



LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA COMO EXCUSA DE INACCIÓN PENAL

ADMINISTRATIVE DEPORTATION AS AN EXCUSE FOR RENOUNCE TO CRIMINAL PROSECUTION

María Contreras Román

*Profesora sustituta interina. Instituto de Criminología
Universidad de Málaga*

RESUMEN

La posibilidad de renunciar a la persecución penal de un delito cuando el sujeto que aparece investigado o imputado es un extranjero con orden administrativa de expulsión pendiente de ejecución está prevista en el art. 57.7 de la Ley de Extranjería. Se trata de una clara manifestación de la fusión entre política migratoria y política criminal que caracteriza el actual sistema de control de extranjeros en situación irregular que se ha configurado en nuestro país y una aislada introducción del principio de oportunidad en nuestro sistema penal. La doctrina ha venido cuestionando la legitimidad de esta inacción penal si se hace por el mero interés estatal en expulsar al extranjero no deseado, pues implicaría dotar a la jurisdicción penal de funciones político-migratorias que no le son propias. Con el objetivo de aportar elementos para la reflexión sobre si es posible fundamentar político criminalmente esta inacción penal, nos proponemos valorar qué papel juegan los diferentes fundamentos penológicos contemporáneos (disuasión, retribución, rehabilitación, inocuización y reparación) entre los criterios con los que cuentan los operadores jurídicos para orientar su decisión. Para ello, revisamos la postura mantenida por el Ministerio Fiscal en sus directrices y la interpretación realizada por jueces y fiscales en la práctica según se desprende de las memorias anuales de los fiscales delegados de extranjería y de una muestra de expedientes judiciales en la ciudad de Málaga. La revisión realizada nos llevará a destacar las disfunciones que obstaculizan que el 57.7 LOEX pueda cumplir con fundamentos propios de la política criminal.

Palabras clave: oportunidad reglada, discrecionalidad judicial, política criminal, crimmigración.

ABSTRACT

Renouncing to criminal prosecution when the offender is a foreigner with an administrative deportation order pending of execution is provided in Spanish Immigration Law (art. 57.7). This renounce is a clear manifestation of the fusion between immigration policy and criminal policy that characterizes the current system of control of foreigners in an irregular situation in our country. It is also an isolated introduction of the principle of opportunity in our criminal system. Because of this, the doctrine has raised doubts about the legitimacy of this kind of criminal prosecution inaction if it is based on the state interest in expelling the unwanted foreigner. To accept that there may be a differentiated criminal response based on the immigration status of the offending subject would imply providing the criminal jurisdiction with political-migratory functions that are not its own. In order to confront the application of 57.7 LOEX with the main fundamentals that compete in current penology we review the instructions of the Prosecutor's Office, the interpretations made by judges and prosecutors and the most relevant characteristics of a sample of judicial files of the courts of the city of Malaga, analyzed to understand how 57.7 LOEX is applied by legal operators. The carried out review leads us to identify dysfunctions in the capacity of this renounce to prosecution to adjust to the claims proposed.

Keywords: judicial discretion, migration policy, criminal policy, crimmigration.

1. La renuncia al *ius puniendi* fundamentada en la expulsabilidad del extranjero

La posibilidad de renunciar al procedimiento penal cuando el sujeto que aparece investigado o imputado es un extranjero con orden administrativa de expulsión pendiente de ejecución está recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX, en adelante). Se trata de un apartado que, dentro del artículo que regula la expulsión del territorio, especifica que en aquellos supuestos en que el extranjero al que se va a expulsar se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por un delito punible con pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación. Esta “autorización judicial de la expulsión administrativa” como la llama la LOEX o “sustitución del proceso por la expulsión” como la denomina el Ministerio Fiscal, fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico con el art. 21.2 la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros (LOEX 1985). No es hasta 2008 que resulta posible realizar un seguimiento cuantitativo de su evolución a través de las memorias del Ministerio Fiscal que, desde entonces, publica anualmente y de forma accesible datos sobre el número de informes favorables a la autorización judicial emitidos por los fiscales delegados de extranjería. Así,

y de acuerdo con tales datos, en la última década los informes favorables a la renuncia penal han fluctuado entre los 1930 informes favorables de 2008 y los 1633 de 2018. Esta tendencia aparentemente estable contrasta, sin embargo, con la resultante de dimensionar su incidencia respecto del total de expulsiones ejecutadas durante el mismo período - habiendo pasado de representar el 17,5% en 2008 al 40,2% en 2017 - y respecto del total de personas extranjeras detenidas o investigadas por causa penal que, además, se encuentran en situación irregular¹, habiendo pasado de representar el 22% en 2008 al 42% en 2015 (Contreras Román, 2019).

Ambas tendencias confirman la tesis de aquellos autores que han apuntado la implantación de un sistema altamente selectivo (las expulsiones cualificada en 2009) que pone el foco de atención en la expulsión de extranjeros vinculados con el sistema penal ante la imposibilidad de hacer frente a todas las expulsiones y un sistema de racionalización de la política de expulsiones dirigida a intentar evitar el derroche de recursos (Monclús Masó, 2008; Martínez Escamilla, 2009; Brandáriz García, 2014; Fernández Bessa y Brandáriz García, 2016). De forma específica con relación al 57.7 LOEX, como apunta Monclús, puede suceder que el juez de instrucción no autorice la expulsión del imputado y, tras la realización del juicio, el juez o tribunal sentenciador sustituya la pena de prisión inferior a 6 años por la expulsión. En este caso, se habrían derrochado recursos al realizar el juicio penal. Pero el derroche sería mucho mayor si el órgano sentenciador no sustituyese la pena de prisión por la expulsión y ésta fuese llevada a cabo por la autoridad gubernamental tras el cumplimiento de la condena (con base en el art. 57.2, antecedentes penales como causa de expulsión).

2. Requisitos de la oportunidad reglada que cabe exigir a la inacción penal

Pese a las potenciales cualidades gerencialistas de la inacción penal en supuestos en que el sujeto infractor es un extranjero administrativamente expulsable, desde la introducción de esta previsión normativa en 1985, la doctrina ha venido advirtiendo que supone una innovación legal de decaimiento del *ius puniendi* estatal y una aislada introducción en nuestro proceso del principio de oportunidad contrapuesto al principio de legalidad o principio de obligatoriedad en la persecución del delito que establece el art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim, en adelante).

De acuerdo con la doctrina, para que el principio de oportunidad pueda manifestarse en el seno del proceso penal español debe respetar dos requisitos clave: 1) estar determinado por la legislación, pudiendo aplicarse únicamente si se cumplen los presupuestos previstos por la norma (de ahí que se hable del ejercicio de la oportunidad “reglada”) y 2) concurrir otros intereses constitucionales distintos al principio de legalidad que aconsejen ese no ejercicio

¹ Datos proporcionados para el periodo 2008-2015 por el Gabinete de Coordinación y Estudios de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior en el marco del Proyecto de Investigación SEJ1481 “Delincuencia de inmigrantes asentados en España”, financiado por la Junta de Andalucía, dirigido por el profesor José Luis Díez Ripollés y coordinado por la profesora Elisa García España.

de la acción penal (Gimeno Sendra, 2016; Vecina Cifuentes y Vicente Ballesteros, 2018). Por lo que respecta al primer requisito, estar determinado por la legislación, la doctrina ha criticado que la renuncia penal en favor de la expulsión administrativa aparezca únicamente regulada en la ley de extranjería, entendiéndose que debería estar regulada en una norma procesal penal (Pérez Pérez, 1994; Monclús Mansó, 2008; Rodríguez Yagüe, 2012). De hecho, esa ha sido la fórmula utilizada por el legislador para introducir el principio de oportunidad reglada para el enjuiciamiento de delitos leves en la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, habiendo trasladado su correspondiente regulación al art. 963 de la LECrim.

Al margen de la crítica a la técnica legislativa utilizada, cuando se revisa si se están cumpliendo los presupuestos normativos al llevar a la acción el 57.7 LOEX, el análisis de la práctica de jueces y fiscales revela múltiples disfunciones que hacen cuestionar la legalidad de cómo se está llevando a cabo su aplicación. Autorizaciones en la fase de ejecución que funcionan como sustitutivo de penas no privativas de libertad, autorizaciones dictadas sin audiencia previa al interesado bajo fórmulas lingüísticas que difuminan las garantías del extranjero, autorizaciones que pueden tardar en dictarse cuarenta días cuando el plazo máximo que marca la norma es de tres y resoluciones dictadas sin comprobar la causa o la firmeza de la orden administrativa de expulsión que fundamenta la renuncia, son algunas de las principales irregularidades detectadas (Contreras Román, 2019). De lo que se deriva la necesaria exigencia de una mayor cautela a los aplicadores del derecho para garantizar el respeto a los requisitos normativos que se requieren por ley para proceder a la renuncia penal en el caso de extranjeros con orden administrativa de expulsión pendiente de ejecución.

Por lo que respecta al segundo requisito, que concurran otros intereses distintos al principio de legalidad que aconsejen la inacción penal, la doctrina ha venido cuestionando la legitimidad de la renuncia si se hace por el mero interés estatal en expulsar al extranjero no deseado, pues ello implicaría dotar a la jurisdicción penal de funciones político-migratorias que no le son propias (Pérez-Pérez, 1994; Monclús Mansó, 2008; Rodríguez Yagüe, 2012; García España, 2017). En este sentido, la doctrina viene constatando ampliamente la configuración de una política criminal diferenciada destinada a los extranjeros y ha cuestionado si la nacionalidad puede constituir un fundamento razonable que permita excepcionar el principio de igualdad y aplicar una consecuencia penal diferente a españoles y extranjeros ante la comisión de unos mismos hechos delictivos. (Navarro Cardoso, 2006; Monclús Mansó, 2008; Martínez Escamilla, 2009; García España, 2018). Parte de la doctrina entiende que el criterio de la nacionalidad del infractor de la ley penal es constitucionalmente inadmisibles como fundamento de un tratamiento penal desigual (Monclús Mansó, 2008), sin embargo, otra parte entiende que es posible justificar un tratamiento penal diferenciado si se fundamenta, no en la nacionalidad del infractor ni en el interés propio de la política migratoria de expulsar al extranjero irregular, sino en criterios propios de la política criminal como la prevención general y especial (Gugat Mauri, 2004).

El art. 57.7 LOEX ejemplifica a la perfección esa fusión entre ambas políticas y el propio Ministerio Fiscal se ha referido a él como “instrumento idóneo para congeniar los intereses del Estado relacionados con la política de extranjería que le incumbe legítimamente diseñar y los propios del derecho penal”. Estableciendo que la renuncia del proceso penal en favor de la expulsión tiene sentido siempre y cuando sea autorizada por los jueces y tribunales tras ponderar el interés general de la justicia y la proporcionalidad de la medida en relación con las circunstancias particulares del caso (Circular 4/2006). Sin embargo, el hecho de que la reforma de la LOEX operada por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, configurara la renuncia como la respuesta penal preferente (autorizará) y la continuación penal como excepción (salvo que, de forma motivada, concurren causas excepcionales que lo aconsejen), demuestra una clara voluntad del legislador por limitar la discrecionalidad judicial. La postura mantenida por el Ministerio Fiscal ha sido coherente con la del legislador, de modo que ha ido limitando las cuestiones que los fiscales deben entrar a valorar a los aspectos formales, y apenas ha entrado en reflexiones sobre criterios de fondo. La memoria de la Fiscalía General del Estado (FGE) de 2009, de hecho, apuntaba que el problema exegético más importante con el que se encontraban los fiscales delegados de extranjería a la hora de elaborar sus informes sobre la aplicación del 57.7 LOEX lo constituía la delimitación del contenido y alcance de la expresión “causas excepcionales” como presupuesto de la denegación de la autorización de la expulsión. Con el objetivo de aportar elementos que puedan servir de utilidad para alimentar esa reflexión, a mi juicio pendiente, a continuación me propongo revisar el potencial que tiene el 57.7 LOEX para cumplir con determinados criterios orientadores del derecho penal que pueden resultar de utilidad para individualizar la decisión entre la renuncia al ius puniendi o su continuación.

3. Los fines de la justicia penal como excepción

Cuando aludimos a los fines de la justicia penal o a los fundamentos del derecho penal no hablamos de una cuestión claramente establecida, existen diferentes concepciones teóricas acerca de los objetivos que el derecho penal debe perseguir, pero no es mi intención realizar aquí una revisión profunda de la cuestión, ni tampoco una confrontación entre los distintos planteamientos para valorar cuál resulta más plausible. Para mi propósito, me serviré de la referencia a los principales criterios de justificación del castigo que se derivan de distintos modelos punitivos que compiten en la penología contemporánea y que buscan orientar al juez en el ejercicio de su discrecionalidad (Cid Moliné, 2009). Aunque estos criterios suelen emplearse para orientar al juez en la elección del castigo, creo que pueden resultar igualmente útiles para orientar la elección entre la renuncia o la continuación penal.

Mi intención, por tanto, es valorar en qué condiciones la acción o inacción penal prevista en el 57.7 LOEX puede fundamentarse en alguno de los criterios orientadores que cada modelo penológico propugna. En concreto, me propongo revisar los siguientes criterios, cuya interpretación adapto y clasifico a los efectos de cumplir con el objetivo planteado: 1) El aumento de los costes del delito para disuadir a potenciales delincuentes - principal criterio orientador de la disuasión penal; 2) El merecimiento retributivo proporcional a la

gravedad del delito cometido - principal criterio orientador del modelo retributivo; 3) La adecuación de la respuesta penal al riesgo delictivo - principal criterio del modelo rehabilitador, pues busca intervenir sobre las necesidades criminógenas para promover el desistimiento, pero también, principal criterio orientador del modelo inocuidador, en tanto defiende adaptar el nivel de inocuidación de la respuesta penal al nivel de riesgo la sociedad; 4) La atención a las necesidades de reparación de la víctima - principal criterio orientador del modelo reparador.

En relación con cada uno de ellos exponemos a continuación la postura mantenida por el Ministerio Fiscal en sus circulares e instrucciones, las interpretaciones realizadas por los fiscales delegados según se desprende de las memorias anuales y las características que resultan más relevantes a estos efectos de una muestra de expedientes judiciales de los juzgados de la ciudad de Málaga, analizados para conocer cómo se aplica por los operadores jurídicos el 57.7 LOEX. La revisión realizada nos lleva a identificar disfunciones en el potencial de la renuncia penal para ajustarse a las pretensiones de cada modelo y a sus criterios orientadores.

3.1. Disfunciones referidas a la eficacia disuasoria

La primera alusión a los fundamentos del art. 57.7 LOEX la encontramos en la Circular 1/1994, sobre intervención del Ministerio Fiscal, emitida aún durante la vigencia de la LOEX de 1985. La Circular, partiendo de la premisa de que existen situaciones de concurrencia entre los supuestos contemplados por el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, estaba orientada a promover la coordinación de la actividad jurisdiccional y la administrativa que hiciera posible, sin mayores dilaciones, la expulsión de aquellos extranjeros que incurrieran en las causas previstas en la ley. Y ello porque se entendía que si la autorización judicial de dicha expulsión no se concede se produce la paradoja de que resulta más fácil expulsar de nuestro país a un extranjero que se encuentra ilegalmente en el mismo, pero que no ha cometido ningún delito, que a aquél que, además de estar en situación ilegal, aparece como presunto responsable de un delito.

La Circular sostenía que la situación descrita puede generar una pequeña delincuencia inducida entre los inmigrantes ilegales como vía de evitar que se les aplique la medida de expulsión. En consecuencia, sostiene que las insuficiencias y limitaciones propias del sistema penal y el escaso eco que su mensaje imperativo llega a alcanzar en situaciones de marginalidad social y económica, convierten la cuestión que nos ocupa en una prioridad fundamental de política criminal y, por ello, considera conveniente, que el fiscal promueva activamente la autorización por los jueces de la expulsión de aquellos extranjeros que se encuentren incurso en causa legal. Sin embargo, no establece ningún criterio orientador vinculado con la motivación delictiva que sirva a los fiscales para discernir si el extranjero sobre el que debe decidir ha delinquido con intención de obstaculizar su posible expulsión.

De acuerdo con el análisis realizado con los expedientes de los juzgados de Málaga, el 27% de las personas extranjeras encausadas en los procedimientos penales cuya renuncia se solicitó se encontraba en situación regular en el momento de los hechos, por lo que la situación de irregularidad y la consiguiente iniciación del expediente de expulsión se produjo durante la tramitación misma del proceso penal. Respecto a ese porcentaje de extranjeros se debe descartar que la delincuencia fuera resultado de una decisión dirigida intencionalmente a obstaculizar su expulsión, lo que se aleja de la idea de extranjero racionalmente motivado al a la que se refería la Circular de 1994. A pesar de ello, la postura de jueces y fiscales a la hora de optar entre la renuncia o la continuación respecto de ese tipo de extranjeros no difiere de la mostrada con los extranjeros que sí se encontraban en situación irregular en el momento de los hechos (aunque tampoco respecto de estos se ve interés alguno en conocer la motivación delictiva), habiéndose posicionado conforme a la autorización de expulsión en el 88% de los casos, tanto para unos como para otros.

Con independencia de los datos, creemos que resulta incoherente la postura del Ministerio Fiscal en su Circular de 1994 al atribuir a la renuncia al derecho penal el efecto disuasorio que se le atribuye normalmente a su ejercicio. En este sentido, cabe destacar que la premisa principal de la que parte la teoría de la disuasión es que la pena prevista por el ordenamiento jurídico es uno de los costes asociados a la comisión del delito y que la amenaza de su imposición despliega un efecto intimidatorio que influye en la decisión de cometerlo o no (Von Hirsch et. al., 1999). Siendo así, la renuncia al procedimiento penal que regula el art. 57.7 LOEX supone disminuir la severidad de las consecuencias con las que se amenaza y, por tanto, su eficacia disuasoria sería menor que si se optase por continuar con el procedimiento penal. De hecho, para el extranjero en situación irregular que comete un delito, el mal de ser expulsado por la vía del art. 57.7 LOEX es claramente menor que el mal de ser condenado, y no sólo por el efecto del castigo, sino porque considerando las otras dos vías con que cuenta nuestro sistema para expulsar a los extranjeros que cometen delitos - sustitución del pena por la expulsión del art. 89 CP y expulsión administrativa por tener antecedentes penales del art. 57.2 LOEX - al extranjero condenado le seguirá probablemente también la expulsión, sea durante la ejecución de la pena o al terminar de cumplirla. Es decir, la consecuencia de ser condenado es, en realidad, doblemente gravosa para el extranjero y, por tanto, la amenaza de la condena tiene teóricamente mayor peso disuasorio que la renuncia a ella (García España, 2017).

Por ello, la doctrina ha apuntado el riesgo de que esta renuncia tenga el efecto contrario y que incremente la comisión de delitos menos graves por parte de los extranjeros sancionados con expulsión gubernativa ante la convicción de estos últimos de que no van a tener que cumplir la pena que, en su caso, se les pueda imponer por la comisión de los citados delitos, sino que simplemente se procederá a la ejecución de la expulsión ya acordada. Es decir, nada que perder (Del Rio Fernández, 1998; García Tomé, 2015).

3.2. Disfunciones referidas a la retribución proporcional desde el punto de vista de la naturaleza y gravedad del delito

El hecho de que el art. 57.7 LOEX únicamente pueda ser aplicado en casos donde la pena máxima a imponer sea de 6 años de prisión, hace pensar que el legislador ha entendido que la renuncia penal únicamente es una medida proporcional cuando se trate de delitos menos graves. De hecho, durante las memorias de la FGE de 2009 y 2010 se recogía que el módulo de valoración principal de los fiscales delegados de extranjería en sus informes lo constituía la naturaleza del delito imputado al extranjero. Así, con carácter general, se informaba favorablemente a la expulsión cuando el extranjero estaba imputado por la comisión de delitos de poca gravedad (contra el patrimonio de menor cuantía, falsedades documentales, delitos contra la propiedad intelectual, lesiones menos graves o usurpación de estado civil) y se informaba desfavorablemente en los casos más graves (lesiones, robos con armas o en casa habitada, tráfico de droga agravados, agresiones sexuales, o prostitución), apuntándose a la necesidad de analizar caso a caso los supuestos de violencia doméstica. Según la memoria de 2018, los fiscales siguen realizando una valoración uniforme de la gravedad del delito, dictaminando desfavorablemente cuando se trata de delitos graves atendiendo el supuesto investigado. Cuando analizamos la distribución de los expedientes judiciales estudiados en Málaga según la gravedad de los delitos, resulta especialmente llamativo observar que el 14% lo constituyen delitos leves, el 73% los delitos menos graves y el 13% los delitos graves (que incluyen penas de prisión que se mueven en la horquilla entre los cinco y seis años). Sin embargo, la naturaleza de los delitos no constituye criterio orientador en las resoluciones adoptadas. Así, se ha podido constatar una amplia diversidad de tipologías delictivas (encabezadas cuantitativamente por los delitos de hurto, de robo con violencia o intimidación y contra la seguridad vial, pero con presencia también de delitos contra las personas, de adopciones ilegales e incluso contra la indemnidad sexual) y, a pesar de ello, únicamente hemos encontrado una resolución en la que se considera que no procede la renuncia penal en atención a la naturaleza del delito, pero no por su gravedad, sino por tratarse de un delito contra los derechos de los trabajadores del art. 312 CP, específicamente excluido tanto de la aplicación del 57.7 LOEX como del 89 CP.

Respecto de los delitos leves me parece oportuno advertir que, existiendo desde la introducción del principio de oportunidad para el enjuiciamiento de delitos leves en la reforma penal de 2015 una fórmula que permite la renuncia penal sobre la base de la escasa gravedad del bien jurídico protegido y del principio de intervención mínima, jueces y fiscales pueden recurrir a esta vía sin tener que recurrir a la situación administrativa del sujeto infractor como excusa para la inacción penal. Respecto a los delitos menos graves y graves considero que la escasa gravedad del hecho no puede ser invocada, pues si no puede invocarse para los nacionales, tampoco puede hacerse para los extranjeros y, por tanto, entiendo exigible justificar otro interés político-criminal diferente.

3.3. Disfunciones referidas al riesgo delictivo como criterio orientador

La Circular de la FGE de 2006 se hizo eco de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que aclara que la sanción de expulsión no se dirige a extrañar a los inmigrantes que han llegado a España con vocación de desarrollar un proyecto más o menos duradero de vida estable respetando la legalidad, sino de aquella minoría de extranjeros que, cualquiera que sea su situación administrativa, han acreditado un comportamiento hostil al orden público nacional, una voluntad contraria a una mínima integración en la sociedad española o con desprecio de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, también establece que los fiscales deberán pronunciarse a favor de la renuncia con carácter general, por lo que pareciera que se está dando por hecho que estar incurso en causa legal de expulsión y estar encausado penalmente es sinónimo de ser una amenaza a la seguridad pública. Sin embargo, conviene aclarar que las causas por las que un extranjero puede verse en situación de irregularidad son muy diversas y que cuando la autorización judicial para la expulsión se produce en la preceptiva fase de instrucción todavía recae sobre el encausado la presunción de inocencia. En las memorias de los fiscales delegados de extranjería de 2009 y 2010 es posible encontrar alguna alusión, aunque con carácter minoritario, al valor que tiene para algunos fiscales la habitualidad delictiva del acusado, optando por la continuación del procedimiento en tales casos. Sin embargo, no vuelve a encontrarse en las memorias posteriores ninguna referencia al papel que tiene la trayectoria delictiva para proceder a la ponderación de intereses en juego.

Al analizar los expedientes judiciales de Málaga no hay ninguna resolución en la que se haya prestado atención a la trayectoria delictiva de los sujetos incurso en los procedimientos analizados, ni cuando esa trayectoria existía ni cuando no. Lo que resulta especialmente llamativo al constatar que casi la mitad de los sujetos de la muestra carecían de antecedentes penales o policiales, por lo que respecto de este grupo no es posible aceptar, sin más, que se trata de extranjeros que han acreditado “un comportamiento hostil al orden público nacional, una voluntad contraria a una mínima integración en la sociedad española o con desprecio de nuestro ordenamiento jurídico”. La única referencia a otro tipo de circunstancias personales que pueden estar entrando en juego a la hora de valorar la respuesta de los fiscales aparece en la memoria de 2018 para explicar que, con carácter general, “no procede autorizar la expulsión cuando se den razones de arraigo, pues si no está justificada la sustitución de la pena por la expulsión, tampoco lo estaría la sustitución del proceso”. Esta postura de los fiscales en la última memoria es, sin embargo, contraria a la postura mantenida en las circulares e instrucciones de la FGE durante las dos últimas décadas, que ha insistido de manera repetida en que el arraigo es algo que no debe valorarse en sede penal pues es competencia exclusiva de la jurisdicción administrativa (Instrucción 2001, Circular 2006, Circular 2011).

En nuestra muestra de expedientes no hay referencia alguna al arraigo de los sujetos infractores en las resoluciones adoptadas, y ello pese a que un 69% de extranjeros de la muestra estaban asentados en el país (esto es, llevaban residiendo en España, al menos, tres años). Ese gran porcentaje de extranjeros asentados, junto con la existencia de un buen

número de casos en los que ni siquiera hay en el expediente judicial suficiente información que permita identificar esta variable, permite criticar la falta de interés de jueces y fiscales por las circunstancias personales de los sujetos sobre los que deciden. Constatándose así que, en la práctica, la decisión de la renuncia penal se hace sin prestar atención a la individualización y, por tanto, es del todo ciega a los fines de la prevención especial y a la intervención rehabilitadora. Nada dicen tampoco las directrices del Ministerio Fiscal sobre consideraciones vinculadas con la necesidad de adecuar el riesgo de reincidencia al grado de incoerción de la respuesta penal que se da en cada caso. Esto, no obstante, resulta comprensible si se tiene en cuenta que la incoerción puede conseguirse aquí sin intervención penal, simplemente autorizando la expulsión administrativa. Aunque cabe cuestionarse cuál es la responsabilidad de las autoridades que adoptan y autorizan la expulsión de personas con un riesgo delictivo alto sin informar a los países a los que se expulsa al extranjero.

3.4. Disfunciones referidas a la reparación de la víctima

Los intereses de los perjudicados como criterio para la determinación de la respuesta penal en la aplicación del art. 57.7. LOEX aparecen recogidos en la Circular 4/2006 como circunstancia excepcional que puede motivar la continuación del proceso penal en lugar de la regla general que es la autorización de la expulsión. Así, establece que los fiscales deberán sopesar los intereses de los perjudicados, en los supuestos en los que siendo el extranjero solvente y concurriendo perjuicios materiales relevantes, la expulsión pueda frustrar las legítimas expectativas de los perjudicados para obtener la reparación. Pese a ello, la revisión de las memorias de los fiscales delegados no permite encontrar referencias a la reparación de la víctima como criterio orientador que se esté utilizando por jueces ni por fiscales. Tampoco el análisis de los expedientes judiciales realizado en Málaga mostró interés alguno en esta cuestión pese a que la mitad de los casos tenían que ver con un delito que había generado una víctima directa.

En concreto, en los casos con víctima directa encontramos tres tipos de situaciones: a) casos en los que no consta ninguna referencia a necesidades de indemnización o responsabilidad civil, b) casos en los que durante la instrucción se había hecho referencia a la necesidad de valorar los daños o perjuicios de cara a una posible responsabilidad civil, pero en los que la autorización de la expulsión llega antes de la sentencia sin que, por tanto, llegue a haber ninguna resolución al respecto; y c) casos en los que la autorización llega después de la sentencia y en ella se había acordado algún tipo de indemnización para la víctima. Respecto de estos últimos, cabe llamar la atención específicamente sobre aquellos en los que se había reconocido derecho a indemnización, pero la autorización de la expulsión llegó antes de que la indemnización hubiera podido ser satisfecha, con lo que las legítimas expectativas de los perjudicados de obtener reparación quedaron frustradas y relegadas por los intereses de la política migratoria.

Algunos autores han planteado que en caso de que la autorización de la expulsión llegara sin haberse procedido a dicha reparación, el perjudicado por los hechos delictivos podría dirigirse contra el Estado Español para reclamar la satisfacción de los daños y perjuicios sufridos, por haberle privado de toda posibilidad de ver satisfecha su pretensión en la vía judicial (Córdoba Castroverde, 1998; Rodríguez Lainz, 2012). Además, cabe destacar que en ninguno de los casos analizados se produjo audiencia a la víctima antes de resolverse sobre la autorización de la renuncia o la continuación del procedimiento penal (requisito introducido por el reglamento de extranjería de 2004 en su art. 142 y reiterado por el reglamento de 2011 en su art. 247) y solo de forma excepcional se ofrece a la víctima la oportunidad para formular alegaciones (tal como la Circular de la FGE 4/2006 interpretó que puede cumplirse este requisito). Constatándose así una situación de olvido y desprotección en la que parecen quedar las víctimas de los delitos que se ven afectados por la aplicación del art. 57.7 LOEX, que resulta especialmente llamativa en un contexto como el actual, de consenso en la necesidad de reconocer el papel que juega la víctima en el conflicto penal, garantizando la efectiva protección de sus derechos (Fattah, 2014). Además, un sistema de renuncia penal que pretenda ser respetuoso con las necesidades de atención de las víctimas, debería tener presente además que la reparación de la víctima no ha de ser entendida en términos exclusivamente económicos (a menudo obstaculizada en su aplicación por la saturación de la Administración de justicia y por la insolvencia por los obligados al pago), sino que debe incluir también los diferentes mecanismos de justicia restaurativa con el objetivo de resolver el conflicto penal surgido con el delito (Daza Bonachela, 2014).

4. Conclusiones

A lo largo de estas páginas hemos revisado la previsión normativa incluida en la ley de extranjería que insta al juez penal a renunciar al *ius puniendi* cuando el sujeto encausado es un extranjero con una orden administrativa de expulsión pendiente de ejecución. La hemos contextualizado en el marco de la fusión entre política migratoria y política criminal que caracteriza la respuesta institucional actual a la delincuencia de extranjeros en situación irregular y hemos revisado sus potencialidades gerencialistas para mejorar la eficiencia de ese sistema. Sin embargo, tratándose de una manifestación aislada del principio de oportunidad reglada, hemos cuestionado la legitimidad de una respuesta penal diferenciada para los extranjeros y hemos apuntado la necesidad de que la respuesta penal se fundamente en criterios propios del derecho penal y no únicamente en el interés estatal de expulsar al extranjero. De lo contrario, el derecho penal estaría desempeñando funciones migratorias que no le corresponden y abandonando las propias. Con el objetivo de aportar elementos para la reflexión sobre en qué medida puede fundamentarse políticamente la renuncia penal en el caso de extranjeros expulsables, hemos tratado de valorar qué papel juegan los diferentes fundamentos penológicos contemporáneos (disuasión, retribución, rehabilitación, inocuización y reparación) entre los criterios con los que cuentan jueces y fiscales para orientar su resolución entre la renuncia penal y la continuación de forma individualizada a las circunstancias de cada caso.

La revisión de las directrices del Ministerio Fiscal, de la experiencia aportada por los fiscales delegados de extranjería en las memorias anuales y de las características de una muestra de expedientes judiciales en los que jueces y fiscales tuvieron que pronunciarse sobre la autorización judicial de una expulsión por la vía del 57.7 LOEX ha resultado una metodología útil para identificar un conjunto de disfunciones que, en los diferentes niveles, dificultan la posibilidad de fundamentar político-criminalmente este tipo de renuncia penal. En este sentido, el análisis de la aplicación del 57.7 LOEX revela que ni jueces ni fiscales está utilizando de forma coherente y suficiente criterios político-criminales en el ejercicio de su discrecionalidad. Fundamentalmente porque las decisiones se adoptan ignorando a) la motivación delictiva del sujeto extranjero, clave para los fines disuasorios, b) la gravedad y la naturaleza del delito según las circunstancias concretas de cada caso, clave para los fines retributivos, c) el riesgo delictivo, clave tanto para los fines rehabilitadores como los inocuidadores aunque con diferentes enfoques y d) los perjuicios ocasionados por el delito a las víctimas, clave para los fines reparadores. Por ello, cabe exigir a los operadores jurídicos que incorporen en sus decisiones criterios que permitan orientar los fines que le corresponden perseguir. La inacción penal basada únicamente en la excusa de la expulsabilidad del sujeto sobre el que se decide hace más que cuestionable su legitimidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Brandáriz García, J.A. (2014): “La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho* n. 2, 1-27.
- Brandáriz García, J.A. y Fernández Bessa, C. (2017): “Perfiles de deportabilidad: el sesgo del sistema de control migratorio desde la perspectiva de la nacionalidad”, en *Estudios penales y criminológicos* n. 37, 307-347.
- Cid Moliné, J. (2009): *La elección del castigo*. Barcelona, Bosch.
- Contreras Román, M. (2019): “La renuncia penal en favor de la expulsión administrativa. Análisis empírico de la aplicación del art. 57.7 de la Ley de Extranjería”, en *International E-journal of Criminal Sciences*, n. 13. Disponible en: <https://www.ehu.eus/ojs/index.php/inecs/article/view/21196> (acceso: 20 de noviembre de 2019).
- Córdoba Castroverde, D. (1998): “Consideraciones sobre la autorización judicial de expulsión como sustitutiva del proceso penal”, en *Tratado Práctico de los procesos de extranjería*. Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal, 407 y 408.
- Cugat Mauri, M. (2010): “La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros”, en Quintero Olivares, G. (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*. Navarra, Aranzadi.

Daza Bonachela, M.M. (2014): *Victimología hoy, derecho victimal europeo y español y atención a las víctimas de delitos en España*. Tesis doctoral inédita. Universidad de Granada.

Del Río Fernández, L.J. (1998): “Garantías en la detención y expulsión de extranjeros”, en *Revista General de Derecho* n. 640, 13-38.

Fattah, E. (2014): “Victimología: pasado, presente y futuro”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 33(1). Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-r2.pdf> (acceso: 20 de noviembre de 2019).

Fernández Bessa, C. y Brandáriz García, J.A. (2016): “Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* n. 4, 1-25.

Fiscalía General del Estado (1994): Circular 1/1994, de 15 de febrero, sobre intervención del ministerio fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España.

- (2001): Instrucción de la FGE nº 4/2001, de 25 de julio, específica sobre la autorización judicial de la expulsión de los extranjeros imputados en procedimientos penales.
- (2006): Circular 2/2006, 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.
- (2011): Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.
- (2006-2017): Memorias anuales. Especialidad Extranjería.

García España, E. (2016): “La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el CP de 2015 ¿de la discriminación a la reinserción?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 18(7). Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-07.pdf> (acceso: 20 de noviembre de 2019).

- (2017): “Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 19(15). Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-15.pdf> (acceso: 20 de noviembre de 2019).

Gimeno Sendra, V. (2016): El principio de oportunidad y el MF (1). *Diario La Ley* n. 8746.

Martínez Escamilla, M. (2008): “¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular?: un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10(6). Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-06.pdf> (acceso: 20 de noviembre de 2019).

- (2009): “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal. ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* n.3.

Monclús Masó, M. (2008): *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*. Tesis Doctoral. Departament de Dret Penal i Ciències Penals. Universitat de Barcelona.

Navarro Cardoso, F. (2006): “Expulsión «penal» de extranjeros: una simbiosis de derecho penal «simbólico» y derecho penal del «enemigo»”, en *Revista de Derecho penal y Criminología* n. 17, 153-182.

Pérez Pérez, J.J. (1994): “La expulsión del extranjero en el proceso penal”, en C. Picó Lorenzo (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial, Extranjeros*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

Rivera Beiras, I. (2005): *Recorridos y posibles formas de la penalidad* (vol. 8). Anthropos.

Rodríguez Lainz, J.L. (2012): “La posición jurídica del perjudicado frente a la autorización judicial de expulsión del artículo 57.7 de la Ley Orgánica de Extranjería”, en *Diario La Ley* n. 7767.

Rodríguez Yagüe, C. (2012): “El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 14(7). Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-07.pdf> (acceso: 20 de noviembre de 2019).

Stumpf, J. (2006): “The crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power”, en *American University Law Review* 56(2), 367-419.

Tomé García, J.A. (2015): “Autorización de expulsión prevista en el Art. 57.7 LOEx”, en M. Martínez Escamilla (coord), *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*. Colección Cuadernos Digitales de Formación. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 183-202.

Vecina Cifuentes, J. y Vicente Ballesteros, T. (2018): “Las manifestaciones del Principio de Oportunidad en el proceso penal español”, en *Derecho & Sociedad* n. 50, 307-323.

Von Hirsch, A., Bottoms, A., Burney, E., & Wikström, P. (1999): *Criminal deterrence and sentence severity. An analysis of recent research*. Oxford, Hart.