma del Código Penal de 2015, que permite al juez acordar el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal por considerar que el delito resulta de “muy escasa gravedad” y que no existe un interés público relevante en la persecución del hecho.

2.3. Encaje del art. 57.7a LOEX en relación al principio oportunidad reglada para los delitos leves introducida en la reforma del Código Penal de 2015

La reforma del CP operada en 2015 trajo dos importantes innovaciones que tienen como objetivo común, de acuerdo al principio de intervención mínima del derecho penal, aligerar la carga burocrática que hasta la fecha representaba la

tramitación y enjuiciamiento de las faltas. Para ello articuló dos medidas: por un lado, eliminó el capítulo III dedicado a las faltas, despenalizando una parte de ellas (que pasaron a ser sancionadas en la vía administrativa o civil) y transformando el resto en delitos leves, insertos dentro del procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos. Y, por otro lado, respecto de este tipo de procedimiento – y sólo para este – introdujo el principio procesal de oportunidad reglada con el declarado propósito de evitar en la medida de lo posible el enjuiciamiento de hechos típicos materialmente intrascendentes.

La Circular 1/2015, de 19 de junio de 2015 de la FGE sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves dicha reforma especificó cuáles son las pautas que deben orientar la actuación de los fiscales para el ejercicio de la acción penal en relación con estos delitos. En concreto, establece:

a) En los delitos leves públicos patrimoniales y en los que por afectar a bienes jurídicos personales tienen una o varias víctimas individualizadas, se seguirán las siguientes pautas generales:

- El archivo por razones de oportunidad sólo se solicitará si ninguna víctima denuncia o manifiesta un interés explícito en la persecución del hecho, salvo en aquellos casos en que su postura se pueda estimar infundada, irracional o arbitraria. La mera afirmación de “quedar enterado” del ofrecimiento de acciones no será impedimento para solicitar el archivo.
- Cuando la víctima manifieste en el atestado policial o en el juzgado su deseo de no ser citada a juicio o su voluntad de que el procedimiento no siga adelante, se interesará el archivo por motivos de oportunidad, salvo que subsista un interés público necesitado de tutela.

b) No se solicitará el archivo por motivos de oportunidad de los procedimientos incoados por actos de violencia física y psíquica cometidos en el núcleo de convivencia familiar, salvo casos excepcionales. Tampoco en los procedimientos incoados por delitos leves de detención ilegal (art. 163.4 CP), contra el

patrimonio histórico (art. 324 CP), de falsedad documental (arts. 397, 399 y 400 CP), contra la Administración Pública (art. 406 CP) y contra la Administración de Justicia (arts. 456.1.3º, 465.2 y 470.3 CP), salvo casos excepcionales. Tampoco en los delitos leves patrimoniales previstos en los arts. 236, 246, 247, 254, 255 y 256 CP cuando el valor del objeto, ventaja o provecho obtenido por el culpable haya rebasado los 400 euros, ni en el delito de ocupación de inmueble, edificio o vivienda que no constituya morada del art. 245.2 CP.

c) En los delitos leves que afectan al orden público o a los intereses generales, los fiscales, a efectos de decidir sobre el ejercicio de las facultades derivadas del principio de oportunidad, ponderarán los criterios establecidos en la presente Circular, atendiendo especialmente a las circunstancias concurrentes en el autor del hecho, como su edad juvenil, ocasionalidad de la conducta, arrepentimiento mostrado o disposición a reparar el mal causado. Para ello, tendrán a la vista la hoja histórico penal del denunciado antes de emitir el informe de oportunidad.

Dos cuestiones nos parecen interesantes para concluir este punto:

- a. Los supuestos en los que puede ser aplicado el 57.7 LOEX no se limitan a los delitos de “muy escasa gravedad” a los que se refiere la reforma de 2015, sino que podrá exceder de los mismos, en tanto el 57.7 LOEX es aplicable respecto de delitos que lleven aparejados penas de prisión de hasta 6 años (a partir de 5 años ya tienen consideración de delitos graves) o cualquier pena no privativa de libertad con independencia de su duración. Por tanto, el fiscal que quiera aplicar el 57.7 LOEX por encima de los límites de las penas leves habrá de justificar el interés público en la renuncia penal sobre fundamentos diferentes a la escasa gravedad del delito.
- b. En el caso de que los delitos por los que se enjuicie al extranjero sí entren en el límite de la oportunidad reglada para delitos leves, el ministerio fiscal podrá optar por no continuar con el procedimiento sobre el fundamento de la escasa gravedad, sin necesidad de tener que recurrir a la situación administrativa que exige la renuncia del 57.7 LOEX.

3. FUNDAMENTOS QUE JUSTIFICAN EL INTERÉS PÚBLICO DE LA RENUNCIA PENAL CUANDO EL ENCAUSADO ES UN EXTRANJERO ADMINISTRATIVAMENTE EXPULSABLE

Decíamos respecto del principio de oportunidad, que éste no obliga al Fiscal a ejercitar las acciones penales en todos los casos, sino tan sólo “las acciones penales que considere procedentes”, siendo necesario en tal caso, la concurrencia de otros intereses constitucionales distintos al principio de legalidad que aconsejen ese no ejercicio de la acción penal (Gimeno Sendra, 2016). Siendo así, cabe reflexionar sobre si el interés estatal en expulsar al extranjero “no deseado” (objetivo de la política migratoria) es suficiente para aceptar la validez de la renuncia al procedimiento penal, o si por el contrario, es necesario que concurren causas de justicia material (objetivo de la política criminal).

En este sentido, la doctrina ha cuestionado de forma reiterada si la nacionalidad puede constituir un fundamento razonable que permita excepcionar el principio de igualdad y aplicar una consecuencia penal diferente a españoles y extranjeros ante la comisión de unos mismos hechos delictivos (Monclús Mansó, 2008, Martínez Escamilla, 2009, García España, 2016). Parte de la doctrina entiende que el criterio de la nacionalidad del infractor de la ley penal es constitucionalmente inadmisibles como fundamento de un tratamiento penal desigual (Monclús Mansó, 2008); sin embargo, otra parte entiende que es posible justificar un tratamiento penal diferenciado si se utilizan como criterios orientadores fundamentos propios de la política criminal como la prevención general y especial (Gugat Mauri, 2004).

Acosta Gallo (2016) reflexiona sobre quién debe dar contenido al concepto de interés general y cuestiona si el interés general es (o debe ser) un concepto político o jurídico. Así, plantea que si es un concepto político, su contenido será puramente táctico y variable, pues la consideración sobre lo que queda incluido en el interés general corresponderá en el mejor de los casos al programa político del partido y, en el peor, a la consideración puntual del gestor en el caso concreto. Por el contrario, si el interés general es un concepto jurídico, sus líneas

principales derivarán del ordenamiento legal y de la dogmática jurídica. Si el interés general es un concepto jurídico, sus notas esenciales quedarán a salvo del puntual parecer de los gestores de lo público.

En el caso del 57.7a LOEX la principal fuente en la que es posible encontrar alguna referencia a los fundamentos que justifican la razón de ser de la renuncia al procedimiento penal de delitos cometidos por extranjeros pendientes de expulsión – ese interés general o interés público – es el Ministerio Fiscal. Institución independiente e integrada en el poder judicial, con autonomía funcional, cuya función es promover e impulsar la acción de la justicia, asegurar la legalidad e imparcialidad del funcionamiento de la justicia y la protección de los derechos de algunos colectivos vulnerables. Es una institución única para todo el país y actúa conforme a los principios de unidad de acción, jerarquía e imparcialidad. Ahora bien, está encabezada por el Fiscal General del Estado, cuyo nombramiento propone el Gobierno y cuya idoneidad es supervisada por el Congreso de los diputados, lo que inevitablemente nos lleva a cuestionar su “imparcialidad ideológica”.

Tres son los fundamentos principales a los que el Ministerio Fiscal hace referencia en tres circulares diferentes que se han sucedido durante los últimos 25 años. Como veremos a continuación, la primera, de 1994, se refiere a la prevención de conductas por parte de extranjeros que buscan en la pequeña delincuencia un obstáculo para no poder ser expulsados. La segunda, de 2001, se refiere a la sorpresa y desasosiego generado en la ciudadanía ante la imposibilidad de impulsar a extranjeros que, además de estar en situación irregular, aparecen investigados por la comisión de un delito. Y la última, en 2006, se refiere al 57.7 como un instrumento idóneo para congeniar los intereses que al Estado le corresponde en materia de extranjería y en materia de política criminal, estableciendo para ello un conjunto de circunstancias excepcionales que justificarían optar por la continuación penal en lugar de por la renuncia al ius puniendi.

Pasamos a exponer los fundamentos a los que aluden dichas circulares, sin entrar en valoraciones sobre su contenido o sobre su pertinencia, pues dejamos esa reflexión para el último capítulo de la tesis en el que abordaremos la eficacia del 57.7 LOEX para cumplir con cada uno de esos fundamentos sobre la base de la evidencia empírica.

3.1. Circular 1/1994 de la FGE: Prevención general intimidatoria

La Circular Núm. 1/1994, de 15 de febrero, sobre intervención del ministerio fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España - emitida aún durante la vigencia de la Ley de Extranjería de 1985 – analiza el campo de actuación del Ministerio Fiscal en relación con su intervención en las expulsiones de los ciudadanos extranjeros.

La Circular – partiendo de la premisa de que existen situaciones de concurrencia entre los supuestos contemplados por el derecho administrativo sancionador y el derecho penal – está orientada a promover la coordinación de la actividad jurisdiccional y la administrativa que haga posible, sin mayores dilaciones, la expulsión de aquellos extranjeros que incurran en las causas previstas en la ley. Y ello porque entiende que si la autorización judicial de dicha expulsión no se concede se produce la paradoja de que, en ocasiones, resulta más fácil expulsar de nuestro país a un extranjero que se encuentra ilegalmente en el mismo, pero que no ha cometido ningún delito, que a aquél que aparece como presunto responsable de un delito menos grave, además de estar, en muchos casos, en situación ilegal.

Del mismo modo, en esta Circular se llama la atención de que la situación descrita puede generar una pequeña delincuencia inducida entre los inmigrantes ilegales como vía de evitar que se les aplique la medida de expulsión. En consecuencia sostiene que las insuficiencias y limitaciones propias del sistema penal y el escaso eco que su mensaje imperativo llega a alcanzar en situaciones de marginalidad social y económica, convierten el problema que nos ocupa en una prioridad fundamental de política criminal y, por ello, considera conveniente, que el Fiscal promueva activamente la autorización por los Jueces de la

expulsión de aquellos extranjeros que se encuentren incurso en causa legal para proceder a la misma.

Al analizar la Circular, identificamos, pues, cuatro presupuestos básicos sobre los que se justifica el impulso de la aplicación del 57.7 LOEX.

- i. *Resulta más fácil expulsar de nuestro país a un extranjero que se encuentra ilegalmente en el mismo, pero que no ha cometido ningún delito, que a aquél que aparece como presunto responsable de un delito menos grave, además de estar, en muchos casos, en situación ilegal.*
- ii. *La situación descrita puede generar una pequeña delincuencia inducida entre los inmigrantes ilegales como vía de evitar que se les aplique la medida de expulsión*
- iii. *Dadas las insuficiencias y limitaciones propias del sistema penal y el escaso eco que su mensaje imperativo llega a alcanzar en situaciones de marginalidad social y económica, resulta conveniente facilitar la expulsión*

Vemos pues que se utiliza la prevención general como fundamento de justificación. Aunque resulta especialmente curioso que se atribuya a la renuncia al derecho penal el efecto que se le atribuye normalmente a su ejercicio. En esta línea, por ejemplo, Cifuentes y Ballesteros (2018) hablaban de que el principio de oportunidad podrá ceder ante el de legalidad cuando el interés público existente en la aplicación del “ius puniendi” y la función de prevención general resulten prevalentes.

En esta línea se posiciona también García Tomé (2015) cuando apunta como uno de los aspectos negativos que supone la posibilidad prevista en el art. 57.7 LOEX, el riesgo, ya apuntado por la doctrina, de que se incremente la comisión de delitos menos graves por parte de los extranjeros sancionados con expulsión gubernativa ante la convicción de estos últimos de que no van a tener que cumplir la pena que, en su caso, se les pueda imponer por la comisión de los citados delitos, sino que simplemente se procederá a la ejecución de la expulsión ya acordada. Es decir, nada que perder.

3.2. Instrucción 4/2001 de la FGE: Sosiego ciudadano

La Instrucción de la FGE nº 4/2001, de 25 de julio, específica sobre la autorización judicial de la expulsión de los extranjeros imputados en procedimientos penales, promulgada estando vigente ya la LOEX de 2000, reiteraba la necesidad de que los fiscales promovieran activamente la autorización de la expulsión en los casos en que el imputado fuera un extranjero en situación irregular apelando, en este caso, a la sorpresa y desasosiego que generaban en los ciudadanos las dificultades que, en ocasiones, se presentaban para poder ejecutar la expulsión de los extranjeros que se hallaban imputados por la comisión de delitos comprendidos dentro de lo que se puede denominar delincuencia menor. Vemos pues que se utiliza el desasosiego como fundamento político y lo hace partiendo de dos presupuestos clave:

- i. Que la ciudadanía muestra sorpresa y desasosiego ante la dificultad de expulsar a los extranjeros que, además de estar en situación irregular, están siendo investigados por la comisión de delincuencia menor
- ii. Que favorecer la autorización judicial en estos casos tendrá un efecto tranquilizador en la ciudadanía.

3.3. Circular 2/2006 de la FGE: Instrumento idóneo para congeniar la política criminal y la política migratoria

La Circular de la FGE 2/2006, 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, emitida para interpretar el art. 57.7 LOEX tras su reforma por la L.O. 2003, afirma que nada impide que la expulsión sustitutiva del proceso pueda ser valorada como un instrumento idóneo para congeniar los intereses del Estado relacionados con la política de extranjería que le incumbe legítimamente diseñar y los propios del derecho penal.

Así, esta circular se hace eco de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²³ (TC en adelante)– que aclara que la sanción de expulsión no se dirige a extrañar a los inmigrantes que han llegado a España con vocación de desarrollar un

²³ Vid. STC 24/2000, 31 de Enero de 2000

proyecto más o menos duradero de vida estable respetando la legalidad, sino de aquella minoría de extranjeros que, cualquiera que sea su situación administrativa, han acreditado un comportamiento hostil al orden público nacional, una voluntad contraria a una mínima integración en la sociedad española o con desprecio de nuestro ordenamiento jurídico – y establece que la renuncia del proceso penal por la expulsión tiene sentido siempre y cuando sea autorizada por los jueces y tribunales tras ponderar el interés general de la justicia y la proporcionalidad de la medida en relación con las circunstancias particulares del caso.

Y aunque, por primera vez, ofrece un conjunto de criterios que deberán guiar a los fiscales en su valoración, establece que deberán pronunciarse a favor de la renuncia con carácter general y únicamente deberán valorar necesaria la continuación de la tramitación del proceso penal contra el extranjero con carácter de excepción debidamente fundamentada.

4. ELEMENTOS NORMATIVOS DE LA RENUNCIA AL PROCEDIMIENTO PENAL EN EL CASO DE EXTRANJEROS ADMINISTRATIVAMENTE EXPULSABLES

Desde la introducción de la renuncia penal en favor de la expulsión administrativa en la LOEX de 1985, la renuncia al enjuiciamiento de delitos cometidos por extranjeros a los que se puede expulsar por vía administrativa ha ido experimentando un conjunto de cambios en la forma de ser concebida y aplicada, siendo posible identificar diferentes momentos clave, marcados bien por reformas legales, bien por cambios interpretativos en los criterios aplicables por parte de los actores judiciales encargados de su aplicación.

En relación a las reformas legales, cinco son los textos normativos que han abordado principalmente la regulación de la renuncia penal en favor de la expulsión administrativa, en concreto la LOEX de 1985, la LOEX de 2000 y sus reformas de 2003 y 2009 y, el más reciente, el REX de 2011. Nos servimos de la siguiente tabla para explicar de forma visual cuáles son los textos normativos,

qué función tiene cada uno en relación a la regulación de la renuncia penal y cuáles son los requisitos normativos que han ido configurando.

Tabla 22. Textos legales que han afectado a la regulación de la renuncia penal en favor de la expulsión administrativa

Norma	Función de la norma	Regulación
LOEX 1985 (Antigua regulación)	Se introduce la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento de delitos cuando el sujeto que aparece investigado es un extranjero administrativamente expulsable	Aplicable a sujetos extranjeros administrativamente expulsable (sin importar que ya hubiera orden de expulsión o que fuera viable su iniciación) que aparezca encartado en procedimiento por delito menos grave
LOEX 2000 (versión inicial del 57.7a)	Se mantiene la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento de delitos cuando el sujeto que aparece investigado es un extranjero administrativamente expulsable	Aplicable a imputados por delitos castigables con pena de prisión inferior a seis años.
Reforma LOEX 2003 (Reforma del 57.7)	Se limita la discrecionalidad judicial y se mejoran los mecanismos de coordinación entre los actores implicados.	La autorización pasó a establecerse como de concesión obligada (“autorizará”) salvo concurrencia de circunstancias excepcionales Se especifica que es la autoridad gubernativa quien debe solicitar la autorización judicial para llevar a cabo la expulsión acordada Se establecen 3 días como plazo máximo para que el juez decida
REX 2004	Se mejoran los mecanismos de coordinación entre los actores implicados	Las salidas mediante autorización judicial podrán ser instadas por los órganos legalmente competentes, sin perjuicio del derecho de los extranjeros afectados a instar la salida por sí mismos. A tales efectos, las unidades o servicios de policía judicial informarán a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil y al Delegado o Subdelegado del Gobierno de aquellos supuestos en los que hubiera extranjeros incurso en procesos penales por delitos cometidos en España.

Reforma LOEX 2009 (Reforma del 57.7a)	Se amplía el ámbito de aplicación	Aplicable también a procesados o imputados por delitos condenables con cualquier pena de naturaleza distinta a la prisión
REX 2011 (art. 247 concreta cómo aplicar el 57.7a)	Se incorporan y desarrollan requisitos formales al procedimiento	Se añade, junto a la previa audiencia del Ministerio Fiscal, la necesidad de oír al extranjero y a las posibles partes personadas. Se especifica cuándo se considerará que consta acreditado en el expediente administrativo de expulsión la existencia de procesos penales en contra del expedientado

Fuente: elaboración propia a partir del análisis sistemático de las normas aplicables que se han sucedido en el tiempo.

Así, vemos como en la versión inicial del art. 57.7 en la LOEX de la renuncia estaba prevista como opcional para el juez (“podrá autorizar” se decía), pero con la reforma operada en 2003, se limitó la discrecionalidad judicial y la autorización pasó a establecerse como de concesión obligada (“autorizará”), salvo concurrencia de circunstancias excepcionales que, de forma motivada, justifiquen denegar la autorización de la expulsión.

Con la reforma de 2003 se amplió el ámbito subjetivo de aplicación, que pasó de afectar únicamente a los imputados extranjeros por delitos castigables con pena de prisión inferior a seis años a afectar también a los imputados con penas no privativas de libertad.

Respecto al procedimiento a seguir, la reforma de 2003 especificó que es la autoridad gubernativa quien debe solicitar la autorización judicial para llevar a cabo la expulsión acordada y que el plazo del juez para dictar dicha resolución judicial no podrá pasar de los tres días. Se pretendía, como la propia reforma apuntaba, lograr una coordinación adecuada cuando se produce la tramitación simultánea de los procedimientos administrativo y penal. El REX 2011 añade, junto a la previa audiencia del Ministerio Fiscal y la necesidad de oír al extranjero, la necesidad de oír también a las posibles partes personadas. Y aclara que el

requisito de que la existencia de procesos penales en contra del expedientado conste acreditado en el expediente administrativo de expulsión se dará cuando, bien sea el propio interesado quien lo haya acreditado documentalmente en cualquier momento de la tramitación, o bien cuando haya existido comunicación de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal al órgano competente para la instrucción o resolución del procedimiento sancionador, en cualquier forma o a través de cualquier tipo de requisitoria.

Así pues, a día de hoy, la renuncia al procedimiento penal para supuestos de extranjeros incurso en causa penal en favor de la expulsión administrativa queda regulado por el art. 57.7 LOEX (tras sus reformas de 2003 y 2009) y el art. 247 del REX (2011).

En el mismo sentido se manifiesta el art. 247 REX, aunque añade algunas precisiones: 1º) Será la autoridad gubernativa la que someterá al juez que autorice la expulsión. 2º) Antes de que el juez resuelva si concede o no la autorización para expulsión, además de dar previa audiencia al Ministerio Fiscal, debe oír al “interesado y las demás partes personadas”. 3º) Se precisa que las circunstancias que pueden justificar la denegación de la autorización judicial han de ser “excepcionales”. 4º) “A los efectos de lo dispuesto en este artículo, se considerará que consta acreditado en el expediente administrativo de expulsión la existencia de procesos penales en contra del expedientado, cuando sea el propio interesado quien lo haya acreditado documentalmente en cualquier momento de la tramitación, o cuando haya existido comunicación de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal al órgano competente para la instrucción o resolución del procedimiento sancionador, en cualquier forma o a través de cualquier tipo de requisitoria”. Ahora bien, para poder analizar detenidamente cada uno de los requisitos normativos, resulta fundamental prestar atención al trabajo de interpretación que ha hecho el Ministerio Fiscal a través de diferentes instrucciones y circulares desde la LOEX de 1985.

Tabla 23. Síntesis de las Instrucciones y Circular de la FGE en las que se interpretan los requisitos normativos de la renuncia penal.

Tipo de texto	Norma interpretada
Consulta 2/1990 Sobre expulsión de extranjeros: Juez competente para decidirla y fase procesal	Art. 21.2 LOEX 1985.
Circular 1/1994, de 15 de febrero, sobre intervención del ministerio fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España.	Art. 21.2 LOEX 1985
Instrucción 4/2001, de 25 de julio sobre la autorización judicial de la expulsión de los extranjeros imputados en procedimientos penales	Art. 57.7 L.OEX 4/2000 REX 2001
Circular 3/2001, 21 de diciembre de 2001, relativa a la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería	Reforma LOEX 2000 operada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre); REX 2001
Circular 2/2006, 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España	Art. 57.7 tras reforma LOEX de 2003
Circular 5/2011, de 02 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.	57.7 LOEX (Conclusión 41 sobre la postura en caso de que el proceso esté en fase de ejecución).

Fuente: elaboración propia a partir de la revisión de Instrucciones, Consultas y Circulares del Ministerio Fiscal en materia de Extranjería

4.1. Encontrarse el extranjero procesado o imputado en un procedimiento judicial

Los debates en torno a qué se debe entender por extranjero “procesado o imputado” han sido muchos desde la introducción de la renuncia al procedimiento penal en favor de la expulsión en nuestra legislación. En relación al concepto de “procesado”, desde el inicio se llamó la atención de que la renuncia al procedimiento penal no tendría cabida respecto de los procesados porque, si la renuncia sólo cabe respecto de los delitos para los que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, el procesamiento es un trámite exclusivo del sumario ordinario, que se reserva para la instrucción de los delitos castigados con pena privativa de libertad superior a nueve años (art. 779 LECrim) (Tomé García, 2015).

Por lo que respecta al término "imputado", diferentes han sido las interpretaciones adoptadas por el Ministerio Fiscal. Se exponen a continuación:

La Consulta de la Fiscalía General del Estado n.º 2/1990, de 10 de octubre, sobre el juez competente para decidir sobre la expulsión y la fase procesal en que debe acordarse, declaraba que "sin escrito de acusación, previo o coetáneo, es inimaginable un dictamen del Ministerio Fiscal sobre la procedencia o no de la expulsión". Con posterioridad, la Circular n.º 1/1994 amplió el criterio anterior, entendiendo como "encartado" al formalmente imputado.

La Instrucción nº 4/2001, estando ya vigente la actual LOEX, consideró que el término inculcado había de ser entendido con toda la flexibilidad que le es propia de modo que tan pronto se concrete la inculpación en fase de diligencias previas, mediante la citación del extranjero ante el juez de instrucción en calidad de imputado quedará expedita la vía para autorizar judicialmente la expulsión gubernativa, puesto que desde ese momento ya se tiene conocimiento de cuál es el delito que se le imputa al extranjero en cuestión -en particular, si se trata o no de delito castigado con pena privativa de libertad inferior a seis años, lo que obviamente incluye también cualquier otra pena no privativa de libertad- y es posible autorizar su expulsión, si así lo interesa la autoridad gubernativa competente del juez de instrucción.

Por su parte, la Circular 2/2006 entendió que ese mismo criterio debía ser mantenido y especificó, respecto al momento preclusivo para solicitar la autorización de la expulsión, que debía entenderse que puede instarse la misma hasta el inicio de la celebración de las sesiones de juicio oral. A partir de ese momento, el juicio oral debe continuar y culminar en sentencia, no siendo procedente conceder la autorización. Esto no obstante, si por cualquier motivo legal se acuerda la suspensión de las sesiones del juicio oral, con pérdida de validez de lo actuado, habrá de entenderse admisible autorizar la expulsión interesada vía gubernativa.

Si el extranjero es condenado, según la Circular de 2006, pasa a ser penado, no cabiendo autorización por vía del art. 57.7 LOEX, sino que habrá de operarse, en su caso, vía expulsión sustitutiva. Si por el contrario resulta absuelto, no cabrá lógicamente expulsión sustitutiva ni tampoco procederá autorizar la expulsión acordada en vía administrativa, que podrá ejecutarse sin intervención de la jurisdicción penal.

Y por este motivo, la Circular instaba a los fiscales a *“promover las actuaciones necesarias para que en los supuestos en los que cuando por haberse iniciado las sesiones del juicio oral no sea posible aplicar el art. 57.7 LOEX y simultáneamente cuando por la índole de la pena impuesta no sea aplicable el art. 89 CP, la ejecutoria se tramite con la mayor celeridad de forma que la ejecución de la pena impuesta (multa, trabajos en beneficio de la comunidad, localizaciones permanentes) no se convierta en un obstáculo para la expulsión administrativa, cuando ésta sea procedente. El objetivo debe ser el de que la ejecución de la pena no privativa de libertad o de la pena impuesta por una simple falta no se torne en obstáculo para la ejecución de una posible expulsión gubernativa”*.

Si el procedimiento penal hubiera concluido por sobreseimiento libre, no es necesaria la autorización de expulsión por parte del órgano de la jurisdicción penal, precisaba el Ministerio Fiscal. En estos casos, si se solicita por la autoridad gubernativa la autorización y la causa es trasladada al Fiscal para dictamen, para evitar confusiones, los Sres. Fiscales habrán de indicar que no procede otorgar autorización alguna por no ser necesaria la misma al no existir proceso penal pendiente.

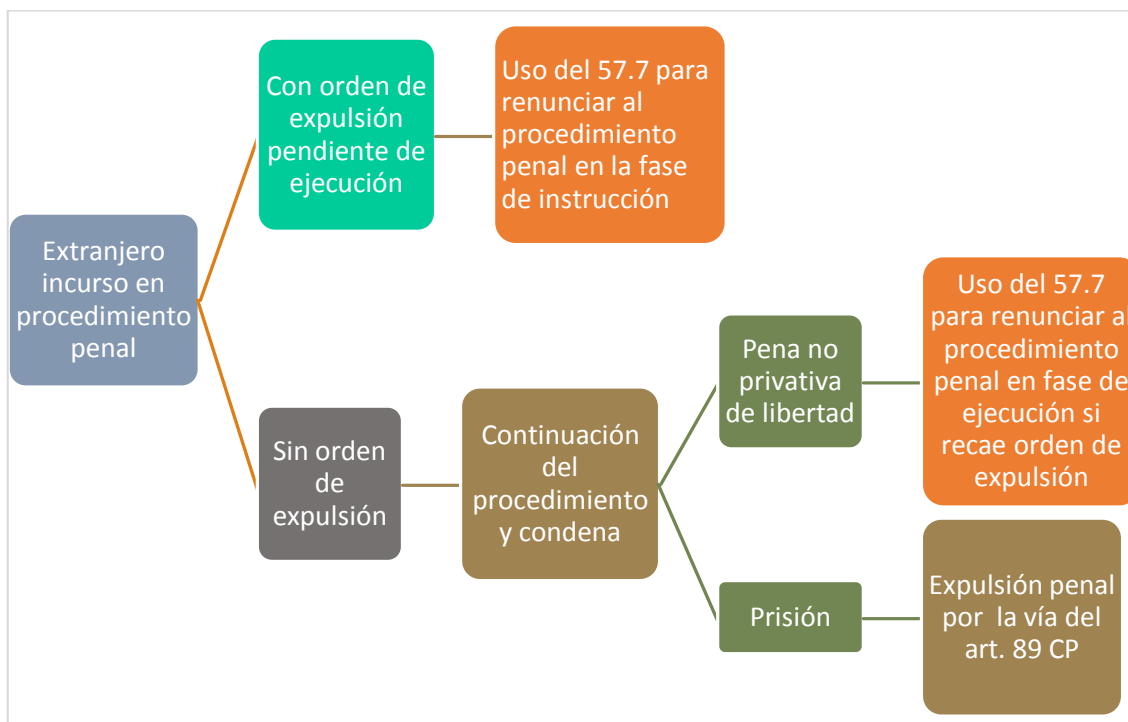
Esta interpretación no es aplicable a los supuestos de causas sobreseídas provisionalmente por estar el imputado en paradero desconocido, pues la solicitud de autorización por parte de la autoridad administrativa supone sin duda que tal óbice procesal a la continuación de la tramitación de la causa penal ha quedado superado por la localización del imputado, siendo por tanto necesaria la autorización si se quiere expulsar administrativamente al prófugo.

Si el procedimiento penal hubiera concluido por sobreseimiento provisional por no estar acreditados los hechos, habrán de distinguirse dos supuestos. Si la causa se sigue por hechos que tienen asignada pena inferior a seis años, habrá de informarse conforme a la regla general en el sentido de ser procedente la autorización para la expulsión.

Si por contra la causa se sigue por hechos que tienen asignada pena privativa de libertad igual o superior a seis años la solución se presenta esencialmente casuística. En efecto, habrán de analizarse los óbices procesales que fundamentan el sobreseimiento, de modo que si es improbable que tales óbices puedan superarse y que por tanto puedan llegar a enjuiciarse los hechos, la regla general será informar en el sentido de ser procedente la autorización para la expulsión. En otro caso deberá emitirse informe negativo por ser la pena señalada superior al tope legal.

La interpretación mantenida por el Ministerio fiscal en esa Circular de 2006 se mantiene en la actualidad en prácticamente toda su extensión. Salvo con dos particularidades. La primera tiene que ver con la posición adoptada en la Circular de 2011 (conclusión 41) sobre el momento procesal preclusivo en el que puede realizarse la autorización judicial y que establece que “cuando se trate de extranjeros condenados a penas no privativas de libertad como multa o trabajos en beneficio de la comunidad, si se solicitase por la autoridad gubernativa la autorización para materializar la expulsión deberá informarse de que no existe obstáculo procesal a la materialización de la expulsión administrativa”. Así pues, desde entonces, de forma novedosa y sin que haya respaldo normativo alguno, se entiende que es posible autorizar la expulsión tanto durante la fase de instrucción, como durante la fase de ejecución.

Gráfico 21. Vías para la aplicación de 57.7 que se desprenden de la interpretación que hace el Ministerio Fiscal en la Circular 2011.



La segunda tiene que ver con el cambio conceptual introducido por la LO 13/2015, de 5 de octubre de modificación de la LECrim, que dispone la «sustitución de términos» en un detallado catálogo de artículos de la ley procesal; así en los artículos 120, 309bis, 760, 771, 775, 779, 797, 798, de la LECrim., se verá sustituido el término imputado por el de investigado; en los artículos 325, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 511, 529, 530, 539, 544ter, 764, 765, 766, 773 de la LECrim el de imputado por investigado o encausado; en el artículo 141 la expresión “imputados o procesados” se sustituye por “investigados o encausados”; y en los artículos 762, 780, 784 se sustituye “imputado” por “encausado”²⁴.

²⁴ Sobre la justificación del cambio de nomenclatura, la exposición de motivos indica expresamente que: “la reforma también tiene por objeto adaptar el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales y, en particular, eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de rigor conceptual, tales como imputado, con la que se alude a la persona sobre la que tan sólo recaen meras sospechas y por ello resulta investigado, pero respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y formalmente la comisión de un hecho punible”. No obstante, diversos son ya los autores que vaticinan la inoperatividad de la reforma para impedir la perniciosa función “estigmatizadora” del proceso, pues entienden que a medida que el tiempo pase

Siguiendo la definición de los nuevos conceptos que realiza Gómez-Padilla (2017), sintetizamos qué debemos entender desde la reforma por investigado y por encausado:

- **Investigado**: Se identifica así a la persona sometida a investigación por su relación con un delito. Es, por tanto, la persona a la que se atribuye la comisión del hecho delictivo, bien sea por la admisión a trámite de una denuncia (en la misma se le referirá como “denunciado”) o querrela (llamándosele “querellado”), bien por la remisión al juzgado del atestado policial. Una vez se haya iniciado el proceso, éste se dirigirá contra el “investigado”, se dará comienzo a la fase instructora y se practicarán las correspondiente diligencias. Establece el Tribunal Constitucional (TC en adelante) que no puede clausurarse la fase de instrucción (a no ser que sea para acordarse el sobreseimiento o archivo) sin haberse puesto en conocimiento del investigado el hecho punible objeto de las diligencias, ilustrándosele de sus derechos, lo que ocurre en la primera comparecencia del investigado del artículo 775 LECrim.
- **Encausado**: Se identifica así a la persona a la que la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto, porque los elementos recogidos durante la investigación previa le relacionan decididamente con el delito perseguido.

Así pues, actualmente, donde el art. 57.7 LOEX dice “procesado o imputado” deberá entenderse como “investigado” en el caso de que la autorización judicial se realiza durante la fase inicial de la instrucción, y como “encausado”, cuando la autorización judicial se realiza en la fase intermedia del proceso, coincidiendo con la apertura del juicio oral.

investigado y encausado, adquirirán la misma connotación significativa estigmatizadora que los vocablos que sustituyen (en esta línea, Gómez-Padilla (2017)

4.2. Que el procedimiento judicial sea 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

El segundo requisito que establece el art. 57.7 LOEX es que el procedimiento judicial sea 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. Varios son las aclaraciones que conviene considerar:

En primer lugar, se ha producido una evolución respecto a los delitos para los que resulta aplicable la renuncia penal. Así, mientras que en la LOEX de 1985 únicamente se hacía referencia a delitos menos graves, en la versión inicial de la LOEX de 2000 se hacía referencia a faltas o delitos castigables con penas privativas de libertad inferior a seis años. No fue hasta la reforma de 2009 que se introdujo en la LOEX la posibilidad de que la renuncia también sea aplicable a casos en que el delito o falta sea castigable con pena de distinta naturaleza.

La derogación del Libro III del CP que introdujo la reforma de 2015 implicó la supresión de nuestro ordenamiento jurídico de la tradicional figura de la falta²⁵. Algunas de las conductas que las faltas tipificaban quedaron así despenalizadas y han pasado a tramitarse como infracciones por la vía administrativa a través de la Ley de Seguridad Ciudadana - como por ejemplo las faltas contra el orden público-. Otras de las conductas tipificadas como faltas han pasado a calificarse como delitos leves²⁶ y a enjuiciarse por el denominado “procedimiento para el juicio sobre delitos leves” - como por ejemplo el hurto y los daños inferiores a 400€.

²⁵ En palabras del propio preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modifica el Código Penal: “La reducción del número de faltas –delitos leves en la nueva regulación que se introduce– viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles”. Así pues, se pretende reducir la carga de trabajo de los Juzgados, siempre que un hecho pueda tramitarse por el cauce administrativo.

²⁶ Una diferencia importante entre la figura de la falta y la figura del delito leve, es que las faltas no generan antecedentes penales, mientras que los delitos leves sí que originan antecedentes penales; no obstante, tales antecedentes no podrán ser computados a los efectos de reincidencia, a tenor de la nueva redacción del artículo 22.8 del Código Penal.



Así pues, en la actualidad, eliminadas las faltas del Código Penal, el 57.7a LOEX resulta aplicable para delitos castigables con pena de prisión inferior a 6 años y penas de diferente naturaleza. Este límite ha de considerarse en abstracto, es decir, de acuerdo con la pena prevista en el código penal para el delito que se trate, con independencia de la que finalmente pudiera terminar imponiéndose.

No obstante, si tenemos en cuenta las penas que se terminan imponiendo, vemos que la mayoría de las penas que se impone a los extranjeros (y a todos los condenados en general) encajan dentro de las penas previstas en el 57.7 LOEX. Para visibilizarlo, rescatamos los datos trabajados en el capítulo 2 sobre condenados en 2017 en función del tipo de pena y la nacionalidad, pero en este caso considerando únicamente a los condenados procedentes de terceros países y a las penas que encajan dentro de los requisitos del 57.7 LOEX.

Así, cuando consideramos las penas privativas de libertad inferiores a 5 años (el 57.7 LOEX dice inferiores a 6 años, pero las estadísticas de condenados del INE sólo permiten conocer tres tramos de duración: de 0 a 2 años, de 2 a 5 años, más de 5 años) y las penas de distinta naturaleza, encontramos que éstas representan el 99% de las penas que se impone a los extranjeros de terceros países. En concreto, las penas privativas de libertad inferiores a 5 años representan el 23% de las penas que se imponen a extranjeros procedentes de terceros países (dentro de las penas privativas de libertad, las inferiores a 5 años representan entre el 98% y el 100% del total), las penas privativas de libertad representan el 44,7% de las penas que se imponen a este tipo de extranjeros y las penas de multa rondan el 31,6 % del total de penas que se les imponen.

Tabla 24. Condenados extranjeros con alguna pena dentro de los límites del 57.7 LOEX. (2017)

	PPL inferiores a 5 años	% que estas representan respecto del total de PPL	Penas privativas de otros derechos	Multa
EUROPA NO UE	1.963	98	2.901	2.866
DE ÁFRICA	12.667	99	18.796	14.149
DE AMÉRICA	8.469	96	24.032	14.952

DE ASIA	1.568	97	2.209	1.984
DE OCEANÍA	9	100	35	38
TOTAL	24.676		47.973	33.989

Fuente: elaboración propia a partir de la estadística de condenados del INE

Junto al requisito del límite de pena imponible, la LOEX introduce otro límite de tipo material, al especificar que no podrá tratarse de delitos tipificados en los arts. 312.1º, 313.1º y 318 bis del Código Penal. Los delitos a los que se refieren dichos preceptos son el tráfico ilegal de mano de obra (art. 312.1º CP); determinar o favorecer la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante (art. 313 CP) y los que, directa o indirectamente, promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea (art. 318 bis CP).

Tratándose de estos delitos el juez no puede conceder la autorización para la expulsión, puesto que el legislador en estos casos otorga siempre preferencia a la actuación del *ius puniendi* por parte del Estado (quedando también fuera del ámbito de aplicación de la sustitución penal del art. 89 CP). Con ello se trata de evitar que los extranjeros implicados en estos delitos, relativos a mafias vinculadas con el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, pudieran resultar beneficiados por la expulsión, sin que fueran juzgados por los delitos cometidos. Por tanto, los procesos penales en los que se enjuicien dichos delitos deben seguir hasta el final sin excepciones. Además, según el art. 57.8 LOEX, cuando los extranjeros hayan sido condenados por estos delitos, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad (Tomé García, 2015: 192).

Además, según la Circular de 2006, “al igual que cabe autorizar la expulsión cuando se sigan varias causas contra el mismo extranjero si cada una respeta el límite penológico establecido en el art. 57.7a LOEX, cabrá autorizar la expulsión si la misma causa se sigue por varios delitos contra el mismo extranjero siempre que cada uno de ellos no supere la pena de seis años de privación de libertad”.

Por último, aunque la autorización judicial de expulsión puede solicitarse con independencia de la causa por la que la expulsión haya sido acordada (siempre que se cumplan los requisitos hasta ahora expuestos), la Circular de 2006 aclaró que los hechos que han dado origen al proceso penal en el que se solicita la autorización de expulsión no pueden justificar al mismo tiempo la expulsión administrativa. Lo contrario sería una vulneración del principio *non bis in idem* que exige que el procedimiento administrativo se paralice cuando los hechos objeto del mismo sean constitutivos de delito. Por tanto, el juez sólo puede conceder autorización para expulsión cuando la expulsión ha sido acordada por infracciones diferentes a las que están siendo objeto del proceso penal.

4.3. Que conste acreditado en el expediente administrativo de expulsión que el extranjero se encuentra encartado en procedimiento penal

La autoridad gubernativa sólo solicitará autorización al juez para proceder a la expulsión del extranjero si en el expediente administrativo consta que el extranjero se encuentra imputado o procesado por la comisión de un delito de las características reseñadas. A estos efectos, dispone el art. 247 REX, “se considerará que consta acreditado en el expediente administrativo de expulsión la existencia de procesos penales en contra del expedientado, cuando sea el propio interesado quien lo haya acreditado documentalmente en cualquier momento de la tramitación, o cuando haya existido comunicación de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal al órgano competente para la instrucción o resolución del procedimiento sancionador, en cualquier forma o a través de cualquier tipo de requisitoria”.

En consecuencia, por tanto, el propio extranjero, que pueda tener interés en ello, tiene la posibilidad de acreditar en el expediente administrativo que se encuentra imputado en un procedimiento judicial. Tal circunstancia la deberá acreditar documentalmente, tal y como exige el art. 247 REX citado, aunque, como es obvio, la propia autoridad gubernativa no tendría problema alguno para comprobar dicha circunstancia si el extranjero no presentara documento acreditativo al efecto.

Se considerará también que consta acreditado en el expediente administrativo de expulsión la existencia de procesos penales en contra del extranjero cuando sea el propio juez o fiscal quien lo haya comunicado a los organismos policiales. Al respecto, el art. 256.3 REX señala expresamente que “cuando el Ministerio Fiscal conozca que un extranjero se encuentra imputado en un procedimiento por delito menos grave y pudiera estar incurso en alguna de las causas de expulsión previstas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sin que hubiera sido incoado el correspondiente expediente administrativo sancionador, informará sobre tal imputación a la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente para que ésta compruebe si procede o no la incoación de expediente de expulsión. A los mismos efectos, el Ministerio Fiscal comunicará a la autoridad gubernativa las condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año”.²⁷

Aunque ni el actual artículo 57.7^o LOEX ni el art. 247 REX lo exijan expresamente, el posicionamiento del Ministerio Fiscal, desde la Circular 2/2006, ha sido el de decir que la expulsión únicamente se puede autorizar una vez el expediente administrativo de expulsión ha agotado su tramitación y está concluido, debiendo haber recaído la sanción de expulsión y no siendo óbice para conceder la autorización que el referido acto administrativo haya sido recurrido. Así se señala expresamente por la se indica que. En este sentido se manifestaba claramente también el art. 57.7 LOEX, antes de la reforma de 2003, según el cual, el juez sólo podía autorizar la expulsión “previa sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador”. También, en esta línea, el art. 100.2 c) del REX de 2001 se refería al “extranjero contra el que se hubiese adoptado resolución que acuerde su expulsión del territorio nacional”.

²⁷ El art. 19.3 REX también establece, en relación a las salidas de territorio español que requieren autorización judiciales, que podrán ser instadas por los órganos legalmente competentes y que a tal efecto, las unidades o servicios de policía judicial informarán a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil y al Delegado o Subdelegado del Gobierno de aquellos supuestos en los que hubiera extranjeros incurso en procesos penales por delitos cometidos en España.

Algunos autores (entre ellos Tomé García, 2015), sin embargo, no ven grandes inconvenientes a la posibilidad de que la autoridad gubernativa pudiera solicitar la autorización de expulsión en cualquier momento después de incoado el correspondiente expediente de expulsión. Entienden que se ganaría tiempo, pues una vez acordada la expulsión en el expediente administrativo no haría falta esperar a que el juez autorizara dicha expulsión para poderla llevar a cabo, pues la misma ya habría sido autorizada. Ese era de hecho el posicionamiento de la LO. 7/1985 que permitía expresamente solicitar la autorización cuando el expediente de expulsión estuviera “en trámite de instrucción.

Otros autores entienden que el decreto de expulsión debe existir necesariamente como presupuesto al planteamiento de una solicitud de autorización judicial de expulsión; no siendo suficiente un expediente de expulsión en trámite, pero sin que sea necesario que la vía contencioso-administrativa esté cerrada. (En esta línea, Rodríguez Laínz, 2012).

En cualquier caso, algunas resoluciones de los tribunales han señalado expresamente que solo se puede autorizar la expulsión cuando dicha resolución es ejecutable, cosa que no sucede cuando la misma haya sido impugnada ante los juzgados de lo contencioso-administrativos y estos hayan acordado la suspensión cautelar de la resolución de expulsión²⁸. En mi opinión, esta es la única opción respetuosa con la seguridad jurídica.

4.4. Audiencia previa del fiscal, el interesado y demás partes personadas.

Antes de que el juez resuelva sobre si concede o deniega la autorización solicitada, deberá dar audiencia, al Ministerio Fiscal (tal como especifica el art. 57.7 LOEX) así como también al interesado y demás partes personadas (tal como establece el art. 247 REX).

El art. 142 REX 2004 dispuso “...la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, oído el interesado y las partes personadas,

²⁸ Vid., por ejemplo, AAP de Madrid núm. 1283/2008, de 12 de diciembre [JUR 2009/88710.

autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación”.

La Circular de 2006 aclaró que esta audiencia al fiscal, al interesado (es decir, al extranjero procesado o inculcado), así como a las partes personada deberá cohonestarse con la necesaria celeridad que ha de respetarse en la resolución de estos incidentes. Por ello, habrá de entenderse cumplimentada dando la oportunidad de que interesado y demás partes puedan formular alegaciones, de manera que si no lo hacen dentro del plazo legal (que debe entenderse común al del Fiscal), podrá continuarse la tramitación del incidente de autorización de la expulsión.

En relación con el plazo máximo de tres días para que el órgano judicial conceda la autorización (requisito introducido de forma novedosa con la reforma de 2003) deberán los fiscales, dentro de su función dinamizadora del procedimiento, promover su cumplimiento estricto, coadyuvando a través de un preferente y ágil despacho de estas causas. No obstante, ante la falta de previsión legal sobre las consecuencias del incumplimiento del plazo debe entenderse, por un lado, que el agotamiento del mismo no impide otorgar la autorización solicitada; y, por otro lado, que el transcurso del plazo sin resolución no significa autorización tácita.

4.4.1. Audiencia al fiscal

Fundamento de la necesaria audiencia al Ministerio Fiscal es evidente porque la autorización de expulsión impide el ejercicio de la acción penal que en relación con los delitos públicos tiene atribuido el Ministerio Fiscal. Ahora bien, habrá que entender que el preceptivo informe que el Ministerio Fiscal ha de emitir a estos efectos no vincula al juez. La Circular de 1994 resulta fundamental para entender el papel clave del Fiscal de extranjería en las decisiones sobre nuestro objeto de estudio.

Esta Circular, que tenía como finalidad la coordinación de la actuación del Ministerio Fiscal en relación con los dos tipos de expulsiones sustitutivas - la

sustitutiva del proceso y la sustitutiva de la pena - ordena la creación de los Servicios de extranjería y hace responsable al fiscal encargado del servicio de las siguientes funciones:

- i. Coordinar todas las cuestiones analizadas la Circular y elaborar los informes solicitados;
- ii. Hacer un seguimiento de todas las causas abiertas contra un mismo extranjero mediante la apertura de fichas individuales fin de que cuando se solicite la expulsión se haga constar simultánea o sucesivamente en todas las que procedan, para evitar que no quede retenido por alguna de ellas y cuidando que en todo caso el decreto de expulsión sea firme;
- iii. Mantener reuniones periódicas con las Autoridades Penitenciarias y Gubernativas, con la finalidad de adoptar las decisiones precisas que permitan asegurar la efectividad de las expulsiones que se autoricen o acuerden en el ámbito judicial.
- iv. Proceder inmediatamente, en relación con los listados de penados extranjeros que se adjuntan, a revisar las correspondientes ejecutorias, al objeto de solicitar su expulsión como sustitutiva de las penas que les sean aplicables, siempre que ello sea posible con arreglo a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, y conforme a los criterios establecidos en el epígrafe 11.2 de esta Circular.
- v. Proceder de igual manera con respecto a los listados de preventivos que se adjuntan, procediéndose a la revisión de los diferentes procedimientos al objeto de solicitar la autorización para su expulsión, cuando proceda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21.2, párrafo primero, de la Ley Orgánica 7/85 Y conforme a los criterios establecidos en el epígrafe II. 2 de esta Circular.

La Circular 2/2006, de 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, actualizó anteriores directrices y expresó el fortalecimiento de los principios de unidad de actuación, especialización y coordinación vertical de los Servicios de Extranjería de las Fiscalías territoriales, creando la figura del Fiscal Delegado Coordinador de Extranjería. La Instrucción

5/2007 creó la figura del Fiscal de Sala de Extranjería y desarrolló el sistema de Fiscales Delegados.

Con carácter general los Delegados de la especialidad en las respectivas Secciones ejercerán las facultades delegadas en el ámbito territorial de la respectiva Fiscalía, asumiendo la responsabilidad de: a) Dirigir la Sección en las facetas que le encomiende el Fiscal Jefe. b) Coordinar la actividad y cometidos de la Sección y de los Fiscales adscritos que le encomiende el Fiscal Jefe, tanto en la Capital como en las Adscripciones, y de cuantos Fiscales hayan de participar en materias propias de la Sección por corresponder a su intervención o coordinación. c) Las demás funciones que les sean encomendadas de acuerdo con las potestades autoorganizativas de cada Fiscalía.

En todas las fiscalías deberá haber además del delegado de la especialidad -al menos- otro fiscal adscrito a la Sección, de manera que aquél pueda ser sustituido en los casos ordinarios de baja por enfermedad, licencias o permisos, y cuando cese (sea por traslado a destino en Fiscalía distinta o por otra causa) mientras se procede a la designación de nuevo Delegado.

4.4.2. Audiencia al interesado

Con anterioridad a la promulgación del REX 2004 se consolidó la interpretación de que no era necesaria la audiencia del extranjero, partiendo de que no es el Juez de Instrucción el que expulsa, sino la autoridad administrativa por lo que es a través del cauce del procedimiento administrativo de expulsión y posteriormente, en su caso, del contencioso-administrativa donde puede el extranjero alegar cuanto estime conveniente para evitar la expulsión.

La Circular de 2006 insta a los Sres. Fiscales a que, como cautela, ante la eventualidad de que pueda ser solicitada la expulsión administrativa del extranjero sometido a proceso penal, en la primera declaración que el mismo preste en calidad de imputado, promuevan que se le dé la oportunidad para que pueda manifestar lo que a su derecho convenga sobre tal posibilidad. Anticipando este nuevo trámite de audiencia, pueden allanarse eventuales

problemas de citaciones y traslados, al tiempo que se da debido cumplimiento al precepto reglamentario

4.4.3. Audiencia a las partes personadas

La Circular de 2006 que dice que habrá de entenderse cumplimentada dando la oportunidad de que puedan formular alegaciones, de manera que si no lo hacen dentro del plazo legal (que debe entenderse común al del Fiscal), podrá continuarse la tramitación del incidente de autorización de la expulsión, no he encontrado más información.

4.5. Que no concurren circunstancias excepcionales que justifiquen denegar la autorización.

La Fiscalía General del Estado (FGE en adelante) se pronunció por primera vez sobre si es o no conveniente que el Ministerio Fiscal adopte una posición favorable a la expulsión cuando se está tramitando el proceso penal en su Consulta 5/1987, de 18 de noviembre, en la que contestaba que “la actividad valorativa del Ministerio Fiscal no tiene por qué ser siempre la misma, porque los datos a ponderar serán distintos según cuál haya sido la causa tenida en cuenta por la autoridad gubernativa para proponer la expulsión”.

Sin embargo, con posterioridad, la Circular n.º 1/1994, cambió de postura y declaró conveniente y acorde con los intereses que el Ministerio Fiscal ha de tutelar, que promueva activamente la autorización por los jueces de la expulsión de aquellos extranjeros que se encuentren incurso en causa legal para proceder a la misma. Para justificarlo alertaba de la paradoja que supone el hecho de que en ocasiones resulte más fácil expulsar al extranjero que simplemente se encuentra en situación ilegal en nuestro país que a aquél otro que, además de estar en situación ilegal, aparece como presunto responsable de un delito.

Siguiendo este hilo argumental la Instrucción n.º 4/2001, de 25 de julio, sobre la autorización judicial de la expulsión de los extranjeros imputados en procedimientos penales, se hace eco de la sorpresa y desasosiego que a menudo genera en los ciudadanos la inseguridad jurídica provocada por las dificultades que, en ocasiones, se presentan para poder ejecutar la expulsión de

los extranjeros que se hallan imputados por la comisión de delitos comprendidos dentro de lo que se puede denominar delincuencia menor. Esta Instrucción reitera la necesidad de que los fiscales promuevan en estos casos activamente la autorización de su expulsión por los Jueces de Instrucción competentes. En esta misma línea declaraba que una vez que el extranjero en cuestión haya sido oído en declaración como imputado, el *fiscal* interesará con carácter general, ponderando todas las circunstancias concurrentes y salvo que concurren circunstancias particulares y excepcionales que lo desaconsejen, la autorización de su expulsión.

La Circular 3/2001, ante el incremento del radio de acción de los delitos susceptibles de autorización distinguió entre delitos menos graves, respecto de los que se inclinaba por la opción de la sustitución del proceso por la expulsión y delitos graves en los que entendía que la respuesta no era tan clara y demanda un esfuerzo complementario de ponderación. Esta Circular consideraba que en relación con delitos de naturaleza grave los fiscales deben valorar el conjunto de las circunstancias del caso -especial trascendencia del delito cometido, pertenencia a grupos organizados, alarma social, necesidad reforzada de respuesta penal- para instar la decisión que mejor acomode las exigencias de la justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico, con las necesidades de una racional y prudente política de extranjería.

Con la redacción dada al 57.7 por la reforma de 2003 de la LOEX de reforma, se cambió el “podrá autorizar”, por “autorizará”, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación. El “autorizará” se convierte por tanto en regla general y la denegación la excepción.

Por tanto, lo que procede a continuación es analizar cuáles son esas circunstancias que pueden justificar la denegación excepcional de la autorización judicial. O, en otras palabras, en qué casos se debe otorgar preferencia al interés

del Estado en actuar el *ius puniendi* (política criminal) sobre el interés del Estado en ejecutar la expulsión acordada administrativamente (política migratoria).

4.4.1 Causa por la que se acuerda la expulsión administrativa

La FGE adoptó inicialmente una posición expansiva en cuanto a las cuestiones a controlar. La Consulta 5/87 abogaba por un control pleno de legalidad de la medida de expulsión.

Este criterio, sin embargo, se superó con la Circular 3/2001, de 21 de diciembre que parte de que quien acuerda la expulsión no es el Juez o Tribunal, sino la Administración que previamente ha dictado el correspondiente acto administrativo sancionador en los supuestos previstos en el art. 57.1 y 2 LE. Este control no se identifica con el que corresponde efectuar a la jurisdicción contencioso-administrativa, es más somero y busca principalmente comprobar si el acuerdo gubernativo cumple las exigencias esenciales de la Ley en cuanto a la competencia del órgano autor del mismo, formalidades externas y concurrencia de alguno de los supuestos materiales que lo justifican en Derecho.

La nueva redacción dada por LO 11/2003 de 29 septiembre al art. 57.7 LOEX también suprime la referencia anterior que subordinaba la autorización a que la misma resulte procedente de conformidad con lo previsto en los párrafos anteriores. Pese a la supresión de esta remisión expresa, debe no obstante conforme a una interpretación sistemática, mantenerse la necesidad de tenerlos en cuenta a la hora de valorar la procedencia de la autorización.

Debe tenerse también presente que no cabe autorizar la expulsión cuando su fundamento son los mismos hechos que han dado lugar al procedimiento penal y que por tanto se encuentran *sub iudice*, pues de otra manera se vulneraría el principio de presunción de inocencia y el *non bis in idem* en su dimensión formal (vid. SSTSJ Madrid, Sala de lo Contencioso, sec. 1.ª, de 24 de septiembre de 1999 y de 26 de mayo de 2000). Esta conclusión se apuntaba ya en la Circular 1/2002, de 24 de octubre relativa a los aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del fiscal en materia contencioso

administrativa. En este sentido, el TS ha afirmado reciente y reiteradamente que “la Administración puede solicitar del Juez...la autorización de expulsión de un extranjero encartado en un procedimiento...siempre que se aplique una causa de expulsión distinta de la realización de esos hechos por los que se sigue causa penal, puesto que en caso contrario...la Administración no puede pronunciarse sobre ellos sin que antes lo haya hecho la Jurisdicción penal (SSTS Sala 3.^a 29 de noviembre y 21 de diciembre de 2004 y 2 de marzo y 29 de abril de 2005).

En todo caso los fiscales no deberán olvidar al informar las solicitudes planteadas conforme al art. 57.7 LOEX que el control pleno de la legalidad de la medida de expulsión corresponde a los Tribunales Contencioso Administrativos, pero el Juez Penal debe velar prima facie por los derechos del extranjero, revisando, aunque sea de manera provisional el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención (vid. STC n.º 24/2000 de 31 de Enero).

En definitiva, debe partirse de que en el orden jurisdiccional penal no puede enjuiciarse la procedencia de la decisión legalmente adoptada de expulsión. No ha de entrarse en el análisis de cuestiones tales como el arraigo de la persona afectada, o la plena acreditación de los hechos que fundamentan la causa de expulsión invocada en el expediente administrativo. El análisis y posterior enjuiciamiento de estos factores encontrará su sede natural en el propio procedimiento administrativo, y eventualmente en la jurisdicción contencioso administrativa.

Así pues, se insiste en que el Juez penal ni expulsa ni controla la legalidad de la expulsión. Cuestión distinta es la de que, lógicamente, el Juez Penal sí puede tener en cuenta la causa y circunstancias por las que se acuerda la expulsión del extranjero a efectos de valorar qué interés del Estado debe prevalecer

4.4.2. La naturaleza del delito y la pena que le corresponda.

Partiendo de la base de que sólo cabe la autorización judicial de expulsión cuando se trate de “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 que, por tanto, el legislador no considera oportuno que el juez pueda conceder dicha autorización cuando se trate de delitos más graves, parece razonable pensar que, dentro del ámbito mencionado, cuanto más grave sea el delito, estará más justificado denegar la autorización.

La circunstancia de que el extranjero se encuentre procesado o imputado por numerosos delitos (por ejemplo, varios robos con violencia) podría justificar una resolución contraria a autorizar la expulsión del extranjero, aunque todos ellos estuvieren castigados por debajo del límite máximo indicado.

Sobre este tema, la Circular 3/2001 manifestaba que en relación con los delitos de naturaleza grave los fiscales valorarán el conjunto de las circunstancias del caso –especial trascendencia del delito cometido, pertenencia a grupos organizados, alarma social, necesidad reforzada de respuesta penal- para instar la decisión que mejor acomode las exigencias de la justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico, con las necesidades de una racional y prudente política de extranjería. De entre todas estas circunstancias la gravedad del delito imputado y la frecuencia de su comisión adquieren un perfil dominante, como ha afirmado en alguna ocasión la doctrina del Tribunal Supremo²⁹ –vid. - por lo que procede denegar la autorización de expulsión en los casos más graves por aplicación del principio de proporcionalidad.

De forma más concreta, la Memoria de la FGE de 2009 afirmaba que con carácter general se informa favorablemente a la expulsión cuando el extranjero haya sido imputado por la comisión de un delito contra el patrimonio de menor cuantía, falsedades documentales, delitos contra la propiedad intelectual, lesiones menos graves o usurpación de estado civil.

La Memoria de la FGE de 2010, por su parte, afirmaba que no se apreciaban discordancias entre los fiscales a la hora de interpretar la excepcionalidad a la

²⁹ Vid. STS 1144/2000, de 4 de septiembre

autorización de la expulsión en razón del delito imputado y que la tónica habitual era que el informe fuera favorable salvo en casos especiales de delitos de prostitución, ciertos delitos contra la salud pública, contra la libertad e indemnidad sexuales y en los delitos más graves de robos con violencia o en casa habitada. En relación a los delitos de violencia de género se apuntaba que se valoraba con gran prudencia cada caso a fin de que supuestos de escasa entidad con reanudación normalizada de la vida conyugal no condujeran a la desprotección familiar.

4.4.3. Derecho de las víctimas a la reparación del daño o la indemnización

No cabe autorizar la expulsión en los supuestos en los que siendo el extranjero solvente y concurriendo perjuicios materiales relevantes, la expulsión pueda frustrar las legítimas expectativas de los perjudicados para obtener la reparación. De hecho, Córdoba Castroverde (1998) incluso ha planteado que en caso de que la autorización de la expulsión llegara sin haberse procedido a dicha reparación, si el perjudicado por los hechos delictivos podría dirigirse contra el Estado Español para reclamar la satisfacción de los daños y perjuicios sufridos, por haberle privado de toda posibilidad de ver satisfecha su pretensión en la vía judicial.

4.4.4. El valor del extranjero como fuente de prueba en el mismo o en otro procedimiento judicial

El hecho de que la expulsión del extranjero pueda tener incidencia en las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en una causa en la que sean varios los imputados. Es evidente que en estos casos la presencia del extranjero en el juicio puede ser relevante, por ejemplo, cuando su declaración pueda servir para exculpar del delito a alguno de los imputados, o para evitar que los imputados no expulsados intenten evitar su responsabilidad en los hechos imputándoselos al extranjero expulsado.

Recapitulando, los fiscales habrán de analizar, antes de emitir dictamen, los siguientes elementos: 1) si el imputado es extranjero susceptible de ser expulsado, 2) si concurre formalmente una causa legal de expulsión,

comprobando que la misma no se integra con los hechos a probar en el proceso penal, 3) si se ha concluido el expediente, dictándose la orden de expulsión 4) si el delito por el que se sigue el proceso está suficientemente determinado, llevando aparejada pena privativa de libertad inferior a seis años u otra pena no privativa de libertad 5) que el delito por el que se sigue el proceso no sea de los tipificados en los arts. 312 o 318 bis CP 6) si por las circunstancias concurrentes, con carácter de excepción debidamente fundamentada, es necesaria la continuación de la tramitación del proceso penal contra el extranjero y 7) que no haya comenzado el juicio oral.

Tabla 25 Directrices del Ministerio Fiscal para la valoración fiscal de las circunstancias excepcionales que justifican continuar con el proceso penal.

1) Intereses de los perjudicados	No cabe autorizar la expulsión en los supuestos en los que siendo el extranjero solvente y concurriendo perjuicios materiales relevantes, la expulsión pueda frustrar las legítimas expectativas de los perjudicados para obtener la reparación.
2) Intereses probatorios	No cabe autorizar la expulsión cuando la declaración del extranjero resulte relevante para lograr el esclarecimiento de las responsabilidades de otras personas imputadas que deban ser objeto de enjuiciamiento penal
3) Tipo de delito cometido	No cabe autorizar la expulsión cuando se trate de los delitos tipificados en los arts. 312 (tráfico ilegal de mano de obra) o 318 bis (promoción de la inmigración clandestina) del Código Penal
4) Tipo de pena imponible	No cabe autorizar la expulsión si el delito por el que se sigue el proceso aún no está suficientemente determinado, desconociéndose si la pena que llevará aparejada será privativa de libertad inferior a seis años u otra pena no privativa de libertad
5) Momento procesal	No cabe autorizar la expulsión cuando haya comenzado el juicio oral, o si, encontrándose el proceso ya en fase de ejecución, la pena impuesta fuera privativa de libertad
6) Vulneración non bis in ídem	No cabe autorizar la expulsión cuando sus fundamentos sean los mismos hechos que han dado lugar al procedimiento penal, pues de otra manera se vulneraría el principio del non bis in ídem.
7) Vía administrativa aún abierta	No cabe autorizar la expulsión cuando el expediente administrativo de expulsión no haya agotado su tramitación y esté todavía abierta la vía para el recurso.

Fuente: Elaboración propia a partir de la Circular FGE 4/2006.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Con el objetivo general de estudiar la regulación normativa de la renuncia al procedimiento penal en el caso de inmigrantes administrativamente expulsables prevista en el 57.7 LOEX, hemos iniciado este capítulo destacando que el 57.7 LOEX es claramente una excepción al principio de legalidad que rige en nuestro país. No obstante, también hemos visto que dicho principio de legalidad no obliga al Fiscal a ejercitar acción penal siempre que tenga conocimiento de un hecho delictivo, sino únicamente aquellas acciones penales que considere procedentes, siendo necesario en tal caso, la concurrencia de otros intereses constitucionales distintos al principio de legalidad que aconsejen ese no ejercicio de la acción penal.

Hemos reflexionado también sobre el posible mayor encaje legal que tiene el 57.7a LOEX desde que se introdujo en nuestro sistema penal el principio de oportunidad reglada para el caso de delitos leves en 2015. Pero hemos llegado a la conclusión de que los procedimientos penales a cuya tramitación se renuncia por la vía del 57.7 LOEX exceden de los límites de esa oportunidad reglada en tanto son procedimientos que pueden llegar a serlo por delitos graves, y aun en aquellos casos en que se trate de delitos leves, el fundamento que justificaría la renuncia sería la escasa gravedad del delito y el principio de intervención mínima, y no el hecho de que el sujeto responsable sea un extranjero del que pende una orden de expulsión pendiente de ejecución.

Así pues, hemos puesto de manifiesto la importancia de identificar cuáles son esos fundamentos que justifican el interés público en la renuncia en el caso de extranjeros administrativamente expulsables y hemos identificado tres circulares del Ministerio Fiscal que resultan claves en este sentido. La primera, alegaba el valor del art. 57.7 LOEX para la prevención de conductas por parte de extranjeros que buscan en la pequeña delincuencia un obstáculo para no poder ser expulsados. La segunda, se refiere a la sorpresa y desasosiego generado en la ciudadanía ante la imposibilidad de impulsar a extranjeros que, además de estar en situación irregular, aparecen investigados por la comisión de un delito. Y la última, se refiere al art. 57.7 LOEX como un instrumento idóneo para congeniar

los intereses que al Estado le corresponde en materia de extranjería y en materia de política criminal, estableciendo para ello un conjunto de circunstancias excepcionales que justificarían optar por la continuación penal en lugar de por la renuncia al *ius puniendi*.

Entendemos que es sobre la base de esos fundamentos que deberían articularse los elementos normativos (requisitos formales marcados por la legislación) y los criterios interpretativos (adoptados por el Ministerio Fiscal) para que la aplicación del art.57.7 LOEX fuera eficaz. Sin embargo, de la revisión realizada, concluimos que si bien son muchos los elementos que se deben considerar, la mayoría de ellos tienen que ver con los intereses migratorios y no con los de la política criminal. De hecho, aquellos vinculados propiamente con el ámbito de la política criminal tienen que ver más con aspectos puramente formales o logísticos, que con criterios que verdaderamente orienten la ponderación que jueces y fiscales deben realizar entre los intereses migratorios y los intereses político-criminales sobre la base de los fundamentos de la renuncia al procedimiento penal.

Nos ocuparemos de reflexionar con mayor profundidad al respecto de estas cuestiones en el capítulo 6 al evaluar la eficacia del 57.7 LOEX. Por ahora, nuestro interés en el siguiente capítulo será estudiar la aplicación práctica del 57.7 LOEX, indagando sobre el perfil de los casos a cuyo procedimiento se renuncia (perfil de los extranjeros, perfil de los delitos, perfil de las víctimas), el rol de los diferentes actores implicados (juez, fiscal y brigada extranjería) y las posibles disfunciones que se dan en relación al cumplimiento de los elementos normativos, en relación a los criterios interpretativos y en relación a los mecanismos de coordinación entre los actores implicados.

CAPÍTULO 5

DE LA NORMA A LA ACCIÓN. EVIDENCIAS SOBRE LA APLICACIÓN DEL 57.7 LOEX

1. INTRODUCCIÓN.

Al final del capítulo 2 tratamos de cuantificar el recurso a la aplicación del 57.7 LOEX durante los últimos años a partir de los datos de las memorias anuales del Ministerio Fiscal, especialidad Extranjería, que recopila los datos sobre aplicación a nivel nacional. Y lo hicimos utilizando tres estrategias:

- i. Por un lado, nos detuvimos en la evolución del número de informes favorables de los fiscales a la aplicación del 57.7 LOEX y vimos cómo ha fluctuado entre los 1.930 en 2008 hasta los 1636 en 2.018, habiendo tenido su pico más alto en 2011 con 3.186 informes. (Véase gráfico 16)
- ii. Por otro lado, tratamos de dimensionar la incidencia de los informes favorables, respecto del total de expulsiones ejecutadas durante el mismo tiempo y observamos que han pasado de representar el 17,5% en 2008 al 40,2% en 2017. (Véase gráfico 18)
- iii. Asimismo, tratamos de dimensionar la prevalencia del 57.7 LOEX calculando cuánto se aplica respecto del universo poblacional sobre el que la renuncia penal potencialmente puede recaer, esto es, sobre el número de personas extranjeras detenidas o investigadas por causa penal que, además, se encuentran en situación irregular. Así identificamos que la proporción de informes favorables ha pasado de representar el 22% del total de extranjeros detenidos o investigados por causa penal en 2008 al 42% en 2015. (Véase gráfico 19).

Más allá de la cuantificación de la renuncia al procedimiento penal, en el capítulo 3 hemos revisado cuáles son los fundamentos políticos, los requisitos normativos y los criterios interpretativos que los operadores jurídicos han ido configurando para llevar a cabo su aplicación. Así, hemos visto cuáles son los elementos que deben ser considerados a la hora tomar la decisión sobre la renuncia al procedimiento penal y hemos identificado todo un conjunto de mecanismos de coordinación que deben activarse para hacerlo posible, implicando a diferentes actores del sistema gubernativo y del sistema judicial.

Nos interesa ahora detenernos en conocer cómo se está llevando a cabo en la práctica ese entramado de mecanismos que requiere la aplicación del 57.7 LOEX, así como estudiar cuáles son los criterios que jueces y fiscales están haciendo valer en el efectivo ejercicio de su discrecionalidad judicial.

Hasta la fecha, la única fuente de información existente sobre cómo se está llevando a cabo en la práctica la aplicación del 57.7 LOEX está constituida por las memorias anuales de la FGE, especialidad Extranjería, en las que se viene haciendo alusión a disfunciones que se dan en el práctica de los fiscales delegados de extranjería relativas tanto a los requisitos normativos como a los criterios interpretativos y a los mecanismos de coordinación entre actores involucrados.

Sin embargo, no existe ningún trabajo empírico que haya abordado hasta la fecha el estudio de las características de los casos en los que la autoridad administrativa está solicitando al juez penal que autorice una expulsión administrativa por la vía del 57.7 LOEX. Para subsanar ese vacío, se ha realizado un análisis en profundidad de una muestra de expedientes judiciales de la ciudad de Málaga en los que hubo una resolución sobre la aplicación del 57.7 LOEX durante 2014. Remitimos al apartado de metodología del capítulo 1 en el que detallamos la técnica muestral y la técnica de recogida de información utilizada. Nos ocupamos ahora de revisar la información que se desprende de las memorias de la FGE para exponer después

2. APLICACIÓN DEL 57.7 LOEX EN LA PRÁCTICA SEGÚN LAS MEMORIAS DE FISCALÍA

Según se desprende de las memorias anuales del FGE, entre 2009 y 2013 la experiencia práctica de los diferentes fiscales provinciales de extranjería puso de manifiesto la existencia de un conjunto de disfuncionalidades que dificultaban tanto la aplicación del 57.7 LOEX como, incluso una vez solventada la aplicación, el conocimiento exacto y preciso del número de dictámenes emitidos

sobre la materia. Las memorias más recientes, desde 2014 hasta 2018, sin embargo, aluden a una mejora generalizada de la situación.

En concreto, las memorias han venido aludiendo a disfunciones que podemos englobar en tres categorías: a) Disfunciones referidas a la propia contabilización de casos; b) disfunciones referidas a aspectos formales; y c) disfunciones sobre aspectos sustantivos vinculados con los criterios de carácter excepcional que permitan optar por continuar por el procedimiento penal, en lugar de renunciar a él, que es la regla general establecida. Veámoslas detenidamente.

2.1. Disfunciones referidas a la contabilización

La memoria de 2008 decía: “la cuantificación de nuestra actividad en relación con las funciones de control de las sustituciones de penas privativas de libertad o del proceso por la expulsión (arts. 89 y 108 CP y art. 57.7 LE) está supeditada a las correspondientes reformas del Sistema informático de aplicación «Fortuny» de la FGE respecto de la fiscalías de aquellas comunidades autónomas en que no se han transferido las competencias de justicia y de las correspondientes adaptaciones que se produzcan en los sistemas informáticos de aquellas otras regiones que gozan de implantación propia”. A partir de 2013 se alude a una mejora en los procesos de recogida y tratamiento informático de los datos en los juzgados. Trataremos de ver con el análisis de los datos obtenidos de nuestro trabajo empírico si esa mejoría se confirma

2.2. Disfunciones referidas a aspectos formales:

2.2.1. Disfunciones sobre la coordinación entre autoridades administrativas y autoridades judiciales.

Se apuntan insuficiencias de información que impiden al Ministerio Fiscal conocer la situación administrativa del detenido en España, especialmente cuando en el atestado policial no se recoge esa información, más frecuente cuando quien instruye el atestado no es la Policía Nacional (que también es a quien compete en materia de extranjería), sino la Guardia Civil, las policías autonómicas o, incluso para algunos delitos, las policías municipales.

Asimismo, se apunta que estas insuficiencias resultan especialmente problemáticas en procedimientos para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos cuando en la población donde radica el juzgado no existe sede del Cuerpo Nacional de Policía y/o no es posible la comunicación con el grupo policial correspondiente.

En 2012, por ejemplo, se mencionaba que – aunque cada vez de manera más excepcional – se seguían dando errores de comunicación judicial o de consulta por la autoridad administrativa del expediente sancionador, que había dado lugar a que se materializaran expulsiones de ciudadanos extranjeros desconociendo que estaba encausado en procedimiento penal.

Se alude a que el problema se viene intentando solucionar mediante el aumento de la coordinación entre las autoridades judiciales y las autoridades policiales (incluso se comenta que se han tenido conversaciones con el Ministerio del Interior para posibilitar el acceso de los fiscales a las bases de datos policiales de extranjería), así como también con los diferentes cuerpos policiales, refiriéndose a instrucciones específicas dictadas por la Secretaría de Estado de Seguridad con el fin de potenciar la debida coordinación entre Guardia Civil y la Policía Nacional.

En la memoria de 2018 todavía se apunta a la existencia de disfunciones que han debido ser corregidas a través de la debida coordinación con las Brigadas Provinciales de Extranjería y Fronteras, aunque se especifica que son casos aislados debido a la no incorporación de la notificación de la resolución administrativa al interesado, a la notificación errónea a otra persona o por la remisión de documentación insuficiente o ilegible.

Como novedad, esta última memoria también alude a que en los informes que se emiten por fiscales, se interesa con carácter general que se requiera al CNP que informe sobre la efectividad de la expulsión administrativa, así como que, una vez acreditada esta, se dicte auto de archivo provisional en relación al

concreto encausado al que se refiere, dejando así la posibilidad de dejar sin efecto el archivo de la causa en caso de que el expulsado vuelva a territorio español.

2.2.2. Disfunciones referidas a la interpretación del requisito de que el extranjero se encuentre «procesado o inculpado»,

En tanto el art. 57.7 LOEX exige que el extranjero se encuentre "procesado o inculpado" y que no se haya iniciado el juicio oral, cuando la solicitud de autorización de la expulsión llega en fase posterior, la única vía legal de expulsión que queda sería ya la de la sustitución de la pena del art. 89 CP, que resulta únicamente aplicable cuando se trate de penas privativas de libertad. Así, los supuestos de extranjeros penados a penas alternativas a la prisión en fase de ejecución, o sobre los que ha recaído el beneficio de la suspensión de la pena, son valorados en las memorias como un problema, pues no encajarían en ninguno de los dos preceptos (ni el del art. 57.7a LOEX ni tampoco el del 89 CP).

Recordamos que para este tipo de supuestos la Circular 2/2006 ya ordenaba a los fiscales promover las actuaciones necesarias para que la ejecutoria se tramitara con la mayor celeridad de forma que la ejecución de la pena no se convirtiera en un obstáculo para la expulsión administrativa. En las memorias posteriores a esa Circular, los fiscales seguían insistiendo en que estos supuestos dan lugar a que la pena y su cumplimiento se conviertan en una forma de permanencia en España para el extranjero en situación irregular, "que es precisamente lo que se quería evitar cuando se legisló sobre este precepto" dicen, por lo que sugerían la posibilidad de emitir informes favorables a la expulsión en estos casos (memorias 2009, 2010, 2011).

Así quedó recogido formalmente en la Circular de la FGE 5/2011, sobre criterios para la unidad de actualización especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería, estableciendo como fórmula para solucionarlo que en los supuestos en que se haya dictado resolución administrativa de expulsión respecto del extranjero condenado a penas no privativas de libertad, habrá que entender que no existe obstáculo procesal a la materialización de la expulsión administrativa.

2.2.3. Disfunciones referidas al trámite de audiencia al extranjero como requisito previo a la autorización de la expulsión

Los fiscales explican (memoria 2009) que suelen realizarla coetáneamente con la declaración que se le toma en calidad de imputado, aunque manifiestan que hay casos en que su práctica resulta problemática, señalando como principales dificultades que entraña la observancia de esta exigencia aquellos casos en los que el extranjero se encuentra interno en un CIE o incluso en un Centro Penitenciario.

La solución aplicada por algunos fiscales, tal como recogía la memoria 2010, parte de la aceptación de que el trámite de audiencia no encaja en un instituto jurídico de urgencia como es el de la autorización del 57.7 LOEX, por lo que dicha audiencia no se aplica en la práctica. Explicaba, además, que la audiencia del inculpado, siendo una cuestión conectada con la tutela de derechos fundamentales, debió hacerse por ley y no por vía reglamentaria como se hizo, por lo que su aplicación puede quedar eludida por el órgano judicial por la vía del artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), que establece que los Jueces y Tribunales “no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”.

En la memoria de 2018 todavía se apunta que existen algunos supuestos, escasos en número pero de evidente entidad, en los que se da la práctica judicial de remitir los expedientes a Fiscalía sin que en los mismos constase que el extranjero afectado por una posible autorización de su expulsión hubiera sido oído, aunque no se plantea ninguna solución.

2.3. Disfunciones referidas a aspectos sustantivos vinculados con las circunstancias excepcionales que fundamentan denegar la expulsión.

La memoria de 2009 explicaba que quedaba acreditado el celo de los fiscales en la comprobación de la concurrencia de todos los requisitos de aplicación del 57.7 LOEX, pero apuntaba que el problema exegético más importante lo constituía la

delimitación del contenido y alcance de la expresión «causas excepcionales» como presupuesto de la denegación de la autorización de la expulsión.

Durante las memorias de 2009 y 2010 se recoge que el módulo de valoración principal lo constituye la naturaleza del delito imputado al extranjero. Así, con carácter general, se informa favorablemente a la expulsión cuando el extranjero ha sido imputado por la comisión de delitos de poca gravedad (contra el patrimonio de menor cuantía, falsedades documentales, delitos contra la propiedad intelectual, lesiones menos graves o usurpación de estado civil) y se informa desfavorablemente en los casos más graves (lesiones, robos con armas o en casa habitada, tráfico de droga agravados, agresiones sexuales, o prostitución), apuntándose a la necesidad de analizar caso a caso los supuestos de violencia doméstica.

Además de la naturaleza del delito, aunque con carácter minoritario, algunos fiscales delegados apuntan la importancia de prestar atención a la habitualidad delictiva del acusado, optando por la continuación del procedimiento en tales casos, o la necesidad de limitar prudencialmente los informes favorables «en aras de preservar el principio de presunción de inocencia, a la admisión de esta vía sólo en casos de delitos flagrantes, siempre con reconocimiento de los hechos denunciados por parte de los imputados.

Según la memoria de 2018, datos relativos a 2017, los fiscales vienen realizando una valoración uniforme de las circunstancias concurrentes. Así, se especifica que normalmente han dictaminado desfavorablemente en:

- a) Supuestos de peticiones policiales extemporáneas (por haberse realizado la solicitud cuando ya se ha celebrado el juicio oral o incluso en procedimientos ya resueltos por sentencia firme), es decir, en atención al momento procesal;
- b) Cuando habiendo una pluralidad de imputados en el mismo proceso es previsible que la expulsión solicitada constituyera un serio inconveniente

para sostener la acusación respecto a los demás partícipes en el hecho, es decir, en atención a intereses probatorios;

- c) Cuando se trata de delitos graves atendiendo el supuesto investigado, es decir, en atención a la gravedad del delito; o
- d) Por razones de proporcionalidad y arraigo familiar (si no está justificada la sustitución de la pena por la expulsión, tampoco lo estaría la sustitución del proceso por la expulsión), es decir, en atención a las circunstancias personales del afectado. Esta última llama especialmente la atención, en tanto, como ha reiterado la Fiscalía, en la aplicación del 57.7 LOEX no corresponde a la jurisdicción penal valorar la pertinencia de la expulsión acordada en vía administrativa.

Así pues, si comparamos las directrices contenidas en la Circular de 2006 con los criterios que, según se desprende de las memorias, están aplicando en la práctica los fiscales, llegamos a la conclusión de que algunas directrices están siendo correctamente valoradas, pero que otras están siendo infravaloradas o valoradas erróneamente.

Para visibilizar esta idea utilizamos a continuación una tabla con dos columnas. La columna de la izquierda se refiere a las directrices del Ministerio Fiscal contenidas en las Circulares. La columna de la derecha se refiere a los criterios que, según las memorias, están utilizando los fiscales en la práctica. Utilizamos un sistema de colores tipo semáforo para destacar cuáles están siendo correctamente valoradas (verde), cuáles están siendo infravaloradas (amarillo) y cuáles están siendo erróneamente valoradas (rojo).

Tabla 26. Criterios que deben guiar la decisión vs Criterios que los fiscales están efectivamente valorando

Directrices del Ministerio Fiscal que justifican la continuación del proceso penal	Práctica de los fiscales según memorias FGE
<p>Intereses de los perjudicados</p> <p>No cabe autorizar la expulsión en los supuestos en los que siendo el extranjero solvente y concurriendo perjuicios materiales relevantes, la expulsión pueda frustrar las legítimas expectativas de los perjudicados para obtener la reparación.</p>	<p><u>Infravalorado:</u></p> <p>No aparece referenciado como criterio que se esté teniendo en cuenta en la práctica de los fiscales</p>
<p>Intereses probatorios</p> <p>No cabe autorizar la expulsión cuando la declaración del extranjero resulte relevante para lograr el esclarecimiento de las responsabilidades de otras personas imputadas que deban ser objeto de enjuiciamiento penal</p>	<p><u>Correctamente valorado:</u></p> <p>Se alude al criterio y se interpreta igual que en las directrices del MF</p>
<p>Naturaleza del delito cometido</p> <p>No cabe autorizar la expulsión cuando se trate de los delitos tipificados en los arts. 312 (tráfico ilegal de mano de obra) o 318 bis (promoción de la inmigración clandestina) del CP</p>	<p><u>Correctamente valorado:</u></p> <p>Se alude al criterio y se interpreta igual que en las directrices del MF</p>
<p>Tipo de pena imponible</p> <p>No cabe autorizar la expulsión si el delito aún no está suficientemente determinado, desconociéndose si la pena que llevará aparejada será privativa de libertad inferior a seis años u otra pena no privativa de libertad</p>	<p><u>Infravalorado:</u></p> <p>No aparece referenciado como criterio que se esté teniendo en cuenta en la práctica de los fiscales</p>
<p>Momento procesal</p> <p>No cabe autorizar la expulsión cuando haya comenzado el juicio oral, o si, encontrándose el proceso ya en fase de ejecución, la pena impuesta fuera privativa de libertad</p>	<p><u>Erróneamente valorado:</u></p> <p>Se alude al criterio, pero no se interpreta como dicen las directrices del MF sino como dice la LOEX</p>
<p>Vulneración non bis in ídem</p> <p>No cabe autorizar la expulsión cuando sus fundamentos sean los mismos hechos que han dado lugar al procedimiento penal, pues de otra manera se vulneraría el principio del non bis in ídem.</p>	<p><u>Infravalorado:</u></p> <p>No aparece referenciado como criterio que se esté teniendo en cuenta en la práctica de los fiscales</p>
<p>Vía administrativa aún abierta</p> <p>No cabe autorizar la expulsión cuando el expediente administrativo de expulsión no haya agotado su tramitación y esté todavía abierta la vía para el recurso.</p>	<p><u>Infravalorado:</u></p> <p>No aparece referenciado como criterio que se esté teniendo en cuenta en la práctica de los fiscales</p>
<p>Circunstancias personales del extranjero</p> <p>No procede autorizar la expulsión cuando se den razones de arraigo (si no está justificada la sustitución de la pena por la expulsión, tampoco lo estaría la sustitución del proceso por la expulsión)</p>	<p><u>Erróneamente valorado:</u></p> <p>Se alude al criterio, pero no se interpreta como dicen las directrices del MF</p>

3. APLICACIÓN DEL 57.7 LOEX EN LA PRÁCTICA SEGÚN ANÁLISIS DE UNA MUESTRA DE EXPEDIENTES JUDICIALES EN LA CIUDAD DE MÁLAGA.

Con el objetivo principal de contrastar las posturas y datos ofrecidos por el Ministerio Fiscal y poder observar directamente en los expedientes judiciales cómo se lleva a cabo en la práctica la aplicación del 57.7 LOEX, se ha procedido al análisis en profundidad de una muestra de expedientes judiciales en los que jueces y fiscales tuvieron que pronunciarse durante 2014 sobre la autorización de una expulsión administrativa.

Como explicamos en el apartado de metodología del capítulo 1 la identificación de los expedientes judiciales se realizó con la colaboración del fiscal delegado de extranjería de la provincia de Málaga, que nos proporcionó copia de los informes que él había emitido sobre el asunto durante ese año, y de la Brigada de Extranjería y Fronteras, que nos proporcionó información sobre los procedimientos en los que había solicitado autorización judicial para proceder a una expulsión decretada. Posteriormente solicitamos acceso a los expedientes judiciales identificados directamente a cada juzgado y fuimos conformando la muestra a medida que los juzgados nos los fueron proporcionando, intentando que hubiera representación de los distintos juzgados de instrucción y juzgados penales implicados. La muestra quedó finalmente conformada, de acuerdo con un criterio de saturación, por 63 expedientes.

Exponemos a continuación los resultados obtenidos del análisis tratando de responder a nuestras preguntas de investigación:

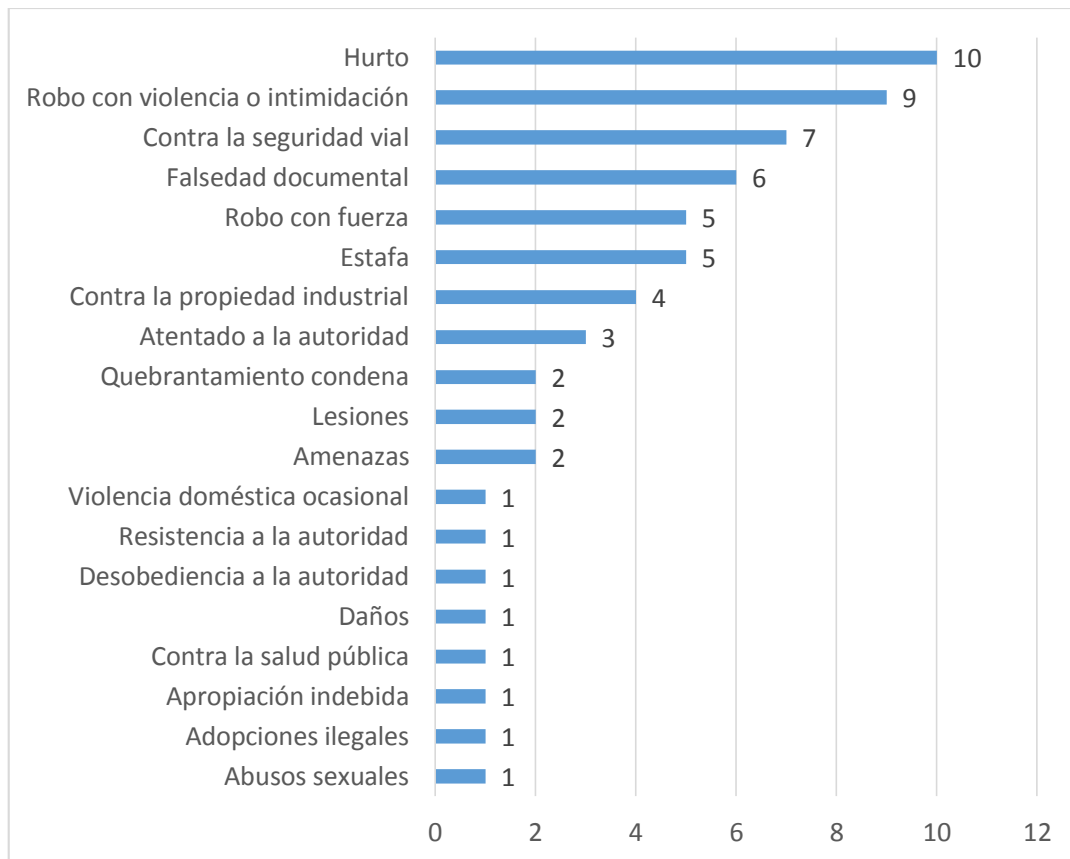
1. ¿Cuál es la naturaleza de los delitos por los que se sigue el procedimiento penal contra el extranjero?
2. ¿Cuáles son las características sociodemográficas de los extranjeros?
3. ¿Cuáles son las causas por las que se ha decretado la orden de expulsión para cuya ejecución se solicita la autorización?
4. ¿Cuál es el momento procesal en el que llegan las solicitudes de autorización?

5. ¿Cuáles son las resoluciones judiciales adoptadas y los criterios utilizados para justificarlas?
6. ¿Se han materializado las expulsiones autorizadas?
7. En caso de que no se hayan materializado ¿qué ha pasado con el procedimiento penal?
8. ¿Qué incidencias se están produciendo?

3.1. Naturaleza y gravedad del delito

La muestra de expedientes judiciales analizados se caracteriza por tratarse de delitos de muy diferente naturaleza. En el siguiente gráfico se observa con claridad la distribución de los mismos, encabezados cuantitativamente por los delitos de hurto, de robo con violencia o intimidación y contra la seguridad vial.

Gráfico 22. Distribución de los expedientes agrupados en función de la tipología delictiva de los hechos que se enjuician.

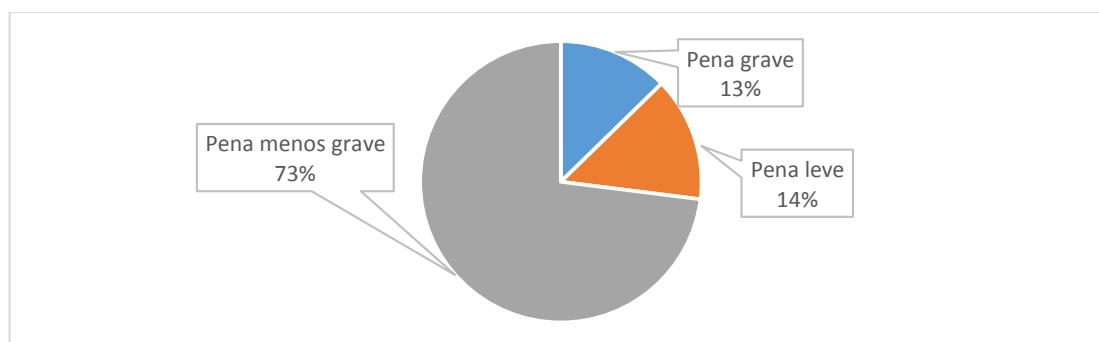


Según la calificación de los hechos, 9 casos eran faltas y 54 delitos. Identificadas las calificaciones, hemos procedido a concretar la pena imponible por cada delito según se describe en los respectivos artículos del CP.

Tabla 27. Distribución de los expedientes según la pena imponible

Pena imponible	Frecuencia	Porcentaje
Multa	9	14,3
Prisión de 2 a 5 años,	9	14,3
Prisión de 3 a 6 meses o con la de multa de 6 a 12 meses o con la de TBC de 31 a 90 días	7	11,1
Prisión de 3 a 6 años, multa de 6 a 24 meses e inhabilitación especial por tiempo de 2 a 6 años,	6	9,5
Prisión de 1 a 3 años.	5	7,9
Prisión de 6 a 18 meses	4	6,3
Prisión de 6 meses a 2 años y multa de 12 a 24 meses	4	6,3
Prisión de 6 meses a 3 años	4	6,3
Prisión de 6 meses a un año si estuvieran privados de libertad	2	3,2
Prisión de 3 meses a 3 años o multa de 6 a 12 meses	2	3,2
Prisión de 1 a 4 años y multa de 3 a 6 meses	2	3,2
Multa de 6 a 24 meses	1	1,6
Prisión de 3 meses a 1 año o multa de 6 a 24 meses,	1	1,6
Prisión de 4 a 6 años	1	1,6
Prisión de 6 meses a 3 años	1	1,6
Prisión de 6 meses a 1 año o TBC de 31 a 80 días	1	1,6
Prisión de 3 a 6 años y multa	1	1,6
Prisión de 3 meses a 1 año o multa de 6 a 18 meses	1	1,6
Prisión de 1 a 5 años e inhabilitación especial de 4 a 10 años.	1	1,6
Prisión de 1 a 3 años o multa de 18 a 24 meses.	1	1,6
Total	63	100

Gráfico 23. Distribución de los expedientes según clasificación de la gravedad del delito

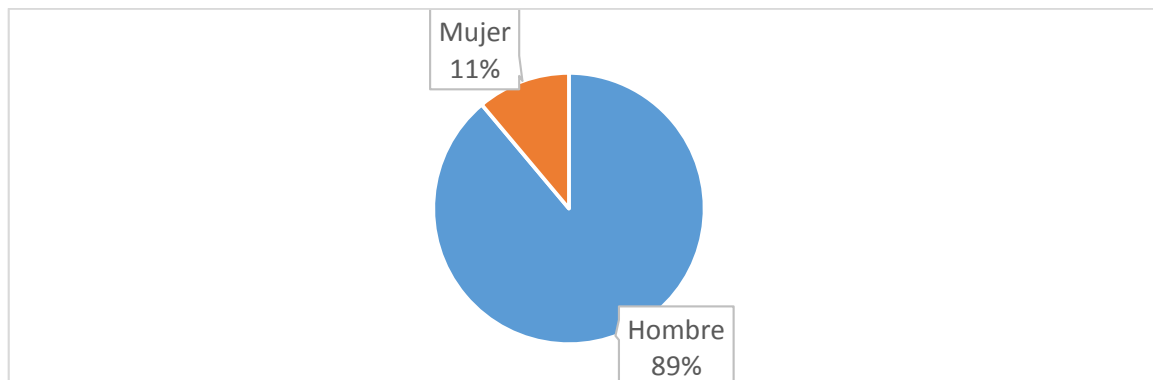


Las penas menos graves llevan aparejada pena de prisión con un mínimo de 3 meses y un máximo de 5 años de duración. Las penas graves llevan aparejada pena de prisión superior a 5 años, aunque en todos los casos de la muestra se sitúan en el límite de los 6 años que marca el 57.7 LOEX. Por su parte, los casos que llevan aparejada pena leve corresponden a las antiguas faltas, pero queremos llamar la atención sobre el hecho de que únicamente representan el 14% de total de expedientes analizados, lo que nos sitúa fuera del ámbito de la oportunidad reglada para delitos de escasa gravedad o de la delincuencia de bagatela en la mayoría de los casos. Lo que nos llevará a cuestionarnos la ausencia de interés público en la persecución de esos delitos cuando se autorice la expulsión.

3.2. Características de las personas extranjeras contra las que se siguen los procedimientos penales cuya renuncia penal se solicita

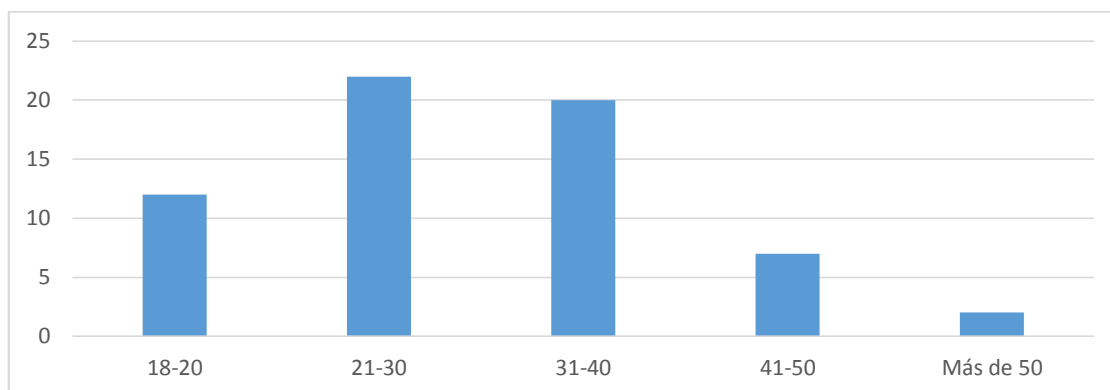
De los 63 extranjeros imputados en los expedientes judiciales analizados, 56 eran hombres y 7 mujeres.

Gráfico 24. Distribución de los expedientes según sexo del sujeto



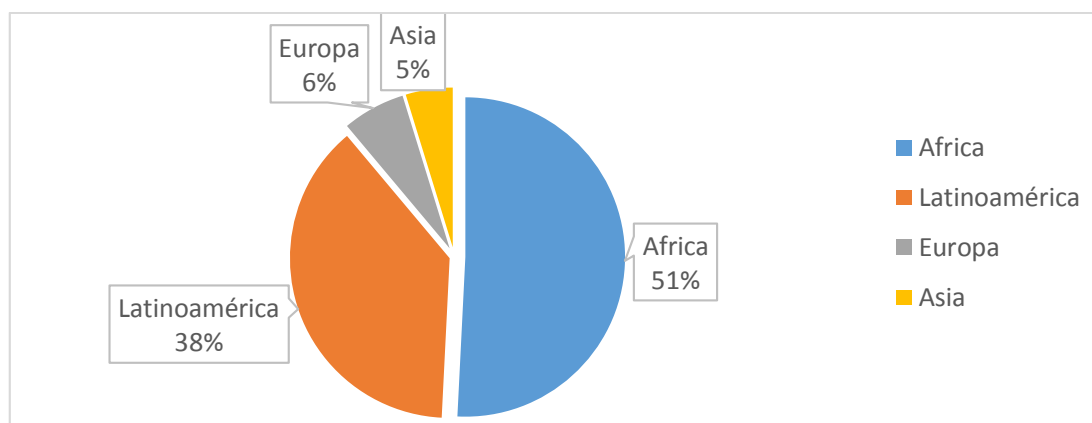
Por lo que respecta a la edad, vemos que la mayoría de las personas tenían menos de 40 años en el momento de los hechos.

Gráfico 25. Distribución de los expedientes analizados según edad del extranjero



Si analizamos su procedencia, encontramos que la mitad tenía origen en países de África (32 casos), seguidos por los procedentes de Latinoamérica (24 casos). Encontramos también 3 personas procedentes de Asia y 4 procedentes de Europa (uno de ellos de origen comunitario).

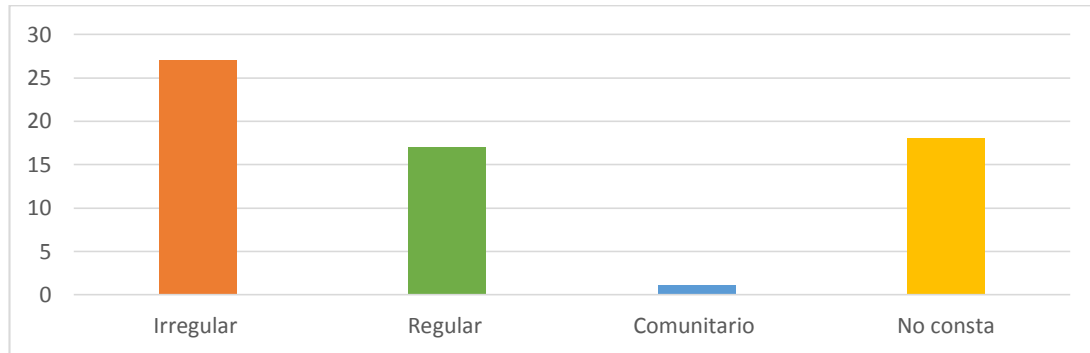
Gráfico 26. Distribución de los expedientes analizados según continente de procedencia del extranjero.



En relación a su situación administrativa, llama la atención que 17 de ellos (27% de la muestra) estuvieran en situación regular en el momento de los hechos, de lo que cabe extraer que la situación de irregularidad, y la consiguiente tramitación del expediente de expulsión, se produce durante el periodo en que se está tramitando el proceso penal, no siendo este el presupuesto material para el que estaba diseñada la renuncia del proceso penal por la vía del 57.7. Respecto a la situación administrativa del resto, constan 27 personas que estaban en situación irregular en el momento de los hechos, y otros 18 casos en los que no constaba

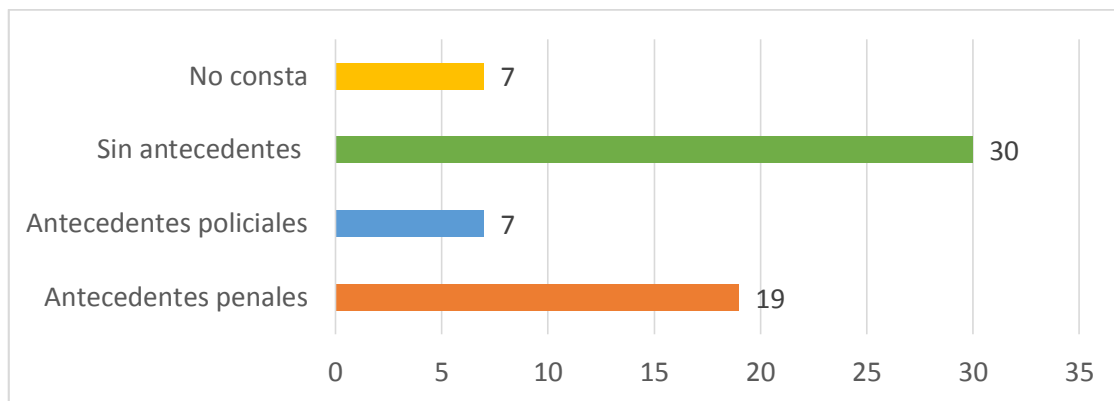
información sobre la situación administrativa del sujeto hasta que no llega la solicitud de expulsión.

Gráfico 27. Distribución de los expedientes judiciales según situación administrativa del extranjero en el momento de los hechos



Resulta interesante también conocer la trayectoria delictiva previa de los sujetos encausados, encontrando que únicamente al 30% le constaban antecedentes penales por condenas previas.

Gráfico 28. Distribución de los expedientes judiciales según trayectoria delictiva del sujeto



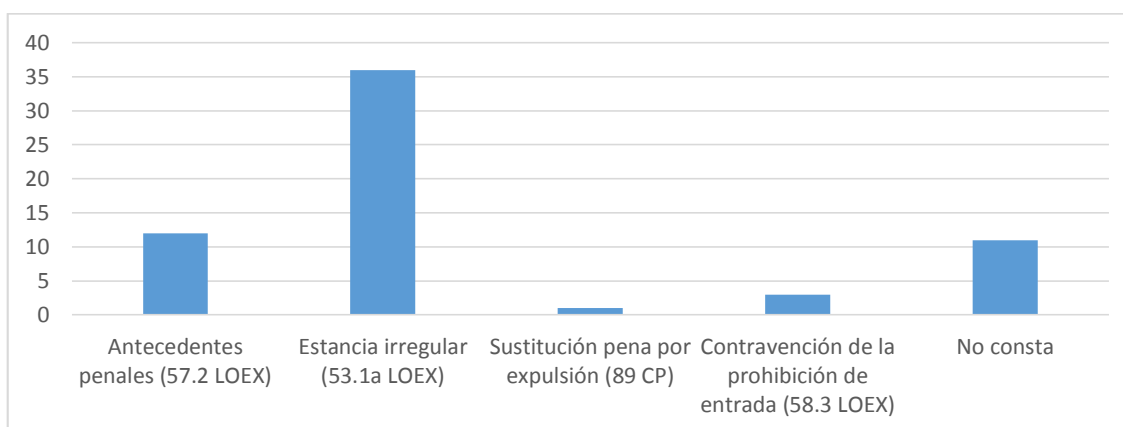
3.3. Sobre la expulsión cuya autorización se solicita

Sobre las causas de la expulsión contenidas en las resoluciones administrativas que dan lugar a la solicitud de la autorización a la renuncia al proceso penal, la mayoría se refieren a la causa prevista en el art. 53 LOEX que alude a

encontrarse en España sin la documentación requerida para ello (36 casos), seguida de la causa prevista en el art. 57.2 LOEX que alude a tener antecedentes penales por haber sido condenado a una pena de prisión de más de un año (12 casos). Sobre esta causa queremos llamar la atención sobre el hecho de que en algunos casos la sentencia que ha generado los antecedentes penales es la del mismo procedimiento cuya renuncia se solicita por la vía del 57.7 LOEX, lo que implica que el sujeto ya no es imputado sino condenado, lo que queda fuera del ámbito de aplicación del 57.7 LOEX. .

Encontramos también 1 caso en que la expulsión pendiente no es una expulsión administrativa sino una expulsión penal (art. 89 CP) y 3 casos en los que la autorización no se solicita para proceder a una expulsión, sino a una devolución por incumpliendo de una prohibición previa de entrada. Asimismo, encontramos 10 expedientes en los que no consta la causa de expulsión, bien porque no hay copia de la resolución administrativa de expulsión en el expediente judicial analizado, bien porque habiéndola no hace alusión a ella, lo que resulta contrario a la postura del Ministerio Fiscal y la doctrina del TC que ha señalado que, aunque el control pleno de la legalidad de la medida de expulsión corresponde a los tribunales contencioso-administrativos, el Juez penal debe velar prima facie por los derechos del extranjero revisando, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención.

Gráfico 29. Causa de la expulsión administrativa cuya autorización se solicita



3.4. Momento procesal en el que llega la solicitud

Resulta fundamental prestar atención ahora al momento procesal en el que llega la solicitud, recordando que, aunque la renuncia al proceso prevista en el 57.7 LOEX está diseñada para casos en que el procedimiento se encuentra en fase de instrucción, el Ministerio Fiscal adoptó una postura expansiva al plantear que en aquellos casos en que el procedimiento se encuentre en fase de ejecución, los fiscales no se opondrán a la autorización cuando se trate de una pena no privativa de libertad o cuando, tratándose de una pena privativa de libertad, esta hubiera sido suspendida. (Circular 2011). La siguiente tabla permite visibilizar que únicamente 16 de las 63 solicitudes, es decir, el 25% de la muestra, llegaron en fase de instrucción, el resto (44) son posteriores al señalamiento del juicio oral. En 3 casos no fuimos capaces de identificar el momento en que llegó la solicitud de autorización.

Tabla 28. Momento procesal en el que llega la solicitud del 57.7 LOEX

	Antes del juicio oral	Después del juicio oral	Sin identificar
Inicio de la instrucción	9		
Durante la instrucción	7		
Señalado el juicio oral		13	
Celebrado el juicio oral antes de la sentencia		1	
Después de la sentencia, en fase ejecutoria		24	
Después de la sentencia, finalizada la pena		5	
Prescrito el delito		1	
Total	16	44	3

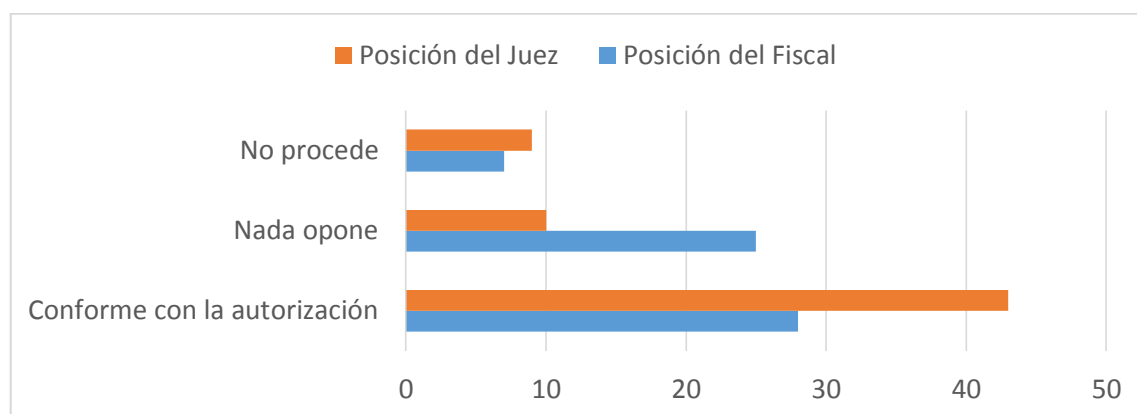
3.5. Resolución sobre la autorización o denegación de la renuncia al procedimiento penal

Respecto a las resoluciones sobre la autorización del 57.7 LOEX, hemos encontrado que las fórmulas lingüísticas adoptadas por jueces y fiscales para expresar su valoración siguen un criterio denominador uniforme, siendo posible clasificarlas en tres categorías: se autoriza la expulsión, nada opone la expulsión o no procede la expulsión.

En aquellos casos en que se valora que no procede la expulsión, los criterios de jueces y fiscales son comunes. Sin embargo, en aquellos casos en que se valora que sí procede la autorización o que nada opone la autorización, encontramos que mientras los fiscales sí siguen entre sí un criterio uniforme a la hora de optar por una cosa o la otra – que además, coincide en gran medida con las directrices dadas por el Ministerio Fiscal - los jueces no tienen un criterio uniforme y utilizan de forma indistinta la fórmula “se autoriza la expulsión” o “nada opone a la expulsión”.

El siguiente gráfico muestra esa diferencia en los usos lingüísticos, pero si se suman los casos en que jueces y fiscales han dicho se autoriza o nada opone, suman en ambos supuestos, 53 casos. Respecto a los casos de “no procede” también hay coincidencia, aunque se observan 2 casos en que el juez resolvió que no procedía autorizar sin dar audiencia previa al fiscal que, por tanto, no se pronunció.

Gráfico 30. Posición de jueces y fiscales sobre la autorización de la expulsión por la vía del 57.7 LOEX



Para entender cuáles son los motivos que justifican que jueces y fiscales opten por una decisión o por otra, los analizamos a continuación, centrándonos únicamente en las posiciones de los fiscales debido a esa coherencia interna que acabamos de explicar.

Tabla 29. Motivación del Fiscal para justificar su posición respecto a la autorización de la expulsión administrativa por la vía del 57.7 LOEX

Posición del Fiscal	Motivación alegada	Casos	Total
Conforme con la expulsión	Sin motivación	24	28
	En aquellos casos en que en el mismo informe que se posiciona sobre la expulsión también lo hace sobre el internamiento en CIE, sí se alude a la situación de ausencia de arraigo social y/o laboral	4	
Nada opone la expulsión	Porque la pena está suspendida	7	25
	Porque la pena no es privativa de libertad	6	
	Porque la sentencia no es firme	3	
	Porque la sentencia fue absolutoria	2	
	Porque la pena está cumplida	2	
	Porque ha prescrito el delito	1	
	Porque la causa fue sobreseída por falta de pruebas	1	
	Porque la pena está prescrita	1	
	Porque se trata de un extranjero que ya había sido expulsado y ha quebrantado la prohibición de entrada	1	
	Porque la pena privativa de libertad impuesta está cumplida y las que quedan por cumplir no son privativas de libertad y porque, respecto a la responsabilidad civil, se ha dictado auto de insolvencia	1	
No procede la expulsión	Por las circunstancias del procedimiento y el tipo penal del mismo. Siendo necesaria la presencia en España de la imputada, que por otra parte es madre de un menor de edad que reside en España.	1	7
	Porque la expulsión para la que se solicita autorización no es administrativa sino penal (art. 89)	1	
	Porque se trata de un delito del art. 312	1	
	Porque resulta necesaria la presencia del extranjero para testificar en otro procedimiento	1	
	Porque no se trata de un imputado o procesado como exige el art. 57.7a, sino de un penado a prisión en sentencia firme.	3	
Confusión de precepto aplicable	Dado que la pena está suspendida no es aplicable la sustitución por expulsión del 89 CP.	1	1
No se emite informe	Porque no se da audiencia al Ministerio Fiscal	2	2

Como se observa en la tabla, cuando los fiscales muestran su conformidad con la autorización de la expulsión no suelen dar ningún argumento para justificar la decisión. Sólo de forma excepcional se aluden a motivos de ausencia de arraigo

social y/o laboral o falta de medios económicos, en aquellos casos en que la audiencia al fiscal se hace para pedir de forma simultánea autorización de internamiento en CIE y autorización de expulsión. Nos resulta llamativa la ausencia de motivación y la ausencia de valoración de los costes o beneficios que implica en cada caso renunciar al proceso penal, aunque ello es coherente con la posición del FGE cuando insta a la autorización generalizada salvo circunstancias excepciones, debidamente fundamentadas, que aconsejen la continuación.

Y es que, en efecto, como ya ha sido apuntado por Tomé García (2015), de la redacción dada parece desprenderse que para conceder la autorización no se exige que se haga de forma motivada, mientras que para denegarla sí. No obstante, coincido con este autor cuando dice que parece obvio que la trascendencia de la resolución que se adopta exige necesariamente la forma de auto motivado en todo caso.

En esta línea se ha posicionado el Ministerio Fiscal en su Circular de 2011 – aunque únicamente en relación a la expulsión penal del art. 89 CP y no en relación a la renuncia penal del 57.7 LOEX - al establecer que el juez o tribunal deberá motivar la decisión cualquiera que sea su sentido, ya se acceda o se deniegue esta medida. Y ello, porque entiende que es una exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva en el aspecto del derecho a obtener una resolución fundada en derecho, y además también una obligación impuesta por el artículo 120.3 de la Constitución española (CE), pues toda cuestión suscitada en la instancia y sometida a debate de las partes, ha de ser razonada por el tribunal al resolverla, a fin de dejar de manifiesto que lo decidido no es arbitrario, sino fundado en razones jurídicas (art. 9.3 CE).

Por lo que respecta a los casos en que “nada opone la expulsión” lo más habitual es encontrar casos en que la pena impuesta no es privativa de libertad o, siéndolo, está suspendida o está cumplida (en la línea de la Circular de 2011). También encontramos casos en que nada opone la expulsión porque la sentencia no es firme o fue absolutoria. Asimismo, se entiende que nada

obstaculiza la expulsión si administrativamente resulta procedente en aquellos casos en que ha prescrito el delito o la pena, o la causa fue sobreseída.

En un único caso se aluden varios motivos, algunos de los ya mencionados relativos a las penas, pero otro, por primera vez, referido a intereses de los perjudicados *“porque la pena privativa de libertad impuesta está cumplida y las que quedan por cumplir no son privativas de libertad y porque, respecto a la responsabilidad civil, ya se ha dictado auto de insolvencia”*. Precisamente se echa en falta en los expedientes analizados más alusión a los intereses de los perjudicados y a la necesidad de atender a sus necesidades de reparación o indemnización, especialmente si tenemos en cuenta que casi la mitad de los casos de la muestra (27) tenían una víctima directa. Reflexionaremos con más detenimiento en torno al papel de la víctima en estos casos en el capítulo siguiente dedicado a la eficacia del 57.7 LOEX.

En un caso también llama la atención que se entiende que nada opone la expulsión puesto que el extranjero ya había sido expulsado y ha quebrantado la prohibición de entrada. Recordamos que en estos casos, la posición del Ministerio Fiscal en sus directrices apunta a que en estos casos lo que procede no es ni la autorización de la expulsión administrativa ni la continuación del procedimiento que había quedado provisionalmente sobreseído, sino la simple devolución del extranjero.

Por su parte, en los casos en que *“no procede la expulsión”* encontramos mayoritariamente aquellos supuestos en los que el fiscal alega que no se trata de un imputado o procesado como exige el art. 57.7a, sino de un penado a prisión en sentencia firme, en cuyo caso suele hacerse referencia a que la única vía de expulsión que queda es por la vía de la expulsión penal del 89 CP. También hay un caso en el que el Fiscal entiende que resulta necesaria la presencia de la imputada en el país, por el tipo de procedimiento y por sus circunstancias familiares (pues tiene una hija a su cargo en España). También encontramos un caso en el que se trata de un delito de los que, en atención a su naturaleza (art. 312 CP), quedan específicamente excluidos. También un caso en que

se entiende que no procede autorizar la expulsión porque es necesaria la presencia del extranjero para testificar en otro procedimiento. Por último, destacamos un caso en el que el fiscal dice que no procede autorización para la expulsión que se solicita porque la expulsión que se pide autorizar no es administrativa sino penal y, por tanto, no es aplicable el 57.7 LOEX.

Si utilizamos la misma estrategia que hemos utilizado al revisar las memorias de la Fiscalía, y comparamos las directrices del Ministerio Fiscal contenidas en las Circulares con los criterios que en la práctica están utilizando los fiscales en los expedientes analizados en nuestra muestra, encontramos,

Tabla 30. Criterios que deben guiar la decisión vs Criterios que los fiscales de nuestra muestra de expedientes están efectivamente valorando

Directrices del Ministerio Fiscal que justifican la continuación del proceso penal	Práctica de los fiscales según memorias FGE
Intereses de los perjudicados No cabe autorizar la expulsión en los supuestos en los que siendo el extranjero solvente y concurriendo perjuicios materiales relevantes, la expulsión pueda frustrar las legítimas expectativas de los perjudicados para obtener la reparación.	Infravalorado: Sólo aparece referenciado 1 vez pese a que hay muchos procedimientos con víctima directa.
Intereses probatorios No cabe autorizar la expulsión cuando la declaración del extranjero resulte relevante para lograr el esclarecimiento de las responsabilidades de otras personas imputadas que deban ser objeto de enjuiciamiento penal	Correctamente valorado: Se alude al criterio y se interpreta igual que en las directrices del MF
Naturaleza del delito cometido No cabe autorizar la expulsión cuando se trate de los delitos tipificados en los arts. 312 (tráfico ilegal de mano de obra) o 318 bis (promoción de la inmigración clandestina) del CP	Correctamente valorado: Se alude al criterio y se interpreta igual que en las directrices del MF
Tipo de pena imponible No cabe autorizar la expulsión si el delito aún no está suficientemente determinado, desconociéndose si la pena que llevará aparejada será privativa de libertad inferior a seis años u otra pena no privativa de libertad	Infravalorado: No aparece referenciado como criterio que se esté teniendo en cuenta en la práctica de los fiscales
Momento procesal No cabe autorizar la expulsión cuando haya comenzado el juicio oral, o si, encontrándose el proceso ya en fase de ejecución, la pena impuesta fuera privativa de libertad	Correctamente valorado: Se alude al criterio y se interpreta igual que en las directrices del MF

<p>Vulneración non bis in ídem No cabe autorizar la expulsión cuando sus fundamentos sean los mismos hechos que han dado lugar al procedimiento penal, pues de otra manera se vulneraría el principio del non bis in ídem.</p>	<p>Erróneamente valorado: Pese a haber varios casos en los que la causa de expulsión deriva de los antecedentes penales ocasionados por el mismo procedimiento sobre el que se solicita la renuncia, la vulneración del principio <i>non bis in ídem</i> no aparece ni siquiera considerada.</p>
<p>Vía administrativa aún abierta No cabe autorizar la expulsión cuando el expediente administrativo de expulsión no haya agotado su tramitación y esté todavía abierta la vía para el recurso.</p>	<p>Infravalorado: No aparece referenciado como criterio que se esté teniendo en cuenta en la práctica de los fiscales</p>
<p>Circunstancias personales del extranjero No procede autorizar la expulsión cuando se den razones de arraigo (si no está justificada la sustitución de la pena por la expulsión, tampoco lo estaría la sustitución del proceso por la expulsión)</p>	<p>Infravalorado: Únicamente aparece referenciado en una ocasión, pese a que la situación de arraigo se da en más de una</p>

Si realizamos la comparación completa, incluyendo la práctica de los fiscales según las memorias de la FGE y la práctica de los fiscales identificada en la muestra de expedientes judiciales analizados, encontramos similitud de pareceres en la mayoría de los criterios, pero disparidad de pareceres en tres criterios:

- i. Momento procesal: que en las memorias se interpretaba de forma diferente a las directrices, pero que en nuestros expedientes se interpreta de forma coherente con ellas mediante la fórmula del “nada opone”.
- ii. Vulneración non bis in ídem: que en las memorias habíamos considerado que estaba infravalorado porque no se mencionaba y que en nuestra muestra hemos visto que, aun dándose casos en los que aparece la vulneración, los fiscales hacen caso omiso.
- iii. Circunstancias personales: que en las directrices se decía que había que prestar atención, pero descartando la consideración de cuestiones vinculadas con el arraigo, que en las memorias del FGE se dice que sí hay que tenerlas en consideración y que en nuestra muestra de expedientes, se ha tenido en cuenta una vez pero podría haber sido tenida en cuenta en más casos de características personales similares.

Tabla 31. Comparación de criterios que justifican la continuación del procedimiento

Directrices del MF que justifican la continuación del proceso penal	Práctica de los fiscales según memorias FGE	Práctica de los fiscales según muestra de expedientes
Intereses de los perjudicados	Infravalorado	Infravalorado
Intereses probatorios	Correctamente valorado	Correctamente valorado
Naturaleza del delito cometido	Correctamente valorado	Correctamente valorado
Tipo de pena imponible	Infravalorado	Infravalorado
Momento procesal	Erróneamente valorado	Correctamente valorado
Vulneración non bis in ídem	Infravalorado	Erróneamente valorado
Vía administrativa aún abierta	Infravalorado	Infravalorado
Circunstancias personales	Erróneamente valorado	Infravalorado

■ Correctamente valorado
 ■ Infravalorado
 ■ Erróneamente valorado

3.6. Sobre la efectiva ejecución de la expulsión judicialmente autorizada

De los 53 casos en que se aceptó la expulsión – ya fuera con la fórmula “se autoriza” o “nada opone” – encontramos 6 casos en los que la Brigada de Extranjería no había comunicado al juzgado si había podido proceder a materializar la expulsión o no. De los 47 casos restantes, encontramos que se confirmó la efectiva expulsión en 31 casos, lo que representa el 59% del total de expulsiones autorizadas. En tres casos la Brigada de Extranjería informó de un incumplimiento posterior de la prohibición de entrada y en 10 casos que no había podido llegar a materializar la expulsión. Destacamos un caso en el que se informó de la expulsión a pesar de que la resolución judicial no la había autorizado.

Tabla 32. Distribución de los casos en los que se aceptó la expulsión según materialización posterior de la misma.

Estado de la expulsión	Se autoriza	Nada opone	No procede	Total
Ejecutada	13	13	1	31
Ejecutada con anterioridad a la resolución judicial	0	1	0	
Ejecutada con posterior incumplimiento de prohibición de entrada	1	2	0	
No se ha podido ejecutar	8	2	0	10
Se desconoce	6	0	0	6
Total	28	18	1	47

Entre los motivos identificados para explicar por qué no se ha podido materializar la expulsión, las Brigadas hacen referencia fundamentalmente a la imposibilidad de documentar al extranjero en el periodo legal de internamiento, por lo que solicitan se deje sin efecto la autorización (5 casos). En dos ocasiones el extranjero mostró fuerte resistencia en el momento de ir a ser embarcado, por lo que el comandante de la aeronave negó su embarque (2 casos). En una ocasión el extranjero solicitó asilo el día anterior al previsto para la expulsión por lo que fue cancelada (1 caso). En una ocasión el extranjero no pudo ser expulsado por encontrarse en paradero desconocido (1 caso) y en otra no se pudo materializar la expulsión porque el extranjero aparecía encartado en otra causa penal nueva por la que se requería su presencia en España (1 caso).

3.7. Sobre la reactivación del procedimiento ante la imposibilidad de materializar la expulsión

En aquellos casos en que se produce la imposibilidad de materializar la expulsión, el procedimiento penal debe continuar. Sintetizamos en la siguiente tabla cómo continuó cada uno de esos procedimientos y añadimos uno más en el que se reactiva el procedimiento penal cuando el extranjero es identificado contraviniendo la prohibición de entrada. Recordamos que en estos casos, la directriz del Ministerio Fiscal es no reactivar el procedimiento, sino simplemente proceder a la devolución por la autoridad aduana, cosa que sí sucedió en los otros dos casos informados de contravención de la prohibición de entrada, pero no en este.

Tabla 33. Formas de continuación del procedimiento penal en aquellos casos en que no es posible materializar la expulsión.

Por qué no se materializó la expulsión	Continuación del procedimiento penal	Estado de la causa en el momento del análisis
1. Por estar el extranjero en paradero desconocido	Se reactiva el procedimiento que había quedado paralizado tras habersele sustituido una pena de prisión por multa. El juzgado emite oficio acordando revocar la sustitución puesto que no ha abonado la totalidad de la cuantía impuesta. Después de varios meses intentando localizarlo para notificarle la revocación, el penado	ARCHIVO DEFINITIVO POR CUMPLIMIENTO DE CONDENA

	reaparece y paga lo que debía, con lo que se da por terminado el procedimiento y se archiva definitivamente.	
2. Se le había expulsado pero ha contravenido la prohibición de entrada	Al ser hallado de nuevo en España se le cita a juicio oral y se le condena a 1 año y 6 meses de prisión que se suspende bajo el compromiso de pagar la responsabilidad civil. Está en requisitoria por no pago de la misma	ARCHIVO DEFINITIVO POR CUMPLIMIENTO DE CONDENA
3. Por haber opuesto fuerte resistencia cuando iba a ser embarcado	Se reactiva el procedimiento que había quedado paralizado en la fase de instrucción. Se acuerda apertura del juicio oral sin éxito para notificar al extranjero. Unos meses después se declaran prescritos los hechos.	ARCHIVO DEFINITIVO POR PRESCRIPCIÓN DEL DELITO
4. Por haberse negado a volar oponiendo fuerte resistencia	No constando paradero de la acusada se hace requisitoria de averiguación de domicilio y paradero. Un año después el juzgado declara prescritas las actuaciones, archivando definitivamente el caso y dejando sin efecto la requisitoria de averiguación.	ARCHIVO DEFINITIVO POR PRESCRIPCIÓN DEL DELITO
5. Por haber solicitado asilo	Se reactiva el procedimiento que había quedado paralizado en la fase de apertura del juicio oral y se celebra el juicio con sentencia condenatoria. No se le puede notificar la sentencia porque el extranjero se encuentra en paradero desconocido y se acuerda el archivo provisional	ARCHIVO PROVISIONAL CON EXTRANJERO EN PARADERO DESCONOCIDO
6. Por no poderse documentar en el periodo legal de internamiento	Se acuerda reapertura del procedimiento que había quedado paralizado en la fase de apertura de juicio oral. No constando paradero del acusado para notificarle, se hace requisitoria de averiguación de domicilio. Meses después se le localiza pero se declara prescrita la falta	ARCHIVO DEFINITIVO POR PRESCRIPCIÓN DEL DELITO
7. Por no poderse documentar en el periodo legal de internamiento.	Se reactiva el procedimiento que había quedado paralizado en la fase de instrucción. Se celebra vista oral y se le condena por una falta de hurto a la pena de multa que consta pagada.	ARCHIVO DEFINITIVO POR CUMPLIMIENTO DE CONDENA
8. Por no poderse documentar en el periodo legal de internamiento.	Se acuerda la reapertura del procedimiento con requisitoria de averiguación de domicilio y paradero	CAUSA ABIERTA CON SUJETO EN PARADERO DESCONOCIDO



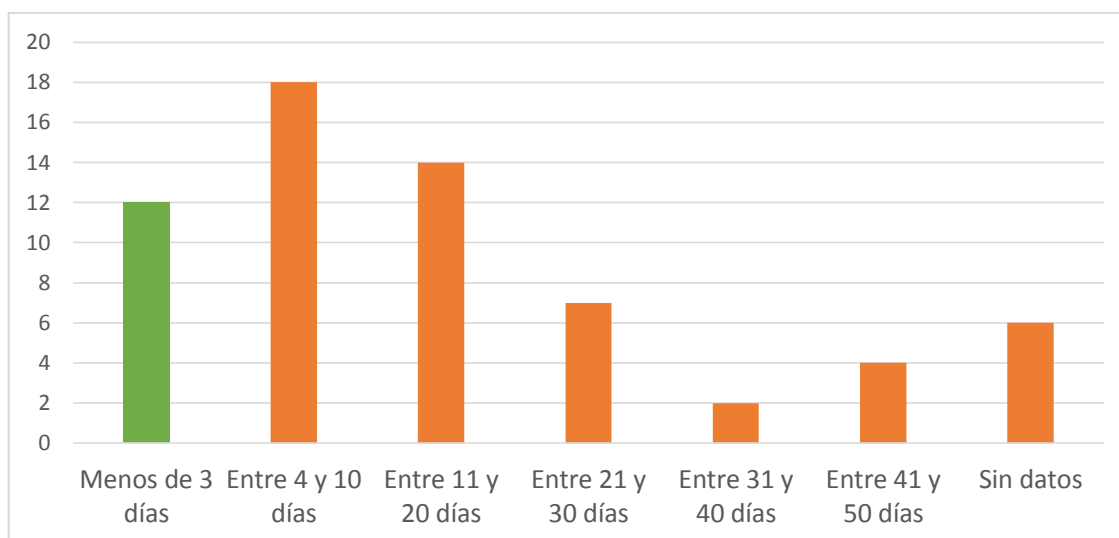
9. Por no poderse documentar en el periodo legal de internamiento.	Se reactiva el procedimiento que había quedado paralizado tras haber sido condenado a 6 meses de TBC. Se oficia al servicio de ejecución de penas para que procedan a la ejecución. Un mes después informan que ha cumplido todas las jornadas. ¿Cómo es posible que haya cumplido todas las jornadas en un mes?	ARCHIVO DEFINITIVO POR CUMPLIMIENTO DE CONDENA
10. Por no poderse documentar en el periodo legal de internamiento	Se reactiva el procedimiento que había quedado paralizado en la fase de apertura del juicio oral. Se celebra el juicio y se le condena a una multa. Tras constar pagada, se archiva definitivamente el caso.	ARCHIVO DEFINITIVO POR CUMPLIMIENTO DE CONDENA

Como se observa en la tabla, ocho de los diez casos se encontraban en archivo definitivo en el momento de nuestro trabajo de campo y dos estaban paralizados (uno con archivo provisional, otro no) a causa del paradero desconocido del extranjero. De los que estaban en archivo definitivo, cinco lo estaban por haberse cumplido la pena y tres por haber prescrito el delito.

3.8. Sobre el plazo máximo de tres días que el 57.7 LOEX concede al juez para resolver

Recordamos que el art. 57.7 LOEX establece que el juez, en el tiempo más breve posible, y en todo caso no superior a tres días, autorizará salvo que aprecie circunstancias excepcionales que justifiquen la continuación del procedimiento. El análisis de los expedientes judiciales revela que únicamente en 12 ocasiones ese plazo se respetó. Es decir, que en el 81% de los casos jueces y fiscales están excediéndose del plazo establecido.

Gráfico 31. Distribución de los casos en función del tiempo que se tardó en resolver sobre la solicitud de autorización recibida



3.9. Recursos presentados por la defensa contra las resoluciones judiciales sobre la autorización de la expulsión del 57.7 LOEX

En la mitad de los casos encontramos recursos de los abogados defensores contra las resoluciones judiciales que autorizan la expulsión, pero lo hacen alegando causas de arraigo social y/o laboral del extranjero como forma de justificar la permanencia del extranjero en el país. En estos casos, los jueces aclaran a los abogados que en estos casos no son ellos los que han decidido la expulsión, sino que ha sido tramitada por la vía administrativa y que, por tanto, la jurisdicción contencioso-administrativa es la que tiene la competencia para resolver ese tipo de recursos sobre las causas de la expulsión.

Únicamente encontramos un recurso - de reforma y subsidiario de apelación - presentado frente al auto de autorización judicial de la expulsión en el que el abogado de la defensa denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al haber sido acordada la autorización sin audiencia previa al extranjero, lo que se entiende vulnera el art. 24 CE. A lo que el juzgado responde que, “evidentemente, no cabe la autorización de expulsión del art. 57.7 LOEX, puesto que dicho precepto sólo es aplicable a los ciudadanos imputados o procesados en un procedimiento penal en su resolución y el extranjero no tiene dicha condición al haber sido condenado en virtud de sentencia firme”. Y aclara que en su resolución se limitó a informar que “nada oponía el presente procedimiento a la expulsión, si administrativamente resultaba procedente, dado que le han sido

concedidos los beneficios de suspensión de condena” y que, en tanto la pena ha sido suspendida y por lo tanto no está pendiente de ejecutar, no hay ningún inconveniente que pueda derivarse del presente procedimiento. Así, concluye que, al no tratarse propiamente de una autorización de expulsión, no requiere ninguna audiencia previa del penado.

De aquí nos surge la duda de qué ocurre cuando la suspensión de la pena se ha condicionado al cumplimiento de alguna de las reglas de conducta previstas en el art. 83 CP como la realización de programas de reinserción o trabajos en beneficio de la comunidad.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Por lo que respecta a la naturaleza del delito, hemos destacado que se observan muchas tipologías de delito, siendo las mayoritarias las relativas a delitos contra el patrimonio y a delitos contra la seguridad vial, seguidos de la falsedad documental. La naturaleza del delito no es utilizada por jueces ni fiscales para justificar su decisión, salvo cuando se trata de alguno de los delitos expresamente descartado por la ley (art. 312). Tampoco lo es la gravedad de la pena imponible, pese a que solo el 13% de los casos correspondían con delitos leves, limitándose jueces y fiscales a comprobar tácitamente que se cumple el límite de los 6 años de prisión que marca la ley.

Por lo que respecta a las características de los extranjeros para cuya expulsión se pide la autorización judicial, hemos encontrado que el perfil mayoritario es el de hombre (89%), menor de 40 años (70%), procedente de África (51%) o Latinoamérica (38%), que en el momento de los hechos se encontraba en situación irregular (43%). Ahora bien, también hemos encontrado un porcentaje importante de extranjeros que se encontraban en situación administrativa regular (27%) en el momento de los hechos y que la irregularidad les ha venido durante el procedimiento penal. No obstante, en un número importante de casos no hemos podido identificar el momento en que se produce la irregularidad.

También ha resultado interesante comprobar que la mitad de los extranjeros no tenían antecedentes penales previos (48%), lo que desmonta la imagen del extranjero peligroso que ha encontrado en la delincuencia su forma de vida en España contra el que el Estado debe actuar.

Por lo que respecta al motivo por el que se incoa el expediente administrativo de expulsión, hemos encontrado que en la mayoría de los extranjeros es la estancia irregular (57%), seguido de la existencia de antecedentes penales (19%), habiendo llamado la atención en este punto sobre el hecho de que, a menudo, el procedimiento que da lugar a los antecedentes penales es el mismo que obstaculiza la expulsión cuya autorización se solicita. También hemos indicado que hemos sido incapaces de identificar el motivo de la expulsión administrativa acordada en un 17% de los casos, bien por no haber encontrado copia de la orden de expulsión en el expediente judicial, bien porque la copia de la orden de expulsión era ilegible.

Por lo que respecta al momento procesal en el que llega la solicitud, en nuestro análisis hemos encontrado que en el 70% de los casos la solicitud de autorización llega una vez que ya hay sentencia, lo que resulta especialmente relevante dado que la previsión legal establece que una vez se haya acordado la apertura del proceso penal ya no se podrá autorizar por la vía del 57.7 LOEX porque el sujeto ya no es imputado ni investigado sino penado. Pese a ello, la fórmula diseñada por el Ministerio Fiscal en sus circulares para salvar este problema está siendo aplicada por los fiscales al especificar en estos casos que “nada opone” el procedimiento penal a la expulsión si ésta resulta administrativamente procedente.

Por lo que respecta al tipo de resoluciones adoptadas, hemos encontrado, tal como era esperable, que los casos en que jueces y fiscales consideran que no procede la expulsión son una minoría (sólo en el 14% de los casos estudiados) y que, por tanto, la postura generalizada es la autorización. No obstante, hemos destacado que no existe un criterio común entre jueces y fiscales a la hora de concretar la fórmula lingüística que se utiliza para autorizar la expulsión, usándose

por parte de los jueces las fórmulas “conforme, se autoriza o nada opone” indiscriminadamente, mientras que los fiscales usan las fórmulas lingüísticas “conforme” o “nada opone” en supuestos mejor tasados. De ahí que, a la hora de analizar las motivaciones que hay detrás de las decisiones, nos hayamos decantado por el análisis de los informes de los fiscales en lugar de las resoluciones de los jueces.

En relación a los criterios utilizados para motivar sus decisiones, hemos encontrado que la postura generalizada es no motivar en el caso de las autorizaciones expresas, salvo que la aplicabilidad del 57.7 LOEX sea valorada al mismo tiempo que la medida cautelar de internamiento en CIE, en cuyo caso sí suele hacerse referencia a la ausencia de arraigo del extranjero en cuestión. Por lo que respecta a los casos en que “nada opone la expulsión” encontramos que esta es la postura cuando la sentencia fue absolutoria, cuando ha prescrito el delito o la pena o cuando la causa había sido previamente sobreseída por alguna causa, algo que nos parece coherente. Sin embargo, lo más habitual entre los casos en que se entiende que “nada opone la expulsión” son los supuestos en que la pena impuesta no es privativa de libertad o, siéndolo, está suspendida, motivo por el que hemos cuestionado que el cumplimiento de ese tipo de penas (o de posibles reglas de conducta impuestas como condición a la suspensión) no tengan valor alguno en la ponderación de los intereses que los operadores jurídicos deben realizar.

Hemos destacado un caso en el que se entiende que nada opone la expulsión puesto que el extranjero ya había sido expulsado y había quebrantado la prohibición de entrada, lo que hemos valorado es contrario a la postura del Ministerio Fiscal que entiende que en estos casos lo que procede no es ni la autorización de la expulsión administrativa ni la continuación del procedimiento, sino la simple devolución del extranjero.

Por su parte, en los casos en que “no procede la expulsión” hemos encontrado mayoritariamente casos de penados a prisión en sentencia firme, en cuyo caso suele hacerse referencia a que la única vía de expulsión que queda es por la vía

de la expulsión penal del 89 CP. También hay un caso en el que el fiscal entendió que resultaba necesaria la presencia de la imputada en el país por sus circunstancias familiares al tener una hija a su cargo en España, lo que no hemos logrado entender en este caso es por qué la existencia de esa hija no fue tomada en cuenta en la vía administrativa al acordar la expulsión. También encontramos un caso en el que se trata de un delito de los que, en atención a su naturaleza (art. 312 CP) quedan específicamente excluidos. Un caso en que se entiende que no procede autorizar la expulsión en atención a intereses probatorios en juego. También hemos detectado un caso en el que la expulsión cuya autorización se solicitaba no era administrativa sino penal. Y si bien, hemos indicado que estos criterios son coherentes con las directrices del Ministerio Fiscal hemos llamado la atención sobre la ausencia de alguna alusión a los intereses de los perjudicados como causa para justificar la denegación de la autorización, especialmente porque como veremos más adelante, la mitad de los delitos tuvieron una víctima concreta.

Respecto a la efectiva materialización de las expulsiones autorizadas, hemos encontrado que de los 53 casos en que se aceptó la expulsión – ya fuera con la fórmula “se autoriza” o “nada opone” – en un 11% de casos la Brigada no había comunicado al juzgado si había podido proceder a materializar la expulsión o no, en un 59 % de casos sí se confirmó la efectiva expulsión y en un 19% de casos la Brigada informó que no había podido llegar a materializar la expulsión. Siendo la imposibilidad de documentar al extranjero en el periodo legal de internamiento y la resistencia a subir en el avión en el momento del embarque, los dos principales motivos que explican por qué no se pudo materializar la expulsión. Asimismo, hemos destacado la existencia de un caso en el que se informó de la efectiva expulsión a pesar de que la resolución judicial no la había autorizado

Por lo que respecta a la continuación del procedimiento penal en aquellos casos en que no se pudo materializar la expulsión, hemos encontrado que el procedimiento se reactivó en todos los casos, pero solo cinco habían sido archivados definitivamente por cumplimiento de condena en el momento de nuestro trabajo de campo, mientras que otros tres habían sido archivados por

prescripción del delito y dos seguían abiertos pero con el extranjero en paradero desconocido.

Y finalmente, por lo que respecta a los plazos que utilizan jueces y fiscales para resolver sobre la aplicación del 57.7 LOEX hemos destacado que únicamente en el 19% de los casos se respeta el plazo de tres días que marca la ley, en todos los demás casos se supera ese plazo, que incluso puede superar los 40 días.

A pesar de todas estas incidencias, los abogados de los extranjeros están presentando recursos ante el juez que nada tienen que ver con la aplicación del 57.7 LOEX, sino con la orden de expulsión administrativa, confundiendo quién es el juez competente para conocer de una u otra cosa, lo que revela la necesidad de que este colectivo profesional cuente con una mejor formación sobre cuáles son los elementos normativos que hay detrás de esta figura legal. También hemos llamado la atención sobre el hecho de que sólo en un caso un abogado presentó un recurso por no haberse dado audiencia al extranjero antes de decidir sobre la autorización de la expulsión, pero el juez consideró que la ausencia de audiencia al extranjero no supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si la resolución judicial únicamente se limita a decir que “nada opone” el procedimiento a la expulsión, pues en tal caso, no se trata propiamente de una autorización de expulsión.

CAPÍTULO 6

LA EFICACIA DE LA RENUNCIA PENAL EN FAVOR DE LA EXPULSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Si en el capítulo anterior focalizamos nuestra atención en el análisis de la implementación de la previsión normativa contenida en el art. 57.7 LOEX, esto es, en analizar cómo se activan en la práctica los mecanismos destinados a la renuncia del proceso penal en el caso de extranjeros administrativamente expulsables, en este capítulo nos interesa centrarnos en evaluar si esa renuncia está siendo eficaz para el logro de los objetivos para los que ha sido diseñada esta previsión normativa.

La necesidad de evaluar la eficacia de las leyes, esto es, de verificar los efectos que producen y confrontarlos con los objetivos pretendidos, y de sacar las consecuencias pertinentes para futuras decisiones políticas, es una buena práctica de política legislativa que, reclamada por la doctrina insistentemente, se abre paso en nuestro ordenamiento jurídico (Díez-Ripollés, 2003; Becerra Muñoz, 2013; Díez Ripollés, Cerezo- Domínguez, Benítez-Jiménez, 2017).

Hoy día, en cualquier ámbito de las ciencias sociales, de la salud, educativas o del comportamiento, se acepta una corriente científica denominada "práctica basada en la evidencia" que propugna la necesidad de que las intervenciones y programas que se diseñan y aplican en la práctica deben estar fundamentados en los resultados de eficacia de los estudios valorativos. En el ámbito de la delincuencia y de la reacción social ante ella, corresponde a la Criminología buscar esta evidencia a partir del estudio riguroso de los programas y políticas en uso para asesorar sobre cuáles son los más eficaces para alcanzar los fines asignados (Sherman et. al. 1998). Las directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia, de hecho, incluyen entre sus principios básicos la importancia de contar con una base de conocimientos, lo que implica que las estrategias, políticas y programas deben basarse en datos contrastados sobre los problemas de la delincuencia, sus causas y las prácticas que hayan resultado eficaces (UNDOC, 2011).

Pero además, la evaluación del 57.7 LOEX resulta fundamental para analizar su capacidad de alcanzar los fines de interés público, distintos al principio de legalidad, que fundamentan el no ejercicio de la acción penal.

Parece claro que el objetivo principal que persigue el legislador con la renuncia penal prevista en el 57.7 LOEX es evitar que la circunstancia de hallarse el extranjero imputado en un proceso penal, tratándose de delitos menos graves, impida la ejecución de la sanción de expulsión que, en su caso, le hubiere sido impuesta en el correspondiente expediente administrativo (García Tomé, 2015). Ahora bien, como dijimos cuando abordamos el encaje del 57.7 LOEX en el marco del principio de legalidad, parece coherente exigir al juez penal que su renuncia al *ius puniendi* no se fundamente en el mero interés de expulsar al extranjero irregular (propio de la jurisdicción administrativa) , sino en elementos de interés público propios de la jurisdicción penal. Aceptar que la renuncia al proceso penal se basa en el mero interés estatal en expulsar al extranjero “no deseado”, implica dotar a la jurisdicción penal de funciones que no le son propias (Pérez-Pérez, 1994, Navarro Cardoso, 2006; Monclús Mansó, 2008, Rodríguez Yagüe, 2012; García-España, 2018). Por lo que se reivindica la necesidad de que concurren otras causas de justicia material que permitan valorar qué tipo de respuesta penal – continuación o renuncia – puede resultar más adecuada en atención a los fundamentos del derecho penal y a las circunstancias concretas de cada caso.

Recordamos que, de acuerdo con la revisión realizada en el capítulo 3, los objetivos que el Ministerio Fiscal ha vinculado con dicho interés han sido concretados en tres circulares diferentes que se han sucedido en el tiempo. En los siguientes apartados, abordamos la eficacia que el 57.7 puede tener para alcanzar cada uno de ellos:

- 1) Prevenir la delincuencia de extranjeros que puedan buscar en la comisión de delitos una forma de garantizar su estancia en el país,
- 2) Calmar a la ciudadanía ante su sorpresa y desasosiego por el hecho de que sea más difícil expulsar a extranjeros que además de estar en situación irregular son también responsables de la comisión de delitos y

- 3) Congeniar los intereses del Estado relacionados con la política de extranjería y los propios del derecho penal.

2. EFICACIA DISUASORIA DE LA RENUNCIA AL PROCEDIMIENTO PENAL

La primera alusión a los fundamentos del art. 57.7 LOEX la encontramos en la Circular 1/1994, sobre intervención del Ministerio Fiscal, emitida aún durante la vigencia de la LOEX de 1985. Como ya dijimos en el capítulo 3, en ella se alertaba de la paradoja que suponía el hecho de que en ocasiones resultara más fácil expulsar al extranjero que simplemente se encontrara en situación ilegal en nuestro país que a aquél otro que, además de estar en situación ilegal, apareciera como presunto responsable de un delito. Hecho que, según recogía la Circular, promovía la comisión de delitos por parte de extranjeros que buscaban garantizar su estancia en el país. Por ese motivo se declaraba conveniente y acorde con los intereses que el Ministerio Fiscal ha de tutelar, promover activamente la autorización por los jueces de la expulsión de este tipo de extranjeros.

Sin embargo, como también recogimos en el capítulo 3, la doctrina ha apuntado el riesgo de que esta renuncia tenga el efecto contrario y que incremente la comisión de delitos menos graves por parte de los extranjeros sancionados con expulsión gubernativa ante la convicción de estos últimos de que no van a tener que cumplir la pena que, en su caso, se les pueda imponer por la comisión de los citados delitos, sino que simplemente se procederá a la ejecución de la expulsión ya acordada. Es decir, nada que perder (Del Rio Fernández, 1998, García Tomé, 2015).

Para valorar la eficacia preventivo-general o disuasoria del art. 57.7 LOEX y valorar cuál de las dos posturas puede tener mayor apoyo empírico, si la del Ministerio Fiscal o la de la doctrina, creemos necesario analizar varios aspectos: en primer lugar, cómo encaja el perfil de extranjeros sobre el que recae en la práctica el art. 57.7 LOEX con el perfil de extranjero al que se refiere la circular, en segundo lugar, si la renuncia al procedimiento penal en favor de la expulsión administrativa puede tener, desde el punto de vista teórico, efectos disuasorios

que prevengan la delincuencia de los extranjeros en situación irregular y, en tercer lugar, si los extranjeros conocen la posibilidad que ofrece la legislación de renunciar al procedimiento penal para no obstaculizar una expulsión administrativa pendiente de ejecución, pues sin ese conocimiento, difícilmente se podrá hablar de eficacia disuasoria.

2.1. ¿Encaja el perfil de extranjeros sobre el que recae en la práctica el 57.7 LOEX con el perfil de extranjero al que se refiere la circular?

Como explicamos al analizar las características de los extranjeros incurso en procedimientos penales de nuestra muestra, el 27% de ellos se encontraban en situación regular en el momento de los hechos, por lo que la situación de irregularidad y la consiguiente iniciación del expediente de expulsión se produjo durante la tramitación misma del proceso penal. Así, respecto de esos extranjeros en situación regular en el momento del delito hemos de aceptar que la delincuencia no fue resultado de una decisión racional para obstaculizar su expulsión.

A pesar de ello, la postura del Ministerio Fiscal a la hora de optar entre la renuncia o la continuación respecto de ese tipo de extranjeros no difiere de la mostrada con los extranjeros que sí se encontraban en situación irregular en el momento de los hechos, habiéndose posicionado conforme a la expulsión (ya sea con la fórmula “se autoriza” o “nada opone”) en el 88% de los casos tanto para unos como para otros.

Tabla 34. Distribución (%) de las resoluciones según situación administrativa del extranjero en el momento de la comisión del delito

	Renuncia al procedimiento	Continuación del procedimiento	Total
Regular	88,3	11,7	100
Irregular	88,9	11,1	100
No consta	83,4	16,6	100
Total	85,7	14,3	100

Fuente: elaboración propia

2.2. ¿La renuncia al procedimiento penal en favor de la expulsión administrativa puede tener efectos disuasorios que prevengan la delincuencia de los extranjeros en situación irregular?

La teoría de la disuasión (o prevención general) parte de que la amenaza de un mal produce un efecto intimidatorio, que influye en la decisión de cometer o no el comportamiento al que se vincula la producción de ese mal. (Beccaria, 2003) La influencia de la intimidación en la decisión de actuar de una u otra manera se vinculan a una concepción del comportamiento humano como una decisión racional, basada en la consideración de la utilidad de sus consecuencias: pros y contras, coste y beneficio y, más concretamente, en el hecho de que los beneficios vinculados a la realización de la conducta son superiores a los costes que amenazan con producirse (Paternoster, 2010; Medina Ariza, 2011; Cardenal Montraveta, 2015).

Si la premisa principal de la que parte la teoría de la disuasión es que la pena prevista por el ordenamiento jurídico es uno de los costes asociados a la comisión del delito y que la amenaza de su imposición despliega un efecto intimidatorio que influye en la decisión de cometerlo o no (Von Hirsch et. al., 1999), entonces, la renuncia al procedimiento penal que regula el art. 57.7 LOEX supone disminuir la severidad de las consecuencias con las que se amenaza y, por tanto, su eficacia disuasoria sería menor que si se optase por continuar con el procedimiento penal.

De hecho, para el extranjero en situación irregular que comete un delito, el mal de ser expulsado por la vía del art. 57.7 LOEX es claramente menor que el mal de ser condenado, y no sólo por la aplicación de la pena, sino porque considerando las otras dos vías con que cuenta nuestro sistema para expulsar a los extranjeros que cometen delitos – sustitución del pena por la expulsión del art. 89 CP y expulsión administrativa por tener antecedentes penales del art. 57.2 LOEX – al extranjero condenado le seguirá probablemente también la expulsión, sea durante la ejecución de la pena o al terminar de cumplirla. Así pues, la consecuencia de ser condenado es, en realidad, doblemente gravosa para el extranjero y, por tanto, la amenaza de la condena tiene teóricamente mayor peso

disuasorio que la renuncia a ella. Es por ello que debemos calificar de incoherente la premisa del Ministerio Fiscal en su circular de 1994.

No obstante, si pensamos en la renuncia al procedimiento penal como respuesta del ordenamiento jurídico y analizamos la eficacia disuasoria que puede tener en sí misma, en lugar de en comparación con la potencial pena imponible, debemos tener en consideración algunas evidencias empíricas que la literatura sobre disuasión ha puesto de manifiesto.

Por un lado, para evaluar el efecto disuasorio de las penas la investigación empírica ha destacado que no solamente es importante valorar los costes directos de la sanción formal (la pena), sino también los costes indirectos o extralegales que se le asocian. Y aunque la literatura se ha referido, fundamentalmente, al estigma de la detención, a los costes en términos de relaciones sociales y a los costes en términos de su implicación en oportunidades vitales (Nagin y Pogarsky, 2004), creemos que la renuncia al procedimiento penal del 57.7 LOEX en favor de la expulsión podría considerarse también como coste indirecto, en el sentido de que al entrar en contacto con el sistema penal por la comisión de un delito pudiera activarse la maquinaria migratoria que podía estar inactiva o paralizada.

Por otra parte, para evaluar el efecto disuasorio de las penas, la literatura también ha destacado la necesidad de distinguir entre la disuasión general inicial, referida a los efectos asociados al establecimiento original de la prohibición de la conducta y su penalización, y la disuasión general marginal, referida a los efectos asociados a cambios, bien en la certeza del castigo, bien en su severidad (Von Hirsch et. al. 1990, Medina Ariza, 2011).

Respecto de la disuasión general inicial, Von Hirsch y sus colaboradores indican que no hay duda de que podemos hablar de efectos disuasorios. Sin embargo, respecto de la disuasión marginal, se ha encontrado poca evidencia que sugiera que incrementar la severidad de las sanciones penales tenga un efecto disuasorio que merezca la pena. Una explicación posible es que los sujetos con

mayor motivación para delinquir generalmente no toman en consideración la penalidad futura asociada con su comportamiento, al ser considerada como un evento distante y/o quizá poco probable. Sin embargo, sí existe evidencia sustantiva que sugiere que aumentos en la certeza producen un efecto disuasorio considerable (Bushway y Paternoster, 2009; Medina Ariza, 2011).

En nuestra opinión, la renuncia al procedimiento penal prevista en el art. 57.7 LOEX se vincularía con esa disuasión marginal, pues no se trata de la tipificación de un nuevo tipo penal, sino de cambios en la forma en que se responde a una determinada conducta tipificada cuando quien la comete es un extranjero administrativamente expulsable. En concreto, se disminuye la severidad, en tanto que el castigo puede desaparecer cuando se cumplan los requisitos previstos en el art. 57.7 LOEX, y disminuye la certeza, pues en realidad el extranjero desconoce si el derecho penal responderá a su comportamiento delictivo o renunciará a responder.

Además, la literatura sobre disuasión ha identificado varios prerequisites para poder hablar de efectos disuasorios marginales (Von Hirsch et. al. 1999; Nagin et. al. 2004, Medina Ariza, 2011):

- i. El público debe ser consciente de que la probabilidad de ser descubierto o la severidad de la sanción ha cambiado. Sin embargo, los resultados de reiteradas investigaciones empíricas han demostrado que la población no suele conocer estas variaciones. De ahí que se destaque la importancia de que los cambios político criminales sean comunicados de forma efectiva a la audiencia adecuada.
- ii. El público debe tomar en consideración los cambios de certeza o severidad a la hora de decidir si van a cometer un delito o no. Si la impulsividad, las emociones, la presión de los iguales o las circunstancias juegan un papel fundamental en la comisión de delitos, o si los delincuentes actúan bajo la influencia de drogas o alcohol cualquier consideración sobre posibles costos será atenuada.
- iii. El público debe creer que existe un riesgo real de que van a ser descubiertos y detenidos. Por eso, si los delincuentes en potencia piensan

que este riesgo es mínimo o muy pequeño, no importa lo severo que sea el castigo, que la respuesta penal no tendrá un efecto disuasorio.

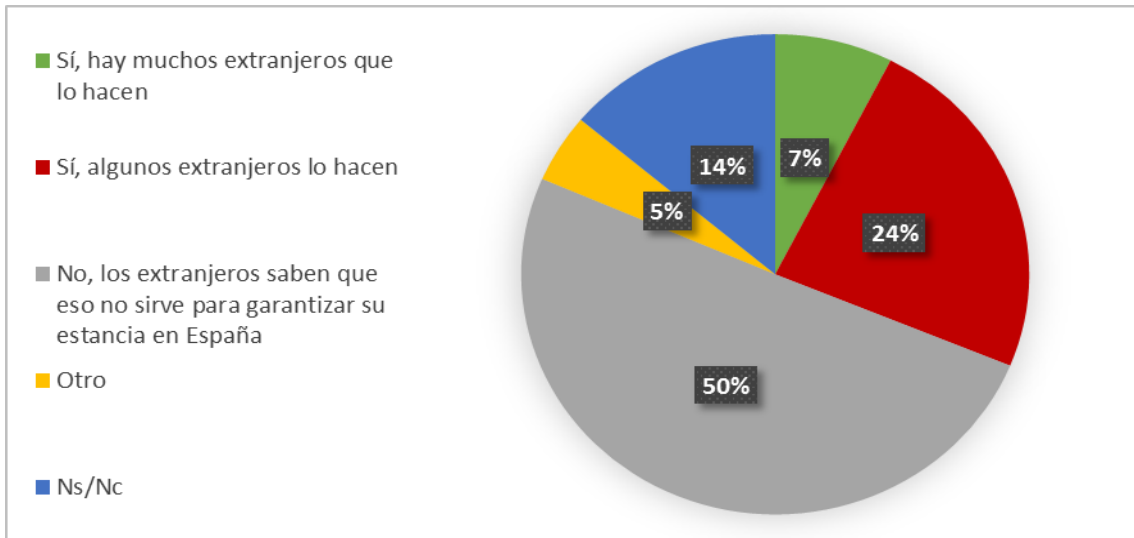
De estas evidencias nos surge una nueva pregunta que creemos pertinente abordar para evaluar la eficacia disuasoria del art. 57.7 LOEX y que es abordada a continuación.

2.3. ¿Conocen los extranjeros la posibilidad que ofrece la legislación de renunciar al procedimiento penal para no obstaculizar una expulsión administrativa pendiente de ejecución?

Tal como explicamos en el apartado de metodología del primer capítulo, para analizar el conocimiento que tienen los extranjeros sobre el sistema penal y, en particular, sobre las vías para la expulsión de extranjeros que han cometido delitos, trabajaremos los datos de algunas de las preguntas contenidas en el cuestionario del proyecto de investigación SEJ1489 “Delincuencia de inmigrantes asentados” que tenía como objetivo principal conocer las relaciones de la población inmigrante asentada en Málaga con el delito (bien como autor, o bien como víctima) y con el sistema de control penal. Recordamos que la muestra (n=173) estuvo formada por extranjeros residentes en la ciudad de Málaga y por extranjeros internados en la prisión de Alhaurín de la Torre.

Para comprobar el conocimiento que tienen los extranjeros respecto a la posibilidad que ofrece el art. 57.7 LOEX preguntamos a una muestra de extranjeros su opinión sobre la pregunta “¿los extranjeros sin papeles cometen delitos para entrar en prisión y no poder ser expulsados de España?”.

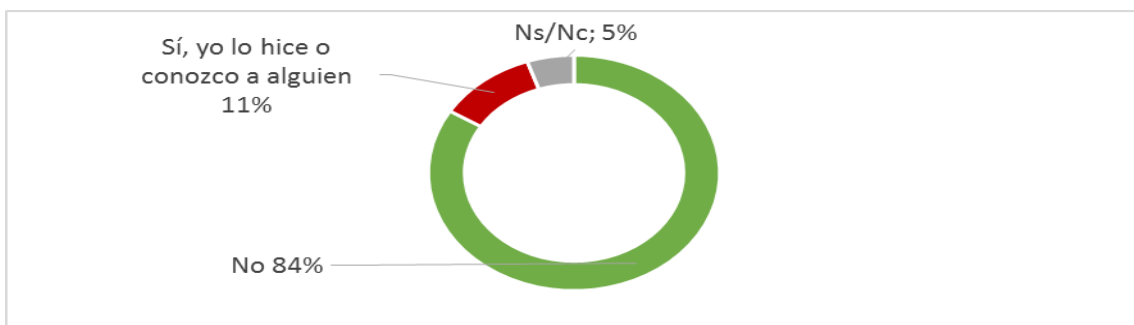
Gráfico 32. ¿Qué opina de la siguiente afirmación? "Los extranjeros sin papeles cometen delitos para entrar en prisión y no poder ser expulsados de España"



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del proyecto SEJ1489

Como se observa en el gráfico, los datos obtenidos muestran que la mitad de los encuestados opina que los extranjeros saben que delinquir no sirve para garantizar la estancia en España (50%). Sin embargo, un cuarto de los encuestados (24%) cree que algunos extranjeros sí delinquen con ese objetivo y un 7% cree, de hecho, que son muchos los extranjeros que delinquen con esa intención. Es un porcentaje pequeño, pero para ellos pudiera resultar especialmente interesante pensar en mecanismos focalizados para comunicar de forma más efectiva el funcionamiento de la legislación. No obstante, cuando les preguntamos si conocen a alguien que haya delinquido como excusa para no poder ser expulsado, sólo un 11% afirma conocer a alguien que haya delinquido con tal intención.

Gráfico 33. ¿Conoce a alguien que haya delinquido como excusa para no poder ser expulsado?



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del proyecto SEJ1489

Al combinar ambas preguntas, es especialmente interesante observar que solo el 20% de quienes habían dicho que algunos o muchos extranjeros delinquen para no poder ser expulsados, dicen conocer a alguien que lo haya hecho, lo que en números absolutos equivale solo a 11 personas del total de la muestra (N=173).

Tabla 35. ¿Conoce a algún extranjero que haya delinquido como excusa para no poder ser expulsado?

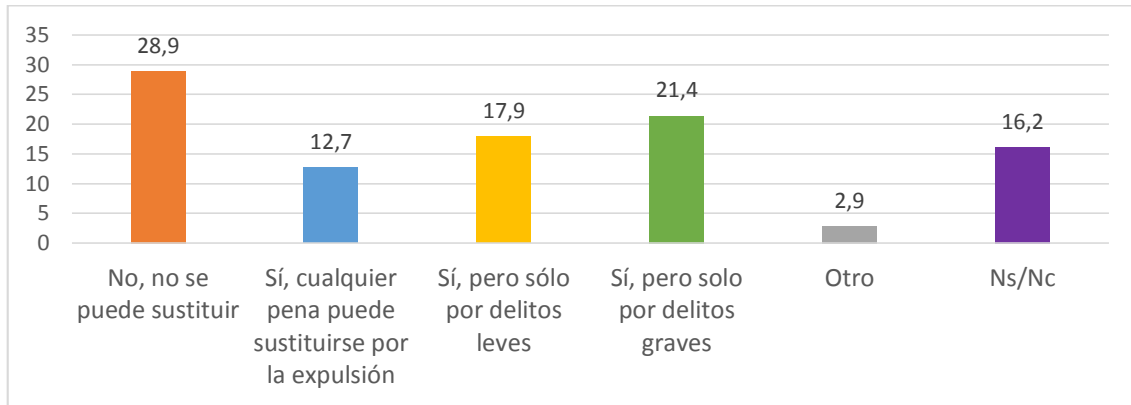
	¿Conoce a algún extranjero que lo haya hecho?				Total
	No	Yo lo hice o conozco a alguien	Ns/Nc		
¿Qué opina de la siguiente afirmación? "Los extranjeros sin papeles cometen delitos para entrar en prisión y no ser expulsados de España"	Sí, hay muchos extranjeros que lo hacen	7	6	0	13
	Sí, algunos extranjeros lo hacen	36	5	0	41
	No, los extranjeros saben que eso no sirve para garantizar su estancia en España	79	6	3	87
	Otro	6	2	0	8
	Ns/Nc	17	1	6	24
	Total	145	20	9	173

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del proyecto SEJ1489

En general, creemos que estos resultados confirman la hipótesis de que los extranjeros no conocen bien el funcionamiento del sistema penal que afecta específicamente a su colectivo. Prueba de ello son también otras dos preguntas que formulamos en nuestro cuestionario para saber si conocen la posibilidad que ofrece la legislación de sustituir la pena por la expulsión (art. 89 CP) o de expulsar a quien tenga antecedentes penales (art. 57.2 LOEX).

Así, en el caso de la sustitución de la pena por la expulsión, encontramos que el porcentaje de respuesta más alto corresponde al de aquellos que creen que no es posible la sustitución, seguida de aquellos que creen que solo pueden sustituirse cuando se trata de delitos graves.

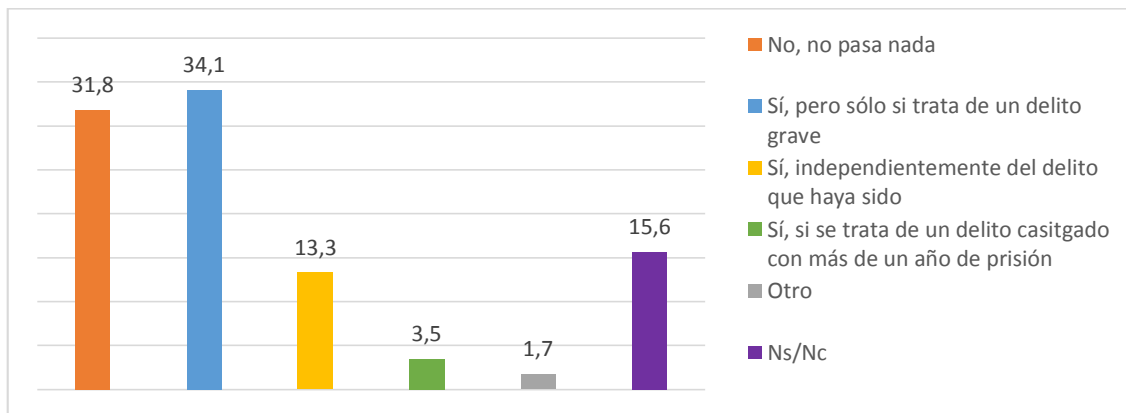
Gráfico 34. ¿Cree que la condena a un extranjero puede ser sustituida por la expulsión de España?



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del proyecto SEJ1489

Por lo que respecta al conocimiento que tienen los encuestados sobre la posibilidad de que un extranjero pueda ser expulsado por tener antecedentes penales, encontramos que el porcentaje de respuesta más alto corresponde a aquellos que creen que solo puede ocurrir cuando se trate de delitos graves, siendo una pequeña minoría los que conocen que, en efecto, es la existencia de antecedentes penales por delitos castigados con penas de más de 1 año de prisión lo que se transforma en causa de expulsión.

Gráfico 35. ¿Cree que tener antecedentes penales puede ser motivo de expulsión?



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del proyecto SEJ1489

Como conclusión de este apartado creemos que es posible afirmar que la renuncia al procedimiento penal no es una medida eficaz desde el punto de vista

de la disuasión, porque es una respuesta penal menos severa que la continuación del procedimiento y porque afecta a la certeza del castigo, en el sentido de que la decisión sobre optar por la renuncia o la continuación penal dependerá de unos requisitos normativos concretos y de la interpretación que de los mismos hagan los operadores jurídicos. En todo caso, la existencia de la posibilidad de renunciar al procedimiento penal en favor de la expulsión es una medida que queda fuera de la esfera de conocimiento de la mayoría de los extranjeros.

3. EFICACIA TRANQUILIZADORA DE LA RENUNCIA AL PROCEDIMIENTO PENAL

La Instrucción de la FGE nº 4/2001, de 25 de julio, promulgada al poco tiempo de entrar en vigor la LOEX de 2000, apelaba a la sorpresa y desasosiego que generaban en los ciudadanos las dificultades que, en ocasiones, se presentaban para poder ejecutar la expulsión de los extranjeros que se hallaban imputados por la comisión de delitos comprendidos dentro de lo que se puede denominar delincuencia menor, motivo por el que reiteraba la necesidad de que los fiscales promovieran activamente la autorización de la expulsión en los casos en que el imputado fuera un extranjero en situación irregular.

Vemos pues que se utiliza el desasosiego ciudadano como fundamento de la renuncia penal y lo hace partiendo de dos presupuestos clave: 1) que la ciudadanía muestra sorpresa y desasosiego ante la dificultad de expulsar a los extranjeros que, además de estar en situación irregular, están siendo investigados por la comisión de un delito y 2) que favorecer la autorización judicial de la expulsión en estos casos tendrá un efecto tranquilizador en la ciudadanía.

Así pues, para valorar la eficacia tranquilizadora del art. 57.7 LOEX creemos necesario detenernos a reflexionar sobre tres aspectos importantes: en primer lugar, sobre la relación entre opinión pública y política criminal; en segundo lugar, sobre la existencia de evidencias de esa sorpresa y desasosiego ciudadano; y, en tercer lugar, sobre la eficacia tranquilizadora de la medida diseñada.

3.1. La opinión pública y política criminal

Desde principios del siglo XXI la literatura ha venido poniendo de manifiesto un incremento entre la población tanto de la preocupación en general sobre la delincuencia como del miedo a ser víctima de un delito. Ese miedo o la preocupación por el delito se ha ido afincando en la agenda social entre los asuntos más relevantes, siendo fácil apreciar que un buen número de programas de intervención penal son diseñados, no tanto para reducir efectivamente el delito, cuanto para disminuir las generalizadas inquietudes sociales sobre la delincuencia. De hecho, gran parte de las reformas adoptadas en el sistema penal de los últimos años no se han fundamentado en un análisis reflexivo y empírico de la realidad social sino que se han desplegado con la pretensión de satisfacer las demandas sociales (Díez Ripollés, 2003).

Esta situación se ha venido interpretando por la literatura dentro del fenómeno que Anthony Bottoms definió en 1995 como “populismo punitivo” para referirse al uso del derecho penal que realizan los gobernantes con el fin de obtener ganancias electorales, asumiendo política y acríticamente que el agravamiento e incremento de las penas reducirán el delito y salvaguardarán el consenso moral existente en la sociedad (Larrauri, 2006).

En este sentido, una de las principales características del populismo punitivo es precisamente que el gobernante cree que la gente exige “mano dura” y en consecuencia cree que hacer alarde de punición le comportará un mayor número de votos. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos de los gobernantes, la evidencia científica ha puesto de manifiesto que la gente tiende a creer que hay más delitos de los existentes, que suelen ser más grave de lo que son y que las penas que los tribunales imponen son menos severas de lo que realmente son (Larrauri, 2006). Siendo así, cabe cuestionarse, qué opinión merece a la ciudadanía la renuncia al castigo de un posible delito

Asimismo, las investigaciones han probado que las opiniones públicas se encuentran condicionadas por la cantidad y la calidad de la información de que dispone la ciudadanía, de forma que aquellas personas que tienen un

conocimiento más preciso y riguroso del funcionamiento de la jurisdicción penal tienen actitudes menos retributivas y mayor confianza en el sistema judicial que aquellas otras que tienen un menor conocimiento (Larrauri, 2006; Aizpurúa y Fernández, 2011).

Ahora bien, tales aproximaciones advierten que dicha relación entre las actitudes punitivas y el abastecimiento de información habría de interpretarse como una asociación indirecta, condicionada y mediada por múltiples variables. Así, se ha evidenciado la vinculación de posicionamientos más punitivos con menores niveles educativos, con orientaciones ideológicas conservadoras, así como con el sexo de los encuestados, desvelando que los varones presentan actitudes más proclives al castigo como consecuencia de una socialización diferencial de género (por todos ellos, Aizpurúa González y Fernández Molina, 2011). La experiencia de victimización, por su parte, ha suscitado resultados contradictorios que oscilan entre aquellos estudios que han hallado una asociación positiva entre la misma y las actitudes punitivas y aquellos otros trabajos que han encontrado una ausencia de relación entre ambas (Larrauri, 2006; Varona 2008, Aizpurúa González y Fernández Molina, 2011).

Por ello, se habla de una “doble incompreensión”: la de la opinión pública respecto del sistema penal y la de los políticos respecto de la opinión pública. En este sentido, de la misma forma que se acostumbra a defender la necesidad de que la opinión pública conozca el funcionamiento del sistema penal para evitar el surgimiento y reafirmación de sentimientos punitivos, también es importante que el político conozca la opinión pública (Larrauri, 2006).

Si el método usado para averiguar la opinión pública es el propio de encuestas deliberativas, con un grupo de discusión que ha tenido información acerca de casos individuales y con una oportunidad de reflexionar y dialogar, la probabilidad de que surja una ‘opinión pública meditada’ y se adopten opciones de política penal racional (eficaces y humanas) es verosímil. En consecuencia, no se trata de negar la participación popular, sino de diseñar modelos para que

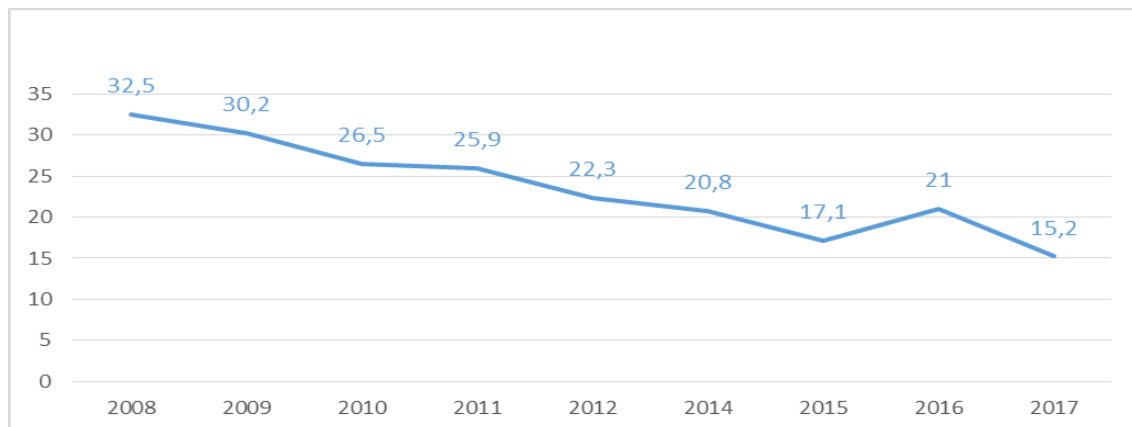
la opinión pública tenga la posibilidad de transformarse en ‘opinión pública meditada’ (Larrauri 2009, Marteache et. al. 2010).

Igualmente, se ha venido destacando que si bien es legítimo en toda sociedad democrática que la opinión pública condicione la creación y aplicación del derecho, lo que es más cuestionable es que las demandas ciudadanas sean atendidas sin intermediarios, sin la interposición de núcleos expertos de reflexión que valoren las complejas consecuencias que toda decisión penal conlleva (Díez Ripollés, 2002). Así pues, en aras de una mayor racionalidad ética de las normas, se requiere un debate que confronte las diferentes ideologías, valores e intereses defendidos por los distintos grupos de presión y sectores sociales que coexisten en la sociedad (Díez Ripollés, 2003; Becerra Muñoz, 2013).

3.2. ¿Existe alguna evidencia de la sorpresa y desasosiego de la ciudadanía por las dificultades para expulsar a los inmigrantes que, además de estar en situación irregular, aparecen como responsables de un delito?

En el capítulo 2, cuando revisamos los datos sobre opinión pública e inmigración, ya destacamos que la percepción de los ciudadanos sobre los principales inconvenientes que trae consigo la inmigración ha ido evolucionando de forma positiva en los últimos años. Pero también concluimos que pese a esa mejora, el principal problema percibido por la opinión pública en materia de inmigración sigue siendo que la inmigración favorece el incremento de la delincuencia.

Gráfico 36. Evolución de la percepción de los ciudadanos sobre la relación entre inmigración e incremento de la delincuencia y la inseguridad (2008-2017)



Fuente: elaboración propia a partir de los barómetros del CIS (2008-2017)

También nos referimos en aquel capítulo a los datos de la ESE que muestran, en la misma línea que el CIS, que la preocupación de los ciudadanos por un posible aumento de los problemas de delincuencia aparejados a la migración ha descendido del 71% en 2002 al 58% en 2014, pero a pesar del descenso sigue siendo considerado como el efecto más preocupante.

No obstante, y a pesar de esa preocupación, no existe hasta donde nosotros hemos sido capaces de indagar prueba empírica alguna que permita afirmar que las aludidas dificultades para expulsar a extranjeros imputados estuvieran generando “sorpresa y desasosiego en la ciudadanía”.

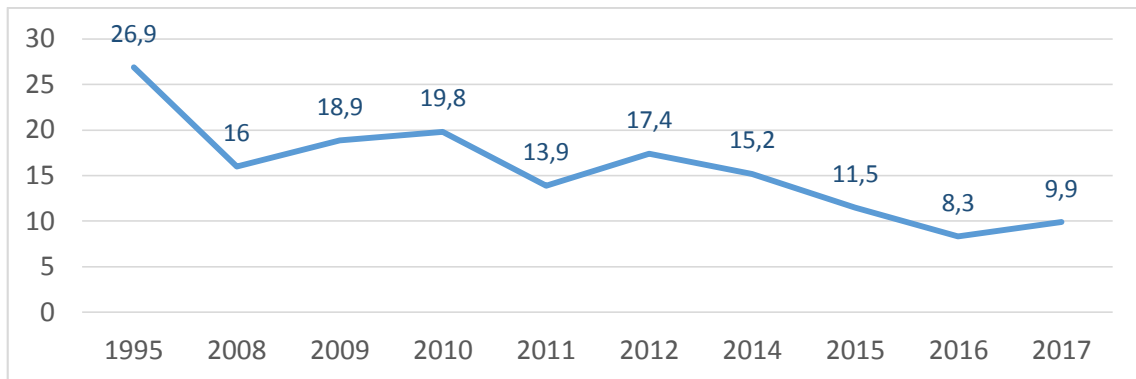
3.3. ¿La renuncia al proceso penal puede tener un impacto tranquilizador en la ciudadanía?

Más allá de saber si la población relaciona el fenómeno migratorio con el crecimiento de la delincuencia, nos interesa saber si tiene una actitud de mayor rigor punitivo hacia los inmigrantes. Sin embargo, el estudio de las actitudes punitivas hacia los inmigrantes es casi inexistente. La mayoría de estos estudios se han realizado en Estados Unidos sobre la comunidad negra y otras minorías étnicas, pero pese a su valor teórico y metodológico, sus resultados son poco extrapolables a España por las características propios del fenómeno en cada país (García España, 2018).

No obstante, los resultados alcanzados por las investigaciones desarrolladas sobre las actitudes punitivas hacia los inmigrantes y minorías étnicas evidencian que el racismo tiene relación con un mayor punitivismo (Brookman y Wiener, 2017), que la distancia social con los inmigrantes determina una actitud punitiva más rigorista (Gilliam, Valentino y Beckmann, 2002), que la consecuencia más clara de una mayor actitud punitiva hacia los inmigrantes es el apoyo a políticas restrictivas de la inmigración como la expulsión (Unnever y Cullen, 2010), y que todo ello parece deberse a estereotipos y prejuicios que los ciudadanos tienen sobre los inmigrantes y las minorías étnicas y la relación de estos colectivos con la delincuencia (por todos, García España, 2018).

En ausencia de investigaciones específicas sobre las actitudes punitivas hacia los inmigrantes que cometen delitos en España, nos parece interesante revisar cuál es el apoyo a la deportación que muestra la ciudadanía como solución para los inmigrantes que están en España sin tener regularizada su situación.

Gráfico 37. Apoyo a la deportación como solución para los inmigrantes que están ya en España pero que no tienen regularizada su situación



Fuente: elaboración propia a partir de los datos de los estudios del CIS sobre actitudes hacia la inmigración (serie 1995 – 2017).

Así, se observa una tendencia descendente en el apoyo a la deportación como solución para los extranjeros sin regularizar, que ha pasado de ser la respuesta del 26,9% de los encuestados en 1995 a ser la respuesta del 9,9% en 2017. Además, para entender el mayor apoyo a la devolución que revela el estudio de 1995 hay que tener en consideración que el sistema de categorías de respuesta de aquel año era dicotómica (regularizar su situación, devolverlos a su país de origen), a diferencia del sistema de categorías múltiples utilizado en los estudios posteriores (que incluye “regularizar a todos, regularizar solo a los que lleven varios años viviendo en España, regularizar sólo a los que tengan trabajo, dejar que sigan como están o devolverlos a su país”).

Tabla 36. Respecto a los inmigrantes que están ya en España pero que no tienen regularizada su situación (no tienen los permisos de estancia exigidos), ¿qué cree Ud. que sería mejor?

Regularizar a todos	18,5
Regularizar sólo a los que lleven varios años viviendo España, tengan o no trabajo	20,7

Regularizar sólo a los que tengan trabajo en la actualidad, sea cual sea el tiempo que lleven en España	39,5
Dejar que sigan como están	2,7
Devolverlos a su país de origen	9,9
N.S./ N.C.	8,6
(N)	(2.455)

Fuente: CIS. Estudio sobre Actitudes hacia la inmigración (2017)

Como conclusión de este apartado, creemos que es posible afirmar que, pese a las evidencias sobre la vinculación que a veces hace la opinión pública entre inmigración y delincuencia, no existen pruebas sobre la sorpresa y desasosiego de la ciudadanía ante las dificultades para poder expulsar a los extranjeros que, además de estar en situación irregular, aparecen como responsables de un delito. Por lo que la renuncia al procedimiento penal no es una medida que haya sido demandada por la opinión pública y mucho menos por una opinión pública meditada.

Tampoco existen resultados empíricos que apoyen que dicha medida pueda tener un efecto tranquilizador en la población. Pues no existen datos en España que demuestren el apoyo a la deportación de los extranjeros que cometen delitos y sólo una minoría de personas apoya la deportación de los extranjeros que se encuentran en situación irregular.

Además, igual que hemos destacado la importancia que tiene para la eficacia disuasoria del art. 57.7 LOEX el conocimiento de la respuesta penal a la que los potenciales delincuentes se arriesgan, debemos destacar también la importancia de ese conocimiento por parte de la ciudadanía para que pueda tener algún tipo de impacto tranquilizador. Y aunque no tenemos datos empíricos que permitan avalar que la ciudadanía desconoce la posibilidad que ofrece el ordenamiento jurídico de renunciar al procedimiento penal en favor de la expulsión administrativa, sí que podemos afirmar sin lugar a dudas que, en los espacios donde hemos estado hablando del 57.7 LOEX en los años que dura esta tesis, no hemos encontrado a nadie (fuera de las personas especializadas en extranjería) que conociera esta posibilidad. Así pues, creemos que estamos ante una manifestación más de esa “doble incomprensión” a la que se refería Larrauri

(2006), la de la opinión pública respecto del sistema penal y la de los políticos respecto de la opinión pública, y por ello debemos calificar de incoherente la premisa del Ministerio Fiscal en su instrucción de 2001.

4. EFICACIA CONCILIADORA DE LA RENUNCIA AL PROCEDIMIENTO PENAL

La doctrina ha constatado ampliamente la configuración de una política criminal diferenciada destinada a los extranjeros y ha cuestionado si la nacionalidad puede constituir un fundamento razonable que permita excepcionar el principio de igualdad y aplicar una consecuencia penal diferente a españoles y extranjeros ante la comisión de unos mismos hechos delictivos. (Monclús Mansó, 2008, Martínez Escamilla, 2009, García España, 2016).

Parte de la doctrina entiende que el criterio de la nacionalidad del infractor de la ley penal es constitucionalmente inadmisibile como fundamento de un tratamiento penal desigual (Monclús Mansó, 2008) sin embargo, otra parte entiende que es posible justificar un tratamiento penal diferenciado si se fundamenta, no en la nacionalidad del infractor ni en el interés propio de la política migratoria de expulsar al extranjero irregular, sino en razones de justicia material (Pérez Pérez, 1994) o en fundamentos propios de la política criminal como la prevención general y especial (Gugat Mauri, 2004).

El art. 57.7 LOEX ejemplifica a la perfección ese conflicto planteado legislativamente entre intereses de política migratoria y política criminal, y debe ser resuelto por los jueces como encargados de valorar qué intereses deben prevalecer, correspondiéndoles a ellos valorar si existen fundamentos de política criminal que aconsejen la continuación del procedimiento en cada caso. La reforma de la LOEX de 2003 configuró la renuncia como la respuesta penal preferente (autorizará) y la continuación penal como excepción (salvo que, de forma motivada, concurren causas excepcionales que lo aconsejen), de lo que se desprende una clara voluntad del legislador de limitar la discrecionalidad judicial. Esta limitación, no obstante, hace que la ponderación de intereses adquiera mayor relevancia si cabe, puesto que valorar si la excepción resulta

aplicable es, en realidad, una tarea delicada, que requiere de los operadores jurídicos actuar con rigurosidad para garantizar el respeto a los principios y a las garantías que le son propias al derecho penal.

De hecho, la postura del Ministerio Fiscal consagrada en la Circular 2/2006, promulgada para orientar a los fiscales delegados de extranjería en la interpretación de diferentes cuestiones de la LOEX modificadas con la reforma de 2003 y desarrolladas en el REX de 2004, afirma que nada impide que la expulsión sustitutiva del proceso penal pueda ser valorada como un instrumento idóneo para congeniar los intereses del Estado relacionados con la política de extranjería que le incumbe legítimamente diseñar y los propios del derecho penal. De hecho establece que la renuncia del proceso penal en favor de la expulsión tiene sentido siempre y cuando sea autorizada por los jueces y tribunales tras ponderar el interés general de la justicia y la proporcionalidad de la medida en relación con las circunstancias particulares del caso.

Sin embargo, la postura mantenida respecto de las cuestiones que los fiscales deben entrar a valorar ha ido limitándose más a requisitos formales que a cuestiones de fondo. De hecho, la memoria de la FGE de 2009 apuntaba que el problema exegético más importante con el que se encontraban los fiscales delegados de extranjería a la hora de elaborar sus informes sobre la aplicación del 57.7 LOEX lo constituía la delimitación del contenido y alcance de la expresión «causas excepcionales» como presupuesto de la denegación de la autorización de la expulsión. Y en la memoria de 2018 únicamente la gravedad del hecho y los intereses probatorios en la permanencia del extranjero aparecen como elementos sustantivos (que no formales) que han motivado que los fiscales resolvieran excepcionalmente de forma desfavorable a la autorización de la expulsión administrativa.

Si la renuncia penal debe fundamentarse en algún otro interés público diferente a la nacionalidad del extranjero, entonces resulta del todo exigible a jueces y fiscales un esfuerzo por considerar criterios propiamente político-criminales para orientar su decisión, lo contrario obligaría aceptar que las funciones del sistema

penal son en realidad, parafraseando a Rivera Bieras (2005), mitologías del sistema penal.

4.1. Fundamentos del derecho penal que debieran considerarse para una mejor conciliación entre intereses político-migratorios y político-criminales

Cuando aludimos a los fundamentos del derecho penal no estamos hablando de una cuestión que esté claramente establecida y sobre la cual no exista controversia, sino que, por el contrario, existen diferentes concepciones acerca de los objetivos que el derecho penal debe perseguir. No es nuestra intención realizar ahora una profunda revisión de las teorías de la pena, pero sí creemos necesario abordar cuáles son los diferentes fundamentos que compiten en la penología contemporánea para saber cuáles son los criterios de justificación que pueden servir de orientación al juez a la hora de tomar la decisión entre la renuncia penal o la continuación tratando de conciliar los intereses de la política migratoria con los propios de la política criminal.

Nos servimos para ello de la revisión que realiza Cid Moliné (2009) sobre los modelos punitivos pues, aunque este autor propone la utilidad de la confrontación entre modelos para orientar al juez a la hora de decidir entre imponer pena privativa de libertad o *probation* (suspensión con reglas de conducta), creemos que su planteamiento puede resultar igualmente útil para reflexionar sobre los criterios que pueden orientar al juez a la hora de decidir sobre la autorización del art. 57.7 LOEX.

En lugar de partir de las dos grandes filosofías de justificación del castigo – la utilitarista y la retribucionista – Cid Moliné defiende la mayor utilidad de comparar los diversos modelos punitivos sobre la base de las citadas concepciones³⁰. En concreto, atendiendo a la discusión penológica contemporánea, establece cuatro modelos punitivos principales:

³⁰ También Díez Ripollés en su trabajo sobre la racionalidad de las leyes penales (2003) establecía que las doctrinas clásicas de justificación del castigo no permiten responder a cuestiones clave del propio sistema de penas.

- 1) El modelo proporcionalista, que considera que el criterio principal para determinar la respuesta penal es la gravedad del delito cometido. Se parte de la idea de que debe haber una escala de los castigos que se corresponda con una escala de gravedad de los delitos;
- 2) El modelo rehabilitador, que parte de la premisa de que el castigo debe servir fundamentalmente como instrumento para que la persona no vuelva a delinquir en el futuro. Para conseguir tal objetivo plantea adecuar el tipo y duración de la pena a las necesidades específicas de la persona, de manera que el castigo sea visto como una obligación de la persona de llevar a cabo una actividad dirigida a confrontar los factores que se vinculan a su actividad delictiva;
- 3) El modelo reparador, que parte de la premisa de que el principal objetivo que debe existir cuando se ha producido un delito consiste en reparar el daño producido y restablecer la paz social. Para conseguirlo, la justicia restauradora considera necesario que las partes directamente afectadas por el conflicto generado por el delito entablen un proceso de diálogo sobre la forma de solventarlo que pueda dar lugar a un acuerdo en que el autor del delito lleve a cabo una actividad que pueda ser vista como una restauración a la víctima y a la colectividad por el daño producido.
- 4) Y por último, el modelo incapacitador, que considera que el objetivo básico de la pena es que el delincuente deje de delinquir, no como consecuencia de la actividad realizada para confrontar los factores delictivos como ocurre con el rehabilitador, sino porque el cumplimiento de la pena impide u obstaculiza seguir delinquir. Así, las penas deben imponerse en función del riesgo de reincidencia de la persona, reservando las sanciones más incapacitadoras para las que presentan un riesgo de reincidencia alto en delitos graves y las respuestas de menor contenido incapacitador para las de bajo riesgo de reincidencia en esta clase de delitos.

El modelo proporcionalista ha sido defendido tanto desde posiciones retribucionistas como utilitaristas, mientras que el modelo rehabilitador es el que posiblemente encuentre más apoyo desde posiciones utilitaristas. El modelo reparador se configura como una concepción autónoma respecto de las tradicionales teorías de justificación del castigo. Y el modelo incapacitador, por su parte, ha sido defendido desde posiciones utilitaristas, con el objetivo de gestionar los recursos de una manera eficiente.

Cid (2009) entiende que estos modelos entran en competencia y por eso propone confrontarlos para examinar cuál resulta más defendible a la hora de la elección entre prisión o *probation*. Para ello los somete a valoración en función de la capacidad que cada uno de ellos tiene de satisfacer cinco aspectos que, en su conjunto, considera que configuran un ideal de justificación para un sistema punitivo: efectividad (en la protección de la colectividad), humanidad (en el contenido de la respuesta), justicia (en la forma de castigar), atención a las víctimas y respeto a las garantías del delincuente (conocimiento respecto de las penas a las que se arriesgan si cometen un delito).

En nuestro caso, no nos interesa tanto la confrontación entre modelos, sino valorar en qué condiciones la acción o inacción penal prevista en el 57.7 LEX puede fundamentarse en alguno de los criterios orientadores que cada modelo propugna. En concreto, me propongo revisar los siguientes criterios, cuya interpretación adapto y clasifico a estos efectos.

- i. El merecimiento retributivo proporcional a la gravedad del delito cometido (principal criterio orientador del modelo retributivo).
- ii. La adecuación de la respuesta penal a las necesidades criminógenas (principal criterio del modelo rehabilitador, pues busca intervenir sobre las necesidades criminógenas para promover el desistimiento).
- iii. La atención a las necesidades de reparación de la víctima (principal criterio orientador del modelo reparador).
- iv. El nivel de inocuización necesario para la protección de la sociedad (principal criterio orientador del modelo inocuizador, en tanto defiende

adaptar el nivel de inocuización de la respuesta penal al nivel de riesgo para la sociedad).

En relación a cada uno de ellos exponemos a continuación la postura mantenida por el Ministerio Fiscal en sus circulares e instrucciones, las interpretaciones realizadas por los fiscales delegados según se desprende de las memorias anuales y las características que resultan más relevantes a estos efectos de una muestra de expedientes judiciales de los juzgados de la ciudad de Málaga, analizados para conocer cómo se aplica por los operadores jurídicos el 57.7 LOEX.

4.2. Eficacia del 57.7 LOEX desde el punto de vista de la proporcionalidad con la gravedad del hecho:

El hecho de que el art. 57.7 LOEX únicamente pueda ser aplicado en casos donde la pena máxima a imponer sea de 6 años de prisión, significa que el legislador entiende que la renuncia penal únicamente es una medida proporcional cuando se trate de delitos menos graves. De hecho, durante las memorias de 2009 y 2010 se recogía que el módulo de valoración principal de los fiscales delegados de extranjería en sus informes lo constituía la naturaleza del delito imputado al extranjero. Así, con carácter general, se informaba favorablemente a la expulsión cuando el extranjero estaba imputado por la comisión de delitos de poca gravedad (contra el patrimonio de menor cuantía, falsedades documentales, delitos contra la propiedad intelectual, lesiones menos graves o usurpación de estado civil) y se informaba desfavorablemente en los casos más graves (lesiones, robos con armas o en casa habitada, tráfico de droga agravados, agresiones sexuales, o prostitución), apuntándose a la necesidad de analizar caso a caso los supuestos de violencia doméstica. Según la memoria de 2018, los fiscales vienen realizando una valoración uniforme de la gravedad del delito, dictaminando desfavorablemente cuando se trata de delitos graves atendiendo el supuesto investigado.

Sin embargo, de acuerdo con los expedientes judiciales analizados en Málaga, la naturaleza de los delitos no constituye criterio orientador en las resoluciones

adoptadas. Así, se ha podido constatar una amplia diversidad de tipologías delictivas (encabezadas cuantitativamente por los delitos de hurto, de robo con violencia o intimidación y contra la seguridad vial, pero con presencia también de delitos contra las personas, de adopciones ilegales o contra la indemnidad sexual) y, a pesar de ello, únicamente hemos encontrado una resolución en la que se considera que no procede la renuncia penal en atención a la naturaleza del delito, pero no por su gravedad, sino por tratarse de un delito contra los derechos de los trabajadores del art. 312 CP, específicamente excluido tanto de la aplicación del 57.7 LOEX como del 89 CP.

Cuando analizamos la distribución de los expedientes judiciales estudiados según la gravedad de los delitos, resulta especialmente llamativo observar que el 14% lo constituyen delitos leves, el 73% los delitos menos graves y el 13% los delitos graves (que incluyen penas de prisión que pueden ser superiores a 5 años).

Respecto de los delitos leves me parece oportuno advertir que, existiendo desde la reforma penal de 2015 una fórmula legal específica que permite la renuncia penal sobre la base de la escasa gravedad del bien jurídico protegido y del principio de intervención mínima, jueces y fiscales pueden recurrir a la vía del principio de oportunidad para el enjuiciamiento de delitos leves sin tener que recurrir a la situación administrativa del sujeto infractor como excusa para la inacción penal. Respecto a los delitos menos graves y graves considero que la escasa gravedad del hecho no puede ser invocada, pues si no puede invocarse para los nacionales, tampoco puede serlo para los extranjeros, siendo necesario entonces justificar otro interés político-criminal.

4.3. Eficacia del 57.7 LOEX desde el punto de vista de la atención a las necesidades criminógenas y las circunstancias personales

El hecho de que la política criminal haya diseñado todo un conjunto de medidas penales o administrativas destinadas a lograr la expulsión a toda costa del extranjero considerado peligroso, deja claramente de manifiesto la ausencia de interés por la reinserción social de los extranjeros. En el caso del 57.7 LOEX, ni

la legislación, ni las directrices del Ministerio Fiscal hacen referencia alguna a factores de riesgo delictivo o a necesidades criminógenas que puedan jugar un papel en la decisión sobre la renuncia o la continuación penal.

Algo que, por otra parte, sí ha hecho la Directiva 2004/38/CE sobre libre circulación y residencia en la Unión Europea que, al posibilitar restricciones por razones de orden público o seguridad pública, exige que las medidas restrictivas adoptadas no excedan de lo necesario para lograr el fin perseguido y entiende que esa evaluación de proporcionalidad comporta necesariamente analizar el grado de peligro social que representa el destinatario al que se quiere imponer la restricción, así como la naturaleza y frecuencia de las actividades delictivas, el tiempo transcurrido, y el comportamiento posterior de la persona en cuestión. Asimismo, entiende la Directiva que la amenaza al orden público no puede ser presunta o supuesta, ni basarse en hechos pasados, sino que debe constatarse en el momento en que se adopta la medida restrictiva. Tampoco los antecedentes penales son por sí mismos suficientes para justificar la expulsión (Martín Martínez, 2014).

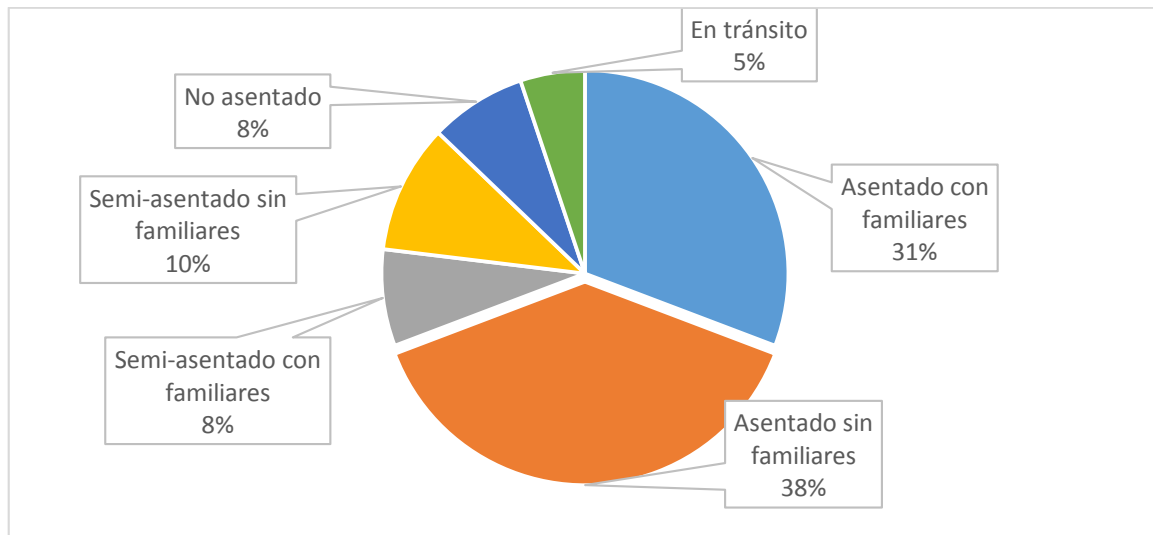
En el caso del 57.7 LOEX, ni siquiera se hace referencia a que deban tenerse en cuenta cuestiones vinculadas con las circunstancias personales del sujeto extranjero. El hecho de que el juez penal no pueda entrar a valorar cuestiones como el arraigo, pues compete a la jurisdicción administrativa, creemos que favorece aún más esta despreocupación. Sin embargo, desde la hipótesis de que esta ausencia de interés en las circunstancias personales de los extranjeros puede generar serias disfunciones, creemos oportuno analizar el tema a partir de los expedientes judiciales de los Juzgados de Málaga.

Así, para valorar la adecuación de las resoluciones judiciales adoptadas sobre la renuncia o la continuación del procedimiento penal a las circunstancias personales, hemos clasificado a los sujetos en atención al tiempo que llevaban residiendo en España, entendiendo que están asentados aquellos que llevan residiendo en el país, al menos, tres años, con independencia de su situación administrativa. Así hemos creado cinco categorías:

- a) Asentados: llevan más de 3 años viviendo en España
- b) Semi-asentados: llevan viviendo en España entre 1 y 3 años
- c) No asentados: llevan viviendo en España menos de 1 año
- d) En tránsito: manifiestan estar en España de camino a otro país UE
- e) No consta: no consta en el expediente judicial suficiente información que nos permita identificar ni el tiempo que llevan viviendo en España ni sus circunstancias personales

A su vez, para aquellos extranjeros asentados o semi-asentados, nos ha parecido interesante distinguir si tienen o no familiares en España. La distribución de los expedientes analizados, utilizando esos dos criterios, queda tal como se refleja el siguiente gráfico, resultando especialmente llamativo que el 69% de los extranjeros están asentados en España desde hace más de tres años y que la mitad de ellos, además, tienen arraigo familiar.

Gráfico 38. Distribución de los extranjeros incurso en procedimiento penal según situación de arraigo



Fuente: elaboración propia

Identificadas las circunstancias personales, mostramos a continuación cuál es la resolución judicial adoptada respecto a la autorización judicial. ,

Tabla 37. Resolución sobre autorización según situación de arraigo

	Se autoriza	Nada opone	No procede	Total
Asentado con familiares	5	6	1	12
Asentado sin familiares	6	5	4	15
Semi-asentado con familiares	2	1	0	3
Semi-asentado sin familiares	1	1	2	4
No asentado	3	0	0	3
En tránsito	1	0	1	2
No consta	10	12	2	24
Total	28	25	10	63

Fuente: elaboración propia

Especial atención merecen aquellos casos en los que el extranjero está asentado (es decir, lleva residiendo en España más de 3 años), tiene arraigo familiar y, en particular, tiene hijos menores a cargo. En concreto, hemos encontrado seis casos en los que se dan estas características.

Tabla 38. Casos de extranjeros asentados con hijos menores a cargo

Caso nº	Tiempo en España	Hijos menores a cargo	Resolución judicial
4	Entre 5 y 10 años	1 hijo menor	No procede
31	Entre 5 y 10 años	2 hijos menores	Nada opone
35	Más de 10 años	1 hijo menor	Se autoriza
53	Más de 10 años	1 hijo menor	Nada opone
60	Entre 5 y 10 años	1 hija menor	Nada opone
62	Más de 10 años	3 hijos menores	Se autoriza

Fuente: elaboración propia

De estos seis casos, sintetizamos a continuación los correspondientes al número 4, 31 y 35 y que representan las tres posibles posturas respecto a la autorización judicial (no procede, nada opone y se autoriza) y que sirven para visibilizar que las circunstancias familiares no son tenidas en cuenta, pero también para mostrar algunas de las incidencias detectadas. Así en el nº4 el fiscal se posiciona contrario a la autorización de la expulsión y utiliza, aunque solo parcialmente, las circunstancias familiares como criterio de justificación. En el nº 31 el fiscal

considera que nada opone la expulsión sin entrar en consideración alguna sobre la existencia de hijos menores o sobre la trayectoria delictiva del sujeto. Y en el nº 35 el fiscal se posiciona favorable a la expulsión, incluso antes de que se lo solicitase la Brigada de Extranjería y pese a que llevaba once años residiendo en España, con su mujer, su hija menor, su madre y sus hermanos.

CASO Nº 4

El 30 de noviembre de 2012, M.P. mujer, de 24 años, sin antecedentes penales, de nacionalidad salvadoreña, ingresa en el hospital tras haber dado a luz en su domicilio, dando el nombre de otra mujer (E). El bebé es inscrito en el Registro Civil como hijo de esta segunda. La compañera de piso de la primera alerta a las autoridades de la situación.

Cuando son interceptadas cuentan que el cambio de nombre es debido a que la primera está en situación irregular, que tiene una orden de expulsión acordada por la Subdelegación del Gobierno de Barcelona pendiente desde 2009 y que lo han hecho así para evitar problemas con extranjería.

Sin embargo, durante la declaración posterior en comisaría, M.P. explica que el padre de la criatura quería obligarla a abortar, que ella no quería, pero que al carecer de recursos para mantener al hijo de 2 años que ya tenía y al recién nacido, decidió aceptar un trato con E. que le había ofrecido, a cambio de quedarse con el bebé cuando naciera, hacerse cargo de todos los gastos durante el embarazo, tanto de ella como del otro hijo, y que después del parto les pagaría a ambos billetes de avión para volver a su país de origen.

El 1 de diciembre de 2012 ambas son imputadas por un delito de adopciones ilegales del art. 221 CP (castigado con pena privativa de libertad de 1 a 5 años), se decreta prisión provisional para M.P. y libertad con cargos para E. y se deriva a los dos hijos de M.P. al Servicio de Protección de Menores.

El 28 de mayo de 2014, estando todavía pendiente la celebración del juicio oral, la Brigada de Extranjería envía al juzgado solicitud de autorización del art. 57.7. LOEX para proceder a la expulsión que M.P. tenía pendiente desde 2009.

El 20 de junio de 2014, el juez resuelve que no procede la expulsión por los motivos expuestos por el fiscal, estos son, *“por las circunstancias del procedimiento y el tipo*

penal del mismo. Siendo necesaria la presencia en España de la imputada, que por otra parte, es madre de un menor de edad que reside en España”.

En el momento del análisis del expediente, seguía pendiente la celebración del juicio oral.

De este caso llama la atención que, si bien el fiscal se posiciona contrario a la autorización de la expulsión y se refiere a la existencia de un hijo menor de edad que reside en España (aunque en realidad son dos), en su argumentación es el tipo de procedimiento el que parece tener más peso.

CASO nº 31

El 9 de marzo de 2014, G.B., hombre, de 29 años, de nacionalidad marroquí, residente en Fuengirola desde 2005, con antecedentes penales por un delito de robo con violencia en 2008, por un delito de maltrato en el ámbito familiar en 2012 y por un delito de quebrantamiento de condena en 2013, provoca accidente de circulación con daños en el propio vehículo, así como en otro vehículo estacionado, marchándose posteriormente del lugar a la carrera. Posteriormente la policía lo localiza y en las dependencias de la comisaría constatan que no tiene permiso para conducir por no haberlo obtenido nunca, y practican test alcoholemia con resultado positivo.

El 13 de marzo de 2014 es imputado por dos delitos contra la seguridad vial y condenado en juicio rápido a doce meses de multa con una cuota diaria de seis euros (total 2160 euros) y privación del derecho a conducir por un año

El 5 de diciembre de 2014, el juzgado recibe de la Brigada de Extranjería solicitud de autorización para proceder a la expulsión acordada por la Subdelegación del Gobierno de Madrid en 2013.

El juez requiere al CIE de Algeciras en el que estaba ingresado G.B. para que lo traslade hasta Málaga para audiencia sobre la expulsión. En ella, G.B. manifiesta que está casado (aunque no dice que tiene orden de alejamiento de la mujer), que tiene dos hijos mellizos de 4 años nacidos en España, que ha recurrido la resolución administrativa de expulsión por la vía contencioso-administrativa y que, aunque no tiene la documentación, su abogado puede dar más información. .

El 7 de enero de 2015, el Juez resuelve que nada opone la expulsión si administrativamente resulta procedente, dado que la pena impuesta, aunque está en ejecución, es de multa y privativa de derechos

El 14 de enero la Brigada de Extranjería confirma que se ha materializado la expulsión y el Juez acuerda el archivo provisional de la causa.

De este caso llama especialmente la atención el hecho de que el juez no tuviera en cuenta en su decisión ninguna circunstancia personal del sujeto, ni familiar ni relacionada con su trayectoria delictiva, sino únicamente que la pena impuesta no era privativa de libertad. Vemos así un claro ejemplo de cómo el art. 57.7 LOEX se está usando como sustitución de penas que no pueden sustituirse por la vía del 89 CP.

A parte de por eso, este caso resulta especialmente interesante porque es uno de los pocos en los que hemos encontrado que se realiza la audiencia al extranjero específicamente con motivo de la decisión sobre la autorización judicial de la expulsión, pues la norma general es incluir dicha audiencia en la primera declaración que el juez toma al sujeto como imputado (en aquellos casos en que la solicitud llega de forma coetánea a la incoación del expediente) o no realizar audiencia (en aquellos casos en que la solicitud de autorización llega durante la fase de ejecución de la pena).

CASO nº 35

El 18 de noviembre de 2012 se produce un robo con intimidación en el interior de una gasolinera en Ronda. Una persona, ocultando su rostro con un saco, obligó al empleado a entregar el dinero que había en la caja registradora bajo la amenaza de agredirle con un cúter que portaba en la mano. Tras hacerse con el dinero, el autor emprendió la huida y se marchó en un vehículo que estaba estacionado cerca del lugar de los hechos.

Posteriormente, gracias a las grabaciones de las cámaras de tráfico, fue posible identificar el vehículo y los datos de su titular: H.H. un hombre de 30 años, sin antecedentes penales, de nacionalidad marroquí, residente en España desde 2003, año

en el que se casó con su mujer, también de origen magrebí, en Algeciras. Ambos son padres de una niña nacida en Málaga en 2004. Viven también en la provincia la madre de H.H. y dos de sus hermanos.

El 28 de noviembre de 2012 H.H. es imputado como presunto autor de un delito de robo con intimidación e ingresado en prisión provisional pues, aunque aseguró que él no había sido, no pudo probar que estuviera haciendo otra cosa en ese momento ni quién conducía el vehículo en su defecto.

Después de 13 meses de prisión provisional, H.H. es puesto en libertad con cargos, pero paralelamente se inicia expediente sancionador por estancia irregular. A H.H. le había caducado el permiso de residencia temporal tres meses antes de la detención, sin posibilidad de renovación por estar desempleado en ese momento. En agosto de 2014, la Subdelegación de Gobierno de Málaga decreta orden de expulsión.

El 29 de octubre de 2014, estando todavía pendiente la celebración del juicio oral, el juez, que había tenido conocimiento de la existencia de la orden de expulsión por el abogado de la defensa que, erróneamente había presentado ante el juez penal recurso contra la resolución administrativa, resuelve autorizar la expulsión por aplicación del art. 57.7 LOEX

La solicitud formal de autorización de la Brigada de Extranjería no llega hasta el 5 de noviembre de 2014 y el 22 de noviembre notifica que se había materializado la expulsión.

De este caso resulta especialmente preocupante que ni la Subdelegación del Gobierno, ni el fiscal, ni el juez tuvieran en consideración la situación de arraigo en España del sujeto, por lo que fue expulsado a un país de origen en el que no residía desde hacía once años, dejando en España mujer, hija de 10 años, madre y hermanos.

Más preocupante aún resulta en este caso el hecho de que el juez resolviera sobre la autorización al tener conocimiento de la existencia de la orden de expulsión porque la abogada presentó recurso contra la misma por la vía equivocada, antes de que la propia Brigada de Extranjería se lo solicitara. Motivo

más que suficiente, en nuestra opinión, para fundamentar un recurso, esta vez sí por la vía penal, contra la decisión judicial adoptada.

Creemos que los tres casos que hemos utilizado para ejemplificar cómo se resuelve sobre la autorización del art. 57.7 LOEX cuando el procedimiento penal se sigue contra extranjeros asentados con hijos menores a cargo, son una buena muestra (especialmente los dos últimos) del automatismo formal que guía las decisiones. Y si bien es cierto que las directrices del Ministerio Fiscal que hemos analizado se han venido posicionando sobre la innecesaria consideración de cuestiones vinculadas con el arraigo creemos que jueces y fiscales deberían, al menos, no ignorar en sus valoraciones cuáles son las circunstancias personales de los sujetos sobre los que se decide.

No obstante, pretender que se tengan en cuenta estas circunstancias personales de sujetos extranjeros cuando ni siquiera se hace para los sujetos no extranjeros, seguramente sea ilusorio. En este sentido, cabe destacar que en nuestro ordenamiento jurídico no existe un precepto específico que establezca los criterios concretos para individualizar la pena, sino que, por analogía, se utilizan las reglas establecidas en el art. 66.6º CP, que contiene la exigencia genérica de que los jueces y tribunales individualicen la pena imponiendo la señalada en la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, lo que de revela la falta de prioridad del asunto.

El Tribunal Supremo³¹ ha concretado que las circunstancias personales del delincuente a las que se refiere el art. 66.6º CP se refieren a situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto como la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social. Factores que, entiende la sentencia, no solo permiten, sino

³¹ Vid. STS de 12 de julio de 2004

que exigen, modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor.

Sin embargo, pese a la existencia de estos criterios, en la práctica judicial se observa con frecuencia que el Juez motiva la individualización de la pena orientado únicamente por la mayor o menor gravedad del hecho, perdiendo toda funcionalidad práctica la cláusula legal “circunstancias personales del delincuente” (Besio Hernández, 2011). Esta situación puede explicarse seguramente porque, en realidad, el autor del delito es un absoluto desconocido para el juez, que carece de los medios adecuados y el personal necesario para que les asesoraren acerca de las circunstancias personales del imputado. Por tanto, las deficiencias estructurales del sistema dificultan que el juez pueda tener a su alcance todos los datos necesarios para cuantificar la pena exacta. Sin embargo, un sistema de individualización de la pena que mire más al hecho realizado que a la persona sobre la que va a recaer, supone reconocer, en buena medida, que la pena es «ciega» respecto de los fines de prevención especial (Marín de Espinosa, 2014).

En el caso del art. 57.7 LOEX que además, debe decidirse en el plazo máximo de 3 días, la cuestión de la individualización de la decisión judicial (entendida como discrecionalidad para elegir entre la pertinencia de la renuncia o la continuación penal) se torna un reto aún mayor. Pero no por eso, debe ser descartado.

4.3. Eficacia del 57.7 LOEX para satisfacer las necesidades de reparación de las víctimas

Como ya comentamos, los intereses de los perjudicados como criterio para la determinación de la respuesta penal en la aplicación del art. 57.7. LOEX aparecen recogidos en la Circular 4/2006 como circunstancia excepcional que puede motivar la continuación del proceso penal en lugar de la regla general que es la autorización de la expulsión. Así, establece que los fiscales deberán sopesar los intereses de los perjudicados, en los supuestos en los que siendo el extranjero solvente y concurriendo perjuicios materiales relevantes, la expulsión

pueda frustrar las legítimas expectativas de los perjudicados para obtener la reparación.

Lo primero que llama la atención es que la única necesidad victimal contemplada sea la económica, cuando cada vez se defiende más que la reparación de la víctima no ha de ser entendida en términos exclusivamente económicos (a menudo obstaculizada en su aplicación por la saturación de la Administración de justicia y por la insolvencia por los obligados al pago), sino que debe incluir también los diferentes mecanismos de justicia restaurativa con el objetivo de resolver el conflicto penal surgido con el delito (Daza Bonachela 2014).

En ese sentido, doctrina y resoluciones internacionales han destacado todo un conjunto de necesidades que deben satisfacerse antes, durante y después del proceso penal para conseguir que la víctima pueda recuperarse de forma integral frente a las consecuencias del delito: necesidad de reconocimiento y de ser tratadas con respeto y dignidad, necesidad de ser protegidas y apoyadas, de acceder a la justicia, y de obtener una reparación e indemnización efectiva por los daños y perjuicios sufridos (García Rodríguez, 2016).

Tabla 39. Las necesidades de las víctimas según las resoluciones internacionales

Reconocimiento y trato profesional respetuoso	En todos sus contactos con las personas que intervengan en la tramitación de los procesos judiciales, ponderándose en cada caso los sufrimientos que hayan padecido. Debiéndose prestar una especial atención a las necesidades de las más vulnerables. Sin olvidar a las víctimas indirectas.
Protección	Debiendo ser protegidas frente al riesgo de sufrir una doble victimización con ocasión de su participación en las investigaciones y procedimientos judiciales, como consecuencia de un trato inadecuado o poco sensible a sus necesidades.
Apoyo	A través de asistencia de emergencia o de primeros auxilios psicológicos tras sufrir el delito y a través de ayuda durante el posterior proceso judicial, ya sea de orden jurídico, emocional o práctico, con especial consideración a las víctimas más vulnerables.

Acceso a la justicia	Debiendo la Administración de Justicia poner en marcha todos aquellos mecanismos destinados a que puedan tener una participación activa en los procedimientos judiciales mediante una representación jurídica adecuada, y facilitándole que puedan comprender en todo momento la información recibida y el significado de las diferentes actuaciones que puedan afectarles durante el proceso penal.
Compensación y reparación	Garantizando que puedan acceder a una indemnización adecuada de los daños y perjuicios sufridos por el delito. Si bien, esta reparación no ha de ser entendida en términos exclusivamente económicos, sino que debe incluir también a los diferentes mecanismos de justicia restaurativa con el objetivo de resolver el conflicto penal surgido tras la comisión del delito.

Fuente: Elaboración propia a partir de García Rodríguez (2016)

El análisis de los expedientes judiciales en los juzgados de Málaga reveló que, pese a que en 32 de los 63 casos (51%) había una víctima directa del delito por el que se seguía el procedimiento, el porcentaje de autorizaciones de expulsión es mayoritario y no difiere del que se produce en el conjunto de delitos.

Tabla 40. Decisión sobre el 57.7 LOEX en los delitos con víctima directa, según tipo de delito

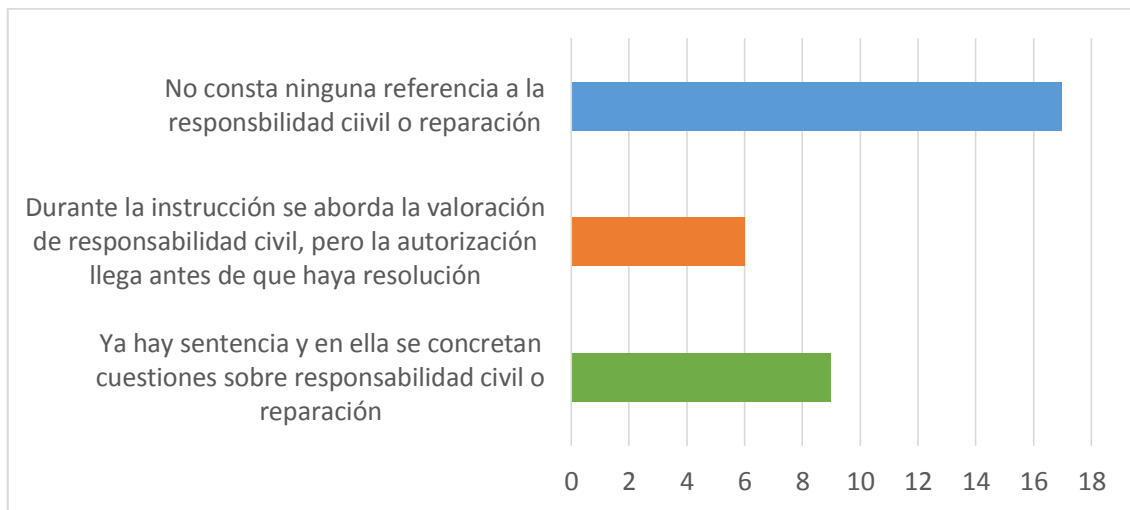
Calificación de los hechos	Se autoriza	Nada opone	No procede	Total
Abusos sexuales a una menor	1			1
Adopciones ilegales			1	1
Amenazas		1		1
Hurto	9		1	10
Lesiones	2			2
Robo con fuerza	2	1	2	5
Robo con violencia o intimidación	8	3	1	12
Total	22	5	5	32

Fuente: elaboración propia

Cuando analizamos si los expedientes judiciales hacen algún tipo de referencia a necesidades de indemnización o responsabilidad civil en esos 32 casos con víctima directa encontramos tres tipos de situaciones:

1. casos en los que no consta ninguna referencia al respecto, que representan más de la mitad (17 de 32),
2. casos en los que durante la instrucción se había hecho referencia a la necesidad de valorar los daños o perjuicios ocasionados a la víctima de cara a una posible responsabilidad civil, pero en los que la autorización de la expulsión llega antes de la sentencia sin que, por tanto, haya habido ninguna resolución sobre dicha reparación (6 de 32)
3. y casos en los que la autorización llega cuando ya hay sentencia y en ella se acuerda algún tipo de indemnización para la víctima (9 de 32).

Gráfico 39. Aspectos sobre responsabilidad civil o reparación en los expedientes judiciales con víctima directa.



Fuente: elaboración propia

Por lo que respecta a aquellos casos en que no llega a haber sentencia, nos parece interesante destacar que dicha ausencia genera, además, una desprotección añadida en las víctimas que ven dificultada la posibilidad de solicitar las ayudas estatales previstas para ellas.

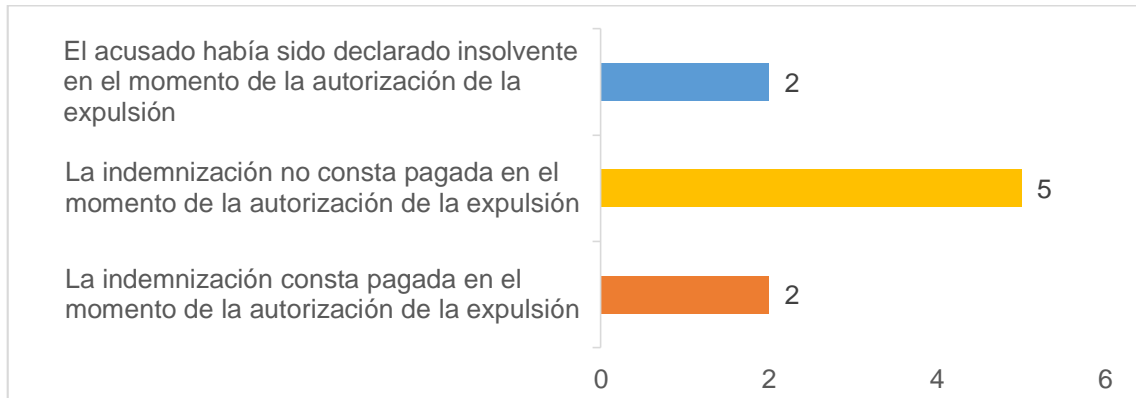
Esta situación puede afectar especialmente a víctimas de violencia de género³² o a víctimas de delitos violentos o contra la libertad sexual³³, pues la concesión de tales ayudas requiere, como norma general, aunque no de forma exclusiva, que exista resolución judicial que acredite la situación de victimización (Pérez Rivas, 2016).

Por otra parte, en los nueve casos en que sí hubo sentencia y sí se acordó algún tipo de indemnización para la víctima, sólo en dos casos la indemnización consta pagada en el momento de la expulsión y en otros dos casos el acusado había sido declarado insolvente en el momento de la autorización de la expulsión, por lo que en esos casos la autorización de la expulsión no afectó en modo alguno a este aspecto. Sin embargo, llama la atención cinco casos en que el derecho a indemnización le había sido reconocido a la víctima, pero la autorización de la expulsión llegó antes de que la indemnización hubiera podido ser satisfecha, con lo que las legítimas expectativas de los perjudicados de obtener reparación quedaron frustradas y relegadas por los intereses de la política migratoria.

³² Las víctimas de violencia de género podrán solicitar a los servicios sociales de las comunidades autónomas una ayuda de pago único (prevista en el art. 27 de la L.O. 1/2004) debiendo acreditar su situación con la orden de protección a su favor, aunque excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la denunciante es víctima de violencia de género. Asimismo, las víctimas de violencia de género podrán solicitar al Servicio Público de Empleo la Renta Activa de Inserción (regulada por el R.D. 1369/2006, de 24 de noviembre) pudiendo acreditar la condición de víctima mediante certificación de los Servicios Sociales de la Administración competente o del centro de acogida, mediante resolución judicial, orden de protección, o informe del Ministerio Fiscal

³³ En el caso de las víctimas de delitos violentos o contra la libertad sexual, reguladas por la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, será necesaria resolución judicial salvo en aquellos casos en que se acredite una precaria situación económica de la víctima o sus beneficiarios y aquella hubiera denunciado los hechos delictivos ante las autoridades competentes o estuviere en curso un proceso penal con respecto a los mismos, que se podrá otorgar una ayuda provisional (Pérez Rivas, 2016). En esta misma línea se posicionaba el Convenio 116 del Parlamento Europeo sobre víctimas de delitos violentos, al establecer como regla que se conceda la indemnización aunque no se haya llegado a procesar o a sancionar al autor (Martín Ríos, 2008).

Tabla 41. Características de los casos en los que habiendo sentencia, se acordaba algún tipo de indemnización para la víctima



Fuente: elaboración propia

Además, cabe destacar que en ninguno de los casos analizados se produjo audiencia a la víctima antes de resolverse sobre la autorización de la renuncia o la continuación del procedimiento penal, incumpléndose así de manera generalizada el requisito de oír a las partes personadas que recoge el art. 247 del REX de 2011. Tampoco se ha encontrado en ninguno de los expedientes analizados que se diera de forma generalizada la oportunidad a las partes para formular alegaciones, tal como la Circular de 2006 interpretó este requisito, dándose solo en unos pocos expedientes.

De entre todos los casos analizados, sintetizamos a continuación el que más llama la atención desde el punto de vista de la situación de desprotección y olvido en el que quedó la víctima al autorizarse la expulsión y descartarse la continuación del procedimiento penal, por tratarse de una víctima de un presunto delito de abuso sexual que, además, es menor de edad

CASO nº 11:

El 7 de agosto de 2014 una mujer denuncia ante la policía que su hija de 10 años ha sido víctima de tocamientos en los pechos y en la vulva por parte del tío de la menor durante la noche anterior, cuando la niña se había quedado a dormir en casa de sus tíos.

El presunto autor de los hechos, un hombre de origen ecuatoriano y residente en España desde hacía 4 años aunque sin autorización legal, al enterarse de que iba a ser denunciado, se presentó en casa de la niña, según el testimonio de la madre de la menor, aceptando su culpabilidad, pidiendo perdón, explicando que iba borracho y que tenía problemas con el alcohol.

Incoado el procedimiento penal, el juez instructor solicita al Servicio de Prevención y Apoyo a la Familia de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales en Málaga un informe pericial sobre la credibilidad del testimonio de la menor.

Pendiente aún el informe, llega al juzgado solicitud de la Brigada de Extranjería pidiendo al juez autorización de la expulsión por la vía del art. 57.7 LOEX, sanción administrativa que le había sido impuesta al conocer la policía su situación de irregularidad. El juez autorizó la expulsión, la Brigada confirmó la materialización de la expulsión y el juez decretó el sobreseimiento del caso.

Dos meses más tarde, el Servicio de Prevención y Apoyo a la Familia, ajeno al sobreseimiento del caso porque nadie se lo había notificado, informa al juzgado que tiene listo el informe pericial que se le había solicitado, realizado a partir de la entrevista con la menor, a lo que el juzgado responde que, sobreseído el caso, ya no lo necesita. No consta en el expediente judicial que el juzgado contactara con la menor ni con su familia, ni para decidir sobre la autorización de la expulsión, ni antes de dar por sobreseído el caso.

Así pues, la situación de olvido y desprotección en la que parecen quedar las víctimas de los delitos que se ven afectados por la aplicación del art. 57.7 LOEX resulta especialmente llamativa en un contexto como el actual en el que, como consecuencia del impulso de la moderna Victimología, se ha puesto de manifiesto la necesidad de reconocer el papel que juega la víctima en el conflicto penal, garantizando la efectiva protección de sus derechos (Fattah, 2014). Asimismo, creemos que esta situación implica una vulneración de los instrumentos internacionales que han señalado que una de las funciones fundamentales de la justicia penal debe ser la de responder a las necesidades de las víctimas y la de proteger sus intereses, y que han configurado la reparación a la víctima como una obligación estatal que se fundamenta en un principio de solidaridad y justicia social (Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, 2004).

4.4. Eficacia del 57.7 LOEX desde el punto de vista de la inocuización

Nada dice ni la LOEX, ni las directrices del Ministerio Fiscal sobre consideraciones vinculadas con el la inocuización como criterio orientador para los operadores jurídicos. Esto, no obstante, resulta comprensible si se tiene en cuenta que la inocuización puede conseguirse aquí sin intervención penal, simplemente autorizando la expulsión administrativa. Sin embargo, sí que considero que resultaría oportuno incorporarlo como criterio a considerar, al menos, para que en aquellos casos en que se detecte un riesgo alto de reincidencia y se acepte la expulsión, las autoridades gubernativas puedan informar a los países a los que se expulsa a los extranjeros.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Por lo que respecta a la eficacia del art. 57.7 LOEX para prevenir la comisión de delitos por parte de extranjeros que puedan buscar en el proceso penal una forma de garantizar su estancia en el país, hemos concluido que la renuncia al procedimiento penal no es una medida disuasoria eficaz:

- i. Porque es una respuesta penal menos severa que la continuación del procedimiento penal,
- ii. Porque disminuye la certeza del castigo, en el sentido de que la decisión sobre optar por la renuncia o la continuación penal dependerá de unos requisitos normativos concretos y de la interpretación que de los mismos hagan los operadores jurídicos que quedan fuera de la esfera de control de los extranjeros
- iii. Porque los extranjeros desconocen, en general, los mecanismos jurídico-penales que buscan, a través de diferentes vías, la expulsión del delincuente extranjero.

En relación a la eficacia del art. 57.7 LOEX para generar un efecto tranquilizador en la ciudadanía hemos concluido que la renuncia al procedimiento penal no es una medida tranquilizadora eficaz:

- i. Porque ese a las evidencias sobre la vinculación que a veces hace la opinión pública entre inmigración y delincuencia, no existen pruebas sobre

la sorpresa y desasosiego de la ciudadanía ante las dificultades para poder expulsar a los extranjeros que, además de estar en situación irregular, aparecen como responsables de un delito;

- ii. Porque Tampoco existen datos que demuestren el apoyo social a la expulsión de los extranjeros que cometen delitos. De hecho, sólo una minoría de personas apoya la expulsión de los extranjeros que se encuentran en situación irregular,
- iii. Y porque para que cualquier medida pueda tener un efecto tranquilizador es necesario que la ciudadanía conozca la existencia de dicha medida, cosa que no ocurre en el caso de la renuncia penal prevista en el art. 57.7 LOEX.

En lo referente a la eficacia del art. 57.7 LOEX para congeniar los intereses del Estado relacionados con la política de extranjería y los propios del derecho penal hemos concluido que la renuncia al procedimiento penal no es una medida conciliadora eficaz, al menos no como está diseñada y como está siendo aplicada en la práctica, especialmente por dos motivos:

- i. Porque las decisiones judiciales se toman ignorando las circunstancias personales de los sujetos extranjeros, tanto en lo relativo a su situación de arraigo en España como en relación a la existencia de necesidades criminógenas sobre las que resulte necesario intervenir en favor de la rehabilitación y reinserción social, cosa que sí se hace, en principio, para los nacionales
- ii. y porque las necesidades de reparación de las víctimas, si bien están previstas como posible criterio justificador de la continuación del proceso penal, sólo se consideran desde el punto de vista de la reparación económica. Existiendo en la práctica, además, una despreocupación generalizada por valorar qué necesidades de reparación concretas se han podido derivar del delito y sus implicaciones de cara a la renuncia penal.

Ambas cosas, reinserción social y atención a la víctima, son fines que al derecho penal le corresponde legítimamente perseguir y que, sin embargo, están siendo relegados a un segundo plano en favor de intereses propios de la política

migratoria. Una medida que pretende conciliar los intereses de ambas políticas debería articularse de forma que, al menos, pudiera garantizar un mayor equilibrio entre ambas. Lo contrario llevaría al legislador a tener que aceptar que las funciones normativamente declaradas son en realidad, parafraseando a Rivera Bieras (2005), mitologías del sistema penal.

CAPÍTULO 7

DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

7.1. Discusiones finales a la luz del trabajo realizado

Comenzamos esta tesis explicando que, en un contexto como el actual en el que los temas migratorios se han convertido en epicentro de la atención política y mediática a nivel internacional, el interés por analizar cuáles son y qué eficacia tienen las diferentes medidas que los gobiernos adoptan para dar respuesta al control de los flujos migratorios adquiere especial importancia.

Por ello comenzamos analizando cuáles son las características de los movimientos migratorios que se dan en la sociedad actual y destacamos que, pese a tratarse de un fenómeno global, se han ido construyendo social y políticamente categorías de extranjeros, facilitándose la movilidad y la integración en los países de acogida para aquellos extranjeros que pasan por el filtro de lo deseable y cerrando las fronteras para aquellos otros que no, sobre la base de una pretendida peligrosidad o amenaza que representan los no deseados.

Esa securitización de las políticas migratorias ha ido configurando todo un conjunto de medidas: primero destinadas al control de las fronteras exteriores (en el que se ponen en marcha infinidad de mecanismos de coordinación entre estados), después destinadas a evitar la entrada de quienes intentan saltarse esos controles (mediante figuras como la denegación de entrada, la repatriación o la devolución) y, cuando todo lo anterior falla, destinadas a expulsar al inmigrante no deseado.

A la hora de configurar las medidas destinadas a facilitar esas expulsiones, España ha seguido la tendencia comparada y ha ido configurando en los últimos años un conjunto de estrategias que se caracterizan por el solapamiento entre el derecho penal y el derecho de extranjería. De forma particular, hemos concretado cinco principales manifestaciones de la *Crimigración* en España que se plasman en: 1) el uso de técnicas penales como la privación de libertad para dar contenido a las medidas cautelares del procedimiento administrativo sancionador; 2) la criminalización de conductas vinculadas con la inmigración; 3) la sustitución de la condena penal por la expulsión; 4) la vinculación de los

antecedentes penales con una causa administrativa de expulsión; y 5) la renuncia al procedimiento penal en favor de la expulsión administrativa.

Hemos indagado sobre cómo han evolucionado en la última década cada una de esas manifestaciones y hemos constatado el hecho de que, aunque en términos absolutos su aplicación ha ido descendiendo, en términos relativos (proporción que representan respecto del total de expulsiones ejecutadas durante el mismo periodo) ha ido en aumento. Lo que nos ha permitido confirmar la implantación de un sistema gerencialista, altamente selectivo, que pone el foco de atención en la expulsión de extranjeros vinculados con el sistema penal ante la imposibilidad de hacer frente a todas las expulsiones.

Este modelo político-criminal basado la expulsión como respuesta prioritaria al fenómeno de la inmigración no deseada, provoca una clara subordinación del Derecho penal a las políticas administrativas de control de la inmigración, lo que está siendo fuertemente criticado por la literatura porque da lugar, por un lado, a que se difuminen principios como la igualdad, la presunción de inocencia o la culpabilidad y, por otro, a que los fines propios del derecho penal cedan ante los fines de la política migratoria con una importante carga simbólica.

A los efectos de esta tesis, ha resultado clarificador diferenciar tales medidas en función del papel que juega el derecho penal. Así, hemos diferenciado entre aquellas que usan el derecho penal para los mismos fines que la política migratoria (técnicas “*crimigradoras*” penalmente activas) y aquellas que renuncian al uso del derecho penal para no obstaculizar los fines de la política migratoria (técnicas “*crimigradoras*” penalmente pasivas).

En esta segunda categoría hemos incluido la renuncia al procedimiento penal prevista en el art. 57.7 LOEX para los supuestos en que el sospechoso es un extranjero administrativamente expulsable y hemos destacado que, si bien comparte con las demás medidas *crimigradoras* una relegación de las necesidades del sujeto extranjero al que se expulsa al privarle de cualquier oportunidad de reinserción social, tiene la particularidad de que puede llegar a

producir también un efecto adverso sobre las víctimas, pues al renunciarse al proceso penal pueden verse afectados sus necesidades de reparación o indemnización, exponiendo a la víctima a una situación de olvido que implica ir a contracorriente de las resoluciones internacionales y nacionales que ponen de manifiesto la necesidad de garantizar la efectiva protección de sus derechos.

A la hora de valorar el encaje legal de la renuncia penal prevista en el art. 57.7 LOEX, hemos destacado que supone una clara excepción al principio de legalidad que rige en el sistema penal español y que parece haber consenso en la doctrina al entender que para que el principio de oportunidad pueda manifestarse en el seno de nuestro sistema debe respetar, al menos, dos requisitos clave: 1) estar determinado por la legislación, pudiendo aplicarse únicamente si se cumplen los presupuestos previstos por la norma (de ahí que se hable del ejercicio de la oportunidad “reglada”) y 2) concurrir otros intereses constitucionales distintos al principio de legalidad que aconsejen ese no ejercicio de la acción penal. En relación a ambos requisitos se han encontrado serias disfunciones que creemos merecen la atención de los operadores jurídicos involucrados para tratar de subsanarlos.

A) Relacionadas con el cumplimiento de los presupuestos normativamente previstos para la aplicación de la renuncia penal

En primer lugar hemos criticado la técnica legislativa utilizada para regular la renuncia penal en favor de la expulsión administrativa de extranjeros, entendiendo que no debería estar únicamente regulada en la ley de extranjería, sino que debería tener su correspondiente regulación en una norma procesal penal. De ahí, que hayamos reflexionado sobre el posible mayor encaje procesal que tiene el 57.7 LOEX desde que se introdujo en nuestro sistema penal el principio de oportunidad reglada para el caso de delitos leves en 2015. Sin embargo, hemos llegado a la conclusión de que los procedimientos penales a cuya tramitación se renuncia por la vía del 57.7 LOEX no son únicamente delitos de bagatela sino que exceden mucho los límites de esa oportunidad reglada (en tanto son procedimientos que pueden llegar a serlo por delitos graves). Además hemos destacado que, aun en aquellos casos en que se trate de delitos leves, el

fundamento que justificaría la renuncia penal debería ser en todo caso la escasa gravedad del delito y el principio de intervención mínima y no el hecho de que el sujeto responsable sea un extranjero del que pende una orden de expulsión pendiente de ejecución.

Asimismo, hemos justificado la necesidad de verificar que se cumplen los requisitos normativos que exige la ley para poder aplicar la renuncia penal, pues lo contrario sería una vulneración del principio de oportunidad reglada. De ahí, el interés por estudiar a través del análisis empírico de la realidad, cómo se está produciendo la renuncia penal en la práctica.

El análisis de expedientes judiciales ha resultado una metodología adecuada para conocer de forma detallada el mecanismo por el que se produce la aplicación del art. 57.7 LOEX y el rol que desempeñan los distintos actores involucrados, en particular, el fiscal responsable de elaborar el informe previo a la decisión judicial.

El análisis realizado nos ha permitido identificar las siguientes disfunciones que debieran subsanarse para garantizar la legalidad de la renuncia penal.

1. **Disfunciones relacionadas con la naturaleza del delito:** hemos destacado que la mayoría de los casos estudiados se sitúan fuera del ámbito de la delincuencia de bagatela (solo representan el 14%), correspondiendo el 73% a delitos menos graves y el 13% a delitos que pueden llevar aparejada una pena de entre 5 y 6 años de prisión, lo que hace especialmente cuestionable la ausencia de interés público en su persecución.
2. **Disfunciones referidas al perfil de los sujetos.** Por lo que respecta a las características de los extranjeros para cuya expulsión se pide la autorización judicial hemos destacado la existencia de un porcentaje importante de extranjeros (el 27%) que se encontraban en situación administrativa regular en el momento de los hechos, y un importante porcentaje de extranjeros que no tenían antecedentes penales previos (al menos, el 44%), lo que desmonta

la imagen del extranjero peligroso que ha encontrado en la delincuencia su forma de vida en España contra el que el Estado debe actuar. Además, la mayoría de las expulsiones para cuya ejecución se solicita la autorización judicial tienen que ver con la infracción derivada de la estancia irregular (53%), siendo una minoría las que tienen que ver con la existencia de antecedentes penales (16%) y sin que hayamos encontrado ninguna que se vincule con haber infringido normas de orden público. Con independencia de la causa de la expulsión, no hemos encontrado en nuestro análisis que ni jueces ni fiscales comprueben con carácter general el presupuesto material por el que se pide su intervención, ni tampoco si el expediente administrativo de expulsión había agotado su tramitación o, por el contrario, estaba todavía abierta. El hecho de que en 11 expedientes ni siquiera fuéramos capaces de identificar la causa de la expulsión, bien porque no constaba la resolución, bien porque la que constaba era ilegible, corrobora la ausencia de interés en la cuestión.

3. **Disfunciones sobre el momento procesal en el que se produce la renuncia.** Por lo que respecta al momento procesal en el que llega la solicitud, hemos encontrado que la mayoría de los casos (70%) la solicitud de autorización llega una vez que ya hay sentencia, lo que resulta especialmente relevante dado que la previsión legal establece que una vez se haya acordado la apertura del proceso penal ya no se podrá autorizar por la vía del 57.7 LOEX. Pese a ello, cuando los procedimientos están en fase de ejecución y ha habido una sentencia condenatoria a una pena no privativa de libertad (20% de los casos), la fórmula diseñada por el Ministerio Fiscal en sus circulares – y aplicada por los fiscales en la práctica – es decidir que “nada opone” el procedimiento penal a la expulsión si ésta resulta administrativamente procedente. Fórmula que creemos de cuestionable legalidad, porque carece de cobertura normativa y porque implicaría aceptar que el art. 57.7 LOEX se está utilizando como vía para la sustitución de la pena por la expulsión en supuestos que, por no tratarse de penas privativas de libertad, quedan fuera del ámbito de la expulsión penal del art. 89 CP.

4. **Disfunciones relacionadas con la fórmula lingüística utilizada para expresar la resolución:** En relación a las resoluciones adoptadas, hemos encontrado que los casos en que jueces y fiscales consideran que no procede la expulsión son una minoría (sólo en el 14% de los casos estudiados) y que, por tanto, la postura generalizada es la autorización. No obstante, hemos destacado que no existe un criterio lingüístico común entre jueces y fiscales a la hora de concretar su decisión, utilizándose las fórmulas “nada opone” y “autoriza” de forma diferenciada entre ambos. Lo que nos ha llevado a cuestionarnos cómo se interpretan tales formulas lingüísticas en el momento de elaborar las estadísticas que manejan tanto el Ministerio fiscal (que solo se refieren a “informes favorables”), como la Comisaría General de Extranjería y Fronteras (que solo distinguen entre autoriza y no autoriza).
5. **Disfunciones relacionadas con la ausencia de motivación en las resoluciones:** En relación con la motivación de las resoluciones, hemos encontrado que la postura generalizada cuando la resolución autoriza la expulsión es no motivar. En este sentido, hemos destacado que, pese a que de la redacción dada al 57.7 LOEX “*la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación*” se desprenderse que para conceder la autorización no se exige que se haga de forma motivada, parece obvio que la trascendencia de la resolución que se adopta sí exija necesariamente la forma de auto motivado en todo caso. Así, hemos destacado que la posición del Ministerio Fiscal—aunque únicamente en relación a la expulsión penal del art. 89 CP y no en relación a la renuncia penal del 57.7 LOEX – es la de que el juez o tribunal deberá motivar la decisión cualquiera que sea su sentido, porque entiende que es una exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva en el aspecto del derecho a obtener una resolución fundada en derecho, y también una obligación impuesta por el art. 120.3 CE, pues toda cuestión suscitada en la instancia y sometida a debate de las partes, ha de ser razonada por el tribunal al resolverla, a fin de dejar de manifiesto que lo decidido no es arbitrario, sino fundado en razones jurídicas (art. 9.3 CE). No vemos motivos

que justifiquen la existencia de una posición diferenciada entre ambas figuras.

6. **Disfunciones referidas a la efectiva materialización de las expulsiones autorizadas.** Hemos encontrado que las expulsiones se pudieron ejecutar efectivamente en la mayoría de los casos (59%), aunque hemos llamado la atención sobre un caso la expulsión se materializó con fecha anterior a la resolución judicial, otro caso en el que se procedió a la efectiva expulsión a pesar de que la resolución judicial no la había autorizado y seis casos en los que la Brigada de Extranjería no comunicó qué había pasado. Respecto a los casos en que no se pudo llegar a materializar la expulsión hemos apuntado que son la imposibilidad de documentar al extranjero en el periodo legal de internamiento y la resistencia a subir en el avión en el momento del embarque, los dos principales motivos que lo explican.
7. **Disfunciones relacionadas con la eficiencia del proceso.** En los casos en que no se pudo materializar la expulsión, hemos comprobado que se reprimió el procedimiento penal, sin embargo, solo la mitad de ellos terminaron sobreesidos definitivamente por cumplimiento de condena, mientras que la otra mitad se sobreesió por prescripción del delito o por no poder localizar al extranjero. Lo que hace cuestionar la utilidad de la renuncia penal dese el punto de vista de la eficiencia del proceso y de sus beneficios en materia de descongestión de la Administración de Justicia.
8. **Disfunciones relacionadas con el plazo que se tarda en resolver.** Asimismo, en relación a los plazos que emplean jueces y fiscales para resolver sobre la aplicación del 57.7 LOEX, hemos destacado que únicamente en el 19% de los casos se respetó el plazo de 3 días que marca la ley, en todos los demás se superó ese plazo, que incluso puede llegar a superar los 40 días.

Pese a todas estas incidencias detectadas, hemos llamado la atención sobre el hecho de que los abogados de los extranjeros están presentando recursos ante

el juez que nada tienen que ver con la aplicación del art. 57.7 LOEX, sino con la orden que acuerda la expulsión administrativa, confundiendo quién es el juez competente para conocer de una u otra cosa, lo que revela la necesidad de que este colectivo profesional cuente con una mejor formación sobre cuáles son los elementos normativos que hay detrás de esta figura legal, para que puedan velar en mejores condiciones por el derecho a la tutela judicial efectiva.

B) Relacionadas con los criterios político-criminales que se tienen en consideración para fundamentar la decisión sobre la renuncia penal

Decíamos antes que la doctrina ha advertido de que la renuncia penal parece tener poco encaje legal como manifestación del principio de oportunidad reglada si se hace por el mero interés estatal en expulsar al extranjero no deseado sin que concurrieran causas de justicia material.

La revisión de cuáles son los fundamentos que se han utilizado institucionalmente hasta la fecha para justificar político-criminalmente el interés público en la renuncia en el caso de extranjeros administrativamente expulsables, nos ha llevado a las circulares del Ministerio Fiscal, habiendo identificado tres circulares que resultan claves en este asunto. La primera, alegaba el valor disuasorio del art. 57.7 LOEX para la prevención de conductas por parte de extranjeros que buscan en la pequeña delincuencia un obstáculo para no poder ser expulsados. La segunda, se refería al valor del 57.7 LOEX para dar respuesta a la sorpresa y desasosiego generado en la ciudadanía ante la imposibilidad de impulsar a extranjeros que, además de estar en situación irregular, aparecen investigados por la comisión de un delito. Y la última, se refería al valor del 57.7 LOEX como instrumento idóneo para congeniar los intereses que al Estado le corresponde legítimamente diseñar en materia de extranjería y en materia de política criminal.

El análisis del potencial que tiene la renuncia penal para alcanzar cada una de esas tres funciones nos ha llevado a destacar un conjunto de problemas que deberían resolverse para mejorar la eficacia del 57.7 LOEX.

1. Disfunciones relacionados con la eficacia disuasoria. Por lo que respecta a la eficacia del art. 57.7 LOEX para prevenir la comisión de delitos por parte de extranjeros que puedan buscar en el proceso penal una forma de garantizar su estancia en el país, tal como ha sido mantenido por la fiscalía, hemos concluido que la renuncia al procedimiento penal no es una medida disuasoria eficaz porque es una respuesta penal menos severa que la continuación del procedimiento penal, porque disminuye la certeza del castigo y porque los extranjeros desconocen, en general, los mecanismos jurídico-penales que buscan, a través de diferentes vías, la expulsión del delincuente extranjero. Además, el hecho de que el 27% de los extranjeros de nuestra muestra se encontrara en situación regular en el momento de los hechos, nos lleva a negar que, al menos para ellos, la delincuencia fuera resultado de una decisión racional para obstaculizar su expulsión. A pesar de ello, hemos criticado que la postura del Ministerio Fiscal a la hora de optar entre la renuncia o la continuación respecto de ese tipo de extranjeros no difiere de la mostrada con los extranjeros que sí se encontraban en situación irregular.

2. Disfunciones relacionadas con la eficacia tranquilizadora. En relación a la eficacia del art. 57.7 LOEX para generar un efecto tranquilizador en la ciudadanía, hemos concluido que la renuncia penal no es una medida tranquilizadora eficaz porque, pese a existir evidencias sobre la vinculación que a veces hace la opinión pública entre inmigración y delincuencia, no existen evidencias que avalen la sorpresa ni el desasosiego de la ciudadanía, tal como ha mantenido la fiscalía, ante las dificultades para poder expulsar a los extranjeros que, además de estar en situación irregular, aparecen como responsables de un delito; Tampoco existen datos que demuestren el apoyo social a la expulsión de los extranjeros que cometen delitos. Además, hemos argumentado que para lograr que cualquier medida tenga un efecto tranquilizador es necesario que la ciudadanía la conozca, cosa que no ocurre en el caso de la renuncia penal prevista en el art. 57.7 LOEX.

De ambas conclusiones creemos que se desprende la necesidad de exigir al legislador que los presupuestos sobre los que haga sustentar un pretendido interés público, así como también las medidas que institucionalmente se articulen en torno a él, estén basados en el conocimiento riguroso y científico de la realidad social sobre la que se actúa. Es decir, si la renuncia penal del art. 57.7 LOEX pretende servir como medida disuasoria de la potencial delincuencia del colectivo de inmigrantes en situación irregular o como medida tranquilizadora de una supuesta ciudadanía desasosegada, el legislador debiera previamente asegurarse de que existen evidencias empíricas que sustentan sus premisas y que avalan la eficacia de la renuncia penal para alcanzar sus pretensiones.

3. Disfunciones relacionadas con la eficacia conciliadora. En lo referente a la eficacia del art. 57.7 LOEX para cumplir con la función que institucionalmente se le ha atribuido de congeniar los intereses del Estado relacionados con la política de extranjería y los propios del derecho penal, hemos concluido que las directrices interpretativas que el Ministerio Fiscal ha ido configurando para abordar la decisión, tienen que ver más con aspectos puramente formales que con criterios sustantivos propios del derecho penal, lo que provoca que la renuncia del proceso penal en favor de la expulsión se esté aplicando sin que se pondere el interés político-criminal en relación con las circunstancias particulares del caso.

De ahí, que hayamos defendido la necesidad de que jueces y fiscales incorporen en el ejercicio de su discrecionalidad criterios sustantivos más específicos del ámbito político-criminal. Asimismo, hemos planteado la utilidad que, por analogía, podría aportar el empleo de los criterios penológicos que propugnan los diferentes modelos punitivos contemporáneos: la proporcionalidad con la gravedad del hecho, la atención rehabilitadora a las necesidades criminógenas del delincuente, la atención a las necesidades de reparación de la víctima y la atención a los niveles de inocuidad que se precisa para la protección de la sociedad. Hemos defendido que hacer girar el juicio interpretativo de jueces y fiscales en torno a estos criterios haría la aplicación del 57.7 LOEX más legítima y eficaz desde el punto político-criminal.

Sin embargo, al confrontar esos criterios de justificación con la práctica observada en el análisis de los expedientes judiciales hemos criticado tanto la ausencia de interés hacia las características de la persona extranjera sobre la que se decide (especialmente llamativo al observar que el 69% de los extranjeros estaban asentados en España desde hacía, al menos, tres años y que la mitad de ellos, además, tenía arraigo familiar), como la infravaloración de las necesidades de la víctima del delito (especialmente llamativo al observar que en el 51% de los casos había una víctima directa). Resultados que confirman la primacía de los intereses de la política migratoria por encima de los político-criminales.

Con la intención de promover que el 57.7 LOEX pueda ser aplicado con una mejor consideración a los criterios de justificación (formales y sustantivos) apuntados, se propone la siguiente ficha de valoración que podría resultar de utilidad como un guion de individualización para quien deba resolver en sede penal la solicitud formulada por una brigada de extranjería en relación a la renuncia o continuación de un proceso penal iniciado contra un sujeto extranjero que tiene pendiente una expulsión administrativa.

Se incluyen, por un lado los seis elementos formales que prevé la norma, y por otro, siete criterios sustantivos que creemos ayudaría a maximizar el respeto a los propósitos de una política criminal contemporánea. Para cada indicador, se ofrece un sistema de triple respuesta, para mantener las tres categorías que hemos visto utiliza el Ministerio Fiscal para posicionarse sobre la aplicación del 57.7. LOEX en sus informes (esto es: procede autorizar, nada opone, no procede).³⁴. No se trata de una ficha matemática que permita obtener un resultado numérico sobre la conveniencia o no de continuar con el procedimiento penal, pero sí puede resultar de utilidad para ordenar la valoración en sede penal del caso concreto intentando mejorar la eficacia de las decisiones.

³⁴ Agradezco al profesor Pablo Rando Casermeiro sus aportaciones en la fase inicial de esta reflexión.

Tabla 42. Ficha para la individualización de la decisión sobre la renuncia o continuación del procedimiento penal (aplicación del art. 57.7 LOEX).

	PROCEDE AUTORIZAR LA EXPULSIÓN	NADA OPONE EL PROCEDIMIENTO A LA EXPULSIÓN	NO PROCEDE AUTORIZAR LA EXPULSIÓN
A) ELEMENTOS FORMALES			
1. El imputado es extranjero susceptible de ser expulsado	Concurre formalmente una causa legal de expulsión y la misma no se integra con los hechos a probar en el proceso penal,		Concurre formalmente una causa legal de expulsión, pero la misma se integra con los hechos a probar en el proceso penal
	Se ha concluido el expediente administrativo y recae firmeza sobre la orden de expulsión		El expediente administrativo de expulsión no ha agotado su tramitación y está todavía abierta la vía para el recurso
2. El delito por el que se sigue el proceso lleva aparejada pena privativa de libertad ≤ 6 años o pena de distinta naturaleza	El delito por el que se sigue el proceso está suficientemente determinado y está claro que la pena aparejada entra dentro de los límites legales establecidos		El delito por el que se sigue el proceso todavía no está suficientemente determinado y se desconoce qué tipo de pena podrá llevar aparejada
3. Naturaleza del delito	El delito no está entre los tipificados en los arts. 312 o 318 bis CP		El delito por el que se sigue el proceso es de los tipificados en los arts. 312 o 318 bis CP
4. Momento procesal	Procede autorizar la expulsión cuando no haya comenzado el juicio oral	Nada opone cuando la causa penal haya sido sobreseída o archivada	No procede autorizar la expulsión cuando haya comenzado el juicio oral
5. Garantías	Si ha habido audiencia al Ministerio Fiscal, al interesado y a las partes		No procede autorizar sin la previa audiencia al Ministerio Fiscal, al interesado y a las partes
6. Plazo	Si se hace dentro de los 3 días que marca la ley		Si se exceden los 3 días que marca la ley

	PROCEDE AUTORIZAR LA EXPULSIÓN	NADA OPONE EL PROCEDIMIENTO A LA EXPULSIÓN	NO PROCEDE AUTORIZAR LA EXPULSIÓN
B) ELEMENTOS SUSTANTIVOS			
7. Eficacia disuasoria	Quando la motivación delictiva del extranjero es evitar la expulsión	Quando la motivación delictiva del extranjero se vincula con su irregularidad administrativa	Quando la motivación delictiva del extranjero se vincula con cualquier otra cosa
8. Eficacia retributiva	Procede en aquellos supuestos donde se reduce la violencia punitiva. Por ejemplo, si hubiera sido expulsado tras el cumplimiento de la pena por la vía del art. 57.2 LOEX	Nada opone cuando existe una aflicción equivalente. Por ejemplo, cuando el extranjero sea inocente, o cuando siendo culpable, se le hubiera impuesto una expulsión penal (89 CP)	No procede en aquellos supuestos donde la renuncia penal aumenta la violencia punitiva. Por ejemplo, si hubiera sido condenado a una pena no privativa de libertad
9. Eficacia rehabilitadora	Procede cuando no es necesaria intervención sobre las necesidades criminógenas	Nada opone cuando, aun existiendo necesidades criminógenas, el tipo de pena no habría estado destinada a confrontarlas (por ejemplo, la multa)	No procede cuando existen necesidades criminógenas y el tipo de pena habría podido incidir positivamente en su reducción
10. Eficacia inocuidadora	Quando el extranjero presente riesgo alto de reincidencia y la pena imponible no sea inocuidante	Quando la expulsión pueda ser también impuesta por la vía del art. 89 o, al finalizar la pena, por la vía del art. 57.2	Quando el extranjero presente un riesgo bajo de reincidencia y la pena imponible sea suficiente para abordarlo
12. Eficacia reparadora	Quando no sea necesaria la reparación ni indemnización a la víctima	Quando siendo necesaria la reparación o indemnización, se hubiera ya satisfecho	Quando siendo necesaria la reparación o indemnización todavía no se haya satisfecho
13. Eficacia eficientista	Procede la renuncia cuando se producen beneficios en materia de descongestión de la Administración de Justicia	Nada opone cuando el procedimiento esté en fase final y la expulsión no suponga ningún ahorro ni ningún coste para la Adm. de Justicia	Quando sea previsible que el extranjero no podrá ser efectivamente expulsado y el procedimiento deba ser reprendido



7.2. Conclusión

Partíamos este trabajo de investigación con el objetivo general de profundizar en el estudio de la renuncia al procedimiento penal como respuesta a la delincuencia de extranjeros administrativamente expulsables. Para ello hemos procedido a contextualizar la previsión normativa prevista en el art. 57.7 LOEX en el marco de las características del fenómeno migratorio y de las tendencias político-normativas en nuestra sociedad actual. Asimismo hemos profundizado en el encaje legal de una respuesta penal excepcional, revisando los fundamentos que lo justifican, los elementos normativos que requiere su aplicación y los criterios interpretativos que se han venido configurando por parte de los operadores jurídicos.

Pero sobre todo, este trabajo tenía como pretensión aportar evidencias empíricas que permitieran llenar un vacío de conocimiento sobre cómo se está llevando a cabo en la práctica la aplicación de esta renuncia penal. El trabajo empírico realizado a través del estudio de una muestra de expedientes judiciales es, por tanto, la principal aportación científica de este trabajo. Es cierto que el periodo temporal analizado queda ya algo lejano en el tiempo, aunque la ausencia de nuevas instrucciones hace pensar que no ha debido cambiar sustancialmente la forma en que se aplica el 57.7 LOEX. Es cierto también que la muestra estudiada corresponde únicamente a una ciudad, por lo que la principal limitación del estudio realizado es que los resultados no son extrapolables al conjunto nacional. Sin embargo, el modelo de análisis planteado para el abordaje empírico permite que el estudio pueda ser replicado en otras jurisdicciones en busca de respuestas.

Los resultados y hallazgos encontrados debieran servir para que los responsables de la política criminal puedan adoptar medidas tendentes a solucionar las disfunciones detectadas para garantizar la legalidad de esta modalidad de renuncia penal.

La confrontación entre las pretendidas utilidades político-normativas y el conocimiento criminológico que se deriva de este trabajo debería servir

igualmente de utilidad para mejorar la eficacia de la respuesta penal a la delincuencia de personas extranjeras, especialmente a partir de una mejor individualización de las decisiones judiciales que tengan en consideración los criterios de justificación del derecho penal y las características de las personas sobre las que actúa.

Los hallazgos encontrados podrán ser de utilidad también para los colegas criminólogos, que podrán realizar el seguimiento futuro de cómo evoluciona la aplicación del art. 57.7 LOEX, analizando posibles cambios en los elementos que componen el supuesto material o los mecanismos que se ponen en juego para su aplicación.

Y finalmente, los resultados del trabajo aspiran a servir de utilidad a los propios ciudadanos, extranjeros o autóctonos, regulares o irregulares, en tanto individuos que viven y se adaptan a la compleja y cambiante sociedad, pudiendo conocer e interpretar mejor cómo funciona el sistema penal para que entre todos podamos definir un sistema penal que sea más justo y más eficaz.

REFERENCIAS NORMATIVAS

Fiscalía General del Estado

(1994). Circular 1/1994, de 15 de febrero, sobre intervención del ministerio fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España

(2001a). Instrucción de la FGE nº 4/2001, de 25 de julio, específica sobre la autorización judicial de la expulsión de los extranjeros imputados en procedimientos penales,

(2001b). Circular 3/2001, 21 de diciembre de 2001, relativa a la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

(2006). Circular 2/2006, 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.

(2011). Circular 5/2011, de 02 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.

(2015). Circular 1/2015, de 19 de junio de 2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma de la Ley 1/2015, de 30 de marzo que reforma el Código Penal.

(2006-2017). Memorias anuales. Especialidad Extranjería.

Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros.

Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados [ACNUR] (2018). Pacto mundial sobre los refugiados, 2018. Nueva York: ONU.

Acosta Gallo, P. (2016). El interés general como principio inspirador de las políticas públicas. *Revista General de Derecho Administrativo*, 41, páginas

Aizpurúa González, E. y Fernández Molina, E. (2011). Información, ¿antídoto frente al “populismo punitivo”? Estudio sobre las actitudes hacia el castigo de los menores infractores y el sistema de Justicia Juvenil. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 9, 1-29.

Antón García, L. y Larrauri Pijoan, E. (2009). Violencia de género ocasional: Un análisis de las penas ejecutadas. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 7, 1-26.

Antón-Mellón, J. A., Álvarez, G. y Rothstein, P. A. (2017). Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas. *Revista Española de Ciencia Política*, 43, (marzo), 13-36.

Beccaria, C. (2003). *De los delitos y de las penas*. Madrid, Alianza Editorial.

Becerra Muñoz, J. (2013). La toma de decisiones legislativas penales. *Revista española de derecho constitucional*, 33(99), 125-158.

Besio Hernández, M (2011). *Los criterios legales y jurisprudenciales de individualización de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Brandáriz García, J. Á. (2014). La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 1-27.

Brandáriz García, J. Á. & Bessa Fernández, C. (2017). “Perfiles” de deportabilidad: el sesgo del sistema de control migratorio desde la perspectiva de la nacionalidad. *Estudios penales y criminológicos*, 37.

Brookman, R. y Wiener, K. (2017). Predicting punitive attitudes: Racial-animus towards new immigrant and Aboriginal minority groups as a mediating agent upon public crime concerns. *World Journal of Social Science Research*, 4(2), 140-163.

Bushway, S. D., & Paternoster, R. (2009). The impact of prison on crime. *Do prisons make us safer? The benefits and costs of the prison boom*, 119-150.

Cancio Meliá, M. y Maraver Gómez, M. (2005). El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal. *Derecho penal y política transnacional*. Barcelona: Editorial Atelier.

Cardenal Montraveta, S. (2015). ¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena?: Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-18, 1-44.

Castles, S., y Miller, M. J. (2004). La era de la migración. *Movimientos internacionales de población en el mundo moderno*. México: Porrúa.

Chabíanedu Okafor, O. (2019). Derechos humanos y solidaridad internacional. *Informe elaborado como experto independiente para la Asamblea General de Naciones Unidas* y presentado en virtud de la Resolución 35/3 del Consejo de derechos Humanos A/HRC/41/44.

Cid Moliné, J. y Larrauri Pijoan, E. (2002). *Jueces penales y penas en España: aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Cid Moliné, J. (2009). *La elección del castigo*. Barcelona: Bosch

Cid Moliné, J. & Contreras Román, M. (2014). Trends in corrections in Catalonia. Interview with director of Catalan Penitentiary Administration. *Trends in Corrections: Interviews with Corrections Leaders Around the World*. Volume 2. Editors: Martha Henderson; Dilip K. Das. CRC Press.

Cid Moliné, J. (2017). ¿Un Derecho penal sin pena de prisión?. En: Silva Sanchez, J., Queralt Jiménez, J. Corcoy Bidasolo, M, & Castiñeira Palo, coords. *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Edisofer. Págs. 41-54

Consejo Económico y Social (2019). *La inmigración en España: efectos y oportunidades*. Colección Informes Número 02/2019. Madrid: Consejo Económico y Social.

Centro de Investigaciones Sociológicas (2017). Estudio sobre Actitudes hacia la inmigración (X). Madrid: CIS.

Comisión Española de Ayuda al Refugiado (2019). Informe sobre la situación de los refugiados en el mundo. Madrid: CEAR.

Comisión Europea (2014). Comprender las políticas de la Unión Europea: Fronteras y seguridad. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea

Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de la UE (2010). *Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea: Hacia un modelo europeo de seguridad*. Bruselas: Unión Europea.

Córdoba Castroverde, D. (1998); “Consideraciones sobre la autorización judicial de expulsión como sustitutiva del proceso penal”, en la obra colectiva “Tratado Práctico de los procesos de extranjería”. Tribunales de justicia: *Revista española de derecho procesal*, págs. 407 y 408.

Cugat Mauri, M. (2010): “La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros”, en Quintero Olivares, G. (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*. Navarra, Aranzadi.

Daza Bonachela, M. M. (2014). *Victimología hoy, derecho victimal europeo y español y atención a las víctimas de delitos en España*. Departamento de Derecho Penal. Tesis doctoral. Granada: Universidad de Granada.

Mecanismo nacional de prevención de la tortura (2017). *Balance de la actividad en materia de extranjería y fronteras*. Madrid: Defensor del Pueblo.

Mecanismo nacional de prevención de la tortura (2017). *Informe anual*. Madrid: Defensor del Pueblo.

Mecanismo nacional de prevención de la tortura (2018). *Informe anual*. Madrid: Defensor del Pueblo.

De Lucas Martín, J. (2002). La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración *Isegoría*, (26), 59-84.

De Lucas Martín, J. (2003). Inmigración y globalización. Acerca de los presupuestos de una política de inmigración. En: *Inmigración y ciudadanía: perspectivas socio jurídicas* (pp. 23-52). Universidad de La Rioja.

Del Río Fernández, L. J. (1998). Garantías en la detención y expulsión de extranjeros. *Revista general de derecho*, (640), 13-38.

Díez Ripollés, J. L. (2002). El derecho penal simbólico. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 103, 63-97.

Díez Ripollés, J. L. (2003). *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta.

Díez-Ripollés, J. L. (2017). El abuso del sistema penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-01, 1-24.

Diéz Ripollés, J. L., Cerezo Domínguez, A. y Benítez Jiménez, M. J. (2017). *La política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja. Su efectividad, eficacia y eficiencia*. Valencia: Tirant lo Blanch e Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología.

Dirección General de Instituciones Penitenciarias (2006). *Plan Marco de Intervención Educativa con internos extranjeros*. Documentos Penitenciarios, 4.

González Enríquez, C. (2009). *Undocumented migration. Counting the Uncountable. Country report – Spain*. Clandestino Project. European Commission.

Heath, A. y Richards, L. (2016). *Actitudes hacia la inmigración y sus antecedentes. Informe de resultados de la VII edición de la Encuesta Social Europea*. European Social Survey.

Fattah, E. (2014). Victimología: pasado, presente y futuro. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 33(1), 1-33.

Fernández Bessa, C. y Brandariz García, J.A. (2016). Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 1-25.

García-España, E. (2001). *Delincuencia de los inmigrantes en España: Análisis criminológico*. Valencia: Tirant lo Blanch.

García-España, E. (2016). La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el CP de 2015 ¿de la discriminación a la reinserción? *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 18-07.

García-España, E. (2017a). Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-15, 1-28.

García-España, E. (2017b). *Razones para el cierre de los CIE: del reformismo a la abolición*. Observatorio criminológico del Sistema Penal ante la Inmigración. Universidad de Málaga.

García-España, E. (2018). *Enfoque criminológico de las migraciones*. Madrid: Síntesis.

García-España, E. (2019). Human Trafficking, Sexual Exploitation and African Women in Spain: Invisible Slaves of the 21st Century. En *Violence against Women of African descent*. Lexington / Rowman & Littlefield

García España, E. y Carvalho da Silva, J. (2019). Assessment of a juvenile delinquency prevention program with foreign unaccompanied minors in street situation. En *Kriminologie*, nº 1, special Issue about Migration and Crime.

García Rodríguez, M.J. (2016). El nuevo estatuto de las víctimas del delito En el proceso penal según la directiva Europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (18) 24.

Gilliam F. D., Valentino, N. A., & Beckmann, M. N. (2002). Where you live and what you watch: The impact of racial proximity and local television news on attitudes about race and crime. *Political Research Quarterly*, 55(4), 755-780.

Gimeno Sendra, V. (2016). El principio de oportunidad y el Ministerio Fiscal (1). *Diario La Ley*, (8746), 2.

Godenau y Zapata (2005). *La inmigración irregular. Aproximación multidisciplinar*. Cabildo Insular de Tenerife.

Gómez de Maya, J. (2013). *Culebras de cascabel: restricciones penales de la libertad ambulatoria en el Derecho codificado español*. Universidad Carlos III de Madrid.

Gómez Padilla, I. (2017) en “Diferencias conceptuales entre imputado, investigado, procesado y encausado. Derecho de defensa”. Ponencia realizada en el XX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Universidad de Alcalá.

González Beilfuss, M, Vallbé, J. J. & Kalir, B. (2018). El internamiento de extranjeros: ¿qué dicen los datos? Análisis de los expedientes de internamiento tramitados en la provincia de Barcelona en el año 2015. *Migraciones*. Publicación del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones, (45), 57-88.

González Cámara, N. (2011). Migrantes, procesos de irregularización y lógicas de acumulación y exclusión: Un estudio desde la filosofía política. Doctoral dissertation. Universitat Pompeu Fabra

Guia, M. J. (2012). Crimigración, securitización y la criminalización de los migrantes en el sistema penal. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña [AFDUC]* 16, pp. 591-613.

Larrauri Pijoan, E. (2006). Populismo punitivo... y cómo resistirlo. *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 55. Págs. 15-22.

Larrauri, E. (2016). Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 1-29.

Lee, M. T., Martinez Jr, R., & Rodriguez, S. F. (2000). Contrasting Latinos in homicide research: The victim and offender relationship in El Paso and Miami. *Social Science Quarterly*, 81(1), 375-389.

Leerkes, A., Engbersen, G., & Van der Leun, J. (2012). Crime among irregular immigrants and the influence of internal border control. *Crime, Law and Social Change*, 58(1), 15-38.

Llenderozas, E. (2018). La inmigración como amenaza. *Diario La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/opinion/la-inmigracion-como-amenaza-nid2162759>

Mayan, M. J. (2009). *Essentials of Qualitative Inquiry*. Walnut Creek

Marteache Solans, N. Martínez García, M., & Pérez Ramírez, M. (2010). Comparación entre opinión pública y “opinión pública meditada” en relación a la delincuencia sexual. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 8, 1-23.

Martín Escribano, P. (2015). *La expulsión de extranjeros del artículo 89 del CP: análisis jurídico penal y criminológico*. Tesis doctoral. Universitat de Girona.

Marín de Espinosa, E. (2014). El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 11.

Martín Martínez, M. (2014). Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una reevaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Año nº 18, Número 49. Págs. 767-804.

Martín Ríos, M.O. (2008). *La víctima en el proceso penal español*. Editorial Metropolitana.

Martínez Escamilla, M. (2008). ¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular?: un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad. *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 10-06, 1-20.

Martínez Escamilla, M. (2009). Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal. ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar? *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 3.

Martínez Escamilla, M. (Coord). (2015). *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*. Colección Cuadernos Digitales de Formación. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Martínez Escamilla, M. (2016). Centros de internamiento para extranjeros: Estado de la cuestión y perspectivas de futuro. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (18), 23.

Martínez, R., & Lee, M. T. (2004). Inmigración y delincuencia. *Revista española de investigación criminológica*, 2, 1-34.

Martínez Salgado, C. (2012). El muestreo en investigación cualitativa: principios básicos y algunas controversias. *Ciência & Saúde Coletiva*, 17, 613-619.

Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (2018). Datos estadísticos de interés para la privación de libertad de media duración. Centros de internamiento de extranjeros.

Medina Ariza, J. (2011). *Políticas y estrategias de prevención del delito y Seguridad ciudadana*. Colección Actualidad Criminológica y Penal. Edisofer. Madrid.

Ministerio del Interior. *Anuarios estadísticos. (2008 – 2017)*. Disponibles en: <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/anuario-estadistico-de-2016>

Ministerio del Interior. *Balances anuales sobre inmigración irregular (2008-2016)*. Disponibles en: <http://www.interior.gob.es/prensa/balances-e-informes/2016>

Ministerio del Interior (2019). Informe quincenal sobre Inmigración Irregular. Datos acumulados desde el 1 de enero al 31 de julio de 2019.

Monclús Masó, M. (2008). *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*. Tesis Doctoral. Departament de Dret Penal i Ciències Penals. Barcelona: Universitat de Barcelona.

Naciones Unidas (2011). *Instrumento de evaluación de las necesidades en materia de prevención de la delincuencia. Recopilación de instrumentos de evaluación de la justicia penal*. Nueva York. Naciones Unidas.

Nagin, D. S., & Pogarsky, G. (2004). Time and punishment: Delayed consequences and criminal behavior. *Journal of Quantitative Criminology*, 20(4), 295-317.

Nagin, D. (2013). "Deterrence in the Twenty-first Century: A Review of the Evidence. *Crime and Justice*, Vol. 42, No. 1. (pp. 199-263).

Naranjo Giraldo, G. (2016). *El nexo migración-desplazamiento-asilo, entre el orden fronterizo de las cosas y su desafío: políticas migratorias/fronterizas de control y gestión y prácticas emergentes de ciudadanía transfronterizas*. Tesis doctoral. Universidad de Granada.

Navarro Cardoso, F. (2006). Expulsión «penal» de extranjeros: una simbiosis de derecho penal «simbólico» y derecho penal del «enemigo». *Revista de derecho penal y criminología*, (17), 153-182.

Observatorio Permanente de Inmigración (2018). Datos estadísticos sobre extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Gobierno de España.

Ospina, G.I. (2014). Los movimientos migratorios irregulares y la estrategia de Seguridad Nacional 2013. NISCI Discussion Papers, núm. 35, pp. 303-326 Universidad Complutense de Madrid Madrid, España.

Otero Ochalta, J. (2005). Movimientos migratorios en la Europa del siglo XX. Ministerio de Educación y Ciencia. Gobierno de España.

Ortega Roig, M. (2012). Inmigrantes y extranjeros regulares e irregulares en España una comparativa entre autonomías. *Barataria: revista castellano-manchega de ciencias sociales*, Nº. 13, págs. 109-125

Organización Internacional para las Migraciones (2018). *Informe sobre las migraciones en el mundo*. Naciones Unidas.

Parlamento Europeo (2019). *La gestión de las fronteras exteriores*. Fichas técnicas sobre las políticas de la Unión Europea.

Paternoster, R. (2010). How much do we really know about criminal deterrence. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 100, 765.

Pérez Pérez, J.J. (1994). La expulsión del extranjero en el proceso penal. En C. Picó Lorenzo (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial, Extranjeros* (p. 505). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Pérez Rivas, N. (2016). El modelo español de compensación estatal a las víctimas de delitos. *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 14(18), 15.

Redondo Illescas, S. & Garrido Genovés, V. (2013). *Principios de criminología*. Tirant Lo Blanch. Valencia

Quivy, R. & Campenhoudt, L.V. (2004). *Manual de Investigación en Ciencias Sociales*. México. Limusa, Noriega Editores.

Rivera Beiras, I. (2005). *Recorridos y posibles formas de la penalidad* (Vol. 8). Anthropos Editorial.

Rodríguez Lainz, J.L. (2012). La posición jurídica del perjudicado frente a la autorización judicial de expulsión del artículo 57.7 de la Ley Orgánica de Extranjería. *Diario La Ley*, Nº 7767.

Rodriguez Yagüe, C. (2012). El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (14), 7.

Rumbaut, R., Gonzales, R., Komaie, G., & Morgan, C. (2008). Inmigración, encarcelamiento y delincuencia en los Estados Unidos de América. La percepción pública frente a la evidencia empírica. En Serrano Maillo y Guzmán Dálbora (eds.). *Procesos de infracción de normas y de reacción a la infracción de normas: dos tradiciones criminológicas*. Madrid, Dykinson. Pág. 127-156.

Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M. (2004). La víctima ante el derecho: la regulación de la posición jurídica de la víctima en el derecho internacional, en el derecho europeo y en el derecho positivo español. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 57(1), 219-310.

Servicio Jesuita a Migrantes (2019). Informe CIE 2018.

Sherman, L.; Gottfredson, D.; MacKenzie, D.; Eck, J.; Reuter, P. ; Shawn D. Bushway, S. (1998). *Preventing Crime: What Works, What Doesn't, What's Promising*. NCJRS Virtual Library collection. National Institute of Justice.

Stephan, W.G. y Renfro. C.L. (2002). «The role of threat in intergroup relations». En D.M. Mackie y E.R. Smith (eds.), *From prejudice to intergroup emotions. Differentiated reactions to social groups*, New York: Psychology Press, pp. 191-207.

Stumpf, J. (2006). The crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power. *American University Law Review*, 56(2), 367-419.

Tomé García, J.A. (2015). Autorización de expulsión prevista en el Art. 57.7 LOEx. En M. Martínez Escamilla (Coord). *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras* (pp. 183-202). Colección Cuadernos Digitales de Formación. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Tonry, M. (1997). Ethnicity, crime, and immigration. *Crime and justice*, 21, 1-29.

Unnever, J. D., & Cullen, F. T. (2010). Racial–Ethnic Intolerance and Support for Capital Punishment: A Cross-National Comparison. *Criminology*, 48(3), 831-864.

Uriarte Torrealday, R. (2014), Reflexiones constitucionales sobre los intentos de criminalización de inmigrantes indocumentados y las respuestas del Tribunal Supremo americano y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista de estudios políticos*, Nº 166, págs. 153-185

Varela Agreso, J.A. (2005). Las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador. Foro Judicial Independiente.

Varona Gómez, D. (2008). Ciudadanos y actitudes punitivas: Un estudio piloto de población universitaria española. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 6(1), 1-38.

Vecina Cifuentes, J. & Vicente Ballesteros, T. (2018). Las manifestaciones del Principio de Oportunidad en el proceso penal español. *Derecho & Sociedad*, (50), 307-323.

Von Hirsch, A.; E. Bottons, A.; Burney, E.; Y Wikström, P. (1999) *Criminal deterrence and sentence severity. An analysis of recent research*. Oxford: Hart,

ANEXO 1. Variables recogidas en la base de datos diseñada para el análisis de los expedientes judiciales

Bloque 1. Datos sobre el proceso
1. Número de expediente
2. Tipo de juzgado
3. Numero de juzgado
4. Fecha de incoación del expediente
5. Tipo de procedimiento
6. Calificación de los hechos que se juzgan
7. Descripción de los hechos
8. Elemento subjetivo del tipo
9. Fecha de comisión del delito
10. Lugar de comisión del delito
11. Pena aplicable
12. Tipo de abogado
13. Práctica de actos de investigación o actos de prueba
14. Adopción de medidas cautelares
15. Internamiento en CIE
16. Aceptación de culpabilidad por parte del acusado
Bloque 2. Datos sobre la persona extranjera
1. Nombre
2. Sexo
3. Edad en el momento de comisión de los hechos
4. País de origen
5. Domicilio
6. Situación administrativa
7. Información sobre arraigo en España
8. Información sobre arraigo en el país de origen
9. Información socio-demográfica del extranjero
10. Información sobre trayectoria delictiva
11. Está cumpliendo condena por otra causa
Bloque 3. Datos sobre la aplicación del 57.7
1. Fecha en que el juzgado recibe la solicitud de autorización de expulsión
2. Momento procesal a la recepción de la solicitud
4. La expulsión administrativa es firme
8. Duración de la expulsión que se acuerda
10. Momento de la audiencia al imputado
11. Contenido de la audiencia al imputado

12. Deseo de ser expulsado manifestado en la audiencia
13. Asistencia de intérprete durante la audiencia
15. Fecha en que responde el fiscal
16. Posición del fiscal sobre la petición de autorización
17. Fecha de la resolución judicial
18. Resolución judicial sobre la petición de autorización
19. Motivación judicial de la resolución
20. Coincidencia entre la posición del fiscal y el juez
22. Verificación por parte del juez de los requisitos del 57.7:
23. Costes/beneficios considerados en la motivación de la autorización
24. Tras la resolución la Brigada informa sobre la efectiva ejecución de la expulsión
25. Fecha en que la Brigada se pronuncia sobre si ha podido efectuar la expulsión
26. Incidencias relativas al trámite de información sobre la efectiva expulsión
27. Si no se ha podido ejecutar la expulsión, cuál ha sido la causa
28. Si no se ha podido ejecutar la expulsión y se ha continuado con el procedimiento, cual ha sido la resolución
29. Recursos presentados contra la resolución judicial de autorización
30. Alguna otra observación relevante