

LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL. ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL TEDH. UNAS NOTAS SOBRE EL DERECHO BRITÁNICO*

Margarita Roig Torres
Prof. Titular de Derecho penal
Universitat de València

Resumen: En el Proyecto de reforma del Código penal se modifica substancialmente el régimen relativo a la expulsión de los extranjeros como forma sustitutiva de la pena. Esos cambios están en la línea de la doctrina sentada por el TEDH y del Derecho comparado. Como novedad, se prevé la obligación de atender a las circunstancias particulares del caso, siguiendo lo dispuesto en el artículo 8 CEDH. Pero, a cambio, se extiende la expulsión a los extranjeros residentes legalmente en España y a los ciudadanos de la Unión Europea, aunque en este caso bajo las limitaciones marcadas por la normativa comunitaria. Además, se restringe la sustitución a las penas de prisión superiores a un año,

Recibido: julio 2014. Aceptado: septiembre 2014

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de investigación “Derecho penal de la peligrosidad y medidas post-delictuales para prevenir la reincidencia en delitos sexuales y de violencia de género-II” (DER2012/38983), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad.

siguiendo la tendencia de otros países europeos. En este sentido, vemos que en el Derecho británico la autoridad administrativa está obligada a ordenar la deportación en las penas de prisión de al menos doce meses impuestas a cualquier persona no nacional. No obstante, puede acordarla siempre que lo estime adecuado al interés público, aunque no haya una condena. De manera que las penas sustituibles son similares, pero se advierten algunas deficiencias que afortunadamente no se dan en nuestra legislación, como esa discrecionalidad, o la retención del penado por tiempo ilimitado a continuación de la prisión a fin de resolver su deportación. Sin embargo, en el Proyecto se introducen criterios imprecisos para resolver la ejecución. Se podrá ordenar el cumplimiento, de todo o de una parte de la pena, atendiendo a la necesidad de defender el orden jurídico y restablecer la confianza en la norma infringida.

Palabras clave: expulsión de extranjeros; sustitución de la pena; Proyecto de reforma del Código penal; Derecho británico; artículo 8 CEDH.

Abstract: The Draft to reform the penal Code modifies substantially the system on the expulsion of foreign as an alternative form of punishment. These changes are in line with the doctrine established by the ECHR and Comparative Law. A new feature provides for the obligation to meet the particular circumstances of the case, following the provisions of article 8 ECHR. But in return, expulsion extends to foreigners legally resident in Spain and to citizens of the European Union, although in this case under the limitations set by Community legislation. Further, substitution is restricted to imprisonment exceeding one year, following the trend of other European countries. In this sense, we see that British law requires the administrative authority to order the deportation of non-national people condemned to prison sentences of at least twelve months. On the other hand, deportation is possible, without a conviction, when the authority considers it appropriate to the public interest. So, replaceable penalties are similar to our law, but there are some shortcomings which fortunately do not occur in our law, as such discretion or retention of the prisoners indefinitely after finishing the conviction to resolve about their deportation. However, imprecise criteria are introduced in the Draft to solve the execution. The compliance of all or part of the sentence can be ordered, in response to the need to defend the legal order and to restore confidence in the infringed rule.

Keywords: expulsion of foreigners; substitution of the punishment; Draft to reform the penal Code; British law; article 8 ECHR.

Sumario: I. Introducción. II. La postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. III. La deportación en el Derecho británico. 3.1. Consideraciones previas. 3.2. Regulación legal de la deportación. 3.2.1. Algunos precedentes. 3.2.2. Legislación. A) «Immigration Act 1971». B) «UK Borders Act 2007». C) Deportación de los ciudadanos del Espacio Económico Europeo. 3.3. Comentario crítico. IV. La expulsión de los «no nacionales» en el Proyecto de reforma del Código penal. 4.1. Extensión a los extranjeros residentes legales y a los ciudadanos comunitarios. 4.1.1. Expulsión del «ciudadano extranjero». 4.1.2. Ciudadanos comunitarios. A) Regulación legal. B) Naturaleza jurídica de la expulsión. C) Valoración. 4.2. Penas sustituibles. 4.3. Criterios para acordar el cumplimiento en España. V. Conclusiones. VI. Bibliografía citada.

I. Introducción

En el Proyecto de reforma del Código penal¹, se vuelve a modificar el régimen relativo a la expulsión de los extranjeros condenados a penas de prisión, acentuándose el «*vértigo legislativo*» denunciado por el Tribunal Supremo en la emblemática STS 901/2004, de 1 de julio², con el añadido de que entonces eran tres las versiones existentes del artículo 89 CP y a día de hoy son ya cuatro, a las que habrá que sumar otra si se llega a aprobar la propuesta. Si nos atenemos a los motivos que manifiesta el propio texto, estamos ante una respuesta más del Gobierno ante la creciente inquietud de los ciudadanos frente a la delincuencia, aunque ese temor no se corresponde con un aumento real del índice de delitos, sino que es producto del influjo, cada vez más acusado, de los medios de comunicación³. Además, este guiño a la opinión pública, a costa muchas veces de los férreos principios penales, está siendo una nota común a

1 Aprobado por el Consejo de Ministros el 20 de septiembre de 2013.

2 STS 901/2004, de 1 de julio (F.J.2).

3 En la presentación del Balance de Criminalidad del año 2013, el Ministro del Interior señaló que las infracciones penales habían descendido un 4'3% respecto al año anterior y que la tasa de criminalidad en España se mantiene entre las más bajas de la Unión Europea, (www.lamoncloa.gob.es).

los distintos partidos que han ocupado el poder en las últimas décadas. Justamente esa norma reguladora de la expulsión de los extranjeros, que en el Proyecto pasa a situarse en el artículo 88 CP, es una muestra paradigmática de dicho fenómeno. Según expresa la Exposición de motivos, se trata de garantizar resoluciones judiciales previsibles, percibidas por la sociedad como justas, con el fin de fortalecer la confianza en la Administración de justicia. En suma, se busca atender a la demanda de protección de los ciudadanos frente a la criminalidad, y como piedra angular se radicaliza en cierta forma la respuesta frente a los condenados extranjeros, siempre en el ojo del huracán cuando se habla de delincuencia. La salida del país será la respuesta frente a todos los inmigrantes que delincan, sin importar que tengan su residencia legal en España o, incluso que pertenezcan a otro país de la Unión europea. De todos modos, es justo decir que en la regulación de este tema en particular el ordenamiento español va en la línea de la normativa europea, cada vez más permisiva con la soberanía estatal en materia de extranjería, y con la postura también flexible del Tribunal Europeo de Derecho Humanos. No obstante, hay que indicar que también se incorporan aspectos sumamente positivos, especialmente, la obligación de valorar las circunstancias del caso y la proporcionalidad de la expulsión, presente en la legislación comunitaria y que habían venido reiterando no sólo la Corte de Estrasburgo, sino también el Tribunal Constitucional y el Supremo de nuestro país. Lo mismo sucede con la audiencia al afectado, que se dispone expresamente, aunque veremos que esta previsión se traslada a las Disposiciones adicionales, en consonancia con la regulación de un régimen común de suspensión de la ejecución de la pena, que engloba la suspensión y la sustitución actuales, e incluso la libertad condicional, aunque con las naturales singularidades individuales.

Aquí me referiré a las disposiciones del Proyecto concernientes a la expulsión de extranjeros como sustitutivo de la pena de prisión. Pero antes considero conveniente aludir a la postura del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, en tanto fue incorporada a nuestra práctica judicial a través de las directri-

ces marcadas por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo y que ahora se recoge en buena medida en el precepto reformado. Igualmente, apuntaré una notas sobre la regulación de esta materia en el Reino Unido, pues, aprovechando una estancia de investigación en la Universidad de Oxford me pareció de interés estudiar la normativa de ese país, para contar con elementos de juicio que me permitan evaluar la nueva regulación que se propone.

II. La postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Las demandas ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos —en adelante, TEDH— en relación con la expulsión de los estados miembros de ciudadanos extranjeros, se basan generalmente en la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derecho Humanos —en adelante, CEDH—⁴. En esta disposición se reconoce el derecho de toda persona al respeto de la vida privada y familiar, de su hogar y de su correspondencia. En consecuencia, se prohíbe la injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del mismo. Sin embargo, se contemplan diversas excepciones, admitiéndose esa restricción cuando una ley lo prevea y sea necesario en una sociedad democrática atendiendo al interés de la seguridad nacional, la seguridad pública o el bienestar económico del país, o para la prevención del desorden o el delito, la protección de la salud o la moral, o de los derechos y libertades de los demás.

A partir de esa norma el TEDH pondera en cada caso los intereses en conflicto, dando prioridad a la vida personal y familiar cuando estima que la expulsión no es estrictamente necesaria para preservar los valores que se indican. En este sentido, como subrayó el Tribunal Supremo español en la conocida sentencia 901/2004, de 1 de julio, a efectos de la expulsión la citada Corte

4 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950.

valora la circunstancia de arraigo, extensible a la protección de la familia, junto a otras como que el extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes. Esta premisa fue clave para enmendar la interpretación oclusiva emanada del artículo 89.1 CP, en la redacción dada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, al preverse “la naturaleza del delito” como única justificación para acordar el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. Sin embargo, esto no significa que esa situación personal y familiar predomine sobre el bien social en un porcentaje mayor de casos. Por el contrario, el TEDH estima la comisión de hechos delictivos graves como una causa legítima de expulsión y declara la potestad de los estados para regular su régimen concreto, aunque antes de acordarla se deberán analizar los elementos incluidos en el artículo 8 CEDH. En consecuencia, sólo declara violada esta norma cuando entiende que la medida es claramente excesiva para la tutela de los valores colectivos.

Pues bien, aunque el TEDH carece de competencia para anular la resolución de expulsión dictada por una autoridad estatal, en el ordenamiento español esas directrices vinculan de cara a futuras resoluciones judiciales, a tenor del mandato contenido en el artículo 10.2 CE, supeditando la definición de los derechos fundamentales y libertades constitucionales a los Tratados ratificados por nuestro país.

Precisamente, la necesidad de calibrar todos los factores del artículo 8 CEDH, llevó a nuestros Tribunales a realizar una lectura constitucional del artículo 89 CP, ampliando la excepción legal, para incluir el estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar, lo que a su vez conllevaba el trámite de audiencia y la motivación de la resolución⁵. Esta postura influyó en la modificación de aquel precepto

5 “Es evidente que la normativa en vigor actualmente debe ser interpretada desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona —sea o no inmigrante, ilegal o no— que están reconocidos no sólo en el catálogo de dere-

por la LO 5/2010, de 22 de junio. E, igualmente, veremos que el actual Proyecto de reforma del Código penal se hace eco de esos pronunciamientos, e incorpora como elementos normativos para medir la proporcionalidad de la decisión, las circunstancias del hecho y del autor y en particular su situación de arraigo en España.

Pero, como digo, en ese cotejo de los bienes afectados, el TEDH muchas veces inclina la balanza a favor del interés público. Destacaré algunas resoluciones que me parecen gráficas en este tema⁶.

Con carácter general, reconoce la facultad de los estados de velar por la seguridad pública y de expulsar a los extranjeros condenados por la comisión de delitos. Pero, subraya que “sus

chos fundamentales de la Constitución, sino en los Tratados Internacionales firmados por España... Al respecto debemos recordar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de Ley Orgánica, ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba —y así está en la actualidad— respecto de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas, acordar o no la expulsión, argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento que justificara la excepción, debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado “...*olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir y que el TEDH valora la circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al artículo 3 CEDH, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión...*”. En conclusión, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión”. STS 901/2004, de 1 de julio (F.J.2). Ya antes, el Tribunal Constitucional había declarado la necesidad de que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional, como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar. STC 242/1994, de 20 de julio (F.J.6).

6 Las siguientes SSTED están disponibles en su página oficial, (<http://hudoc.echr.coe.int/default.htm>).

decisiones en este campo deben, en la medida en que pueden interferir con un derecho protegido en virtud del apartado 1 del artículo 8, estar de acuerdo con la ley, ser necesarias en una sociedad democrática, es decir justificada por una necesidad social imperiosa y, en especial, ser proporcionadas a la finalidad legítima perseguida⁷⁷. A partir de esta premisa, normalmente refrenda la decisión estatal de la expulsión cuando el extranjero ha sido penalmente condenado.

Como punto de arranque, la STEDH dictada en el caso *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, de 28 de mayo de 1985, reviste interés para perfilar lo que se entiende por vida familiar, como criterio favorable a la permanencia en el país, respecto a la expulsión procedente según la legislación administrativa o penal. Las demandantes alegaron la infracción del artículo 8 CEDH, porque no se permitió a sus maridos residir con ellas, en virtud de las leyes de inmigración (párrafo 58). La Corte observa que las tres se establecieron como solteras en el Reino Unido y optaron luego por casarse. El citado precepto no impone a los estados la obligación de aceptar que un no nacional se afine allí para crear una familia con un residente. En este caso, no constaban obstáculos para que las demandantes fijaran la vida familiar en su país de origen o en el de sus maridos (párrafo 68)⁸.

7 S TEDH de los casos, *Moustaquim v. Belgium*, de 18 de febrero de 1991 (párrafo 43), *Nasri v. France*, de 13 de julio de 1995 (párrafo 41), *Dalia v. France*, de 19 de febrero de 1998 (párrafo 52), *Üner v. The Netherlands*, de 18 de octubre de 2006 (párrafo 54) y *Kaya v. Germany*, de 28 de septiembre de 2007 (párrafo 51)

8 El Gobierno alegó que las leyes aplicadas no eran objeto de control por el TEDH, al amparo del Protocolo 4 al CEDH, que excluye la aplicación de este Convenio a las normas de inmigración. Por lo tanto, los demandantes reclamaban un derecho a la vida familiar que no les correspondía (párrafo 59). La Corte rechazó ese argumento, alegando que la demanda no la presentaban los hombres cuyo permiso de residencia se denegó, sino sus mujeres, y que ellas tenían estancia legal en el país, aduciendo que se les privaba de la compañía de sus esposos. Por lo tanto, aunque algunos aspectos del derecho a entrar en un país se rigen por el Protocolo 4, las medidas adopta-

Por consiguiente, el derecho a la vida familiar, como contrapeso a la decisión de expulsión, no supone la mera existencia de un vínculo matrimonial, sino que se precisa cierta estabilidad o permanencia en el estado donde se decreta la salida de uno de sus miembros. Además, llama la atención que el Tribunal tiene en cuenta las posibilidades de instaurar esa vida en común en el lugar de procedencia.

En algunas ocasiones, el TEDH ha estimado las demandas contra el estado que ha resuelto la expulsión, pero se trataba de supuestos en los que concurrían circunstancias excepcionales. En el conocido caso de *Moustaquim v. Belgium*, de 18 de febrero de 1991, entendió que la deportación del recurrente, residente en Bélgica y condenado por diversos delitos⁹, fue inadecuada. El Tribunal reconoce la facultad de los estados contratantes de control sobre los extranjeros, con arreglo al artículo 8 CEDH (párrafo 43). Sin embargo, los delitos fueron cometidos en la adolescencia, transcurrió un largo intervalo desde el último hasta la orden de expulsión y durante dicho plazo estuvo un amplio periodo en libertad, sin producirse ningún altercado (párrafo 44). Todos los parientes cercanos del solicitante vivían en Bélgica, uno de los hijos había adquirido la nacionalidad belga, y los tres menores nacieron en ese país. El Sr. Moustaquim

das en materia de inmigración pueden afectar al derecho a la vida familiar del artículo 8 (párrafo 60).

- 9 El Sr. Abderrahman Moustaquim, de nacionalidad marroquí, llegó a Bélgica con su madre en 1965, con el fin de reunirse con su padre. Hasta que fue deportado en 1984, vivió en Bélgica y tenía permiso de residencia (párrafo 9). Cuando era menor de edad penal, el Tribunal de Menores de Lieja lo condenó por ciento cuarenta y siete delitos, entre ellos ochenta y dos de hurto agravado, treinta y nueve de hurto agravado en tentativa y cinco de robo violento (párrafo 10). En 1981 fue condenado a una pena de prisión de dos años, por cuatro delitos de hurto agravado, doce de hurto agravado en tentativa, un robo violento y un delito de receptación (párrafo 15). La Junta Consultiva sobre Extranjeros emitió un dictamen desaconsejando la deportación por varias razones: Moustaquim llegó a Bélgica a la edad de un año, toda su familia vivía en Bélgica, y había tenido varios permisos sin incurrir en ningún ilícito (párrafo 17). A pesar del informe, Moustaquim fue expulsado, con la prohibición de regresar en diez años (párrafo 18).

tenía menos de dos años cuando llegó a Bélgica y permaneció allí durante cerca de veinte años, recibiendo toda su educación en francés (párrafo 45). Por lo tanto, no se logró un equilibrio adecuado entre los intereses en juego, sino que los medios empleados fueron desproporcionados al fin perseguido, violándose el artículo 8 CEDH (párrafo 46).

En este caso, existían motivos importantes para la expulsión, pues el demandante había sido condenado por veintidós delitos, si bien se trataba de infracciones contra la propiedad, en su mayoría hurtos, aunque también constaba un robo violento. Pero, en el otro polo había fuertes razones personales y familiares que primaron en contra de la expulsión. En concreto, la minoría de edad del condenado en el momento de los hechos, su marcado arraigo social y familiar, y la falta de lazos con su país que le permitieran desarrollar una vida familiar mínima.

También en el caso *Nasri v. France*, de 13 de julio de 1995, el TEDH entendió que la expulsión pugnaría con el derecho a la vida familiar del artículo 8 CEDH, aun siendo la medida legal y perseguir un objetivo legítimo, al haber cometido el demandante un delito de violación, además de diversos robos. La Corte destaca que el afectado era una persona sordo-muda, capaz de lograr un equilibrio psicológico y social mínimo sólo dentro de su familia, cuyos miembros eran en su mayoría ciudadanos franceses sin vínculos cercanos con el país nativo (párrafo 46)¹⁰.

En esta resolución se advierten las consecuencias limitadas de la declaración por parte del TEDH de la infracción del artículo 8 CEDH, pues, como él mismo manifiesta la Convención no le faculta para exigir a un estado la anulación de una orden de deportación (párrafo 50).

10 Además, el Sr. Nasri no había recibido ningún tratamiento específico y esta condición se agravaba por su analfabetismo. Para una persona que se enfrenta a tales obstáculos, dice la Corte, la familia es especialmente importante, no sólo para proporcionar un hogar, sino también porque puede contribuir a evitar la recaída en el delito (párrafo 43).

Pero, salvo en los casos de delinquentes menores de edad o de concurrencia de condiciones extraordinarias, vamos a ver que no suele apoyar la petición de mantener la permanencia en el estado donde se delinque.

Así, en el caso *Dalia v. France*, de 19 de febrero de 1998, el TEDH estimó justificada la expulsión de una mujer de origen argelino, condenada por tráfico de drogas, pese a que vivía en Francia desde los dieciocho años, junto con su madre y siete hermanos, y tuvo un hijo de nacionalidad francesa¹¹. Hay que destacar, además, que la ley excluía esa medida cuando el extranjero condenado fuese padre o madre de un hijo francés residente en Francia, siempre que tuviese responsabilidad paternal y se ocupara de su cuidado¹².

La Corte reitera la potestad de cada estado de deportar a los extranjeros condenados por delitos, debiendo valorar, por un lado, el derecho del demandante a su vida privada y familiar, y, por otro, la prevención del desorden y del crimen (párrafo 52). En el primer extremo, subraya que la solicitante tenía nexos con Francia pero también con Argelia. Estando vigente la

11 En 1985 el Tribunal penal de Nanterre condenó a la Sra. Dalia a doce meses de prisión por vender heroína, por lo que se acordó una orden de expulsión permanente del territorio francés. En 1986 contrajo matrimonio con un hombre de nacionalidad francesa. El 29 de julio de 1987 fue condenada a tres meses de prisión, por no acatar la orden de expulsión, saliendo el 14 de agosto de Francia a Argelia. Volvió a Francia en 1989 con una visa válida para treinta días, quedándose con su familia. Se divorció, sin tener hijos. En 1990 tuvo un hijo de nacionalidad francesa, sin que el padre lo reconociera. Atendiendo a esa responsabilidad como madre, solicitó se dejara sin efecto su orden de expulsión, y el Tribunal de Apelación desestimó su petición.

12 El artículo 630.1 de Ley de Salud Pública disponía lo siguiente: “Los Tribunales pueden ordenar que una persona condenada por un delito del artículo 627 sea expulsada permanentemente del territorio francés. La expulsión supondrá la deportación de la persona condenada tras cumplir su sentencia (párrafo 25). Pero en 1991 se introdujeron excepciones: “Sin embargo, la expulsión del territorio francés no se impondrá cuando... 2) el extranjero condenado sea el padre o la madre de un hijo francés residente en Francia, siempre que tenga responsabilidad paternal y realmente cuide de sus necesidades” (párrafo 26).

orden de expulsión, tuvo un niño de nacionalidad francesa. Pero al haber vivido en Argelia hasta los dieciocho años también allí tenía vínculos familiares, hablando el idioma local y con relaciones escolares (párrafo 53). En esta situación, atribuye un mayor significado a la preservación de la seguridad, considerando que había un objetivo legítimo para la expulsión al ser consecuencia de una condena por un delito grave (párrafo 54).

De nuevo, se tiene en cuenta, por una parte, el arraigo personal y familiar tanto en el estado que acuerda la expulsión, como en el de origen, y, por otra, la relevancia del delito cometido. En este caso la magnitud de este ilícito se estima fundamento suficiente para la deportación, pese a concurrir una causa legal que veta la medida, por tener un hijo francés. Esta disposición se soslaya acudiendo al subterfugio de que el mandamiento de deportación fue previo a ese hecho.

Tampoco en el caso *Üner v. The Netherlands*, de 18 de octubre de 2006, apreció infracción del artículo 8 CEDH, aun cuando el demandante había llegado a los Países Bajos cuando tenía doce años, para reunirse con su padre, y tenía dos hijos con una mujer holandesa. Una vez más, el TEDH se basa en la trascendencia de los delitos cometidos, junto al carácter temporal de la orden (párrafos 65 y 67).

La Corte se reafirma en la facultad de control de cada estado respecto a los extranjeros¹³ y señala que incluso si un no nacional posee un fuerte vínculo de residencia y un alto grado de integración, su posición no puede ser equiparada con la de un nacional, en las circunstancias del artículo 8.2 CEDH (párrafo 56). Además, detalla los criterios a utilizar con el fin de evaluar si una medida de expulsión es necesaria en una sociedad democrática y proporcional al fin legítimo perseguido (párrafos 57 y 58)¹⁴.

13 Caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. The United Kingdom*, de 28 de mayo de 1985 (párrafo 67) y caso *Boujlifa v. France*, de 21 de octubre de 1997 (párrafo 42).

14 Esos criterios son los siguientes: la naturaleza y gravedad de la infracción cometida por el demandante; la duración de la estancia en el país del que

En el caso *Kaya v. Germany*, de 28 de septiembre de 2007, el TEDH confirmó igualmente la proporcionalidad de la expulsión, atendiendo a las acciones realizadas¹⁵. El recurrente era un ciudadano turco, nacido en Alemania, donde vivió siempre con su familia, adquiriendo la residencia permanente. Pese a ello, el Gobierno consideró necesaria la salida por la gravedad de los delitos cometidos¹⁶, en aras a la prevención general (párrafo 17) y al elevado peligro de reincidencia (párrafo 18). Adujo, además, que se trataba de un adulto soltero y no constaba que sus padres dependieran de su apoyo (párrafo 19).

El TEDH reitera su postura acerca de la soberanía de los estados para expulsar a los condenados, bajo las premisas de legalidad, necesidad y proporcionalidad. A continuación, matiza

va a ser expulsado; el tiempo transcurrido desde la comisión del delito y la conducta durante ese período; las nacionalidades de los afectados por la expulsión; la situación familiar del demandante, como la duración del matrimonio, y otros factores que expresan la eficacia de la vida de la pareja; si el cónyuge sabía del delito en el momento en que comenzó la relación familiar; si hay hijos del matrimonio, y de ser así, su edad; la gravedad de las dificultades a las que es probable se enfrente el cónyuge en el país al que el demandante va a ser expulsado (párrafo 57). El Tribunal precisa, además, dos criterios implícitos en los anteriores: los intereses y el bienestar de los niños, en particular, la gravedad de las dificultades que puedan encontrar en el país al que el solicitante ha de ser expulsado, y, la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el país anfitrión y con el de destino (párrafo 58).

15 En 1996 el Ministerio Público de Mannheim acusó al demandante en un procedimiento juvenil, por lesiones corporales graves (párrafo 9). Fue arrestado y se acordó su prisión preventiva (párrafo 11). En 1999 el Tribunal de Distrito de Mannheim le condenó a tres años y cuatro meses de prisión, por intento de tráfico de seres humanos, maltrato físico, tráfico ilegal de drogas, conducción bajo los efectos del alcohol y conducta amenazante e injuriosa. El Tribunal estimó probado que el demandante había obligado con violencia a su ex pareja a entregarle ganancias adquiridas de la prostitución, y que había intentado forzar a otra mujer a la prostitución (párrafo 12). Además, había comprado cocaína, e insultado a varios agentes de policía (párrafo 14). El Gobierno ordenó su expulsión a Turquía, a su salida de la cárcel (párrafo 15).

16 En virtud de la sección 47 (1) y (3) y el artículo 48 (1) de la Ley de Extranjería (*Ausländergesetz*).

que la vida familiar debe apreciarse en el momento de adquirir firmeza la orden de exclusión. En el supuesto planteado el demandante se casó y formó una familia posteriormente (párrafo 57)¹⁷. En cambio, sí afectaba esa salida a la relación con sus padres y hermana, mermando el derecho a la vida familiar del artículo 8.1 (párrafo 58)¹⁸. Aprecia, además, una conexión estrecha del demandante con Alemania, aunque destaca que nunca se había incorporado al mercado laboral, sirviéndose de los réditos del delito (párrafo 64). Ve también algunos nexos del condenado con Turquía, como el uso de la lengua turca (párrafo 65).

En cuanto a la proporcionalidad, la Corte señala que la orden de expulsión no estaba inicialmente sujeta a un límite temporal. En este contexto, recuerda que en varias ocasiones ha considerado desproporcionada la medida debido a su duración ilimitada, mientras, en otras, ha tenido en cuenta su carácter temporal como elemento a favor de su adecuación (párrafo 68). En este supuesto la prohibición de entrada fue acotada en vía de recurso a un plazo de cinco años, por lo que no se privó al condenado de la perspectiva de volver a Alemania¹⁹.

Como conclusión, el TEDH reconoce que la orden de expulsión tuvo un serio impacto en la vida privada y familiar del afectado. Pero, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y

17 De acuerdo con la legislación interna, la denuncia ante el Tribunal Constitucional Federal se concibe como un recurso extraordinario que no impide que la resolución impugnada se convierta en definitiva. De ello se desprende que la orden de expulsión fue firme el 7 de marzo de 2001, cuando el Tribunal Administrativo desestimó el recurso del demandante. La tarea del Tribunal es, pues, verificar si las autoridades nacionales habían respetado la vida privada y familiar del solicitante en ese momento, dejando a un lado las circunstancias posteriores. En ese momento, el denunciante aún no había formado una familia propia, ya que se casó en mayo de 2002 y su hijo nació posteriormente (párrafo 57).

18 El demandante había nacido en Alemania, donde vivía con sus padres y hermana hasta su detención. Durante su condena en prisión, mantuvo contacto con su familia, por lo menos escribiendo cartas a su madre. Además, jugó un papel especial en la familia después de la muerte de su hermano (párrafo 58).

19 Párrafos 27, 33 y 69.

en particular la gravedad de los delitos realizados, declara que el estado demandado no sobrevaloró su interés. Se dio un justo equilibrio entre la medida y los objetivos perseguidos y, por consiguiente, no se infringió el artículo 8 CEDH.

Finalmente, es relevante la STEDH (Gran Sala) de 11 de marzo de 2011 (caso «Zambrano»), donde el Tribunal declaró que la negativa a conceder los permisos de residencia y trabajo a los progenitores de un menor de edad, encargados de su manutención, en el estado miembro donde ese hijo reside y del que es nacional, privaría a éste de los derechos que le corresponden como ciudadano de la Unión Europea, al obligarle a abandonar dicho estado²⁰.

Hay unos puntos de esas resoluciones que creo conveniente destacar, por cuanto en algunos casos servirán de base para ciertas novedades recogidas en el Proyecto de reforma del Código penal:

- El Tribunal no diferencia a efectos de expulsión entre extranjeros residentes y no residentes. Incluso aunque en el primer caso hayan logrado una importante integración en el país su situación no puede asimilarse a la de los nacionales.
- Para apreciar una vida familiar con sustantividad bastante para cuestionar la expulsión es necesaria cierta permanencia en el estado de acogida. No obstante, la existencia de menores nacionales conlleva la residencia de los padres que lo tienen a su cargo.
- Se valora el tiempo que el extranjero ha vivido en el país, pero también la edad a la que llegó y el periodo anterior que pasó en el lugar de nacimiento, a efectos de apreciar el arraigo y las posibilidades de restablecer allí la vida personal y familiar.
- También se consideran los puntos de enlace, en cuanto al conocimiento de la lengua de uno y otro lugar.

20 Párrafos 41 a 44.

- Asimismo, es relevante el carácter indefinido o temporal de la orden de expulsión. Ahora bien, aunque el TEDH se inclina por este modelo y determina que la falta de un límite en cuanto a su duración es un factor relevante para reputarla desproporcionada, no rechaza de plano la prohibición de entrada indefinida.

III. La deportación en el Derecho británico

3.1. Consideraciones previas

En la sociedad británica se vive un clima general de desconfianza hacia los extranjeros, aunque como sucede en buena parte del panorama europeo esta inquietud se debe en gran medida a la percepción de los inmigrantes como un peligro para los puestos de trabajo, los servicios públicos y en general la pervivencia del sistema del bienestar que los nacionales sienten como propios²¹. Esto hace que en el debate político y en el discurso popular frecuentemente se asocie a esas personas con la criminalidad²².

En este escenario, además, se producen conflictos raciales que, a su vez, hacen necesario endurecer la legislación para

-
- 21 Numerosas encuestas muestran que en el Reino Unido la mayoría de los ciudadanos considera que el porcentaje de inmigrantes es demasiado alto y que esos encuestados son proclives a aumentar las restricciones legales a la entrada en el país. Por otra parte, a la reciente preocupación por la inmigración se suma la relativa a las relaciones inter-raciales. En un sondeo realizado en 1999 sólo el 5% de los consultados las catalogó como un problema esencial. En cambio, en el año 2007 esa proporción aumentó hasta el 46%. Asimismo, una comparativa muestra que en Gran Bretaña hay una mayor preocupación por la inmigración que en el resto de Europa y que en EEUU. BLINDER, S.: “UK public opinion toward immigration: overall attitudes and level of concern”, 2014, (www.migrationobservatory.ox.ac).
- 22 ASWORTH, A./ZEDNER, L.: *Preventive justice*, Oxford University Press, United Kingdom, 2014, pp. 225 y 226; BOSWORTH, M./GUILD, M.: “Governing through migration control”, en *British Journal of Criminology*, nº 48, 2008, p. 703; y, DE GIORGI, A.: “Immigration control, Post-Fordism, and less eligibility: a materialist critique of the criminalization across Europe”, en *Punishment & Society*, vol. 12 (2), 2010, p. 154.

contener las crecientes actuaciones xenófobas experimentadas a medida que se acentuaba la situación de crisis económica²³.

Junto a esos factores, como es sabido, está fuertemente presente la sombra del «11 S», y en particular el atentado de Londres de 7 de julio de 2005, provocando una política represiva sobre todo en materia de terrorismo, pero que en el Reino Unido se ha extendido a otros sectores y de forma muy marcada a los hechos relacionados con la inmigración²⁴. Un gran número de infracciones administrativas se ha elevado en las últimas décadas a la categoría de delito²⁵ y, como veremos, esta tendencia se ha reflejado también en la normativa relativa a la deportación, intensificando las salidas acordadas con motivo de una condena penal e incluso sin que exista un proceso²⁶.

Muchas de esas leyes dirigidas a frenar la entrada de no nacionales y a castigar a quienes se encuentran en situación irregular, han sido censuradas desde distintos sectores sociales, que las tildan de discriminatorias por equiparar colectivos muy dispares, provocando su salida injustificada del país²⁷. En el orden

23 YOUNG, J.: “To these Wet and Windy Shores: immigration policy in the UK”, en *Punishment & Society*, vol. 5 (4), 2003, pp. 449 y ss.

24 BOSWORTH, M./GUILD, M.: “Governing through migration control”, en *British Journal of Criminology*, cit., p. 703; GIBNEY, M.J.: “Asylum and the expansion of deportation in the United Kingdom”, en *Government and Opposition*, vol. 43, nº 2, 2008, p. 146; y, NYERS, P.: “Abject cosmopolitanism: the politics of protection in the anti-deportation movement”, en DE GENOVA, N./PEUTZ, N.: *The deportation regime. Sovereignty, space, and the freedom of movement*, Duke University Press, London, 2010, p. 413.

25 Entre 1997 y 2010 se crearon ochenta y cuatro nuevos delitos con motivo de la inmigración. ASWORTH, A./ZEDNER, L.: *Preventive justice*, cit., p. 233.

26 En los últimos años se ha duplicado el número de personas que dejan el país bajo la amenaza de la deportación, hablándose incluso de un “momento de la deportación”. ANDERSON, B./GIBNEY, M.J./PAOLETTY, E.: “Citizen, deportation and the boundaries of belonging”, en *Citizenship Studies*, vol. 15, nº 5, 2011, p. 547.

27 En este sentido, apunta Bosworth que los extranjeros (especialmente los demandantes de asilo, los refugiados y los miembros de minorías étnicas) están sujetos a un discurso de criminalización en la política del Gobierno,

penal se denuncia que ese rigor pensado inicialmente para terroristas se haya ampliado de forma masiva provocando la deportación de todos los extranjeros condenados a partir de un año de prisión, aunque no siempre existe un verdadero interés público que la respalde²⁸.

En este sentido, se constata que los índices de delincuencia en aquellas comunidades donde predominan los habitantes inmigrantes son equivalentes a los del resto de la población. Asimismo, tampoco es superior la cantidad de acusaciones, ni órdenes de detención preventiva²⁹. El contraste entre estos datos fácticos y esa política represiva en materia de inmigración pone de relieve que esta tendencia responde más al empeño del Gobierno por ofrecer seguridad que a una necesidad cierta de protección. Se enmarca, pues, en el ya consagrado como “populismo punitivo”, al que no escapan tampoco los dirigentes británicos, adoptando medidas que tienen como objetivo prioritario colmar las expectativas de los ciudadanos que piden una mayor dureza frente a los delincuentes, movidos fundamentalmente por intereses políticos³⁰. Esto explica la aprobación de normas espe-

que se traduce en la legislación, en los medios de comunicación, así como en los debates públicos. Esta tendencia repercute en esos grupos, que cada vez encuentran más escollos para entrar o permanecer en el Reino Unido, aumentando significativamente la cantidad de expulsiones al incrementarse los requisitos para conceder el asilo a los ciudadanos de otros países. BOSWORTH, M./GUILD, M.: “Governing through migration control”, en *British Journal of Criminology*, cit., p. 703.

28 BOSWORTH, M./GUILD, M.: “Governing through migration control”, en *British Journal of Criminology*, cit., p. 711; y, COONEY, F.: “Double punishment: the treatment of foreign national prisoners”, en *Prison Service Journal*, nº 205, 2013, p. 46.

29 ASWORTH, A./ZEDNER, L.: *Preventive justice*, cit., pp. 226 y 227.

30 KEMSHALL, H./WOOD, J.: “High-risk offenders and the public protection”, en GELSTHORPE, L./MORGAN, R.: *Handbook of probation*, Willan Publishing, United Kingdom, 2007, pp. 381 y ss; MAGUIRE, M./MORGAN, R./REINER, R.: *The Oxford Handbook of Criminology*, University Press, Oxford, United Kingdom, 2012, pp. 897 y ss; y, NELLIS, M.: “Dim prospects: humanistic values and the fate of community service”, en WINSTONE, J./PAKES, F.: *Community Justice*, Willan Publishing, United Kingdom, 2005, pp. 33 y ss.

cíficas en materia de terrorismo, permitiendo la expulsión de los extranjeros meramente sospechosos de realizar actividades de esta naturaleza³¹.

Por otra parte, como veremos, la decisión de deportar a los condenados penales le compete a la autoridad administrativa, a la que además se le atribuye la facultad de acordar la salida del país de cualquier persona no nacional cuando lo considere adecuado al interés público, aunque no haya cometido ningún delito. En el caso de los condenados a prisión, se prevé la deportación una vez extinguida la condena, actuando como una especie de pena adicional que se justifica en la necesidad de tutelar a los ciudadanos³². A todo ello se suma la deficiente legislación administrativa, carente de restricciones en cuanto al tiempo que un extranjero puede ser retenido hasta resolver su expulsión, sin contar con supervisión judicial³³. En este contexto, se denuncia que los centros de internamiento carecen de los servicios básicos garantizados en las prisiones³⁴.

31 ASWORTH, A./ZEDNER, L.: *Preventive justice*, cit., p. 227.

32 ANDERSON, B./GIBNEY, M.J./PAOLETTY, E.: "Citizen, deportation and the boundaries of belonging", en *Citizenship Studies*, cit., p. 549.

33 No en vano, el Reino Unido cuenta con los periodos de tiempo más largos en Europa de confinamiento de solicitantes de asilo. Al respecto, BOSWORTH, M./GUILD, M.: "Governing through migration control", en *British Journal of Criminology*, cit., pp. 711 y 712. Además, el número de detenciones de extranjeros es de los más elevados de Europa: alrededor de 29.000 personas fueron detenidas en 2012, 27.000 en 2011, y 26.000 en 2010. Estas cifras no incluyen a los detenidos en celdas policiales, ni en prisión, ni por cargos criminales, sino que en su mayoría se trata de personas que han pedido asilo, o que están retenidas por otros trámites administrativos, especialmente para resolver si son expulsados o no. SILVERMAN, S.J./HAJELA, R.: "Briefing. Immigration detention in the UK", University of Oxford, 2014, (www.migrationobservatory.ox.ac.uk). Phelps denuncia que sólo el 18% de los detenidos con carácter indefinido son deportados, por lo que concibe esa detención como una medida represora. PHELPS, J. (Dir.): *Detained lives*, London Detainee Support Group, London, 2009, pp. 12 y 30.

34 En la doctrina se pone de relieve que los retenidos en centros de internamiento no tienen derecho de asistencia sanitaria, salvo en casos de urgencia, ni tampoco a la educación, amén del hacinamiento cada vez mayor de los

De esta forma, la distinción tradicional entre la administración de la inmigración y la justicia penal se ha difuminado³⁵, dando lugar a un sistema difuso en el que se entremezclan ambos órdenes y que dificulta enormemente su funcionamiento³⁶.

Todo ello da como resultado un régimen jurídico carente en absoluto de las garantías mínimas requeridas en un sistema democrático para adoptar resoluciones que afectan a derechos esenciales del afectado. Esta regulación resulta especialmente rechazable a la luz de la ley y de la jurisprudencia británicas, que ordenan el escrupuloso cumplimiento de las normas internacionales, y en particular del CEDH. Precisamente, el TEDH se pronunció acerca de la legislación de este país, en concreto sobre la cadena perpetua, en la STEDH de 9 de julio de 2013 (caso «*Vinter*»), declarando la contrariedad de esa regulación al CEDH. En síntesis, afirmó que la privación de libertad de una persona sin fijar un momento preciso de revisión de la condena genera inseguridad al condenado y supone un trato inhumano o

internos. Estas carencias han sido reiteradamente reflejadas en los informes del Comité Europeo de Prevención de la Tortura y el Trato Inhumano o Degradante. ANDERSON, B./GIBNEY, M.J./PAOLETTY, E.: “Citizen, deportation and the boundaries of belonging”, en *Citizenship Studies*, cit., p. 549; ASWORTH, A./ZEDNER, L.: *Preventive justice*, cit., pp. 236 y 238; BOSWORTH, M./GUILD, M.: “Governing through migration control”, en *British Journal of Criminology*, cit, p. 712; CORNELISE, G.: “Immigration detention and the territoriality of universal rights”, en DE GENOVA, N./PEUTZ, N.: *The deportation regime. Sovereignty, space, and the freedom of movement*, cit., p. 105; y, WALTERS, W.: “Deportation, expulsion, and the international police of aliens”, en DE GENOVA, N./PEUTZ, N.: *The deportation regime. Sovereignty, space, and the freedom of movement*, cit., pp. 73 y ss.

35 ANDERSON, B./GIBNEY, M.J./PAOLETTY, E.: “Citizen, deportation and the boundaries of belonging”, en *Citizenship Studies*, cit., p. 549. Una crítica respecto a la consideración como ilegales de dichas personas en, DE GENOVA, N./PEUTZ, N.: *The deportation regime. Sovereignty, space, and the freedom of movement*, cit, pp. 1 y ss.

36 BROTHERTON, D.C./BARRIOS, L.: “The social bulimia of forced repatriation: a case study of dominican deportees”, en FRANCO AAS, K./BOSWORTH, M.: *The borders of punishment: migration, citizenship, and social exclusion*, University of Oxford, United Kingdom, 2013, pp. 7 y 24.

degradante prohibido por el artículo 3 de dicha norma. Aunque es evidente que la situación del retenido a la espera de la deportación no es equiparable a la del condenado a prisión indefinida³⁷, sin embargo, coincide en esa nota peyorativa de falta de la seguridad jurídica necesaria para privar de un derecho fundamental como la libertad. Por consiguiente, tanto el ingreso preceptivo en un centro de internamiento, como el mantenimiento en la prisión al concluir la condena, han de sujetarse a límites temporales. La modificación de la cadena perpetua debe ir acompañada, pues, de la reforma de esas instituciones para delimitar el tiempo que la persona que va a ser deportada o evaluada para la deportación puede estar a disposición de la autoridad administrativa.

Antes de referirme a la regulación legal, es conveniente precisar algunos aspectos terminológicos. Como se ve, en el Derecho británico se habla de la “deportación” del condenado penal. En realidad, ese término se usa para designar la orden de salida del país de aquellos extranjeros que suponen una amenaza para la sociedad, generalmente por la comisión de un delito, pero eventualmente por otras razones (por ejemplo, sospechosos de terrorismo). En cambio, cuando la resolución se debe a otros motivos (denegación de la solicitud de asilo, o situación irregular en el país) se denomina “expulsión”³⁸. En ambos casos la decisión está en manos de la Administración y no de los órganos judiciales.

3.2. Regulación legal de la deportación

3.2.1. Algunos precedentes

El modelo actual de restricción de los movimientos migratorios emergió en Europa sobre 1970, cuando los países más

37 En el artículo 5.1 f) CEDH se reconoce la posibilidad de privar de libertad a una persona, contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

38 BOSWORTH, M.: “Deportation, detention and foreign-national prisoners in England and Wales”, en *Citizen Studies*, vol. 15, nº 5, 2011, p. 583. Acerca

industrializados, como Alemania, Reino Unido, o Francia, que en las últimas décadas habían acogido grandes masas de trabajadores sin formación para desarrollar las tareas más penosas, impusieron un bloqueo a fin de impedir la entrada de más inmigrantes, ante la emergente crisis económica y el aumento de los niveles de desempleo³⁹. En el Reino Unido se aprobó entonces la Ley de Inmigración de 1971 («*Immigration Act 1971*»). En esta norma se reconocía al Secretario de Estado la potestad de decidir discrecionalmente la expulsión de un extranjero cuando fuera de interés público, con independencia de la existencia de una condena previa. Esta facultad era coherente con la idea de monopolio en materia de seguridad que desde Hobbes se ha reconocido al estado, soberano en cuanto a la protección de los ciudadanos, tanto entre sí como frente a la agresión externa de otros países, según expone este autor en su célebre *Leviatán*⁴⁰.

Sin embargo, en el año 2006 hubo una crisis política que provocó un giro radical en materia de deportación, recortando substancialmente el margen de actuación de la autoridad gubernativa. La alarma social ante la ineficacia de los mecanismos públicos llevó al Gobierno a aprobar una nueva ley, abriendo paso a la deportación automática de todos los extranjeros condenados a partir de un año de prisión.

de las distintas denominaciones doctrinales, ANDERSON, B./GIBNEY, M.J./PAOLETTY, E.: *The social, political and historical contours of deportation*, Springer, Oxford, United Kingdom, 2012, p. 1.

- 39 Sobre la situación en Inglaterra, DE GIORGI, A.: “Immigration control, Post-Fordism, and less eligibility: a materialist critique of the criminalization across Europe”, en *Punishment & Society*, cit., p. 150.
- 40 Como señala Zaffaroni, según Hobbes la seguridad interna es el fundamento del pacto originario que realizan los individuos para salir del pobre estado de naturaleza en donde no hay derecho alguno. Justamente, el derecho de naturaleza que protege el estado, en virtud del cual se realiza el pacto, es salvaguardar la propia vida, y es por ello que el medio más apto que les da la razón a los individuos es la celebración de un contrato en donde instituyen un Gobierno. ZAFFARONI, E.R.: “Estado y seguridad pública: algunas consideraciones básicas”, en *Cuadernos de Seguridad*, n° 14, Ministerio de Seguridad, Argentina, 2011, (www.minseg.gob.ar).

En efecto, como vamos a ver, la competencia para deportar corresponde en exclusiva al Secretario de Estado, de forma que, en principio, los Tribunales sólo pueden hacer una recomendación en este sentido, aunque la resolución administrativa es recurrible judicialmente. En el seno de este sistema, los penados extranjeros pueden ser retenidos en prisión una vez extinguida su condena, a fin de que pueda resolverse su deportación.

Pues bien, en aquella fecha salió a la luz que más de un millar de presos habían sido liberados tras cumplir su pena antes de que sus casos fueran debidamente valorados en orden a su deportación⁴¹. El impacto social de esta información motivó la dimisión del Secretario de Estado⁴². Poco después el reconocimiento oficial de la incapacidad por parte del Ministerio para tramitar tal cantidad de deportaciones llevó a reestructurar el sistema, redistribuyendo las competencias asignadas al Ministerio de Justicia y al de Interior en materia de extranjería. Por otra parte, esa alarma social originó un cambio en la estrategia del Gobierno, que dispuso la retención sistemática de los penados extranjeros al finalizar su condena y la reclasificación de los que disfrutaban de régimen abierto⁴³. Con estas decisiones el ejecutivo hacía oídos sordos a las estadísticas que en ese momento revelaban un menor porcentaje de delitos graves en ese sector

41 Al Ministerio de Justicia se le atribuyó la supervisión de la prisión, los órganos judiciales y el régimen de *probation*, y al Ministerio de Interior, el control de los aspectos relativos a la inmigración y la policía. Como veremos, esta organización dificulta la obtención de información acerca de los extranjeros internos en centros penitenciarios, y esto va en detrimento de su progresión en grado y de los beneficios penitenciarios. BOSWORTH, M.: "Deportation, detention and foreign-national prisoners in England and Wales", en *Citizen Studies*, cit., p. 586.

42 El Ministro de Interior, Charles Clark, fue sustituido por John Reid.

43 BHUI, H.S.: "Alien experience: foreign national prisoners after the deportation crisis", en *Probation Journal*, vol. 54 (4), 2007, pp. 368 y 369; BOSWORTH, M.: "Deportation, detention and foreign-national prisoners in England and Wales", en *Citizen Studies*, cit., p. 583; y, GIBNEY, M.J.: "Asylum and the expansion of deportation in the United Kingdom", en *Government and Opposition*, cit., p. 146.

inmigrante⁴⁴, y esta dinámica le valió la represalia del Tribunal Supremo, por ser contraria a la presunción de libertad que debía primar en esta materia⁴⁵.

Poco después se aprobaba la Ley de Fronteras («*UK Borders Act 2007*»), estableciendo la deportación obligatoria de los no nacionales condenados a un año o más de prisión y se vetaba la posibilidad de recurso a menos que la resolución quebrante los derechos humanos o las obligaciones internacionales⁴⁶. Además, la nueva Ley de Ciudadanía y Fronteras («*Borders, Citzenships and Immigration Act 2009*») endurecía las condiciones para adquirir la ciudadanía británica y denegaba su acceso a los extranjeros condenados hasta que cumplieran la pena impuesta.

Esta normativa novedosa ha ocasionado una “vuelta de tuerca” en la práctica gubernamental que desencadenó estas reformas y miles de extranjeros son deportados cada año⁴⁷. El contenido de los rotativos británicos se ha invertido y hoy es noticia el elevado número de delincuentes no nacionales que ha ganado la apelación contra su deportación bajo razones de derechos humanos. El artículo 8 CEDH ha sido el argumento nuclear en esas

44 Por ejemplo, el 10% de los prisioneros extranjeros habían sido condenados por delitos sexuales, mientras que en los británicos la proporción era del 11%, y en los delitos violentos esos índices eran, respectivamente, del 18% en los extranjeros frente al 28% en los nacionales. BHUI, H.S: “Alien experience: foreign national prisoners after the deportation crisis”, en *Probation Journal*, cit., p. 370.

45 PHELPS, J. (Dir.): *Detained lives*, cit., p. 10.

46 Acerca de estos antecedentes, ANDERSON, B./GIBNEY, M.J./PAOLETTY, E.: “Citizen, deportation and the boundaries of belonging”, en *Citizenship Studies*, cit., p. 549; ASWORTH, A./ZEDNER, L.: *Preventive justice*, cit., p. 238; BOSWORTH, M.: “Deportation, detention and foreign-national prisoners in England and Wales”, en *Citizen Studies*, cit., pp. 583 y ss; BHUI, H.S: “Alien experience: foreign national prisoners after the deportation crisis”, en *Probation Journal*, cit., pp. 368 y 369; y, PHELPS, J. (Dir.): *Detained lives*, cit., p. 10.

47 Como media, más de cinco mil extranjeros han sido deportados anualmente desde la deportación automática. ASWORTH, A./ZEDNER, L.: *Preventive justice*, cit., p. 238.

sentencias para reconocer la permanencia en el Reino Unido, en virtud del controvertido derecho a la vida privada y familiar⁴⁸.

No obstante, en la actualidad los delincuentes extranjeros pendientes de deportación son habitualmente remitidos a un centro de internamiento al concluir su condena. Únicamente se mantiene en prisión a aquellos que han cometido delitos violentos, de tráfico de drogas o sexuales graves, o que se consideran peligrosos porque han quebrantado antes una orden de custodia, o por existir indicios de su implicación en actividades terroristas⁴⁹.

Por otra parte, la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, ha condicionado la aplicación de esas disposiciones, al establecer las reglas mínimas para la expulsión de los extranjeros que permanecen en un estado miembro sin la documentación necesaria⁵⁰.

48 “Un elevado número de delincuentes extranjeros ganó la apelación contra su deportación bajo razones de derechos humanos el último año en el principal golpe a la política dura del Gobierno sobre inmigración. Datos del Ministerio del Interior revelan que seiscientos dos apelaciones fueron estimadas por los Tribunales de Inmigración, entre 2012 y 2013. De ellos trescientos veinticuatro delincuentes obtuvieron el derecho a permanecer en Inglaterra, bajo el controvertido derecho a la vida privada y familiar que reconoce el artículo 8 CEDH. En ese total había ciento trece condenados por delitos graves o violentos, incluyendo asesinato, violación o abuso sexual. De estos, tres delincuentes extranjeros condenados por asesinato u homicidio ganaron su apelación, con base en derechos humanos: uno -de veintiséis años- había participado en una violación de una menor. Los Tribunales negaron la deportación porque había tenido dos hijos en Inglaterra con diferentes madres” (www.telegraph.co.uk).

49 ASWORTH, A./ZEDNER, L.: *Preventive justice*, cit., p. 238; y, BOSWORTH, M.: “Deportation, detention and foreign-national prisoners in England and Wales”, en *Citizen Studies*, cit., p. 588.

50 Por ejemplo, desde el año 2009 el Servicio de Prisiones debe registrar junto al ingreso del extranjero la referencia a su ciudadanía. Asimismo, debe comunicar a la Agencia de fronteras (UK Border Agency -UKBA-) los detalles de la situación en el país de cada preso no británico, a fin de que pueda valorar su deportación. BOSWORTH, M.: “Deportation, detention and foreign-national prisoners in England and Wales”, en *Citizen Studies*,

3.2.2. Legislación

La potestad de deportar a una persona no nacional desde el Reino Unido se recoge en las dos leyes citadas, la Ley de Inmigración de 1971 («*Immigration Act 1971*») y la Ley de Fronteras de 2007 («*UK Border Act 2007*»). Además, su aplicación se desarrolla en las denominadas “Normas de Inmigración” («*Immigration Rules*»), aprobadas por el Gobierno y que va modificando de acuerdo con su política inmigratoria.

A) «Immigration Act 1971»

Las disposiciones que regulan esta materia se encuentran en el artículo 3, apartados 5 y 6, y en el artículo 5.

Artículo 3:

(5) Una persona que no sea ciudadano británico es susceptible de deportación desde el Reino Unido si:

(a) el Secretario de Estado estima que su deportación es adecuada para el bien público, o bien,

(b) otra persona a cuya familia pertenece está deportada o pendiente de una orden de deportación.

(6) Sin perjuicio de la aplicación del apartado (5) anterior, una persona que no es un ciudadano británico también será susceptible de deportación desde el Reino Unido si, después de haber alcanzado la edad de diecisiete años, fue declarada culpable de un delito castigado con penas de prisión y un Tribunal recomienda en su condena su deportación, con apoyo en la presente Ley.

Artículo 5:

(1) Cuando una persona quede bajo los apartados 5 o 6 del artículo 3, siendo susceptible de ser deportada, el Secretario de Estado podrá emitir una orden de deportación contra ella,

cit., p. 584. Pueden verse algunas implicaciones de la Directiva de 2008 en, RIPOLL SERVENT, A.: “The European Parliament and the Returns Directive: the end of radical contestation; the start of consensual constraints”, en ANDERSON, B./GIBNEY, M.J./PAOLETTY, E.: *The social, political and historical contours of deportation*, cit., pp. 43 y ss.

es decir, una orden que le obliga a abandonar y le prohíbe la entrada en el Reino Unido; y una orden de deportación contra una persona invalidará toda autorización para entrar o permanecer en el Reino Unido que se le hubiera concedido antes de la emisión de aquélla o mientras esté en vigor.

(2) Una orden de deportación frente a una persona puede revocarse en cualquier momento por otra resolución del Secretario de Estado, y dejará de surtir efecto si el afectado se convierte en un ciudadano británico.

Como vamos a comprobar, la facultad reconocida al Secretario de Estado en el artículo 3, fue mantenida en la «*UK Border Act 2007*», permitiéndole acordar la deportación de un extranjero cuando sea adecuada para el bien público. Sin embargo, esta norma añadiría la obligación de disponerla para los condenados a una pena de prisión de al menos un año. En consecuencia, puede resolver la salida del país de cualquier persona no nacional, sea o no residente legal, con independencia de que exista una condena penal, siempre que el interés de la sociedad lo aconseje. Esta decisión, además, lleva aparejada la de los miembros de su familia, aunque en estos casos veremos que las reglas de aplicación de la ley fijan ciertas limitaciones.

De otra parte, incumbe al Secretario de Estado resolver las propuestas de deportación formuladas por los Tribunales, puesto que las resoluciones judiciales sólo pueden incluir sugerencias en este sentido.

La orden de deportación conlleva la prohibición de regreso al Reino Unido en tanto no sea revocada, sin que la ley recoja ningún límite temporal. La entrada quebrantando esa orden es un delito del artículo 24 (1) (a) de la presente norma, y cualquier permiso que se otorgue mientras esté en vigor carece de validez⁵¹.

51 *Visas and immigration operational guidance collection, Enforcement Instructions and Guidance*, (www.gob.uk).

B) «UK Borders Act 2007»

Artículo 32. Deportación automática

1. En este artículo “delincuente extranjero” es una expresión aplicable a una persona que,

a) no es un ciudadano británico,

b) es condenada en el Reino Unido por cometer un delito, y

c) cumple una de estas dos condiciones:

2. Condición 1: que la persona sea condenada a una pena de prisión de al menos doce meses.

3. Condición 2: que:

a) el delito sea uno de los especificados por orden del Secretario de Estado en virtud del artículo 72 (4) (a) de la Ley de Nacionalidad, Inmigración y Asilo de 2002 (c. 41) -delito grave-, y,

b) la persona sea condenada a un tiempo de prisión.

4. A los efectos del artículo 3 (5) (a) de la Ley de Inmigración de 1971 (c. 77), la deportación de un delincuente extranjero es adecuada para el bien público.

5. El Secretario de Estado debe emitir una orden de deportación de dicho delincuente extranjero (limitada en casos del artículo 33).

6. El Secretario de Estado no podrá revocar una orden de deportación dictada de acuerdo con el apartado 5, a menos que:

a) piense que rige una excepción de las previstas en el artículo 33,

b) la demanda de revocación se haga mientras el delincuente extranjero se encuentre fuera del Reino Unido, o,

c) rija el artículo 34 (4).

7. El apartado 5 no origina un derecho a ejercer una acción privada, respecto a las consecuencias de la no emisión de la orden por el Secretario de Estado.

A tenor de esta norma, el Secretario de Estado debe ordenar la deportación de cualquier persona que no posea la nacio-

nalidad británica y sea condenada, bien a una pena de prisión de al menos doce meses, o bien por un delito grave de los previstos por el Secretario de Estado que esté castigado con una pena de prisión de cualquier duración.

A tenor del apartado 4, en estos casos se presume que la deportación del extranjero es apropiada para el interés público, disponiendo el apartado 5 que el Secretario de Estado dictará una orden de deportación.

Ahora bien, pese al carácter imperativo de esa obligación, de acuerdo con el artículo 8 CEDH, deberá valorar los factores indicados en esta norma para verificar si la salida obligada del país es proporcionada a la limitación de su vida personal y familiar. En consecuencia, el afectado puede recurrir la orden si considera que no se ha respetado el debido equilibrio entre el interés público y sus derechos⁵².

Por otra parte, junto a este régimen, sigue vigente la potestad de los órganos judiciales de recomendar la deportación, prevista en el artículo 3, apartado 6, de la «*Immigration Act 1971*». Sin embargo, actualmente esta atribución está en desuso, dado que el Tribunal Penal de Apelación ha declarado que en caso de cumplirse los requisitos de la deportación automática no es necesaria esa propuesta para ordenarla, mientras que si no se dan esas condiciones raramente será adecuado practicarla.

A estos efectos fue relevante la sentencia dictada en el caso *R. v. Kluxen* de 14 de mayo de 2010⁵³. El Tribunal Penal de Apelación indicó que ya no resulta adecuado que un órgano judicial recomiende la deportación de un delincuente extranjero, puesto que el Secretario de Estado está obligado a ordenarla, salvo que rijan una excepción del artículo 33 de la «*UK Border Act 2007*», de manera que los Tribunales únicamente pueden expresar opiniones en este sentido de forma facultativa (F.J.9).

52 Home Office, *Automatic Deportation*, vol. 9, 2014, (www.gov.uk).

53 (*R v. Kluxen* [2010] EWCA Crim 1081).

En el artículo 33 se recogen algunos supuestos excepcionales, en los que no rige la presunción de adecuación al interés público de la deportación, ni el deber del Secretario de Estado de dictar una orden decretándola. Estas previsiones no se aplican a los ciudadanos de la Commonwealth, ni a los irlandeses; cuando la deportación suponga una violación de un derecho de la persona reconocido en el CEDH o en los tratados comunitarios, o de una obligación del Reino Unido derivada de la Convención de Refugiados; cuando el Secretario de Estado piense que el delincuente extranjero tenía una edad inferior a dieciocho años en la fecha de la condena; o si se dicta una orden de internamiento o de tratamiento en virtud de la Ley de Salud Mental.

En el último apartado de ese precepto se precisa que la concurrencia de alguna de estas excepciones implica que no vincula la citada presunción legal, pero no impide dar una orden de deportación⁵⁴. Es decir, sólo se elimina su carácter imperativo,

54 Artículo 33.- Excepciones: 1. Los apartados 4 y 5 del artículo 32 no rigen cuando se da una excepción de este precepto (con la salvedad del apartado 7) ni cuando se da una excepción de los artículos 7 y 8 de la Ley de Inmigración (ciudadanos de la Commonwealth, ciudadanos irlandeses, tripulaciones y otras exenciones). 2. La primera excepción se da cuando la deportación del delincuente extranjero, en ejecución de la orden de deportación, violaría: 1º un derecho de la persona reconocido en el CEDH, o 2º una obligación de Reino Unido derivada de la Convención de Refugiados. 3. La segunda excepción se da cuando el Secretario de Estado piense que el delincuente extranjero tenía edad inferior a 18 años en la fecha de la condena. 4. La tercera excepción se da cuando la expulsión del delincuente extranjero, en ejecución de la orden de deportación, violaría un derecho del delincuente extranjero derivado de los tratados comunitarios. 5. La cuarta excepción se da cuando el delincuente extranjero: a) es el sujeto de un certificado derivado de los artículos 2 o 70 de la Ley de Extradición de 2003 (c. 41), b) está bajo custodia debido a una detención en virtud del artículo 5 de la citada Ley, c) es objeto de una orden de detención provisional del artículo 73 de dicha Ley, d) es objeto de una autorización para proceder con arreglo al artículo 7 de la Ley de Extradición de 1989 (c. 33) o una orden en virtud del párrafo 4 (2) del Anexo 1 de dicha Ley, o e) sea objeto de una orden de detención provisional con arreglo al artículo 8 de dicha Ley o de una orden en virtud del párrafo 5 (1) (b) del Anexo 1 de la misma. 6. La quinta excepción se da cuando concurre cualquiera de estas circunstancias respecto al

pero se deja la puerta abierta para realizarla. Lo que llevado a sus últimos términos podría suponer la salida del país de un menor de edad o de un enfermo mental, por ejemplo. No obstante, en estos supuestos entrarían en liza las normas internacionales y específicamente el CEDH, determinando muy posiblemente la arbitrariedad de la medida adoptada.

Nótese, sin embargo, que en el artículo 3, apartado 6, de la «*Immigration Act 1971*» se prevé la facultad de los Tribunales de recomendar la deportación del mayor de diecisiete años condenado a una pena de prisión. En cambio, en el artículo 33 de la «*UK Borders Act 2007*» se exceptiona de la obligación de deportar a los menores de dieciocho años en el momento de la condena. Por lo tanto, la deportación se puede acordar a partir de diecisiete años, pero hasta los dieciocho esa decisión no es obligada.

A continuación, el artículo 34 establece que el Secretario de Estado puede emitir la orden de deportación en el momento que estime conveniente, si bien no cabe hasta que no vence el plazo para la interposición de los pertinentes recursos o estos son resueltos⁵⁵. Así pues, mientras la resolución no es firme no

delincuente extranjero: se emite una orden de hospitalización o de custodia amparada en la Ley de Salud Mental de 1983 (c.20) o del artículo 57 A de la Ley Procesal Penal (Escocia) de 1995 (c.46), o una orden de sumisión a tratamiento del artículo 136 de la Ley de Salud Mental (Escocia) de 2003, o una orden similar que tenga efecto en Irlanda del Norte. 7. (a) La aplicación de una excepción no impide la emisión de una orden de deportación; (b) supone que la deportación de la persona interesada no es adecuada para el bien público pero tampoco es inadecuada; no obstante, el artículo 32 (apartado 4) se aplica a pesar de que se colme la excepción 1 o la 4.

- 55 Artículo 34. Momento: 1. El artículo 32 (5) impone que la orden de deportación se haga en el momento escogido por el Secretario de Estado. 2. Una orden de deportación no se puede hacer al amparo del apartado 5 del artículo 32, mientras que un recurso de casación o apelación frente a la condena o sentencia de la que deriva la orden, esté: a) interpuesto y pendiente de resolución o, b) en plazo de interposición. 3. A efectos del apartado 2 (b), la posibilidad de apelar fuera de plazo con un permiso especial no será valorada, y una persona que haya informado al Secretario de Estado por escrito de que no tiene intención de apelar será tratada como si no tuviera posibilidad

puede procederse a la deportación, y esta dilación como vimos entraña inconvenientes en tanto el extranjero puede ser retenido en el centro penitenciario.

En el artículo 38 se recogen algunas reglas interpretativas. En el artículo 32 (2) la referencia a una persona condenada a prisión de al menos doce meses, no incluye los supuestos de sentencias suspendidas, ni es posible tampoco acumular el tiempo de varias condenas consecutivas que sumen ese tiempo. Por el contrario, comprende a los internados en centros distintos a la prisión (incluyendo un hospital o una institución para menores), así como también a los penados por un periodo indeterminado⁵⁶.

de apelar. 4. El Secretario de Estado podría retirar una decisión tomada al amparo del apartado 5 del artículo 32, o revocarla, para el caso de ejercer una acción derivada de las Normas de Inmigración o reglas hechas bajo el artículo 3 de la Ley de Inmigración de 1971 (c.77) y tomar posteriormente una nueva decisión de que rige el apartado 5 del artículo 32, emitiendo una orden de deportación de acuerdo con ese apartado.

- 56 Artículo 38. Interpretación: 1. En el artículo 32 (2) la referencia a una persona que sea sentenciada a un periodo de prisión de al menos doce meses: a) no incluye a una persona que reciba una sentencia suspendida (a menos que el Tribunal ordene posteriormente que la sentencia o una parte de ella, cualquiera que sea su decisión, se lleve a efecto), b) no incluye a una persona que sea condenada a un periodo de prisión de al menos doce meses no en una sentencia, sino en sentencias consecutivas que acumulan ese periodo, c) incluye a una persona que sea condenada a una privación de libertad, a cumplir en institución distinta a prisión (en particular un hospital o una institución para menores) por tiempo mínimo de doce meses, e, d) incluye a una persona que sea condenada a prisión, o privada de libertad, durante un periodo indeterminado (dado que podría superar los doce meses). 2. En el artículo 32 (3) b, la referencia a una persona que sea condenada a un periodo de prisión: a) no incluye a una persona que reciba una sentencia suspendida (a menos que el Tribunal ordene posteriormente que la sentencia o una parte de ella, se lleve a efecto) y, b) sí incluye a una persona que sea condenada a una privación de libertad en una institución distinta a prisión (en particular un hospital o una institución para menores). 3. Para el propósito del artículo 32 una persona sujeta a una medida derivada del artículo 5 de la Ley de 1964 (Incapacidad) Procesal Penal no ha sido condenada por un delito. 4. En los artículos 32 y 33: a) “ciudadano británico” tiene el mismo significado que en el artículo 3 (5) de la Ley de Inmigración de 1971 (c.77) (y se aplicará el artículo 3 (8) -carga de la prueba-), b) “derechos de la convención” tiene

Junto a estas leyes, se aplican las «*Immigration Rules*», que dedican su «Parte 13» a la deportación (arts. 362 y ss), interpretando las disposiciones legales. El artículo 363 se refiere a los supuestos en que cabe acordarla, citando el contenido del artículo 3 (apartados 5 y 6) de la «*Immigration Act 1971*». A continuación el texto destaca la sujeción en esta materia al artículo 8 CEDH y precisa los términos para deportar a los familiares del extranjero. A estos efectos, indica que la mujer y los hijos serán también deportados, salvo cuando tengan derecho a residir en el país por sí mismos o hayan vivido de forma independiente de aquél.

C) Deportación de los ciudadanos del Espacio Económico Europeo

La interpretación de la normativa anterior se encuentra condicionada por los convenios europeos y los tratados internacionales firmados por el Reino Unido, y en particular por el artículo 8 CEDH.

Pues bien, aunque en principio el artículo 32 de la «*UK Borders Act 2007*», sobre deportación automática, es aplicable a los miembros del Espacio Económico Europeo —EEE—⁵⁷, los Tribunales han introducido restricciones, declarando que no basta que un nacional de ese espacio cometa un delito para deportarlo, sino que ha de suponer una amenaza real para el orden público. Por otra parte, la política del Secretario de Estado es emitir órdenes de deportación sólo cuando la pena de prisión

el mismo significado que en la Ley de Derechos Humanos de 1998 (c.42), c) “orden de deportación” significa una orden bajo el artículo 5, y en virtud del artículo 3 (5) de la Ley de Inmigración de 1971, y d) la “Convención de Refugiados” significa la Convención relativa al estatuto de refugiados hecho en Ginebra el 28 de julio de 1951 y sus Protocolos.

57 El EEE incluye a los veintiocho países de la Unión Europea más los de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), Islandia, Liechtenstein y Noruega, excepto Suiza, que aunque forma parte de esta Asociación no pertenece al EEE. Sin embargo, existen numerosos tratados que le vinculan con la Unión Europea e incorporan en gran medida las mismas disposiciones adoptadas por otros países del EEE.

impuesta es de veinticuatro meses o mayor, o siendo inferior el hecho cometido es especialmente grave (delitos violentos o sexuales).

En el citado caso *R. v. Kluxen* de 14 de mayo de 2010, el Tribunal Penal de Apelación aborda este tema. Recuerda que aunque la deportación automática de la «*UK Borders Act 2007*» comprende a todas las personas no británicas, el Secretario de Estado tiene una política especial respecto a los ciudadanos del EEE, determinando que sólo sean deportados cuando el tiempo impuesto de prisión sea de dos años o más (F.J.30). A continuación explica esta particularidad. Como presupuesto, reproduce el artículo 28 de la Directiva 2004/38/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros⁵⁸, donde se establece que esas personas sólo podrán ser expulsadas de dichos estados cuando exista un motivo grave de seguridad o de orden público. Matiza que este precepto no vincula a los Tribunales británicos, por cuanto sólo hacen recomendaciones, pero sí al Secretario de Estado, afir-

58 Artículo 28. Protección contra la expulsión: “1. Antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen. 2. El Estado miembro de acogida no podrá tomar una decisión de expulsión del territorio contra un ciudadano de la Unión Europea o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, que haya adquirido un derecho de residencia permanente en su territorio, excepto por motivos graves de orden público o seguridad pública. 3. No se podrá adoptar una decisión de expulsión contra un ciudadano de la Unión Europea, excepto si la decisión se basa en motivos imperiosos de seguridad pública definidos por los estados miembros, cuando éste: a) haya residido en el estado miembro de acogida durante los diez años anteriores, o, b) sea menor de edad, salvo si la expulsión es necesaria en interés del niño, tal como establece la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989”.

mando que en la decisión de deportar debe hacer una valoración diferente según el extranjero sea ciudadano o no de la Unión Europea (F.J.31). Además, se refiere a una norma nacional («*The Immigration—European Economic Area—Regulations 2006*»), donde igualmente se dispone, en sus normas 19 y 21, que el Secretario de Estado podrá expulsar del país a los nacionales de ese espacio por razones de seguridad u orden público. Recuerda también que estas decisiones competen a dicha autoridad y no a los Tribunales y que la decisión se ha de considerar de manera distinta según el extranjero pertenezca o no al EEE (F.J.32).

Asimismo, el Tribunal Superior de Inmigración, en la sentencia de 18 de junio de 2013 (*Essa v. The Secretary of State for the Home Department*)⁵⁹, declaró que “la deportación de un miembro del EEE, o un familiar del mismo, sólo se justifica por razones de interés público (con independencia de si la residencia permanente se ha logrado), debiendo el afectado representar una amenaza real para el orden público. El hecho de una condena penal no es suficiente. No es posible deportar a un nacional de este espacio, fundándose en la comisión de un delito, simplemente para disuadir a otros. Esto significa, en caso de condenas cortas, que el candidato para la deportación de este espacio debe representar una amenaza actual por razón de su propensión a reincidir o por revelar un alto peligro, inaceptable, de reincidir” (F.J.32).

En suma, para deportar a un ciudadano de un estado miembro del EEE no es suficiente que esa medida sea adecuada para el interés público, como dispone el artículo 3, apartado 5, de la «*Immigration Act 1971*», sino que ha de haber cometido un delito. Además, en las penas cortas de prisión, se requiere que sea peligroso, advirtiéndose un elevado riesgo de reincidencia.

Por otra parte, el Secretario de Estado ha determinado que sólo se acordará la deportación en las condenas de prisión de veinticuatro meses o más, o en las de prisión de al menos doce

59 Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) *Essa* (EEA: rehabilitation/integration) [2013] UKUT 00316 (IAC).

meses impuestas por delitos relacionados con las drogas, delitos sexuales, violentos, u otras actividades delictivas graves⁶⁰.

No obstante, esas reglas se han de matizar en el sentido indicado en las resoluciones anteriores, de suerte que para poder deportar a un extranjero de esos estados se deberá tener en cuenta, además del tiempo de la condena, la peligrosidad del sujeto y la amenaza que supone para el orden público.

3.3. Comentario crítico

Hemos visto las reformas cruciales que la «*UK Borders Act 2007*» ha supuesto en cuanto al régimen de la deportación. Pues bien, un sector doctrinal achaca a esa regulación algunos defectos del sistema actual.

En este sentido, se apunta que la deportación automática ha determinado un incremento exponencial del número de internos en los centros penitenciarios⁶¹, señalando que la condición de no nacional y la posibilidad de acordar esa medida, favorece la imposición de una pena de prisión en aquellos delitos de inmigración para los que se establecen de forma alternativa varias

60 Home Office - *European Economic Area (EEA) foreign national offender (FNO)*, (www.gob.uk).

61 La cifra de prisioneros extranjeros ha aumentado un 93% entre 2000 y 2012. COONEY, F.: “Double punishment: the treatment of foreign national prisoners”, en *Prison Service Journal*, cit., p. 46. El 14% de los reclusos en Gran Bretaña son de otra nacionalidad, por debajo de la media europea del 20% y por encima del índice de la población general que constituyen sólo el 8%. Por otra parte, el porcentaje de encarcelados se ha elevado, pasando del 8% en 1999 al 12% en 2004 y al 14% en 2009. ALIVERTY, A.: “Sentencing in immigration-related cases: the impact of deportability and immigration status”, en *Prison Service Journal*, nº 205, 2013, pp. 39 y ss. En cuanto al número de los internos que continúan en la cárcel después de expirar su condena, en el año 2009 hubo un acuerdo entre el Servicio de prisiones y el de fronteras, estableciendo como límite razonable que no más de doscientas cincuenta personas debían permanecer en esta situación. En el año 2010 esa cantidad ascendía a quinientos ochenta internos. BOSWORTH, M.: “Deportation, detention and foreign-national prisoners in England and Wales”, en *Citizen Studies*, cit., p. 588.

sanciones. Esto hace que, a su juicio, hechos no muy relevantes lleven aparejada esa condena, con el objetivo de conseguir la deportación del infractor y de disuadir a quienes pretenden entrar en el país ilegalmente⁶². Este modo de operar es censurado en la medida en que sitúa a los extranjeros en una posición de inseguridad jurídica al no poder prever las consecuencias que les van a acarrear sus actos⁶³. Además, se subraya la ausencia de soporte empírico para esa práctica judicial al no haber evidencias de que las personas que buscan ese acceso irregular posean información acerca del sistema de inmigración británico⁶⁴.

Por otra parte, el nuevo régimen legal ha repercutido en la política penitenciaria. Hace una década se pensaba que los extranjeros merecían un trato igual en ese entorno al que se brinda a los nacionales, rechazándose las propuestas de crear centros específicos. Sin embargo, esta mentalidad cambió debido al crecimiento de la cifra de reclusos, dando lugar desde el año 2004 a una estrategia informal de agrupar a las prisioneras y prisioneros no nacionales.

Además, algunos autores indican que la visión del inmigrante como futuro o potencial deportado influye en las decisiones adoptadas en cuanto a la progresión en grado y otros beneficios ofrecidos durante el cumplimiento en prisión⁶⁵. Desde este punto de mira, advierten que siendo criterio oficial que “el propósito del tratamiento y del entrenamiento de los prisioneros

62 ALIVERTY, A.: “Sentencing in immigration-related cases: the impact of deportability and immigration status”, en *Prison Service Journal*, cit., pp. 39 y ss; y, COONEY, F.: “Double punishment: the treatment of foreign national prisoners”, en *Prison Service Journal*, cit., p. 46. Pueden verse algunos datos estadísticos sobre los delitos cometidos por estos internos en, PHELPS, J. (Dir.): *Detained lives*, cit., pp. 12 y 13.

63 ALIVERTY, A.: “Sentencing in immigration-related cases: the impact of deportability and immigration status”, en *Prison Service Journal*, cit., pp. 39 y ss.

64 COONEY, F.: “Double punishment: the treatment of foreign national prisoners”, en *Prison Service Journal*, cit., p. 46.

65 OSWORTH, M.: “Deportation, detention and foreign-national prisoners in England and Wales”, en *Citizen Studies*, cit., p. 586.

será alentarles a una vida útil”⁶⁶, se les debería ofrecer iguales posibilidades de reinserción social que a los nacionales. Por el contrario, esos internos son sistemáticamente excluidos de los cursos de resocialización al no haber interés en evitar la reincidencia en el lugar de destino, lo que repercute en la concesión de salidas en régimen abierto que en estos supuestos son muy escasas⁶⁷.

De nuevo, me plantea dudas la legitimidad de esta exclusión selectiva, habida cuenta que el TEDH ha destacado el papel de la rehabilitación en el cumplimiento de la pena de prisión, en un asunto que incumbía justamente al Reino Unido. En el caso *Dickson v. United Kingdom* (GC) de 4 de diciembre de 2007, destacó el incremento del énfasis que ha adquirido esa finalidad de la prisión en la política criminal europea. Asimismo, declaró que aunque “ha sido reconocida con el significado de evitar la reincidencia, con carácter más reciente y positivo, expresa más bien la idea de re-socialización mediante el fomento de la responsabilidad individual”. Con esta interpretación le atribuye al estado la responsabilidad de promover ese objetivo resocializador, implementando los medios necesarios para ello. Esto es incompatible con la negación de estos recursos a determinados presos, aunque sea porque no se van a incorporar a la sociedad

66 CAVADINO, M./DIGNAN, J.: *The penal system*, Sage Publications, London, 2007, pp. 193 y 194.

67 Por otra parte, esa dificultad de los extranjeros en prisión para progresar de grado se debe, también, a una falta de comunicación entre el Organismo de fronteras —UKBA— y las autoridades de la prisión -NOMS-. Para poder adoptar decisiones relacionadas con la evolución de un recluso el personal del centro penitenciario ha de recibir información del Servicio de inmigración. La falta de estos datos influye en los permisos de salida y en el acceso al régimen abierto. Lo mismo sucede con los agentes de apoyo al delincuente en la comunidad. Partiendo de que esos internos van a ser deportados y no se ocuparán de su seguimiento externo, tienen un escaso contacto con ellos, por lo que no pueden proporcionar información detallada sobre el peligro que entraña su liberación y su posible reincidencia. COONEY, F.: “Double punishment: the treatment of foreign national prisoners”, en *Prison Service Journal*, cit., pp. 47 y ss.

británica al ser expulsados a su país, pues como indica la propia resolución en la prisión no se busca únicamente evitar la reite-ración delictiva, sino que se han de proporcionar vías al interno para que pueda desarrollar una actitud responsable.

Además, junto a esas carencias, se ha censurado la situa-ción crítica en que viven los extranjeros que son mantenidos en prisión a continuación de su condena de cara a la deportación. Estos prisioneros, denominados “*Remand prisoners*” (presos en custodia indefinida) pasan a integrar una categoría específica (categoría B), destacándose en la doctrina que se les mantie-ne en condiciones casi asimiladas a las de alta seguridad, con periodos extensos de permanencia en las celdas y con menores posibilidades de educación, formación y trabajo⁶⁸. Como decía, esta prolongación incierta del tiempo de estancia en la prisión no es conciliable con la exigencia de certeza emanada del artículo 3 CEDH, según ha confirmado el TEDH en la sentencia del caso *Vinter*.

IV. La expulsión de los «no nacionales» en el Proyecto de reforma del Código penal

En el Proyecto de reforma del Código penal se efectúan modificaciones esenciales respecto a la regulación actual reco-gida en el artículo 89 CP, cuyo contenido pasa al artículo 88 CP reformado. En síntesis, esos cambios son los siguientes:

- Se extiende la expulsión a los extranjeros residentes legalmente en España y a los ciudadanos de la Unión Europea.
- La sustitución se limita a la pena de prisión, cuando además exceda de un año.
- Se concede al órgano judicial la posibilidad de acordar la ejecución de una parte de la pena, sustituyendo el resto por la

68 BOSWORTH, M.: “Deportation, detention and foreign-national prisoners in England and Wales”, en *Citizen Studies*, cit., p. 589; y, COONEY, F.: “Double punishment: the treatment of foreign national prisoners”, en *Prison Service Journal*, cit., p. 49.

expulsión. En las condenas de prisión superiores a un año y no mayores de cinco, se establece como regla general la expulsión y esa posibilidad se contempla con carácter extraordinario. En cambio, en las de más de cinco años la norma es la ejecución, aunque se permite ordenarla sólo en forma parcial y sustituirla luego por la expulsión. A estos efectos se suman las penas de prisión impuestas, estimándose que exceden los cinco años, si en total superan este tiempo. Para valorar si procede el cumplimiento parcial en España, en el primer supuesto, o el cumplimiento total o parcial en el segundo, se atenderá a la necesidad de defender el orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En todo caso, procederá la expulsión cuando el penado cumpla el tiempo que se hubiera determinado, acceda al tercer grado, o se le conceda la libertad condicional.

– Se prohíbe la expulsión cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la sustitución resulte desproporcionada.

– En caso de infringirse la orden de expulsión, el extranjero cumplirá las penas sustituidas, pero se faculta al Juez o Tribunal para que, excepcionalmente, reduzca su duración atendiendo a ciertas condiciones, y

– Se amplía la prohibición de sustitución al delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis CP.

Vamos a ver estos aspectos con mayor detenimiento.

4.1. Extensión a los extranjeros residentes legales y a los ciudadanos comunitarios

4.1.1. Expulsión del «ciudadano extranjero»

En el artículo 89 CP se prevé la expulsión del “extranjero no residente legalmente en España”, incluyendo sólo a los inmigrantes irregulares⁶⁹.

⁶⁹ Proponían la sustitución por la expresión “extranjero en situación irregular”, DÍAZ Y GACÍA CONLLEDO, M. (Dir.): *Protección y expulsión de*

Esta regulación ha generado un debate doctrinal en torno a lo que deba entenderse por “residente legal”. En concreto, el punto de inflexión consiste en determinar si se debe incluir en este concepto a quienes están en situación de estancia, pues, por una parte no gozan de la condición de residente, pero por otra están legalmente en nuestro país. Así, la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, determina que los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia (art. 29). La estancia es la permanencia en territorio español por un período no superior a noventa días, prorrogable como regla general por tres meses (art. 30). Por otra parte, son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir, bien con carácter temporal o de larga duración (art. 30 bis)⁷⁰.

A la luz de esas disposiciones es residente legal tan sólo quien dispone de este permiso específico. De manera que, si se adopta una interpretación estricta, habrá que negar esa condición a la persona con estancia temporal, considerándola “extranjero no residente legalmente en España” a efectos del artículo 89 CP y proceder a su expulsión de acuerdo con esta norma. Esta lectura es coherente con la marcada preferencia legal por esta solución, que se adopta como norma en las penas privativas de libertad inferiores a seis años. Pero, presenta algunos inconvenientes desde el punto de vista preventivo, puesto que en caso de cometer un delito en el corto espacio de tiempo que ese sujeto está en España, por motivos de ocio o laborales, e incluso si ha venido con el propósito deliberado de delinquir, podrá saldar su

extranjeros en el Derecho penal, La Ley, Madrid, 2007, p. 700; y, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.D./DURÁN SECO, I./OLAIZOLA NOGALES, I./JERICÓ OJER, L.: “Extranjería y Derecho penal: las últimas reformas”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 12, 2007, pp. 87 y 88.

70 Junto a estas situaciones se prevé un régimen especial a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado (art. 33). Ampliamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (Dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en el Derecho penal*, cit., pp. 632 y ss.

condena con la expulsión. No obstante, el propio precepto solventa este problema al permitir al Juez acordar la ejecución en un centro penitenciario español si, tras la debida audiencia a las partes, aprecia razones que lo justifiquen.

Por el contrario, si se adopta una noción amplia y se considera residente legal a quien delinque durante una estancia en nuestro país, se le excluirá del artículo 89 CP y habrá de cumplir su condena⁷¹. Pero, es difícil mantener esta lectura extensiva, teniendo en cuenta que, a diferencia de lo que sucede con el residente ilegal, la persona que está en una situación transitoria no pretende permanecer en España y, por consiguiente, negarle la expulsión normalmente le supondría un perjuicio.

En consecuencia, la consideración de residente legal se debe reservar para el extranjero que efectivamente dispone de este permiso concreto. En otro caso será expulsado, con independencia de que disponga o no de licencia de estancia, a menos

71 Díaz y García Conlledo entiende que debe prestarse más atención al adjetivo legal que al sustantivo residente. DÍAZ Y GACÍA CONLLEDO, M. (Dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en el Derecho penal*, cit., p. 635. Véase, también, BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: *Sistema penal y control de los migrantes*, Comares, Granada, 2011, p. 171. Navarro Cardoso señala que el concepto de “residente no legalmente en España”, por razones de sentido común, debe extenderse a extranjeros en situación irregular, esto es, a cualquiera que no esté comprendido en alguna de las situaciones previstas en el Capítulo II del Título II de la LO 4/2000 en su actual redacción: estancia, residencia temporal, residencia permanente, estudiantes, apátridas, indocumentados, refugiados y menores. A ellos habría que sumar otros grupos sobre los que no cabe duda alguna, caso de los ciudadanos comunitarios y asimilados. NAVARRO CARDOSO, F.: “Expulsión «penal» de extranjeros: una simbiosis de Derecho penal «simbólico» y Derecho penal del «enemigo»”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 17, 2006, p. 172. Por su parte, Puente Segura apunta que los extranjeros que se encuentran en España en situación de estancia, no residen en nuestro país, ni legal ni ilegalmente, sin que en consecuencia, exista razón alguna para que pueda serles aplicada la disposición contenida en el mencionado artículo 89 CP. PUENTE SEGURA, L.: *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, Madrid, 2009, p. 380. De igual opinión, NOUR EL DIN MOHAMED KAMEL AMIN HANZAL: *El artículo 89 del Código penal*, Universitat de València, Servei de Publicacions, 2009, p. 436.

que el Juez en aplicación de la cláusula de excepción, resuelva el internamiento en un establecimiento penitenciario español. Mediante esta respuesta, además, se evita privilegiar a los inmigrantes ilegales, sujetos indudablemente a la expulsión, frente a aquellos que poseen su documentación en regla y a quienes habitualmente favorece esta respuesta⁷².

La finalidad expresada en la LO 11/2003, de 29 de septiembre⁷³, para dotar de un mayor automatismo a la expulsión, corrobora también esa concepción restrictiva. Según indica su Exposición de Motivos “se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España

72 En favor de esta interpretación estricta, CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 738 y 739; CUGAT MAURI, M.: “La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del Derecho penal”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 6, 2001, pp. 32 y ss; MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E.: *Las medidas alternativas a la prisión, suspensión, sustitución y expulsión*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 158 y ss; MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 152; MARTÍNEZ PARDO, V.J.: “La expulsión de los extranjeros como sustitutiva de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad”, en *Revista de l’Institut Universitari d’Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, 2012, pp. 37 y ss, (<http://www.uv.es/recrim>); MUÑOZ LORENTE, J.: “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº extraordinario 2, 2004, pp. 445 y ss; PRAT WESTERLINDH, C.: *Alternativas a la prisión*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 97; RODRÍGUEZ CANDELA, “La expulsión del extranjero en el nuevo Código penal”, en *Jueces para la Democracia*, nº 33, 1998, p. 62; TOMÉ GARCÍA, J.A.: “Sustitución de las penas privativas de libertad impuestas a extranjero por la expulsión (art. 89 CP)”, en GASCÓN INCHAUSTI, F. (Coord.): *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código penal*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 123; y, TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: *La expulsión de los extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2012, p. 47. También la Circular de la Fiscalía General del Estado, 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.

73 LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto”. La sustitución parece orientarse, pues, a los extranjeros que viven ilegalmente con vocación de permanencia en nuestro país y, en particular, al grupo que hace del delito su medio de vida.

También en la práctica judicial se ha seguido esta línea, de forma que los Tribunales generalmente optan por decretar la expulsión de todos los extranjeros que no son residentes legales según la legislación administrativa, salvo que por la naturaleza del delito cometido o las circunstancias concretas estimen conveniente ordenar la ejecución de la condena en las prisiones españolas⁷⁴.

Pues bien, en el Proyecto se introduce un cambio esencial en este punto al prever la expulsión de la pena impuesta a un “*ciudadano extranjero*”⁷⁵, sin precisar que se halle ilegalmente en nuestro país. De donde se sigue que cualquier persona no nacional que viva o se encuentre temporalmente en España, será expulsada cuando se cumplan los presupuestos del artículo 88 CP. Además, esa respuesta se establece como regla general para las penas de prisión de más de un año. Aunque, se mantiene la posibilidad de acordar la ejecución, con arreglo a criterios novedosos de carácter contrapuesto que atienden tanto al interés social como a las circunstancias del afectado.

Como hemos visto, esta opción de expulsar al extranjero que delinque, sea o no residente legal en el lugar de la condena, ha sido avalada por el TEDH, considerando que esta decisión corresponde a la soberanía de cada estado.

También la normativa internacional deja en manos de las autoridades nacionales esa regulación. El Pacto Internacional de

74 Pueden verse, el AAP de Girona, 578/2004, de 5 de octubre (F.J.1) y la SAP de Huelva 74/2005, de 24 de junio (F.J.3).

75 El Consejo General del Poder Judicial llama la atención sobre la contradicción de esta expresión, recomendando que se hable sólo de “extranjero”. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, del Consejo General del Poder Judicial.

Derechos Civiles y Políticos, contempla la posibilidad de expulsar a los extranjeros que se hallan legalmente en cualquiera de los estados firmantes, aunque marca ciertas condiciones, precisando que esa decisión sea conforme a la ley y que se respeten los derechos de audiencia y de apelación⁷⁶. Igualmente, la citada Directiva 2004/38/CE, autoriza la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea y de sus familias, con sujeción a los límites marcados⁷⁷.

Asimismo, la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, permite expulsarlos en caso de cometer un delito doloso, sin distinguir entre residentes y no residentes. El artículo 57.2 dispone que “constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”⁷⁸.

Pese a todo, la modificación que se propone implica un retroceso en la política de integración social de los extranjeros, de la que hacía gala la LO 11/2003, de 29 de septiembre, pero

76 Artículo 13: “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un estado parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que le asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”.

77 Esta norma se complementa con la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a normas y procedimientos comunes en los estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

78 Por su parte, el artículo 57.8 añade lo siguiente: “Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis CP, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad”.

que en realidad potenciaba su exclusión, al convertir la sustitución en automática, excepto cuando por la naturaleza del delito implicara un beneficio para el infractor, contraviniendo los fines preventivos de la pena. Entonces, el legislador penal reforzaba una medida administrativa, aunque a diferencia de esta legislación establecía la expulsión también para los condenados a penas privativas de libertad inferiores a un año. La reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, mejoró algo esa situación, ampliando las posibilidades de ejecución, al permitir que el juzgador la acuerde por cualquier razón justificada, estableciendo la necesidad de dar audiencia a las partes⁷⁹.

Pues bien, el Proyecto se distancia de esas normas y determina que cualquier extranjero condenado a una pena de prisión superior a un año debe ser expulsado, aunque resida legalmente en España. Además, esta disposición no se limita a los delitos dolosos, diferenciándose de la legislación administrativa⁸⁰. Sólo si por razones de ejemplaridad o de alarma social resulta conveniente su cumplimiento en España, o si el condenado consigue demostrar su arraigo o circunstancias personales relevantes, el órgano judicial rehusará la sustitución. Pero, cabe pensar que el prototipo de delincuente que ingresará en prisión será el reincidente o profesional, además de quienes cometan delitos en los que se considera imprescindible el efecto disuasorio del castigo, como ocurre con el tráfico de drogas de cierta envergadura⁸¹. En

79 Respecto a las propuestas legales de reforma que hubo entre uno y otro texto puede verse, GUIASOLA LERMA, C.: "Consideraciones político-criminales para una reformulación de la expulsión penal de condenados extranjeros sin residencia legal", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, pp. 205 y ss. Esta autora critica que se haya mantenido el carácter preceptivo de la expulsión. GUIASOLA LERMA, C., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.): *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 132.

80 Véase una recomendación en favor de limitar la sustitución a las penas impuestas por delitos dolosos en el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, del Consejo General del Poder Judicial.

81 Ampliamente, DÍAZ Y GACÍA CONLLEDO, M. (Dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en el Derecho penal*, cit., pp. 662 y ss; y, DÍAZ Y

cambio, el candidato idóneo para la expulsión será el infractor sin antecedentes penales, castigado con una pena menos grave, y que normalmente optaría a la suspensión o a la sustitución. En este sector la tajante separación que comporta la nacionalidad española respecto a la residencia legal puede resultar desproporcionada, sobre todo si se aplicara a personas que aun no estando afincadas en nuestro país mantienen algún vínculo, como una relación afectiva, trabajo temporal, etc. Hay que pensar que la decisión lleva anudada una prohibición de regreso de al menos cinco años. En realidad, da la impresión que la motivación que impulsó la primera reforma de 2003, cuando lo prioritario era proporcionar seguridad a los ciudadanos⁸², y la que está detrás del presente Proyecto, no coinciden plenamente. Creo que en este caso ha influido la situación de crisis económica y las elevadas cifras de paro registradas en nuestro país, de modo que estos factores han llevado a priorizar a los nacionales utilizando la actividad delictiva incluso menor como elemento de exclusión de los extranjeros, sean o no residentes, y aunque pertenezcan a la Unión Europea.

No obstante, pese a que la expulsión se establece con carácter imperativo, el juzgador ha de observar la prohibición expresa de aplicarla cuando resulte desproporcionada, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España (art. 88.4). Esta disposición debe servir para racionalizar el régimen vigente, que se había

GARCÍA CONLLEDO, M.D./DURÁN SECO, I./OLAIZOLA NOGALES, I./JERICÓ OJER, L.: “Extranjería y Derecho penal: las últimas reformas”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, cit., pp. 68 y ss.

- 82 NAVARRO CARDOSO, F.: “El Código penal de la seguridad e inmigración (consideraciones criminológicas y político-criminales)”, en RODRÍGUEZ MESA, M.J./RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. (Coord.): *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 223 y ss. Pueden verse algunos datos estadísticos que evidencian el contraste entre los bajos índices de criminalidad y el endurecimiento del sistema de penas y su ejecución en, GARCÍA ALBERO, R./TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 18 (cita 5).

ido perfilando judicialmente ante la omisión de esas circunstancias en el artículo 89 CP.

4.1.2. Ciudadanos comunitarios

A) Regulación legal

El Proyecto amplía el círculo de destinatarios de esta forma sustitutiva a los ciudadanos de la Unión Europea.

Hasta ahora los Tribunales han entendido que el artículo 89 CP no se les debe aplicar⁸³, puesto que tienen la condición de ciudadanos comunitarios⁸⁴ y rige el principio de libre circulación dentro de los estados miembros⁸⁵. Bien es cierto que en alguna resolución se ponía de relieve que ese nexo supranacional no elimina el concepto de extranjero y que la normativa europea contempla la posibilidad de expulsarlos⁸⁶.

83 STS 606/2012, de 13 de julio (F.J.1), SAP de Alicante 432/2007, de 17 de julio (F.J.4), SAP de Madrid 223/2009, de 20 de mayo (F.J.4), y SAP de Tarragona 277/2009, de 22 de junio (F.J.2).

84 Artículo 20.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 25 de marzo de 1957: “Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”.

Artículo 9 del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992: “La Unión respetará en todas sus actividades el principio de la igualdad de sus ciudadanos, que se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos. Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”.

85 El artículo 45.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 25 de marzo de 1957, aseguraba la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión. Posteriormente, el Convenio de Schengen de 19 de junio de 1990, firmado por España el 25 de junio de 1991, suprimió las fronteras interiores, garantizando la libre circulación dentro de la frontera única exterior. De acuerdo con ello, el artículo 3.2 del Tratado de la Unión Europea, establece lo siguiente: “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”.

86 SAP de Tarragona 1/2005, de 3 de enero (F.J.2).

No obstante, la mentada Directiva 2004/38/CEE, autoriza la expulsión de los ciudadanos comunitarios y de sus familiares, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, aunque esta medida deberá ajustarse al principio de proporcionalidad y se limitará a los casos en que la conducta constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad. Cuando el europeo haya adquirido la residencia permanente, no se le podrá expulsar excepto por “motivos graves” de orden público o seguridad pública. Y si ha residido en el estado miembro de acogida durante los diez años anteriores, sólo por “motivos imperiosos” de seguridad pública⁸⁷.

Estas previsiones fueron confirmadas por el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea y de otros estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que recogió aquellas mismas exigencias para los ciudadanos de este espacio⁸⁸.

El Proyecto se apoya en estas normas para regular la expulsión de los nacionales de otros estados miembros de la Unión Europea. No menciona, en cambio, a los ciudadanos de otros países del EEE.

El artículo 88, apartado 4, párrafo segundo, determina lo siguiente:

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

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

87 Artículos 27 y 28.

88 Artículo 15.

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

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

En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el número dos de este artículo”.

En realidad, no me parece desacertado equiparar a estos efectos a los extranjeros comunitarios y extracomunitarios, puesto que la libertad de circulación conlleva la sujeción al ordenamiento jurídico del estado receptor y no tiene porqué garantizar la permanencia en caso de delinquir, vedándola en cambio a quienes no pertenecen a la Unión Europea. Por otra parte, la expulsión no siempre favorece al condenado, de manera que la cualidad de ciudadano europeo puede suponerle una carga al privarle de la posibilidad de eludir la prisión. Lo relevante en todo caso es ponderar todas las circunstancias para asegurar que esa respuesta no es desproporcionada. Pero, en este punto la regulación del Proyecto sí presenta algunas deficiencias.

El artículo 88, apartado 4, párrafo primero, determina que *“no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada”.*

A continuación, en el párrafo segundo, se recoge la normativa específica apuntada para los ciudadanos comunitarios, a los que de forma injustificada se deja fuera de la limitación anterior. Para esos condenados se fijan otros parámetros. Serán expulsados cuando 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. Si han residido en España los diez últimos años sólo podrán serlo por determinados delitos. Parece, pues, que en este caso lo determinante de la resolución

no son las circunstancias personales del afectado, que sólo se citan como indicio del riesgo para la seguridad y el orden público, sino la peligrosidad del autor. De esta forma se reproduce la Directiva 2004/38/CEE, donde se permite la expulsión por esos motivos, pero se prescinde de la referencia explícita contenida en esta norma al principio de proporcionalidad y a los datos personales y familiares que se enuncian.

Pero, ex cuso decir que pese a esa omisión, no se podrá acordar la salida obligada del europeo condenado cuando resulte desproporcionada atendiendo a las circunstancias incluidas en el párrafo anterior, puesto que esa decisión vulneraría el CEDH y la doctrina sentada por nuestros Tribunales. Sería conveniente, pues, que esa disposición del párrafo primero del artículo 8.4, se hiciera extensiva a los ciudadanos comunitarios, añadiendo al principio del párrafo segundo la cláusula “además”, u optando por otra redacción que regule la amenaza contra los valores públicos expresados como un requisito añadido al de proporcionalidad anterior.

B) Naturaleza jurídica de la expulsión

En la regulación contenida en el artículo 88.4 para los ciudadanos de la Unión Europea, se prevén presupuestos específicos que a primera vista parecen incidir en la naturaleza jurídica de esta forma sustitutiva. La expulsión se basa en la amenaza que el autor encierra para la seguridad o el orden público y en este sentido podría entenderse que constituye una medida de seguridad, en consonancia con la definición efectuada en el artículo 96.3.3 del Proyecto. Sin embargo, vamos a ver que ese riesgo no se mide en función de la peligrosidad criminal del autor y, por ende, esta institución no deja de ser una manifestación de la potestad del estado de renunciar a la pena, a cambio de garantizar la salida del país del extranjero. Si bien en este caso se acentúa ese cariz soberanista, al alcanzar a los ciudadanos de los países comprendidos en el territorio Schengen.

En efecto, como es sabido, la cuestión relativa a la naturaleza de esta figura no es pacífica en el Derecho vigente, a pesar

de la calificación legal como medida de seguridad recogida en el artículo 96.3.2ª CP⁸⁹. Pero, en mi modesta opinión, esta cualidad no es conjugable con la disposición de la expulsión como regla general, hoy establecida para las penas inferiores a seis años y en el Proyecto para las superiores a uno y hasta cinco años. De manera que no se atiende a la peligrosidad criminal del sujeto, como resulta preceptivo a tenor del artículo 6 CP, tanto en la redacción actual como en la propuesta⁹⁰.

Pese a ello, la jurisprudencia a menudo la considera una medida de seguridad, atendiendo a su inclusión en el catálogo de estas consecuencias⁹¹. Sin embargo, la doctrina no siempre

89 Este precepto se complementa con lo dispuesto en el artículo 108 CP, respecto a la sustitución de las medidas de seguridad impuestas al extranjero no residente legalmente en España, por la expulsión del territorio nacional.

90 Incluso en el Proyecto se da una vinculación mayor a la peligrosidad, al suprimirse los límites relativos a la gravedad y duración de la pena, que dejan de aplicarse a las medidas de seguridad, de acuerdo con el nuevo el artículo 6.2, donde se establece únicamente que “las medidas de seguridad no podrán exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”. Por su parte, el artículo 95.2 dispone que “la medida de seguridad que se imponga deberá ser proporcionada a la gravedad del delito cometido y de aquéllos que se prevea que pudiera llegar a cometer, así como a la peligrosidad del sujeto”.

91 SSTS 901/2004, de 8 de julio (F.J.2), y 165/2009, de 19 de febrero (F.J.3). En iguales términos, la SAP de Barcelona, 1081/2004, de 15 de noviembre (F.J.2), y la SAP de Córdoba 122/2006, de 22 de mayo (F.J.3). No obstante, la SAP de Barcelona, 337/2005, de 12 de abril, planteaba su posible naturaleza, como forma de ejecución de la pena y como una medida de seguridad: “Tal medida, por el contrario, está recogida en el Capítulo III que se titula «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional», lo que motiva que su naturaleza jurídica no sea la de una pena sino la de una forma de ejecución de la pena privativa de libertad. Por otra parte, la LO 15/2003 de 25 de noviembre..., introduce la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España como medida de seguridad, en el artículo 96 CP. Se le atribuya, pues, a la expulsión una u otra naturaleza jurídica, lo que es evidente es que no es una pena” (F.J.1). La STS 1231/2006, de 23 de noviembre, la calificaba como “una decisión de política administrativa de emigración” (F.J.2) y señalaba que “incuestionablemente la expulsión no se considera por el legislador ni como una pena ni como una medida de seguridad, lo que la

comparte esta calificación⁹². Como premisa se suele negar que la expulsión sea una pena, en tanto no se cita en la clasificación del artículo 33 CP⁹³, ni lleva aneja esa nota de castigo, habida cuenta que en ocasiones resulta beneficiosa para el condenado⁹⁴. Además, se apunta que su adopción por el Juez penal no añade ningún efecto negativo respecto a la sanción administrativa y que carece de eficacia resocializadora⁹⁵. Partiendo de

convierte en un cuerpo extraño en el esquema legalmente establecido para sancionar conductas delictivas) (F.J.5).

- 92 La consideran una medida, CERES MONTES, J.F.: “Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 3, 2005, p. 292; COMAS D’ARGEMIR, M./SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C./NAVARRO, E.: “Sustitución de la pena por expulsión: principio de proporcionalidad, audiencia del acusado y del penado, distintas fases procesales (art. 89 CP)”, en *Jornadas de la Comisión Penal de Jueces para la Democracia*, 2012, (www.juecesparalademocracia.es); MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E.: *Las medidas alternativas a la prisión, suspensión, sustitución y expulsión*, cit., p. 152; y, MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Comares, Granada, 2008, p. 91.
- 93 Critica esta omisión, TERRADILLOS BASOCO, J.M., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.): *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 130. Se postula también su inclusión en el catálogo de penas como sanción privativa de derechos en, GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, Grupo de Estudios de Política Criminal, 2005, p. 45.
- 94 No obstante, estima que es una pena en sentido material, BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: *Sistema penal y control de los migrantes*, cit., pp. 169 y ss.
- 95 ASÚA BATARRITA, A.: “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, en LAURENZO COPELLO, P. (Coord.): *Inmigración y Derecho Penal: bases para un debate*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 61 y ss; BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: *Sistema penal y control de los migrantes*, cit., pp. 217 y ss; CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal. Parte general*, cit., p. 736; DÍAZ Y GACÍA CONLLEDO, M. (Dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en el Derecho penal*, cit., pp. 628 y 629; MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E.: *Las medidas alternativas a la prisión, suspensión, sustitución y expulsión*, cit., p. 152; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal*, 2ª edición,

estos argumentos, se ha concebido como una renuncia a la pena condicionada a la efectividad de la expulsión⁹⁶, atribuyéndole un amplio sector una connotación negativa de exclusión social de los extranjeros e incluso carácter incoicizador⁹⁷. En esta línea,

- Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 401; SOUTO GARCÍA, E.M.: “Algunas notas sobre la función del Derecho penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión”, en FARALDO CABANA, P./PUENTE ABA, L.M. (Coord.): *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 289 y ss; y, TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al Código penal español*, 6ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 613.
- 96 TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al Código penal español*, cit., pp. 613 y 614. También, PRAT WESTERLINDH, C.: *Alternativas a la prisión*, cit., pp. 93 y 94; RODRÍGUEZ MESA, M.J.: “La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica”, en RODRÍGUEZ MESA, M.J./RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. (Coord.): *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, cit., pp. 274 y 275; y, TOMÉ GARCÍA, J.A.: “Sustitución de las penas privativas de libertad impuestas al extranjero por su expulsión (art. 89 CP)”, en GASCÓN INCHAUSTI, F. (Coord.): *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código penal*, cit., p. 117. Habla de extinción de la responsabilidad antes de tiempo, DÍAZ Y GACÍA CONLLEDO, M. (Dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en el Derecho penal*, cit., p. 629.
- 97 ARIAS SENSO, M.: “Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS de 8 de julio de 2004”, en *Diario La Ley*, año XXVI, nº 6160, 2005, p. 8; y, “Expulsión de los extranjeros imputados y condenados: aproximación crítica a una legislación de emergencia”, en *Inmigración y Derecho*, Oviedo, 2004, p. 8, (www.juecesparalademocracia.es); ASÚA BATARRITA, A.: “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, en LAURENZO COPELLO, P. (Coord.): *Inmigración y Derecho Penal: bases para un debate*, cit., pp. 54 y ss; BAUCELLS I LLADÓS, J.: “El Derecho penal ante el fenómeno migratorio”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 13, 2005, pp. 60 y 61; CANCIO MELIÁ, M.: “La expulsión de los ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art.89)”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, p. 214; DURÁN SECO, I.: “El extranjero delincuente «sin papeles» y la expulsión (a propósito de la STS 8-7-2004)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 15, UNED, Madrid, 2005, pp. 307 y ss; LAURENZO COPELLO, P.:

se ha definido como una medida dirigida a la consecución de los logros de la política de extranjería⁹⁸.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha distinguido los supuestos de expulsión a instancia de parte, que implican la concesión de un beneficio, de los de adopción de oficio. En este

“Últimas reformas en el Derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión”, en *Jueces para la Democracia*, nº 50, 2004, p. 30; y, “El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos”, en *Nuevo Foro Penal*, nº 71, 2007, p. 70; MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 149; MAQUEDA ABREU, M.L.: “¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?”, en *Libro Homenaje a Luis Portero García*, Universidad de Granada, 2001, p. 513; MARTÍNEZ DE ESCAMILLA, M.: “Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, en *InDret*, nº 3, 2009, p. 20, (www.indret.com); MUÑOZ LORENTE, J.: “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, cit., pp. 406 y 407; RIVERA BEIRAS, I.: “Forma-estado, mercado de trabajo y sistema penal («nuevas» racionalidades punitivas y posibles escenarios penales)”, en RIVERA BEIRAS, I. (Coord.): *Mitología y discursos sobre el castigo: historias del presente y posibles escenarios*, Anthropos, Barcelona, 2004, p. 321; RODRÍGUEZ MESA, M.J.: “La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica”, en RODRÍGUEZ MESA, M.J./RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. (Coord.): *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, cit., pp. 280 y ss; SANZ MORÁN, A.: “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, *Revista de Derecho Penal*, nº 11, 2004, pp. 11 y ss; y, TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Sistema penal e inmigración”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Coord.): *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1463 y ss. Consideran que es una medida discriminatoria, a veces para los españoles y extranjeros con residencia legal, y otras respecto a los extranjeros no residentes legalmente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.D./DURÁN SECO, I./OLAIZOLA NOGALES, I./JERICÓ OJER, L.: “Extranjería y Derecho penal: las últimas reformas”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, cit., pp. 79 y 80.

- 98 ASÚA BATARRITA, A.: “Política criminal y política de extranjería. La expulsión como sustitutivo de la respuesta penal ordinaria”, en *Actualidad Penal*, nº 42, 2001, p. 1015; CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S., en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (Dir.): *Comentarios al Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 228; CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal. Parte general*, cit., pp. 736 y 737; NAVARRO CARDOSO, F.: “Expulsión «penal» de

supuesto niega que sea una pena, entre otras razones, porque no se menciona en el artículo 33 CP. Por eso, a diferencia de otros substitutivos de las penas cortas privativas de libertad, no busca surtir efectos positivos en orden a la reeducación y reinserción social del extranjero en España⁹⁹. En consecuencia, afirma que es “una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el estado persigue con ello”¹⁰⁰.

extranjeros: una simbiosis de Derecho penal «simbólico» y Derecho penal del «enemigo», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 171; ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 474; y, RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: La expulsión del extranjero en el nuevo Código penal, en *Jueces para la Democracia*, nº 33, 1998, p. 60. Ampliamente, sobre la naturaleza jurídica de la expulsión, BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: *Sistema penal y control de los migrantes*, cit., pp. 164 y ss; DÍAZ Y GACÍA CONLLEDO, M. (Dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en el Derecho penal*, cit., pp. 619 y ss; y, FLORES MENDOZA, F.: “La expulsión del extranjero en el Código penal español”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, nº 18, 2001, pp. 316 y ss.

99 ATC 106/1997, de 17 de abril (F.J. 2 y 5).

100 “Ante todo debe distinguirse dentro de esta figura de expulsión, dado que la relevancia constitucional de los problemas que puedan plantearse es bien distinta en uno y otro caso, entre, por una parte, la expulsión a instancia del interesado, en la que éste manifiesta su deseo y voluntad de que se le sustituya la pena por esa otra medida; y, por otra, la expulsión de oficio, decretada contra la voluntad del afectado. Respecto a este último supuesto, la STC 242/1994, ha declarado que «no se concibe como modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida que frente a una conducta incorrecta del extranjero en el estado en que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a una política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar», precisando más adelante que «no se trata de una pena, pero indiscutiblemente puede llegar a ser, de no aceptarse por el afectado, una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros que se encuentran residiendo legítimamente en España, en este caso, del derecho de permanecer en nuestro país, cuya relevancia constitucional se ha afirmado en la jurisprudencia de este Tribunal. Ahora bien, cuando la expulsión le solicita el afectado, lo que se está planteando es la concesión de un beneficio consistente en evitar la privación de libertad personal, al adquirir esta consecuencia una evidente prevalencia sobre la limitación consistente en la privación de la libertad de residencia por el territorio nacional”. ATC

Pues bien, a la vista de la nueva redacción del Proyecto, la expulsión de los extranjeros presenta una fisonomía distinta según sean o no ciudadanos de la Unión Europea. En este último caso se introduce un régimen peculiar que se aparta de las directrices sentadas para los nacionales de otros países. De acuerdo con el artículo 88, apartado 4, párrafo segundo, procederá la expulsión cuando el condenado represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales. Luego, parece revestir los contornos de una medida de seguridad, en tanto se vincula al comportamiento futuro que se espera del sujeto. Ahora bien, como decía, este pronóstico no se refiere estrictamente a la peligrosidad criminal, puesto que la perturbación de la seguridad o el orden público puede materializarse en una infracción administrativa, y siempre que así se prevea legalmente. Conviene matizar que este rasgo no determina la ilegitimidad de este supuesto de expulsión, habida cuenta que no es una manifestación del *ius puniendi*, como ha señalado el Tribunal Constitucional, sino una respuesta adoptada en el marco de la política de extranjería, que incumbe a la soberanía de cada estado.

Cuando el europeo condenado hubiera residido en España en los diez años anteriores, se entiende que tomando como punto de arranque el momento de la resolución, las exigencias para la expulsión se restringen todavía más, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 28 de la Directiva 2004/38/CEE. Como hemos visto, en este precepto se prevé la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea o un miembro de su familia, por “motivos graves” de orden público o seguridad pública, pero cuando haya residido en el estado miembro de acogida durante los diez años anteriores, hacen falta “motivos imperiosos” de seguridad pública. Por otra parte, el artículo 15 del RD 240/2007, de 16 de

33/1997, de 10 de febrero (F.J.2). En igual dirección, las SSTC 242/1994, de 20 de julio (F.J.4), 203/1997, de 25 de noviembre (F.J.3) y 24/2000, de 31 de enero (F.J.3).

febrero, reproduce estas normas para los nacionales de estados del EEE.

Siguiendo estas pautas, el artículo 88, apartado 4, sólo permite la expulsión por los delitos enumerados, cuando tengan prevista una pena de prisión superior a cinco años y además, exista un riesgo grave de reiteración delictiva, salvo en los de terrorismo y los cometidos en el seno de una organización criminal en los que no se precisan estas condiciones.

Partiendo de esta regulación, cabe concluir que la expulsión de los ciudadanos europeos no es una pena, pero en puridad tampoco constituye una medida de seguridad, en tanto se prescinde de la peligrosidad del sujeto como criterio para acordarla. Ahora bien, no se puede considerar una medida administrativa, o de refuerzo de la legislación de extranjería, desde el momento en que se aplica a quienes tienen residencia legal en España y en este caso la LO 4/2000, de 11 de enero, autoriza la expulsión pero no la prevé como sanción. El margen en cuanto a la concreción de su naturaleza jurídica se reduce notablemente, y, al igual que en los demás supuestos, constituye una potestad del estado que le permite desistir de ejecutar la pena optando por la expulsión, después de sopesar las circunstancias personales y los fines preventivos, según apuntó el Tribunal Constitucional antes de que el legislador la clasificara como medida de seguridad. No obstante, se establecen condiciones más estrictas que para los extranjeros de otros países, en cumplimiento de las obligaciones internacionales.

En suma, esta ampliación de la expulsión a los residentes legales y a los ciudadanos comunitarios desnaturaliza esta figura, hasta ahora anclada en la irregularidad de la situación administrativa, por lo que se concebía como una vía reforzada del cumplimiento de la legislación de extranjería. En el Proyecto esa orientación da un giro y el presupuesto central para sustituir la pena no es la violación de los requisitos legales para permanecer en España, sino la condición de no nacional del condenado. De esta forma, se realza su carácter soberanista y se revela clara-

mente como ejercicio del poder estatal de excluir a quien no es nacional en caso de delinquir.

C) Valoración

Como se deduce de las consideraciones anteriores, en la normativa propuesta se acentúa el perfil segregacionista que hasta ahora se achacaba a la expulsión prevista en el artículo 89 CP, principalmente en la versión anterior a la reforma de la LO 5/2010, debido a su automatismo y a la regulación de la ejecución de la pena en España sólo con carácter excepcional, en atención a criterios preventivos y habitualmente en perjuicio del inmigrante. Como novedad, en el Proyecto se prescribe la observancia de las circunstancias individuales y la necesaria proporcionalidad de la medida, pero a cambio se extiende a todos los extranjeros, con independencia de que su situación administrativa esté o no regularizada. Esta última nota atribuye a esta respuesta una configuración esencialmente distinta a la que le imprimió el legislador de 1995, al limitarla a los residentes ilegales. De esta forma, estableció un puente entre la ley de extranjería y la expulsión penal que ha llevado a concebirla como una especie de blindaje de esa norma. En cambio, por primera vez, en el artículo 88 esta alternativa adquiere autonomía de la sanción administrativa, que se reserva para los inmigrantes irregulares y responde a razones diametralmente diferentes. El fundamento de la expulsión del extranjero que delinque, frente a la ejecución de la pena, su suspensión o sustitución, es definitivamente la carencia de nacionalidad española del condenado y no su condición de irregular.

Esa opción político criminal pone al descubierto la idea de hostilidad hacia los extranjeros que subyace en esta institución, de suerte que la comisión de un delito viene a refrendar la desconfianza de los ciudadanos, y hace conveniente la expulsión, de cara a esa opinión pública, a menos que atendiendo a la gravedad del delito haya motivos de prevención general o especial que aconsejen el cumplimiento de la pena en España. En realidad, este enfoque es reflejo del fenómeno de repulsa

hacia los inmigrantes, que como antes decía se ha extendido por Europa a raíz sobre todo de la crisis económica, provocando una visión distorsionada de esas personas, a las que los nacionales no solo ven como una amenaza para sus puestos de trabajo, sino también como delincuentes¹⁰¹.

Ahora bien, esto no supone que esta nueva regulación sea ilegítima ni mucho menos inconstitucional. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha recordado la necesaria sujeción en esta materia a los requisitos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en concreto, la predeterminación en una norma de las condiciones en que procede la expulsión y la apertura a las vías de defensa del extranjero afectado¹⁰². Y estos presupuestos se cumplen merced a las previsiones de la LO 4/2000, de 11 de enero y del artículo 88 CP, complementado con la Disposición adicional cuarta del Proyecto, donde se dispone que las resoluciones judiciales relativas a la sustitución de la pena, salvo que hubiera sido acordada en sentencia, se adoptarán previa audiencia del sujeto afectado y del Ministerio Fiscal.

101 Del mismo modo que la conversión de los países occidentales en receptores masivos de migrantes, y la consiguiente conformación de sociedades crecientemente complejas, constituye uno de los fenómenos más trascendentales del tiempo histórico presente, esta situación ha influido de forma muy notable sobre la política criminal. El nuevo destinatario por antonomasia del sistema penal, el sujeto paradigmático de su actual clientela, es el migrante, relativizando el protagonismo de los drogodependientes. BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: “La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal”, en BRANDARIZ GARCÍA, J.A./PALIDDA, S. (Dir.): *Criminalización racista de los migrantes en Europa*, Comares, Madrid, 2010, pp. 271 y ss. Esta construcción, consistente en la identificación de la extranjería como una variable relacionada directamente con la delincuencia se fundamenta en la sobrerrepresentación de los extranjeros en las estadísticas policiales, judiciales y penitenciarias en comparación con el número de extranjeros presentes en el territorio nacional. RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-07, 2012, p. 5, (<http://criminnet.ugr.es/recpc>).

102 STC 242/1994, de 20 de julio (F.J.5).

De otra parte, se ha pronunciado también respecto a la posible discriminación que la expulsión del extranjero podría comportar en relación con los condenados españoles que han cometido iguales delitos. En este punto indica que ese trato punitivo desigual sólo se daría si se aplicara la medida de forma indiscriminada, por el simple hecho de tener el condenado la condición de extranjero, de modo que, a *sensu contrario*, cabe negar esa descalificación cuando se sopesen debidamente las circunstancias concurrentes, como dispone expresamente el artículo 88¹⁰³.

Además, ha señalado que los extranjeros sólo gozan del derecho a residir en España en virtud de autorización concedida por autoridad competente, de conformidad con los tratados internacionales y la ley. Por tanto, es lícito que la Ley de Extranjería subordine el derecho de los inmigrantes a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como son, entre otras, la de no estar implicados en actividades contrarias al orden público, o la de no cometer delitos de cierta gravedad. Conclusión que se ve corroborada por la doctrina del TEDH¹⁰⁴.

Partiendo de estas resoluciones, hay que concluir que la ampliación a los residentes legales y a los ciudadanos de la

103 “Ni siquiera la alusión a la «discriminación» que la expulsión del recurrente supondría respecto de otros presos condenados por delitos de la misma índole que, por su condición de españoles, no pueden ser expulsados del territorio nacional, merece la lectura que le ha dado el solicitante de amparo. Ciertamente que, desvinculada de su contexto, tal afirmación vendría a vaciar de contenido al artículo 89.1 del nuevo Código penal, toda vez que dicho precepto permite establecer un trato punitivo desigual -de carácter favorable- para los extranjeros no residentes legalmente en España, en comparación con los españoles que cometieren esos mismos delitos. Mas, leída en relación con el resto del razonamiento, lo que viene a indicar es que tal situación no estaría legalmente justificada de procederse a una aplicación «indiscriminada» de la medida de expulsión, por el simple hecho de tener el condenado la condición de extranjero no residente legalmente en España, lo que no cabe predicar del auto recurrido”. ATC 106/1997, de 17 de abril (F.J.5).

104 STC 24/2000, de 31 de enero (F.J.5).

Unión Europea operada en el texto de reforma no convierte la medida en discriminatoria.

No obstante, como decía esta regulación novedosa es sin duda uno de los signos más candentes de la línea legislativa defensiva frente a los inmigrantes, dominante en los ordenamientos anglosajones y europeos a raíz de los fatídicos atentados *yihadistas*, del 11 de septiembre de 2001 en EEUU, y de 11 de marzo de 2004 en España, y que como era de esperar ha cristalizado principalmente en el Derecho de extranjería, entendido en sentido amplio¹⁰⁵. Sin embargo, con la incorporación de los ciudadanos europeos y de los residentes legales se da un paso más introduciendo un nacionalismo exacerbado que lleva a relegar las demás situaciones legales.

4.2. Penas sustituibles

En el vigente artículo 89 CP se dispone la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años, impuestas a un extranjero no residente legalmente en España, salvo que el Juez o Tribunal aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. Asimismo, en caso de cumplir la pena en nuestro país, deberán acordarla

105 Esta situación ha llevado a los inmigrantes a ser considerados como “enemigos internos”, lo que ha determinado que, como en el Derecho británico, en nuestro país esta política ha generado un vertiginoso incremento de la población carcelaria. Al respecto, BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control en las sociedades contemporáneas”, en FARALDO CABANA, P./PUENTE ABA, L.M./BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (Coord.): *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 15 y ss. Silva Sánchez concibe la concentración de esfuerzos en la persecución de la criminalidad de los inmigrantes como un reflejo de la expansión penal de la nueva sociedad del riesgo. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión de Derecho penal*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 28 y ss. Véase, también, MIRÓ LLINARES, F.: “Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. Protección o exclusión social del inmigrante”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-05, 2008, p. 5, (<http://criminet.ugr.es/recpe>).

siempre que el penado acceda al tercer grado penitenciario o cumpla las tres cuartas partes de la condena.

En el artículo 88 CP previsto en el Proyecto, cambian tanto las penas sustituibles, como los términos temporales y se contempla la posibilidad de acordar la ejecución parcial de la condena, sustituyendo el resto por la expulsión.

Artículo 88:

“1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el Juez o Tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena 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.

2. 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”.

La primera novedad es la limitación de la sustitución a la pena de prisión. Como es sabido, la referencia a las penas privativas de libertad recogida hasta ahora ha dado pie a una polémica en torno a si esa cláusula debía interpretarse en sentido estricto, comprendiendo todas las enumeradas en el artículo 35 CP¹⁰⁶, o si la sustitución había de reducirse a la prisión.

106 Mantienen esta postura, ARIAS SENSO, M.: “Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS de 8

En favor de esta lectura restrictiva jugaba la previsión contenida en el artículo 89.1 CP, donde se faculta al juzgador a no decretar la expulsión cuando aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena “*en un centro penitenciario en España*”¹⁰⁷. No obstante, este argumento se había visto empañado tras la reforma introducida en el artículo 89.5 CP por la LO 5/2010, de 22 de junio, estableciendo la expulsión una vez alcanzado el tercer grado o extinguido las tres cuartas partes de la condena, del extranjero que cumpla “*cualquier pena privativa de libertad*”. Esta disposición sustituía al anterior párrafo segundo del artículo 89.1, donde se aludía para esos mismos casos al condenado a “*pena de prisión igual o superior a seis años*”. No obstante, el cambio de redacción se justificaba por la modificación operada por dicha ley, en cuanto a las penas que deben ser sustituidas al llegar a esos momentos de cumplimiento, pasando de determinarse la expulsión tan solo en las de prisión de seis años o más, a ser obligada siempre que el penado accede al tercer grado o extingue las tres cuartas partes de la condena, cualquiera que sea la duración de la pena de prisión impuesta¹⁰⁸.

Por otra parte, la sustitución de la localización permanente por la expulsión se consideró desproporcionada, sobre todo antes de la citada ley de reforma, pues hasta entonces sólo era aplicable a faltas. Además, la dicción del artículo 89 CP respaldaba su exclusión, al mencionar únicamente los delitos. Sin embargo, la nueva clasificación de esa pena como menos grave,

de julio de 2004”, en *Diario La Ley*, cit., p. 10; PRAT WESTERLINDH, C.: *Alternativas a la prisión*, cit., pp. 99 y 100; y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal*, cit., p. 401. Critica la imprecisión del artículo 89 CP, en tanto da cabida a todas las penas privativas de libertad, pese a estar pensado sólo para la prisión, MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, cit., p. 92.

107 GRACIA MARTÍN, L./ALASTUEY DOBÓN, C., en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.): *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 344.

108 CUGAT MAURI, M., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 103.

aplicable a los delitos de esta clase¹⁰⁹ desvirtúa en parte esos argumentos¹¹⁰. A ello se suma la novedosa previsión del artículo 37.1 CP que permite ejecutarla excepcionalmente en un centro penitenciario. Pese a estas variaciones, se puede seguir manteniendo ese exceso en atención al contenido mismo de esta sanción y la menor incidencia en la libertad que comporta respecto a la prisión¹¹¹.

En lo que hace a la responsabilidad personal subsidiaria, algunos autores admiten la sustitución cuando se decreta su cumplimiento mediante una pena de prisión¹¹².

Por su parte, la Circular de la Fiscalía General del Estado, 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, ordena a los Fiscales pedir la sustitución de todas las penas privativas de libertad, incluso si se hubieren impuesto por falta, cuando así lo aconsejen las circunstancias concurrentes. En concreto, deberán solicitarla si la localización permanente acordada por una falta o la pena

109 Artículo 33.3.1 CP.

110 CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S., en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (Dir.): *Comentarios al Código penal*, cit., p. 229; y, CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal. Parte general*, cit., p. 741.

111 De esta opinión, ASÚA BATARRITA, A.: “Política criminal y política de extranjería. La expulsión como sustitutivo de la respuesta penal ordinaria”, en *Actualidad Penal*, cit., pp. 1025 y ss; BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: *Sistema penal y control de los migrantes*, cit., p. 180; y, CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal. Parte general*, cit., p. 741.

112 GRACIA MARTÍN, L./ALASTUEY DOBÓN, C., en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.): *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 344; y, MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E.: *Las medidas alternativas a la prisión, suspensión, sustitución y expulsión*, cit., pp. 164 y 165. En contra, BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: *Sistema penal y control de los migrantes*, cit., pp. 180 y 181; DÍAZ Y GACÍA CONLLEDO, M. (Dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en el Derecho penal*, cit., pp. 638 y ss; y, GASCÓN INCHAUSTI, F. (Coord.): *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código penal*, cit., p. 127.

aplicada por impago de multa, revelan una forma de vida contraria al orden público español (así, si hay una pluralidad de condenas anteriores por delito o falta), constituye un fraude al régimen de estancia o residencia previstos en la LO 4/2000, de 11 de enero, u obstaculiza la expulsión acordada en otro proceso penal.

Sin embargo, esta lectura se aparta de esa Ley, que como hemos visto, en el artículo 57.2 prevé como causa de expulsión la condena del extranjero por un delito doloso sancionado con pena privativa de libertad superior a un año. En cambio, la duración de la localización permanente como pena menos grave, imponible por delitos, oscila entre tres meses y un día y seis meses (art.33.3.1 CP). En la medida, pues, en que no alcanza aquel tiempo, cabe entender que a tenor de esa norma no habilita al estado para acordar la salida del territorio nacional.

En realidad, el verdadero óbice para concretar las penas privativas de libertad sujetas a sustitución es el carácter híbrido de esta respuesta¹¹³, pues como ha destacado el Tribunal Constitucional en ocasiones beneficia al condenado mientras en otras restringe su esfera de derechos, de forma que no es posible precisar cuál es la solución más favorable al condenado. Pese a ello, partiendo de su regulación como solución preferente frente a la ejecución, unida a ese posible efecto negativo para el afectado, entiendo que debe limitarse en lo posible su margen de actuación, aplicándola tan solo a las penas de prisión. En este sentido, es positiva la reforma arbitrada en el artículo 88 CP, al reducir la expulsión a la prisión, sustituyendo la mención anterior a las penas privativas de libertad.

Por otra parte, se clarifica una cuestión equívoca en la regulación actual, referida a aquellos supuestos en que se imponen varias penas privativas de libertad, cada una inferior a seis años, pero que sumadas exceden este tiempo. La dicción plural

113 Al respecto, MARTÍNEZ DE ESCAMILLA, M.: “Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, en *InDret*, cit., p. 20.

del artículo 89 CP (“las penas privativas de libertad inferiores a seis años”) ha llevado, en buena lógica, a permitir la sustitución siempre que las penas individualmente consideradas no superen ese término¹¹⁴. En cambio, en el apartado 1 del artículo 88 CP, se regula la sustitución de “*las penas de prisión de más de un año*” y se prevé que el Juez o Tribunal podrá acordar la ejecución de “*una parte de la pena*”. Como se indica en la Exposición de Motivos del Proyecto, ese plazo se ha adecuado a la legislación de extranjería, en clara alusión al artículo 57.2 de la LO 4/2000, de 11 de enero, que autoriza la expulsión del extranjero condenado por un “delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año”. Por lo tanto, el apartado 1 se aplica cuando una sola pena supere un año de prisión. En cambio, el apartado 2 dispone que “*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*”. Luego, en este supuesto se suman las penas concretas, determinando la ejecución total o parcial en atención a la gravedad de la condena global.

4.3. Criterios para acordar el cumplimiento en España

En el artículo 89 CP se permite al Juez o Tribunal decretar la ejecución de la pena, de forma motivada, cuando “aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España”. La reforma realizada por la LO 5/2010, de 22 de junio, sustituyendo la

114 Véase, CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal. Parte general*, cit., p. 742; PALOMO DEL ARCO, A.: “La expulsión del extranjero en el proceso penal”, en *Manuales de Formación Continuada*, Consejo General del Poder Judicial, nº 5, 1999, p. 178; PRAT WESTERLINDH, C.: *Alternativas a la prisión*, cit., p. 100; RODRÍGUEZ CANDELA, “La expulsión del extranjero en el nuevo Código penal”, en *Jueces para la Democracia*, cit., pp. 59 y 60; y, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal*, cit., p. 402. También la Circular de la Fiscalía General del Estado, 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.

referencia exclusiva a la naturaleza del delito por esta cláusula, ha permitido dar cabida a otros motivos ajenos al ilícito realizado para rechazar la expulsión. De esta forma, el legislador acogió implícitamente la postura del TEDH, que como hemos visto obliga a considerar una serie de elementos para juzgar la proporcionalidad de esa respuesta.

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha determinado también la obligación de los órganos judiciales de ponderar “las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar)”¹¹⁵. Y en la misma dirección se ha pronunciado el Tribunal Supremo, señalando la necesidad de atender a las circunstancias concretas del penado, arraigo y situación familiar¹¹⁶.

En la redacción del Proyecto se hace mención expresa a esas circunstancias, pero se añaden, además, otros elementos singulares para valorar la procedencia de ejecutar la condena.

115 “Ahora bien, precisamente porque la medida de que se trata afecta a la efectividad de un derecho constitucionalmente tutelado en los términos antes expuestos, no puede abandonarse su aplicación a una decisión discrecional de los órganos jurisdiccionales. Es preciso, además de comprobar el cumplimiento de los presupuestos que autorizan su aplicación -la condena en sentencia firme por delito castigado con pena igual o inferior a la de prisión menor- que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar, artículo 39.1 CE), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la ley, y el interés del estado en aplicar la medida de expulsión”. STC 242/1994, de 20 de julio (F.J.6).

116 “Para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar”. STS 901/2004, de 8 de julio (F.J.2). Véase, también el ATS 1843/2006, de 12 de septiembre (F.J.4), y las SSTS 1231/2006, de 23 de noviembre (F.J.2), 125/2008, de 20 de febrero (F.J.4), 165/2009, de 19 de febrero (F.J.2), 617/2010, de 22 de junio (F.J.10), 588/2012, de 29 de junio (F.J. Único), y 132/2014, de 20 de febrero (F.J.4).

Como se desprende del artículo 88, el criterio que determina el cumplimiento total o parcial de la pena en España es que “*resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito*”. No obstante, se precisa que “*no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada*”. Por lo tanto, se recoge la obligación legal de atender a estas peculiaridades.

En cuanto a las circunstancias personales, como hemos visto, el TEDH y en ocasiones también nuestros Tribunales, han precisado de un modo más detallado los factores a considerar, apuntando el riesgo de sufrir torturas, tratos crueles o degradantes en el lugar de destino, o el peligro para la vida e integridad física de la persona afectada¹¹⁷. Asimismo, el artículo 28.1 de la Directiva 2004/38/CEE, establece la necesidad de observar, en particular, la duración de la residencia del interesado, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen. Pero esta técnica, explicable en esas resoluciones y orientaciones genéricas, por la conveniencia de poner de relieve aspectos que no deben soslayarse al decidir la expulsión, sin embargo, entraña el riesgo de omitir otros datos relevantes si se traslada a la legislación. Por eso, es preferible exigir la atención a todas las circunstancias personales del autor.

Por otra parte, en las circunstancias del hecho tiene encaje la naturaleza del delito, como motivo principal que hoy lleva a ordenar la ejecución de la pena en nuestro país, en aras a la prevención general y especial¹¹⁸.

117 STSS 901/2004, de 8 de julio (F.J.6º), y 125/2008, de 20 de febrero (F.J.4).

118 “Es conocido que respecto al tráfico de drogas la única respuesta penal no puede ser «la devolución a su país de origen con el billete pagado», pues esa impunidad «impulsaría la proliferación de tan dañinas actividades por ciudadanos extranjeros ante la garantía de que, de ser descubiertos, serían

En cambio, es novedosa la atención al orden jurídico y a la confianza de los ciudadanos en la norma infringida, como fundamento independiente para decidir la ejecución de la condena en España. En realidad, este elemento de juicio adicional está en consonancia con la filosofía que inspira la reforma, con la que el Gobierno pretende mejorar la actitud de los ciudadanos respecto a la Administración de Justicia, garantizando resoluciones judiciales previsibles y que la sociedad perciba como justas, según indica en la Exposición de motivos¹¹⁹. La opinión pública y la respuesta a la demanda popular de contundencia frente a los delincuentes extranjeros se erige así en criterio central de la decisión del Juez, quien a continuación deberá analizar las circunstancias del hecho, para apreciar las necesidades preventivas, y las personales del autor.

De todos modos, tampoco este nuevo enfoque deslegitima la medida, desde el prisma constitucional, habida cuenta que la expulsión no es una pena y que, según ha argumentado el Tribunal Constitucional, “en la ponderación de las necesidades preventivo-generales..., es perfectamente encuadrable el criterio de «alarma social»”¹²⁰.

La virtualidad de esos parámetros varía en función de la duración de la condena.

repatriados a su país tras escaso tiempo de prisión..., además..., quedaría seriamente lesionado tanto el efecto resocializador de la pena como la prevención general que se encuentra ínsita en ésta, finalidad que quedaría gravemente afectada dado, tanto el notable número de extranjeros que residen irregularmente en nuestro país, como la incesante corriente de correos de la droga que -como en el caso enjuiciado- constituyen el vehículo (humano) por el que entran en España cantidades nada despreciables de drogas peligrosas que se consumen luego en el país”. STS 1249/2004, de 28 de octubre (F.J.1).

119 En este sentido, destaca Cervelló Donderis la imagen simbólica que puede ejercer en el conjunto de la ciudadanía la expulsión de los inmigrantes irregulares con carácter preceptivo. CERVELLÓ DONDERIS, V.: “Situación jurídica de los extranjeros en prisión”, en *Revista Galega de Seguridade Pública*, nº 8, 2006, p. 301.

120 ATC 106/1997, de 17 de abril (F.J.5).

Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español y sólo excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida, el Juez o Tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena, de hasta dos tercios y la sustitución del resto por la expulsión. Luego, únicamente con carácter extraordinario se podrá decretar el cumplimiento parcial de la condena por esas causas. No obstante, será posible disponer la ejecución total en España atendiendo a las circunstancias del hecho y personales enumeradas en el apartado 4 del artículo 88.

Cuando la pena o la suma de las impuestas, supere los cinco años de prisión, el Juez o Tribunal “acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario” por aquellos motivos. En estos supuestos la ausencia de dicha necesidad abre la puerta a una solución intermedia, permitiendo al juzgador ordenar la ejecución parcial y la expulsión posterior. Actualmente, si el órgano judicial aprecia razones que justifican el cumplimiento en un centro penitenciario en España, el reo ha de permanecer en nuestro país hasta alcanzar el tercer grado o la libertad condicional. En cambio, de aprobarse el Proyecto se podrá ordenar la ejecución tan solo de un tiempo de la condena total, procediendo a continuación a la expulsión, si la aplicación íntegra no se estima imprescindible atendiendo a la repercusión social del delito.

Así pues, en las penas de prisión superiores a un año y no mayores de cinco, la regla es la expulsión, salvo que de forma excepcional el Juez resuelva la ejecución parcial atendiendo a los citados factores, o bien el cumplimiento completo en nuestro país si la salida obligada resulta desproporcionada. En cambio, en las condenas de más de cinco años, se decretará la ejecución, pero el juzgador podrá decidir el cumplimiento tan solo de un periodo en España y la expulsión a continuación, si lo permite la defensa del orden jurídico y la confianza de los ciudadanos en la norma infringida.

En todo caso, si se cumple la pena en nuestro país, se deberá acordar la expulsión del extranjero cuando alcance el tercer grado u obtenga la libertad condicional. Desafortunadamente, el Gobierno no se ha hecho eco de las críticas formuladas a esta disposición bajo la regulación actual, aunque esa regla sólo será operativa en las penas de prisión superiores a un año¹²¹. No obstante, en virtud del apartado 4, podrá resolverse la permanencia en España cuando aquella decisión resulte desproporcionada.

Por otra parte, esos factores relacionados con el orden jurídico y la visión ciudadana de las normas, se tienen también en cuenta en caso de vulneración de la prohibición de entrada.

El apartado 7 del artículo 88 dice que “*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*

121 Véase, BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: “Resocialización e inclusión en el tratamiento punitivo de los migrantes”, en BERNUZ BENEITEZ, M.J./SUSÍN BELTRÁN, R. (Coord.): *Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas*, Comares, Madrid, 2010, pp. 103 y ss; GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 124 y 125; GUIASOLA LERMA, C.: “Consideraciones político-criminales para una reformulación de la expulsión penal de condenados extranjeros sin residencia legal”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, cit., p. 213; LAURENZO COPELLO, P.: “Últimas reformas en el Derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión”, en *Jueces para la Democracia*, cit., p. 30; MUÑOZ LORENTE, J.: “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 438; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte general*, 8ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 577; NAVARRO CARDOSO, F.: “Expulsión «penal» de extranjeros: una simbiosis de Derecho penal «simbólico» y Derecho penal del «enemigo””, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, cit., p. 13; y, TERRADILLOS BASOSO, J.M.: “Reflexiones y propuestas sobre inmigración”, en *InDret*,

*al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento*¹²²”.

Luego, esos criterios no sólo se toman en consideración en la decisión relativa a la ejecución, sino que pueden influir en la propia medición de la pena cuando el expulsado quebranta la prohibición de entrada. En este contexto la ausencia de alarma social hace de contrapunto y permite atenuar la condena inicial fijada en función de la lesividad del hecho y de criterios preventivos. Esta solución, sin embargo, supone cierta contradicción con el fin de prevención especial, por cuanto evidentemente, quien viola una resolución judicial no revela una menor necesidad de pena, en comparación con su situación en el momento de la sentencia. Por otra parte, no se dice en qué proporción podrá consistir esa rebaja, supeditándola únicamente a datos relacionados con la entrada ilegal. De manera que unos criterios ambiguos, como la defensa del orden jurídico y el reforzamiento de la confianza en la norma, desplazan a la pena determinada dentro de los estrictos márgenes fijados por la ley. Por lo tanto, se trata

nº 1, 2010, p. 9, (www.indret.com). Antes de la LO 11/2003, este autor proponía aplicar la libertad condicional al extranjero siempre que fuera posible, y sólo cuando a pesar del tiempo transcurrido hubiera que mantener la situación de prisión, cabría optar por la expulsión. Sin embargo, tras esa reforma quedaba cerrada esta interpretación dada la fórmula imperativa utilizada en el artículo 89 CP. TERRADILLOS BASOSO, J.M.: *La Constitución penal. Los derechos de la libertad*, Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla La Mancha, p. 22, (www.cienciaspenales.net); y, “Extranjería, inmigración y sistema penal”, en RODRÍGUEZ MESA, M.J./RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. (Coord.): *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, cit., pp. 62 y 63. El Consejo de Europa ha declarado que la ley debe establecer la libertad condicional como un instrumento al alcance de todos los condenados. Véase, CID MOLINÉ, J.: “La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, p. 76.

- 122 “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”.

de una medida discrecional que a mi juicio no es compatible con el principio de legalidad y con la consiguiente exigencia de seguridad jurídica¹²³, amén de suponer un cauce para posibles arbitrariedades, dando pie a tratamientos diferenciales injustificados, al quedar al albur de cada órgano judicial la cuantificación final de la pena. Se introduce, así, una fórmula que permite premiar al extranjero que desobedece una orden judicial, frente al que por su arraigo o circunstancias personales cumple la totalidad de la condena en España¹²⁴.

En este sentido, no hay que olvidar que la expulsión no es una pena y, por consiguiente, el hecho de haber cumplido durante un tiempo la prohibición de entrada no ha de traducirse necesariamente en una disminución de la condena. Por otra parte, esta reducción no se supedita fundamentalmente al tiempo cumplido sino a la trascendencia de la ejecución de la pena para el orden jurídico y la confianza social en las normas.

Para conocer las circunstancias concurrentes a fin de pesar la proporcionalidad de la expulsión, es indispensable oír al condenado. Sin embargo, como he dicho, en el Proyecto se suprime del artículo 88 CP ese trámite y se recoge en la Disposición adicional cuarta, donde se establece que salvo que la sustitución se acuerde en sentencia, antes de la resolución se deberá dar audiencia al afectado y al Ministerio Fiscal. Se omite la mención a

123 El Tribunal Supremo ha cuestionado en alguna ocasión la legalidad de la medida. Así lo hacía en la STS 1231/2006, de 23 de noviembre: “Es lo más racional que, en principio, las penas deben ser ejecutadas en los términos previstos en el Código penal y establecidos en la sentencia. Los principios generales de ejecutividad de las penas se ponen en cuestión de una forma tan drástica que difícilmente encaja con el principio de legalidad y, sobre todo, el de proporcionalidad de la respuesta a un hecho tan grave que puede ser castigado con hasta seis años de prisión” (F.J.3).

124 Por el contrario, afirmaba Terradillos Basoco que si se ha cumplido una parte de la expulsión y, a pesar de ello, se ha de cumplir en su integridad la pena privativa de libertad que fue originariamente sustituida, se incurre en violación del *principio non bis in idem*. TERRADILLOS BASOSO, J.M.: “Reflexiones y propuestas sobre inmigración”, en *InDret*, nº 1, 2010, p. 12, (www.indret.com).

las partes personadas, excluyendo a la acusación particular y al actor civil. Pero, según ha precisado el Tribunal Constitucional es necesario ofrecer al afectado una oportunidad adecuada de exponer sus razones en favor o en contra de la expulsión, por lo que no es suficiente el derecho a la “última palabra”, sino que hace falta una consulta específica sobre las medidas de expulsión¹²⁵. De manera que, tanto si se resuelve en la sentencia, como en auto posterior, se le habrá de preguntar en concreto acerca de este extremo.

No obstante, la citada Disposición adicional prevé que “el Juez o Tribunal podrá resolver de forma inmediata, cuando existan razones de urgencia que así lo justifiquen. En este caso, el Juez o Tribunal dará posteriormente audiencia al Ministerio Fiscal y al afectado, y resolverá seguidamente ratificando, modificando o dejando sin efecto la resolución adoptada”. Con ello, se acoge lo dispuesto en el Protocolo número 7 al CEDH¹²⁶, donde se permite anticipar la expulsión cuando sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional¹²⁷.

Para concluir, se dispone que no serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis, introduciendo por fin la referencia al primer precepto.

V. Conclusiones

Con el régimen instaurado en el artículo 88 CP, en la versión del Proyecto, el ordenamiento español se suma a la línea

125 STC 242/1994, de 20 de julio (F.J.6). También, la STC 203/1997, de 25 de noviembre (F.J.4 y 5).

126 Convenio nº 117 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984. Ratificado por España el 28 de septiembre de 2009 (BOE 15 de octubre de 2009).

127 Al respecto, GUIASOLA LERMA, C.: “Consideraciones político-criminales para una reformulación de la expulsión penal de condenados extranjeros sin residencia legal”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, cit., p. 210.

predominante en otros países europeos, tanto en lo que hace a los extranjeros sujetos a la potestad de expulsión, como respecto a las penas sustituibles y su extensión.

Así se desprende de las resoluciones apuntadas del TEDH. Como hemos visto, la Corte da el visto bueno a la deportación por parte de los diferentes estados miembros, de extranjeros residentes en ellos, a veces con férreos vínculos, declarándolas acordes al artículo 8 CEDH al considerar claramente prevalente el interés público en afrontar la delincuencia.

La habilitación a los estados miembros para expulsar incluso a los ciudadanos de la Unión Europea se recoge también en la normativa comunitaria, aunque con las naturales limitaciones en cuanto a las causas y las garantías necesarias para acordarla. Estas disposiciones se han incorporado a nuestro Derecho y se reflejan también en el Proyecto, donde se intensifican las condiciones para la sustitución cuando el condenado ha residido en nuestro país en los últimos diez años, siguiendo los dictados de aquella regulación.

Además, en todas las resoluciones analizadas del TEDH, las sanciones que habían dado lugar a la expulsión eran penas de prisión.

También al examinar el Derecho británico veíamos que se establece la deportación obligatoria de los extranjeros condenados a prisión de al menos doce meses, aunque respecto a los ciudadanos del EEE la Administración ha decidido elevar este mínimo a veinticuatro meses, atendiendo a la excepcionalidad con que se autoriza en las normas internacionales.

En este caso, la mención a las penas privativas de libertad de nuestra regulación actual resulta disfuncional, especialmente por la remisión que supone a la localización permanente. En todas sus sentencias, el TEDH insiste en la gravedad de las conductas delictivas realizadas por el extranjero como único fundamento legítimo para recortar los derechos emanados del artículo 8 CEDH. En cambio, tanto por su duración como por

su contenido cabe poner en tela de juicio que esa sanción revista la entidad suficiente. Desde esta perspectiva, resulta positiva la reducción a las penas de prisión que se propone.

Asimismo, al fijar el artículo 88 la frontera para la expulsión en las penas superiores a un año de prisión, introduce una mayor coherencia con la regulación administrativa, que autoriza la expulsión del territorio nacional de los extranjeros condenados a partir de ese tiempo. Si bien a diferencia de la LO 4/2000, de 11 de enero, el nuevo precepto no precisa que el delito cometido sea doloso, como sería procedente en virtud del principio de proporcionalidad.

Por otra parte, la prohibición expresa de efectuar la sustitución cuando sea desproporcionada, a la vista de las circunstancias del hecho y de las personales del sujeto, en particular su arraigo en España, suple una carencia que incomprensiblemente se había ido repitiendo en las sucesivas reformas del artículo 89 CP. Aunque con la última, operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, se abrió la puerta a la consideración de esos aspectos al permitir al juzgador acordar la ejecución en un centro penitenciario español cuando aprecie “razones” que lo justifiquen. Sin embargo, no se había dado el paso de incorporar esos factores como elementos normativos determinantes para la resolución de la expulsión. Posiblemente, porque el legislador no había querido ceder en su pretensión de establecer la salida del país obligatoria de los extranjeros como regla prioritaria. Esta postura es una característica común a otros ordenamientos europeos, como hemos comprobado al examinar la legislación británica, donde la «*UK Borders Act 2007*» dispone la deportación preceptiva para todos los no nacionales condenados a una pena de prisión de al menos doce meses. Han sido los Tribunales los que han tenido que llamar la atención sobre la exigencia ineludible de acatar el artículo 8 CEDH y valorar los aspectos de la vida personal y familiar del extranjero antes de proceder a su deportación.

En este sistema, además, se atribuye al Secretario de Estado la potestad de deportar a cualquier persona no nacional

cuando lo considere oportuno para el interés público, a diferencia de nuestro Derecho, donde en el orden administrativo se exige también la condena por un delito castigado con un año de prisión para expulsar a un extranjero que está en situación legal. Amén, del contraste que hemos observado por la ausencia de límites estrictos en aquella legislación, respecto al tiempo en que el penado puede estar a disposición de la autoridad administrativa hasta que se resuelve la deportación. Esto, como decía, contradice la postura sentada en la STEDH de 9 de julio de 2013 (caso «Vinter»).

Ahora bien, hemos advertido que tanto en las resoluciones que dieron pie a los pronunciamientos del TEDH, como específicamente en el Derecho británico, la decisión en cuanto a la expulsión gira en torno a la seguridad y el orden público, exclusivamente. En todos los casos, esa medida se basa en el peligro que el extranjero entraña para los bienes y derechos de los demás ciudadanos.

En cambio, en este punto el Proyecto español sí se aparta de la tónica común en esos países europeos, y subordina la ejecución de la pena a conceptos ambiguos como la defensa del orden jurídico y el restablecimiento de la confianza en la norma infringida. Se da entrada a la repercusión del delito en la opinión pública y a la alarma social, que el Tribunal Constitucional ha considerado legítimo valorar al decidir acerca de la ejecución o expulsión, pero dentro del marco de los fines preventivos de la pena y en particular de la prevención general. Sin embargo, en el artículo 88 la necesidad de preservar el orden jurídico y la confianza en las normas, se prevé como criterio principal para acordar el cumplimiento total o parcial en España. Además, en caso de vulnerar el extranjero la prohibición de regreso, se permite rebajar la pena atendiendo a esos mismos parámetros.

Se hace patente el fin ensalzado en la Exposición de Motivos del Proyecto, de mejorar la actitud de los ciudadanos hacia la Administración de justicia, proporcionándoles resoluciones judiciales que estimen justas, un objetivo que en esta materia se traduce en un endurecimiento de la respuesta penal

frente a los inmigrantes con el propósito de paliar el clima social de inseguridad respecto a ese colectivo. Afortunadamente, esta concesión respecto a las preferencias punitivas de los ciudadanos no ha llevado a introducir medidas similares a las que hemos visto en el sistema británico, donde la carencia de nacionalidad es una especie de cheque en blanco que permite al estado expulsar al extranjero que delinque sin respetar ciertas garantías esenciales en cualquier estado democrático, y en particular la seguridad jurídica.

VI. Bibliografía citada

- ALIVERTY, A.: “Sentencing in immigration-related cases: the impact of deportability and immigration status”, en *Prison Service Journal*, nº 205, 2013.
- ANDERSON, B./GIBNEY, M.J./PAOLETTY, E.: “Citizen, deportation and the boundaries of belonging”, en *Citizenship Studies*, vol. 15, nº 5, 2011.
- ANDERSON, B./GIBNEY, M.J./PAOLETTY, E.: *The social, political and historical contours of deportation*, Springer, Oxford, United Kingdom, 2012.
- ARIAS SENSO, M.: “Expulsión de los extranjeros imputados y condenados: aproximación crítica a una legislación de emergencia”, en *Inmigración y Derecho*, Oviedo, 2004, (www.juecesparalademocracia.es).
- “Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS de 8 de julio de 2004”, en *Diario La Ley*, año XXVI, nº 6160, 2005.
- ASÚA BATARRITA, A.: “Política criminal y política de extranjería. La expulsión como sustitutivo de la respuesta penal ordinaria”, en *Actualidad Penal*, nº 42, 2001.
- “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, en LAURENZO COPELLO, P. (Coord.): *Inmigración y Derecho Penal: bases para un debate*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

- ASWORTH, A./ZEDNER, L.: *Preventive justice*, Oxford University Press, United Kingdom, 2014.
- BAUCELLS I LLADÓS, J.: “El Derecho penal ante el fenómeno migratorio”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 13, 2005.
- BHUI, H.S: “Alien experience: foreign national prisoners after the deportation crisis”, en *Probation Journal*, vol. 54 (4), 2007.
- BLINDER, S.: “UK public opinion toward immigration: overall attitudes and level of concern”, 2014, (www.migration-observatory.ox.ac).
- BOSWORTH, M.: “Deportation, detention and foreign-national prisoners in England and Wales”, en *Citizen Studies*, vol. 15, nº 5, 2011.
- BOSWORTH, M./GUILD, M.: “Governing through migration control”, en *British Journal of Criminology*, nº 48, 2008.
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control en las sociedades contemporáneas”, en FARALDO CABANA, P./PUENTE ABA, L.M./BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (Coord.): *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- “La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal”, en BRANDARIZ GARCÍA, J.A./PALIDDA, S. (Dir.): *Criminalización racista de los migrantes en Europa*, Comares, Madrid, 2010.
- “Resocialización e inclusión en el tratamiento punitivo de los migrantes”, en BERNUZ BENEITEZ, M.J./SUSÍN BELTRÁN, R. (Coord.): *Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas*, Comares, Madrid, 2010.
- *Sistema penal y control de los migrantes*, Comares, Granada, 2011.
- BROTHERTON, D.C./BARRIOS, L.: “The social bulimia of forced repatriation: a case study of dominican deportees”, en FRANCO AAS, K./BOSWORTH, M.: *The borders of*

- punishment: migration, citizenship, and social exclusion*, University of Oxford, United Kingdom, 2013.
- CANCIO MELIÁ, M.: “La expulsión de los ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art.89)”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005.
- CERES MONTES, J.F.: “Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 3, 2005.
- CERVELLÓ DONDERIS, V.: “Situación jurídica de los extranjeros en prisión”, en *Revista Galega de Seguridad Pública*, nº 8, 2006.
- CID MOLINÉ, J.: “La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010.
- COMAS D'ARGEMIR, M./SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C./ NAVARRO, E.: “Sustitución de la pena por expulsión: principio de proporcionalidad, audiencia del acusado y del penado, distintas fases procesales (art. 89 CP)”, en *Jornadas de la Comisión Penal de Jueces para la Democracia*, 2012, (www.juecesparalademocracia.es).
- COONEY, F.: “Double punishment: the treatment of foreign national prisoners”, en *Prison Service Journal*, nº 205, 2013.
- CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S., en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (Dir.): *Comentarios al Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- CÓRDOBARODA, J./GARCÍAARÁN, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- CORNELISE, G.: “Immigration detention and the territoriality of universal rights”, en DE GENOVA, N./PEUTZ, N.: *The deportation regime. Sovereignty, space, and the freedom of movement*, Duke University Press, London, 2010.

- CUGAT MAURI, M.: “La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del Derecho penal”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 6, 2001.
- en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- DE GENOVA, N./PEUTZ, N.: *The deportation regime. Sovereignty, space, and the freedom of movement*, Duke University Press, London, 2010.
- DÍAZ Y GACÍA CONLLEDO, M. (Dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.D./DURÁN SECO, I./OLAIZOLA NOGALES, I./JERICÓ OJER, L.: “Extranjería y Derecho penal: las últimas reformas”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 12, 2007.
- DURÁN SECO, I.: “El extranjero delincuente «sin papeles» y la expulsión (a propósito de la STS 8-7-2004)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 15, UNED, Madrid, 2005.
- FLORES MENDOZA, F.: “La expulsión del extranjero en el Código penal español”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, nº 18, 2001.
- GARCÍA ALBERO, R./TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. (Coord.): *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código penal*, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- GAVADINO, M./DIGNAN, J.: *The penal system*, Sage Publications, London, 2007.
- GIBNEY, M.J.: “Asylum and the expansion of deportation in the United Kingdom”, en *Government and Opposition*, vol. 43, nº 2, 2008.

- GIORGI, A.: “Immigration control, Post-Fordism, and less eligibility: a materialist critique of the criminalization across Europe”, en *Punishment & Society*, vol. 12 (2), 2010.
- GRACIA MARTÍN, L./ALASTUEY DOBÓN, C., en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.): *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, Grupo de Estudios de Política Criminal, 2005.
- GUISASOLA LERMA, C.: “Consideraciones político-criminales para una reformulación de la expulsión penal de condenados extranjeros sin residencia legal”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010.
- en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.): *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- KEMSHALL, H./WOOD, J.: “High-risk offenders and the public protection”, en GELSTHORPE, L./MORGAN, R.: *Handbook of probation*, Willan Publishing, United Kingdom, 2007.
- LAURENZO COPELLO, P.: “Últimas reformas en el Derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión”, en *Jueces para la Democracia*, nº 50, 2004.
- “El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos”, en *Nuevo Foro Penal*, nº 71, 2007.
- MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E.: *Las medidas alternativas a la prisión, suspensión, sustitución y expulsión*, La Ley, Madrid, 2008.
- MAGUIRE, M./MORGAN, R./REINER, R.: *The Oxford Handbook of Criminology*, University Press, Oxford, United Kingdom, 2012.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Comares, Granada, 2008.

- MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2011.
- MAQUEDA ABREU, M.L.: “¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?”, en *Libro Homenaje a Luis Portero García*, Universidad de Granada, 2001.
- MARTÍNEZ DE ESCAMILLA, M.: “Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, en *InDret*, nº 3, 2009.
- MARTÍNEZ PARDO, V.J.: “La expulsión de los extranjeros como sustitutiva de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad”, en *Revista de l’ Institut Universitari d’ Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, 2012, (<http://www.uv.es/recrim>).
- MIRÓ LLINARES, F.: “Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. Protección o exclusión social del inmigrante”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-05, 2008, (<http://criminnet.ugr.es/recpc>).
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte general*, 8ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ LORENTE, J.: “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº extraordinario 2, 2004.
- NAVARRO CARDOSO, F.: “Expulsión «penal» de extranjeros: una simbiosis de Derecho penal «simbólico» y Derecho penal del «enemigo»”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 17, 2006.
- en RODRÍGUEZ MESA, M.J./RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. (Coord.): *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- NELLIS, M.: “Dim prospects: humanistic values and the fate of community service”, en WINSTONE, J./PAKES, F.: *Community Justice*, Willan Publishing, United Kingdom, 2005.

- NOUR EL DIN MOHAMED KAMEL AMIN HANZAL: *El artículo 89 del Código penal*, Universitat de València, Servei de Publicaciones, 2009.
- NYERS, P.: “Abject cosmopolitanism: the politics of protection in the anti-deportation movement”, en DE GENOVA, N./PEUTZ, N.: *The deportation regime. Sovereignty, space, and the freedom of movement*, Duke University Press, London, 2010.
- ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- PALOMO DEL ARCO, A.: “La expulsión del extranjero en el proceso penal”, en *Manuales de Formación Continuada*, Consejo General del Poder Judicial, nº 5, 1999.
- PHELPS, J. (Dir.): *Detained lives*, London Detainee Support Group, London, 2009.
- PRAT WESTERLINDH, C.: *Alternativas a la prisión*, Dykinson, Madrid, 2004.
- PUENTE SEGURA, L.: *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, Madrid, 2009.
- RIPOLL SERVENT, A.: “The European Parliament and the Returns Directive: the end of radical contestation; the start of consensual constraints”, en ANDERSON, B./GIBNEY, M.J./PAOLETTY, E.: *The social, political and historical contours of deportation*, Springer, Oxford, United Kingdom, 2011.
- RIVERA BEIRAS, I.: “Forma-estado, mercado de trabajo y sistema penal («nuevas» racionalidades punitivas y posibles escenarios penales)”, en RIVERA BEIRAS, I. (Coord.): *Mitología y discursos sobre el castigo: historias del presente y posibles escenarios*, Anthropos, Barcelona, 2004.
- RODRÍGUEZ CANDELA, “La expulsión del extranjero en el nuevo Código penal”, en *Jueces para la Democracia*, nº 33, 1998.
- RODRÍGUEZ MESA, M.J.: “La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica”,

- en RODRÍGUEZ MESA, M.J./RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. (Coord.): *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-07, 2012, (<http://criminet.ugr.es/recpc>).
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- SANZ MORÁN, A.: “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, en *Revista de Derecho Penal*, nº 11, 2004.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión de Derecho penal*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001.
- SILVERMAN, S.J./HAJELA, R.: “Briefing. Immigration detention in the UK”, University of Oxford, 2014, (www.migrationobservatory.ox.ac.uk).
- SOUTO GARCÍA, E.M.: “Algunas notas sobre la función del Derecho penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión”, en FARALDO CABANA, P./PUENTE ABA, L.M. (Coord.): *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al Código penal español*, 6ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2011.
- TERRADILLOS BASOSO, J.M.: *La Constitución penal. Los derechos de la libertad*, Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla La Mancha, (www.cienciaspenales.net).
- “Sistema penal e inmigración”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Coord.): *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004.

- “Extranjería, inmigración y sistema penal”, en RODRÍGUEZ MESA, M.J./RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. (Coord.): *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.): *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- “Reflexiones y propuestas sobre inmigración”, en *InDret*, nº 1, 2010, (www.indret.com).
- TOMÉ GARCÍA, J.A.: “Sustitución de las penas privativas de libertad impuestas al extranjero por su expulsión (art.89 CP)”, en GASCÓN INCHAUSTI, F. (Coord.): *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código penal*, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: *La expulsión de los extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2012.
- WALTERS, W.: “Deportation, expulsion, and the international police of aliens”, en DE GENOVA, N./PEUTZ, N.: *The deportation regime. Sovereignty, space, and the freedom of movement*, Duke University Press, London, 2010.
- YOUNG, J.: “To these Wet and Windy Shores: immigration policy in the UK”, en *Punishment & Society*, vol. 5 (4), 2003.
- ZAFFARONI, E.R.: “Estado y seguridad pública: algunas consideraciones básicas”, en *Cuadernos de Seguridad*, nº 14, Ministerio de Seguridad, Argentina, 2011, (www.minseg.gob.ar).