

SALINERO, Sebastián, “Recensión: TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *La expulsión de extranjeros en el Derecho penal*, Madrid: La Ley, 2012, 322 páginas. Polít. Crim. Vol. 7, N° 14 (Diciembre 2012), Rec. 2, pp. 489 - 491. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14R2.pdf]

Recensión: TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *La expulsión de extranjeros en Derecho penal*, Madrid, La Ley, 2012, 322 páginas.

Sebastián Salinero Echeverría*
Universidad de Talca
ssalinero@utalca.cl

En Chile, la recientemente publicada Ley N° 20.603, de 27 de junio de 2012, sobre modificación de la Ley N° 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, introduce en el párrafo tercero, denominado “De la regla especial aplicable a los extranjeros”, artículo 34, como pena, la expulsión de los extranjeros sin residencia legal en Chile, condenados a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo.

Sin duda, la mencionada norma encuentra su antecedente inmediato en el artículo 89 del Código penal español, el que regula la expulsión de los extranjeros no residentes legalmente en España, condenados a una pena privativa de libertad inferior a seis años (apartado 1°), o tratándose de aquellos condenados a cualquier pena privativa de libertad, en aquellos supuestos que el penado esté próximo o haya alcanzado el tercer grado penitenciario (apartado 5°).

Partiendo con estas líneas introductorias, y de la importancia de poder recurrir a la doctrina especializada para poder interpretar y aplicar adecuadamente este nuevo modelo de sanción alternativa, es que me toca recensionar la obra de la Dra. María Elena Torres Fernández, cuyo título manifiesta inmediatamente el punto de atención u objeto de estudio de la investigación: “La expulsión de extranjeros en derecho penal”. Se trata de un volumen de 322 páginas, sin duda el más extenso que conozca que se haya escrito sobre esta materia, que viene a superar desde esta perspectiva, al excelente trabajo de esta misma editorial, dirigido por Miguel Díaz y García Conlledo, denominado “Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal”.

Sin embargo, una investigación para que se precie de tal, no sólo debe atenerse a la cantidad páginas que la componen, sino y sobre a su contenido. Éste, es quizás el punto más importante de todo trabajo y el que inevitablemente marca el estudio de la autora, quien en esas fojas sistematiza todo el conocimiento que, desde el origen de la institución de la expulsión, se ha concentrado a estos días, y en particular hasta la modificación –de calado no menor- impetrada por la LO 5/2010 que la modifica en la esfera del Derecho penal, y la reconocida por la LO 2/2009 en el ámbito administrativo. Se recurre prácticamente a toda la bibliografía sobre la materia –o al menos la por mí conocida-, acompañada de uno de los grandes meritos de este trabajo, como es el hacer uso de una pertinente, no poca extensa y actualizada jurisprudencia proveniente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional Español, Tribunal Supremo Español y Audiencias Provinciales españolas. Sin embargo, el trabajo no se agota en la mera descripción de todo el conocimiento existente sobre esta cuestionada institución, sino que realiza diversas valoraciones en torno a ella, como la vacilante trayectoria legislativa que la ha

* Doctorando en Derecho de la Universidad de Lérida (España) y docente de la Universidad de Talca.

caracterizado. En un origen previsto como una facultad para el órgano jurisdiccional y luego, con las diversas reformas legales –incluida la del 2010–, con un carácter absolutamente preceptivo. Todo ello lleva a la autora, en un tono crítico, a sostener que es un conjunto final poco coherente en algunos aspectos. Empero, la crítica no acaba ahí, también entiende que el diseño legal de la expulsión, pareciera ocultar la contradicción existente entre los fines característicos del Derecho penal y el de reducción del número de extranjeros en situación irregular. Agregando que frente a ella, irrumpe la denominada categorización de ciertos grupos, en particular los inmigrantes, como generadores de delincuencia, y la respuesta penal al fenómeno se enmarca mediante instrumentos dirigidos a la prevención inocuizadora que se alejaría de los principios del Derecho penal más clásico.

En síntesis, el trabajo se construye en seis capítulos, incluidos su introducción, índice jurisprudencia y bibliografía.

En el segundo capítulo, que sigue al introductorio, el cual lleva por título “La expulsión de extranjeros en el ordenamiento jurídico español: modalidades relevantes para los fines del Derecho penal”, la autora aborda el significado de la expresión “expulsión de extranjeros” de acuerdo a la legislación española en vigor, conceptualizándola, cualquiera que sea la modalidad de que se trate, como “una salida coactiva del territorio nacional acompañada de la prohibición temporal de entrada en él”. También da cuenta, de la diferencia existente en la expulsión cuando se trata de una consecuencia en el Derecho administrativo y cuando es una de Derecho penal.

Por su parte, el capítulo tercero, inequívocamente el más extenso de la obra y que lleva por epígrafe “La expulsión de extranjeros en el Derecho penal”, asume la misión central de desentrañar la naturaleza jurídica de esta institución. Tarea del todo difícil, al tratarse de una materia que no genera muchos consensos en la doctrina especializada. Al respecto, existen tantas posiciones dogmáticas en torno a su naturaleza, como todos los supuestos legales de expulsión que la autora aborda en este capítulo. Así, se ocupa en un primer término de la expulsión prevista en el artículo 89.1 del Código penal, sustitutiva de la ejecución de penas impuestas inferiores a seis años de privación de libertad; enseguida trata la expulsión prescrita en el artículo 89.5 del mismo Código punitivo, referida a la sustitución del período de pena restante por cumplir, cuando el condenado alcanzó el tercer grado penitenciario o las tres cuartas partes de la pena; por otra parte analiza la expulsión consagrada en los artículos 96.3.2^a y 108 del Código penal, sustitutiva de medidas de seguridad; asimismo recoge la expulsión como regla de conducta durante el período de libertad condicional del artículo 90.2 del Código penal; posteriormente se ocupa de algunos supuestos administrativos con incidencia penal, como la autorización judicial de expulsión administrativa del artículo 57.7 de la Ley de Extranjería (en adelante LEX); así la causa de expulsión administrativa del artículo 57.2 de la LEX, esto es, haber cometido un delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año; y finalmente analiza la expulsión administrativa del artículo 57.8 de la LEX, o sea, aquellos casos de expulsión con posterioridad al cumplimiento de una condena.

En este mismo capítulo tercero, la autora aborda el fundamento de la expulsión de los distintos supuestos legales, a partir de las teorías de la pena y de las finalidades que efectivamente desempeña. Interesante al respecto, y sumamente crítico también, resulta el reducido efecto intimidatorio de prevención general de los destinatarios de la

expulsión, a propósito del supuesto previsto en el artículo 89.1 del Código penal, dado que la única carga negativa, que les puede ocasionar la comisión de un delito, no es más que el retorno a su país de origen, desde el cual pueden continuar con su actividad delictiva o intentar volver nuevamente a España u otro país de la Unión Europea. De esa manera, se puede deducir que los únicos intereses, más cercanos a la política criminal a los que puede servir eficazmente la expulsión es la descongestión de los centros penitenciarios. Situación que se produce con absoluta dejación de los fines propios del Derecho penal, como es la protección de bienes jurídicos. Todo ello no lleva a otra cosa que restar eficacia a los efectos de la prevención general y especial en la fase de imposición de pena y su ejecución.

Posteriormente, también en este capítulo tercero, la autora describe los elementos comunes a todas las modalidades de expulsión del Código penal. En particular hace suyos e intenta resolver los problemas interpretativos para concretizar conceptos relativos a qué se debe entender por extranjero, por la condición de no residente legal y si la expulsión es preceptiva o discrecional. Sobre este último punto, y pese a la voluntad del legislador de haber instaurado la expulsión de extranjeros en situación irregular con carácter preceptivo, la autora basada en una atingente jurisprudencia, y como ya lo había sostenido la mayoría de la doctrina, se inclina por la necesidad de un juicio de valor individualizado para constatar si concurren o no tales razones y hacerlas valer, derivando, en definitiva, en un margen para la decisión judicial.

Seguidamente, en el tantas veces mencionado capítulo tercero, la autora se ocupa del régimen legal de cada una de las modalidades de expulsión del Código penal y de los efectos del incumplimiento de la prohibición de entrada en España para los mismos supuestos. En relación a lo primero, se ocupa de analizar de manera pormenorizada los requisitos de cada uno de las modalidades de expulsión, como son la sustitución por la expulsión de toda la pena, de una parte de ella cuando estamos en etapa de ejecución y en el caso de una medida de seguridad. Igualmente, se revisa la inobservancia de la prohibición de entrada a España y los problemas que se generan, como el quebrantamiento de condena sobre la base del incumplimiento de la resolución de expulsión, y vinculado con lo anterior si el cumplimiento de la expulsión por el extranjero interrumpe o no la prescripción de la pena impuesta al delito, siendo temáticas a las que la autora pretende dar una respuesta, y que hasta ahora han sido escasas o poco tratadas.

Para terminar, el breve capítulo cuarto, que lleva por título “Los mecanismos de cooperación internacional en la ejecución penal”, hace una magnífica descripción de los convenios existentes –multilaterales y bilaterales– suscritos por España, sobre traslados de penados a sus países de origen para el cumplimiento de sus penas.

En resumidas cuentas, se agradece una obra como la de Torres Fernández. Su originalidad radica en ser capaz de sistematizar todo lo dicho en doctrina, con opinión por cierto, en torno a la expulsión de extranjeros en Derecho penal, con una mirada crítica, profunda y de lenguaje claro y directo. Tampoco es necesario compartir las opciones que asume la autora ni las propuestas que realiza para obtener de este libro una valiosa ganancia intelectual respecto de una institución incipiente en nuestra legislación y que probablemente generará buenos dolores de cabeza a los operadores que se desempeñan en nuestro sistema de justicia penal, siendo esta obra de gran ayuda en la tarea que a cada uno de los mismos les va a ocupar.