

Máster en Criminología y Ejecución Penal
Curso académico 2021-2022

Desafiando las expulsiones ‘cualificadas’
y el modelo de deportaciones de a través
del sistema penal en España.

Giulia Duch Clerici
Universitat Pompeu Fabra

Tutoras: María Contreras Román y Elena Larrauri Pijoan

BARCELONA, JUNIO 2022

DECLARACIÓN DE AUTORIA Y ORIGINALIDAD

Yo, Giulia Duch Clerici, certifico que el presente trabajo no ha sido presentado para la evaluación de ninguna otra asignatura, ya sea en parte o en su totalidad. Certifico también que su contenido es original y que soy la única autora, y que el trabajo no incluye ningún material anteriormente publicado o escrito por otras personas salvo en aquellos casos indicados a lo largo del texto.

Abstract

Este trabajo se centra en una de las manifestaciones de la creciente confluencia entre el derecho penal y el control migratorio: la construcción de las expulsiones de extranjeros delincuentes y peligrosos como una institución necesaria para la seguridad pública. En España, la política migratoria y las reformas legislativas de los últimos quince años apuntan a una reorientación del objetivo del dispositivo de expulsiones del inmigrante *ilegal* al extranjero *delincuente*, lo que el Ministerio del Interior define como una expulsión '*cualificada*'. Esta supuesta selectividad del sistema hacia los *delincuentes* es logísticamente útil, políticamente atractiva, y supone que estas expulsiones son más legítimas y justas que las deportaciones por mera estancia irregular.

El objetivo de este trabajo es doble. Por una parte pretende acercarse a la realidad práctica de las expulsiones '*cualificadas*' para entender si son realmente tan selectivas hacia los '*delincuentes*' como las presenta el Ministerio de Interior en sus informes. Por otra parte, cuestiona el principio fundamental de esta selectividad - que las deportaciones tienen que enfocarse en los extranjeros que el sistema penal ha identificado como '*delincuentes*'.

This article focuses on one of the manifestations of the growing confluence between the criminal system and immigration control: the construction of the deportation of criminal and dangerous foreigners as a necessary institution for public security. In Spain, the immigration policy and the legislative reforms of the last fifteen years point to a reorientation of the target of the deportation operative from the illegal immigrant to the criminal immigrant, what the Ministry of Interior defines as "qualified" deportation. This supposed selectivity of the system towards criminals is logistically useful, politically attractive, and supposes that these deportations are more legitimate and just than deportations for mere unlawful presence.

The goal of this paper is twofold. On the one hand, it tries to approach the practical reality of "qualified" deportations to understand if they are really as selective as the Ministry of Interior presents them to be in its reports. On the other hand, it questions the fundamental principle of this selectivity - that deportations should prioritize those non-citizens that the criminal system has identified as "criminal."

Title: Challenging 'qualified' deportations and the deportation model through the criminal system in Spain.

Sumario

1. Introducción	5
2. El desarrollo de la <i>crimmigration</i> y la priorización del ‘extranjero delincuente’	6
3. Regulación legal de la expulsión vinculada con el sistema penal en España	7
3.1. La expulsión judicial de extranjeros condenados a más de un año de prisión (art 89 CP).....	7
3.2. La expulsión administrativa por antecedentes penales (art 57.2 LOEx).....	7
3.3. La renuncia al proceso penal por la expulsión administrativa (art 57.7 LOEx)	8
3.4. La condición de ‘deportabilidad’	8
4. Análisis de los datos disponibles sobre las repatriaciones	10
4.1. La supuesta centralidad de las expulsiones ‘cualificadas’.....	10
4.2. La definición expansiva del término ‘cualificada’	11
5. Críticas al fundamento de la expulsión del ‘extranjero delincuente’	13
5.1. El riesgo de negar la criminalidad de los inmigrantes por completo.....	13
5.2. El efecto net-widening del sistema penal para el beneficio del control migratorio.....	14
5.3. Un sistema de control social que impacta de manera diferencial.....	14
5.4. ‘ <i>Eternal probation.</i> ’	15
6. Objetivos del estudio y metodología:	15
7. Resultados de las entrevistas exploratorias	16
7.1. Los criterios de los operadores jurídicos respecto a la expulsión judicial.....	16
7.2. Los criterios de los operadores jurídicos respecto a la expulsión administrativa.....	17
7.3. ¿Un sistema tan selectivo?.....	18
8. Conclusiones	20
Fuentes Citadas	21
A Bibliografía	
B. Legislación y Normativa	
C. Informes y Memorias Anuales	
Anexo 1. Datos para los gráficos	25
Anexo 2. Perfiles de los profesionales entrevistados	27

1. Introducción

En una visita al centro de internamiento de extranjeros de Zona Franca (CIE), en Barcelona, me encuentro a un joven marroquí, Karim¹, que lleva unos años viviendo en España. Saltó la valla y al llegar a Melilla recibió una orden de expulsión que nunca se llegó a efectuar. El joven consiguió llegar a península y se estableció en un pueblo de Cataluña, donde conocía a algunos amigos y donde ha creado vínculos con los servicios sociales del ayuntamiento y algunos vecinos locales. Los requisitos para la regularización de la situación administrativa son ya inasequibles para jóvenes como él sin arraigo familiar ni educación formal, y casi imposibles para el que ya tiene una orden de expulsión firme. Aún así, Khalid construye su proyecto de vida aquí, está aprendiendo castellano y, cuando puede, trabaja en la economía sumergida.

Pero a mil kilómetros de la playa en la que llegó, Karim no puede estar tranquilo. Las políticas de control migratorio no se limitan a las fronteras, sino que se extienden por todo el territorio y se enredan con las instituciones de control penal. La mera amenaza de una expulsión pesa sobre todo extranjero sin papeles, e incluso aquel que ya se ha regularizado, ya que un contacto con el sistema penal podría desencadenar un proceso de deportación. En el caso de Karim, el detonante de su expulsión llegó cuando la policía le detuvo hurgando en el centro de recogida de residuos municipales, y le acusó de robo. Al tener ya una orden de expulsión administrativa firme pendiente de ejecución el juez autorizó la renuncia al proceso penal por el robo del que le acusaban, y ordenó su internamiento en el CIE, desde donde probablemente será expulsado a Marruecos.

En España, la mera estancia en territorio sin autorización es sancionable con multa o con expulsión. En principio, para imponer la expulsión se debe motivar mostrando ‘elementos negativos’ o ‘agravantes’ que la justifiquen, aunque estos no quedan explícitamente definidos en la normativa. Uno de estos elementos puede ser haber sido detenido en el marco de la comisión de un delito o tener antecedentes penales (Instrucción 11/2020). De esta forma, el Ministerio de Interior presenta el dispositivo de deportaciones como un instrumento selectivo, enfocado en ejecutar aquellas expulsiones que califica como ‘cualificadas’ por estar vinculados con el sistema penal, frente a aquellas que sancionan la mera estancia irregular (Interior, 2009). Otros países han visto una priorización similar de sus dispositivos de deportaciones hacia los inmigrantes ‘delincuentes’, lo cual unido a la criminalización de actividades relacionadas a la entrada irregular, ha conllevado una confluencia entre el derecho penal y el control migratorio para el que Juliet Stumpf acuñó el neologismo ‘*crimmigration*’ (2006).

El objetivo de este trabajo es doble. Por una parte pretende acercarse a la realidad práctica de las expulsiones ‘cualificadas’ para entender si son realmente tan selectivas hacia los ‘delincuentes’ como las presenta el Ministerio de Interior en sus informes. Por otra, cuestiona su principio fundamental: que este tipo de retornos son una institución necesaria para garantizar la seguridad pública. Para ello, primeramente se introduce la regulación legal en España para deportar a un extranjero en contacto con el sistema penal, y después se analizan los datos disponibles sobre este tipo de expulsiones en los últimos 15 años. A continuación, se exhiben las críticas que la literatura ofrece a esta priorización del ‘extranjero delincuente.’ Por último, se presentan los resultados de entrevistas exploratorias con profesionales de derecho penal y de extranjería y se señalan algunas conclusiones.

¹ Nombre y detalles identificadores cambiados por privacidad.

2. *El desarrollo de la crimmigration y la priorización del ‘extranjero delincuente’*

Antes de que Juliet Stumpf acuñara el término (2016), otros autores ya habían escrito sobre la tendencia hacia la gestión de la migración a través de la penalidad (Kanstroom, 2000; Miller, 2003; Calavita, 2003). En esta convergencia encontramos por un lado las medidas del sistema penal que criminalizan la migración en sí (ej. tipificando la entrada irregular como delito) o que endurecen las penas por actividades vinculadas (ej. como favorecer la inmigración clandestina, o usar documentos falsificados), y por otro lado las medidas de control migratorio relacionadas con la exclusión de aquellos extranjeros que cometen delitos. Es decir, por un lado vemos consecuencias penales cada vez más duras por infracciones migratorias, y por otro consecuencias migratorias cada vez más duras por infracciones penales. Si bien hay muchas conexiones entre ambas manifestaciones de *crimmigration*, este trabajo se centra en la segunda parte, las consecuencias cada vez más graves que puede tener para los inmigrantes el contacto con el sistema penal.

En Estados Unidos, el viraje hacia la *crimmigration* coincide con el punitivismo de las políticas criminales de los años ochenta y noventa. Miller lo sitúa en contexto de *‘the new penology’* (Feeley y Simon, 1992) que caracterizó la política criminal de estos años: se aleja del objetivo de normalizar a los delincuentes hacia el objetivo de gestionarlos. Miller teoriza que de la misma manera que el sistema penal se alejaba de los objetivos de la lucha de los derechos civiles y del ideal de la rehabilitación, los objetivos del control migratorio también se redefinieron, alineándose más a los del nuevo sistema penal: gestionar poblaciones ‘peligrosas’. (Miller, 2003:654).

Las reformas a nivel jurídico de los ochenta y noventa para expulsar a extranjeros que han sido condenados por un delito permitieron que, después de los ataques del 11 de septiembre 2001, el gobierno estadounidense pudiera utilizar el control migratorio como una de las armas más importantes en su *war on terror*. (Miller, 2003). El hecho que se transfieran las funciones de gestión de la inmigración al nuevo *Department de Homeland Security*, cuya misión central es la lucha contra el terrorismo, muestra como se arraiga en la mente colectiva la percepción de que el control migratorio es claramente una herramienta de seguridad nacional (Legomsky, 2007). Como la deportación ‘administrativa’ tiene menos barreras procesales que una condena penal, la ley de inmigración se utilizó para detener y deportar sin muchas garantías a todos aquellos extranjeros presuntamente involucrados en terrorismo (Stumpf, 2006).

En el Reino Unido, la *crimmigration* aparece más fuertemente después de un episodio mediático en el 2006 - justo después de los atentados en el metro de Londres - en el que se hace público el hecho que los extranjeros no suelen ser deportados cuando terminan una condena. Mary Bosworth explica que en aquel momento la normativa ya preveía que los extranjeros no comunitarios condenados a más de un año de prisión podían ser deportados al terminar la condena, pero no había mucha cooperación entre los servicios penitenciarios y los oficiales de migración. Fue a partir de esa presión mediática que empezó a crecer la interdependencia entre las dos agencias, priorizando la deportación de los extranjeros condenados, y enmarcando la política migratoria como un asunto de protección pública (Bosworth, 2011; Hasselberg, 2014).

De manera similar, en España la expulsión relacionada con el sistema penal queda plasmada en el ordenamiento jurídico (expulsión penal en Código Penal del 1995, expulsión por antecedentes en LO 8/2000). De esta forma, la policía, los órganos judiciales y la administración penitenciaria ya podían desempeñar el papel del control migratorio (Monclús Masó, 2006).

El discurso contra los ‘delincuentes’ empieza a ganar importancia a partir de la crisis económica del 2008. Fernández Bessa y Brandariz García analizan la tendencia hacia la *crimmigration* con un enfoque propio de la economía política del castigo. Sitúan el *giro hacia lo punitivo* del Ministerio de Interior en el contexto de la crisis. Señalan como la reorganización eficientista del sistema, de hacer más con menos, conlleva que sea necesario ser más selectivo en sus deportaciones, enfocando el dispositivo en las personas que tienen contacto con el sistema penal. Por una parte, este enfoque es logísticamente más efectivo, ya que su contacto con el sistema penal significa que el estado ya tiene cierto control sobre ellos. Cuando hay un ferry o vuelo fletado por FRONTEX para repatriaciones, se puede localizar y deportar a los sujetos más fácilmente si ya están en centros penitenciarios o supervisados por estar cumpliendo alguna medida penal alternativa. Por otra parte, el discurso de que las expulsiones son por motivos penales o securitarios legitima estas prácticas ante el público (Fernández Bessa y Brandariz García, 2016).

3. Regulación legal de la expulsión vinculada con el sistema penal en España

Una vez expuesto el marco global, se presenta el caso español. Se exponen las tres vías previstas en el ordenamiento jurídico para llevar a cabo la expulsión de un extranjero vinculado con el sistema penal.

3.1. La expulsión judicial de extranjeros condenados a más de un año de prisión (art 89 CP)

El Código Penal prevé que las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero - tanto en situación irregular como regular - sean sustituidas por su expulsión (art 89.1 CP). Las penas serán sustituidas íntegramente salvo en aquellos casos en que el juez valore necesario acordar parte de la ejecución de la pena en territorio (no más de $\frac{2}{3}$). En caso que la pena sea de más de cinco años de prisión o haya varias penas que juntas excedan esa duración, la pena se ejecutará total o parcialmente y se sustituirá el resto de pena por la expulsión (art 89.2 CP). En todos los casos, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión en cuanto el penado acceda al tercer grado o la libertad condicional (art 89.1 y 89.2 CP). Una vez expulsado, el extranjero tiene una prohibición de entrada de cinco a diez años (art 89.5 CP).

El artículo prevé que ‘no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las circunstancias personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.’ aunque no hay estudios empíricos sobre cuanto llega a individualizarse la pena.

La sustitución de la pena por la expulsión se introduce en el reglamento español en el Código Penal del 1995. La última reforma en el 2015 introduce un cambio significativo: la expulsión judicial pasa a ser aplicable a todos los extranjeros independientemente de su situación de residencia, incluyendo extranjeros comunitarios (García España, 2016). Este cambio no conlleva un aumento de expulsiones judiciales, ya que la reforma también limitaba la sustitución a aquellas penas mayores de 1 año y añadía la cláusula sobre la necesidad de valorar el arraigo y considerar la proporcionalidad (Memoria Fiscalía, 2020:III.4.). Pero sí demostró un cambio significativo en el discurso político sobre las expulsiones, presentándolas como una medida que controla y sanciona al extranjero no tanto por la legalidad de su estada sino por su supuesta peligrosidad.

3.2. La expulsión administrativa por antecedentes penales (art 57.2 LOEx)

Como señala García España (2016) la sustitución de la pena no puede considerarse individualmente porque la Ley de Extranjería hace que sobre todo extranjero no comunitario que haya sido condenado por un ‘delito

sancionado con pena privativa de libertad superior a un año' pese la posible expulsión por antecedentes penales (art. 57.2 LOEx). Todos los extranjeros no comunitarios, tanto aquellos que no habían conseguido regularizar su estancia como aquellos que ya tenían permisos de residencia, van a encontrarse que a la hora de renovar su permiso o tratar de regularizarse, el descubrimiento de tales antecedentes penales activará la revocación o denegación de su permiso y una orden de expulsión con posible prohibición de entrada (art 57.2 y 58.1 y 58.2 LOEx). Aunque el juez hubiera atendido a sus circunstancias de arraigo en el momento de la sentencia y hubiera decidido que la expulsión no era proporcional bajo los criterios justificadores del castigo, el extranjero podría acabar siendo expulsado de todas formas al terminar su condena, al terminar libertad condicional, o más adelante cuando trate de renovar su permiso de residencia o regularizar su estancia.

3.3. La renuncia al proceso penal por la expulsión administrativa (art 57.7 LOEx)

El ordenamiento jurídico español incluye otra medida para poner en marcha la expulsión administrativa de un extranjero que tiene contacto con el sistema penal. El artículo 57.7 LOEx permite que el juez autorice la renuncia al proceso penal por la expulsión en casos que el extranjero ya tenga una orden administrativa de expulsión. En este caso la expulsión no es sustitutiva de la pena sino que sustituye el proceso penal en sí. La renuncia al proceso será autorizada en casos de delitos o faltas para los que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza. Esto quiere decir que se puede renunciar al proceso penal por la expulsión en casos en los que no hubiera sido posible la sustitución (89 CP).

Esta renuncia al proceso sólo puede aplicarse cuando el extranjero ya tenga una orden administrativa de expulsión, pero hay que tener en cuenta que Extranjería puede incoar un expediente de expulsión en pocos días bajo notificación de la policía si la persona está en situación irregular. Además, las personas pueden perder su permiso durante el periodo en que se está tramitando el proceso penal. (Contreras, 2020).

Cabe remarcar que en estas situaciones el juez penal no impone la expulsión como sanción por el delito sino que simplemente permite que la administración lleve a cabo sus deberes haciendo cumplir la normativa de extranjería. El juez puede, de forma motivada, no autorizar la expulsión del extranjero para continuar con el proceso penal cuando aprecie que es necesario que el sospechoso esté presente en el juicio (ej. cuando el sospechoso es importante para la instrucción) y que pague su responsabilidad penal (ej. en casos de delitos graves o cuando existe una víctima que tiene que ser reparada). En autorizaciones de renuncia al proceso, el juez no debe entrar en el análisis de cuestiones como el arraigo o los hechos que fundamentan la orden de expulsión administrativa del extranjero, ya que esto es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. (Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006).

3.4. La condición de 'deportabilidad.'

En el caso de Karim, el detonante de su expulsión fue la acusación de robo en el centro de recogida de residuos. La policía vió que tenía una orden de expulsión pendiente de ejecución y solicitó que el juez autorizara la renuncia al proceso penal. Si hubiera llegado a juicio, sin ningún antecedente previo, con una defensa adecuada y con el apoyo de su comunidad, probablemente no se le habría impuesto una pena lo suficientemente grave como para considerar sustitución por expulsión. Con su arraigo social y la gravedad del delito, tampoco sería proporcional. Pero aún que el juez no hubiera acordado la expulsión, si Karim hubiera acabado cumpliendo un tiempo en prisión podría acabar con una expulsión administrativa por antecedentes penales y un vehículo policial esperándolo en la puerta al salir.

La expulsión administrativa por mera estancia irregular (art. 53.1a LOEx) pesa sobre todo extranjero sin permiso de residencia en todo momento. Aún así, *la amenaza deviene mucho más tangible cuando existe cuando el extranjero se encuentra en contacto con el sistema penal*. El siguiente cuadro muestra como para un extranjero en situación irregular, la expulsión puede ser consecuencia de ser imputado o condenado por cualquier tipo de delito. La expulsión también puede ser consecuencia de ser condenado por ciertos delitos para aquellos que ya han conseguido regularizarse y hasta para los comunitarios en ciertos casos. Esto supone que los extranjeros se encuentren en una constante situación de control, pues una desviación de las normas puede tener consecuencias significativamente más severas para ellos que para los nacionales del país.

	57.7 LOEx Renuncia al proceso	89 CP Expulsión judicial	57.2 LOEx Antecedentes penales
Pena no privativa de libertad	X extranjeros irregulares		
Pena privativa menos 1 año	X extranjeros irregulares		
Pena 1-5 años	X extranjeros irregulares	X* extranjeros irregulares extranjeros con permiso algunos comunitarios	X extranjeros irregulares extranjeros con permiso
Pena más de 5		X** extranjeros irregulares extranjeros con permiso algunos comunitarios	X extranjeros irregulares extranjeros con permiso

*sustitución íntegra o parcial, ** sustitución parcial (art 89.2 CP)

Es importante señalar que aunque el cuadro muestra que la expulsión podría ser consecuencia en muchos casos, el número de expulsiones sigue siendo bajo relativo a todos los extranjeros reclusos en los centros penitenciarios españoles. En el 2019 por ejemplo, había unos 50 mil extranjeros en prisión² y sólo hubo menos de 5 mil expulsiones.³ Se expulsa a un número muy pequeño de los que están en situación irregular y menos de un tercio de las personas que tienen. Las deportaciones que se consiguen responden a criterios logísticos como la facilidad de la deportación, o convenios internacionales (Fernández Bessa y Brandariz García, 2016; Garcés Mascareñas y Arnal Dimas, 2017) más que a la proporcionalidad del castigo.

Pero la mera amenaza, el hecho que por un contacto con el sistema penal te pueden expulsar, supone un miedo e incertidumbre constante. Nicholas De Genova (2002) subraya que el daño del sistema de expulsiones sobre este colectivo no es la expulsión sino la mera amenaza, lo que él denomina la *deportabilidad*. Esta deportabilidad le sirve al estado para crear ciudadanos dóciles, víctimas de la explotación laboral, que evitan el espacio público, ni se involucran políticamente (González Sánchez, 2019).

² Ministerio del Interior Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Informe General 2019.

³ Defensor del Pueblo. Anexo 2. Datos estadísticos de interés para la privación de libertad de media duración. Centros de internamiento de extranjeros.

4. Análisis de los datos disponibles sobre las repatriaciones

Después de exponer la regulación legal de estas medidas para la expulsión de ‘delincuentes’, se presenta un análisis de los datos disponibles para acercarnos preliminarmente a la realidad práctica de las expulsiones cualificadas.

4.1. La supuesta centralidad de las expulsiones ‘cualificadas’

El concepto de expulsión ‘cualificada’ se introduce por el Ministerio del Interior en el *Balance de la lucha contra la inmigración irregular* del 2009. Inicialmente se definen como ‘cualificadas’ aquellas repatriaciones « *de delincuentes extranjeros con numerosos antecedentes penales y/o judiciales, vinculados con terrorismo, bandas organizadas, violencia de género o cualquier otro hecho delictivo de especial gravedad que supone una amenaza para la seguridad pública* » (Interior, 2009).

Los datos muestran como el número total de repatriaciones forzosas va menguando pero el porcentaje de expulsiones que se consideran cualificadas va aumentando, lo que supone un sistema más selectivo y eficaz.

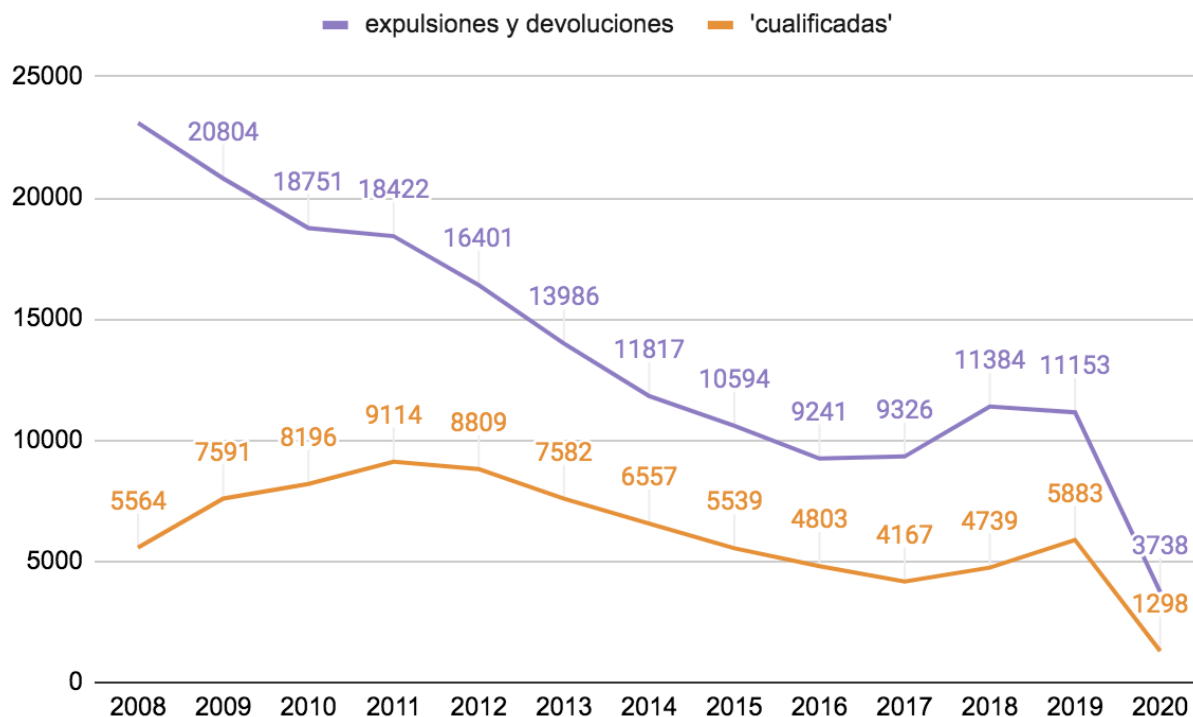


Gráfico 1: Repatriaciones forzosas (expulsiones y devoluciones) y número de ellas que son ‘cualificadas.’ Fuentes: Balances del Ministerio de Interior 2008-2016 e Informes del Defensor del Pueblo 2017-2020.

Sin embargo, los datos que el ministerio comparte con el Defensor del Pueblo y que se publican en sus informes anuales muestran que la mitad de las expulsiones siguen siendo por motivo de mera estancia irregular y que las expulsiones penales dictadas por un juez (art. 89 CP) o por antecedentes penales (art. 57.2 LOEx) casi nunca llegan ni al 40%.

Boza Martínez señala « mientras que los datos publicados por el Ministerio del Interior al respecto señalaban que un 85% de las expulsiones ejecutadas eran de este subtipo [cualificadas] la realidad de las estadísticas que ha ofrecido el propio Ministerio del Interior pone de relieve que *las expulsiones que se estaban ejecutando lo eran, esencialmente, por estancia irregular* [subrayado añadido] » (2019:313).

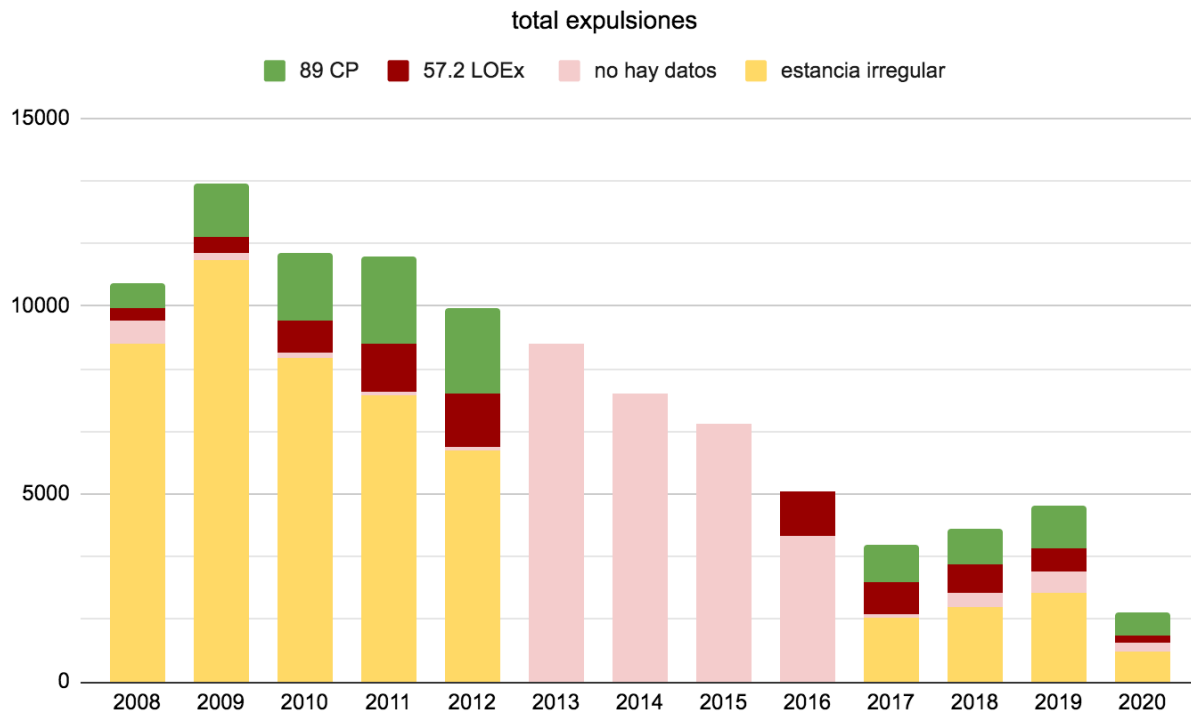


Gráfico 2: Expulsiones por motivo. Fuentes: Fernández Bessa y Brándariz García, (2016) y los informes del Defensor del Pueblo (2018-2020).

4.2. La definición expansiva del término ‘cualificada’

Para explicar la brecha entre el alto número de expulsiones que el Ministerio considera ‘cualificadas’ y el bajo número de expulsiones judiciales (89 CP) o por motivos de antecedentes penales (57.2 LOEx), hay que tener en cuenta como, a lo largo de los años después de la introducción del término ‘cualificadas,’ se va expandiendo progresivamente su definición. Con la entrada al gobierno central del Partido Popular en el 2012 vemos que la definición desaparece de los balances, y al cabo de unos años reaparece englobando muchos más casos: «*extranjeros reincidentes, autores de hechos de especial violencia o gravedad, terroristas, presos a los que se les sustituye la pena, están en prisión preventiva o concluyen su condena*’ » (Interior, 2015).

Además, notamos que a partir del 2017 el número de repatriaciones ‘cualificadas’ supera el número total de expulsiones. Mientras al principio ‘cualificadas’ se utilizaba por definir expulsiones solamente, a partir del 2014 engloba también las devoluciones « *con antecedentes penales o policiales, no procedentes del ámbito penitenciario, de ciertas plantillas en el sur del país, así como las que se han ejecutado por contravenir una prohibición de entrada*’ » (Defensor del Pueblo 2018).⁴

⁴ Las devoluciones son aquellas repatriaciones que se producen como respuesta a (1) un intento de entrada irregular (en casos en que los extranjeros son interceptados en la frontera o en sus inmediaciones pero fuera de puestos fronterizos habilitados) o (2) a un extranjero que se encuentra dentro del territorio después de haber sido expulsado anteriormente con una previa orden de expulsión con prohibición de entrada. Contrariamente a las expulsiones, las devoluciones no precisan expediente de expulsión, aunque sigue siendo necesario que se protejan los derechos como el acceso a un intérprete, a la asistencia letrada, y a presentar una solicitud de protección

Este cambio en la contabilización también contribuye a expandir el concepto de ‘cualificada’. Al incluir devoluciones por prohibición de entrada se pueden incluir aquellas devoluciones a personas que vuelven a entrar o intentar entrar sin autorización antes de que transcurra el período de prohibición de entrada después de una expulsión. Una expulsión que inicialmente podría no haber sido cualificada.

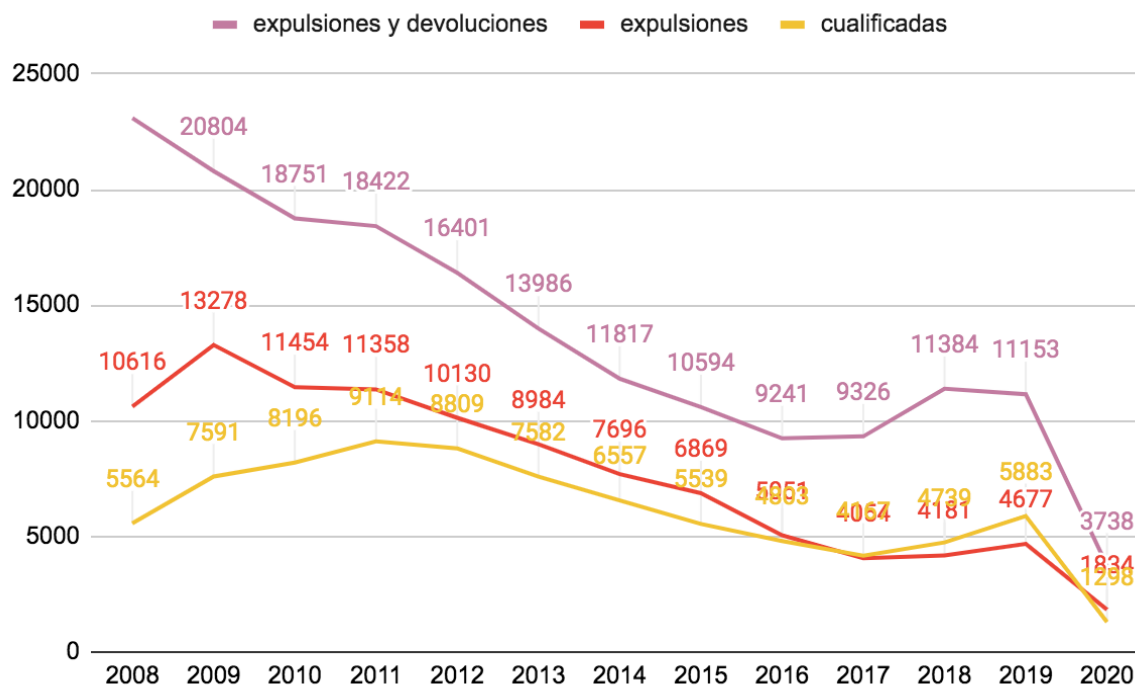


Gráfico 3: Devoluciones y expulsiones, y número de cualificadas. Fuentes: Balances del Ministerio de Interior 2008-2016 e informes anuales del Defensor del Pueblo 2017-2020.

La introducción del antecedente policial en la definición de ‘cualificada’ es particularmente llamativo ya que los antecedentes policiales no requieren una condena y pueden reflejar casos tan diversos como detenciones que no llegan a juzgados, denuncias sobreesridas, o sentencias absolutorias (Larrauri, 2016). Añadir antecedentes policiales en la definición ensancha el colectivo de extranjeros que podría caer dentro del término ‘cualificados.’ Además, la policía tiene autorización para detener a un extranjero exclusivamente por su condición irregular, lo que supone que una persona podría ser detenida por estar sin papeles y luego expulsada como ‘cualificada’ por este mismo antecedente policial (Larrauri, 2016; Fernández Bessa y Brandariz García, 2016).

Finalmente, los datos muestran que el número de personas que se consigue repatriar desde los centros de internamiento de inmigrantes es mucho más bajo del total de repatriaciones, apuntando a que se expulsa mayoritariamente desde otros lugares. (Fernández Bessa y Brandariz, 2016; Defensor del Pueblo 2015-2020; Servicio Jesuita a Migrantes 2019-2020). Estas expulsiones que no pasan por CIE son lo que algunos investigadores llaman ‘expulsiones exprés;’ procedimientos mediante los cuales se detiene al extranjero y se ejecuta la expulsión desde las dependencias policiales en menos de 72 hr, sin que un juez tenga que autorizar el

internacional. Aún así se han documentado incontables casos en los que se han vulnerado estos derechos, llevando a organizaciones sociales, organismos internacionales y académicos de hablar de ‘devoluciones en caliente’ en estos casos (Fernandez Pérez, 2014; Martínez Escamilla, 2014; Martínez Escamilla y Sánchez Tomás, 2015; Barbero, 2018; Iridia y Novact, 2020). No queda claro cuántas de estas devoluciones ‘en caliente,’ que podrían incluir asilados y menores, son contabilizadas en los datos que comparte Interior.

internamiento (Fernández Bessa y Brandariz García, 2016; García España, 2017; Barbero, 2018). Las ‘expulsiones exprés’ se hacen sin control judicial y casi siempre sin garantizar actuación letrada (Barbero, 2018), y no quedan registradas en informes públicos, lo que contribuye a la opacidad.

5. Críticas al fundamento de la expulsión del ‘extranjero delincuente’

Al presentar los datos disponibles sobre las llamadas expulsiones ‘cualificadas’ nos preguntamos de dónde salen todas estas expulsiones ‘por mera estancia irregular.’ Surgen dudas sobre esa supuesta ‘selectividad’ del dispositivo hacia los ‘extranjeros delincuentes.’

Al mismo tiempo, nos preguntamos, *¿por qué preocupa, tanto al Ministerio como a académicos como a los defensores de inmigrantes, esta ‘selectividad’? ¿Por qué está tan arraigado en nuestra mente colectiva que migrar es un privilegio - y no un derecho - que puede ser revocado por infracción a las normas? ¿Por qué consideramos que la sanción del derecho penal en sí no es suficiente castigo para alguien de fuera?*

Hasta ahora, hemos presentado datos y críticas sobre estas prácticas *crimmigratorias* que advierten que podría estar deportando menos ‘extranjeros delincuentes’ y más ‘inocentes’ de lo que presenta. Ahora presentamos las críticas al fundamento de esta priorización hacia el ‘delincuente’ en sí. Revisamos las reflexiones que ha aportado la literatura a este debate.

La deportación de los inmigrantes sospechosos, condenados y ex-condenados es una práctica política e ideológicamente atractiva, aceptada generalmente en todo el espectro político como necesaria para mantener la credibilidad y legitimidad del estado, sus fronteras, y sus leyes de inmigración.

Mientras la expulsión por mera estancia irregular ha sido centro de controversia, la expulsión de los condenados no está sujeta al mismo escrutinio, dejando este colectivo con pocos defensores. (Kanstroom, 2000; Stumpf, 2006; Bosworth, 2011; García España, 2017; Cuauhtémoc García Hernández, 2021). Incluso entre los activistas de derechos de inmigrantes, existe una resignación que si hay que haber deportaciones, deberían limitarse solo a aquellos extranjeros que el sistema penal ha adjudicado como ‘delincuentes’ (Cházaro, 2016).

El famoso discurso del Presidente Obama respecto a los objetivos de la política migratoria de su administración es un ejemplo claro. Anuncia que seguirán enfocando los recursos para expulsar a « *Felons, not families. Criminals, not children.*⁵» Pero esto no tiene en cuenta que las personas con un delito grave pueden perfectamente tener familias, y que los criminales pueden, y a menudo son, menores.

5.1. El riesgo de negar la criminalidad de los inmigrantes por completo.

Angélica Cházaro señala que negar la criminalidad de los extranjeros y mostrarlos como solamente ‘inmigrantes trabajadores’ puede contribuir al problema. « En lugar de montar una serie interminable de defensas contra el mito de la criminalidad inmigrante, los académicos y defensores harían bien en comenzar a montar una defensa decidida del extranjero criminal» (2016:659).

⁵ Archivos de President Barack Obama’s White House disponibles en: <https://obamawhitehouse.archives.gov/issues/immigration/strengthening-enforcement>

Por una parte, evoca el discurso de *'felons, not families'* y nos recuerda que tales binarios no existen. Como en toda población, hay inmigrantes que cometen delitos, incluso delitos que causan un daño social real y directo, pero esto no debe excluirlos de un castigo individualizado y proporcional, con todas las garantías procesales que le pertocan.

Por otra parte, nos recuerda que la defensa del 'extranjero criminal' implica iluminar las maneras en las que el sistema penal actúa desproporcionadamente sobre ciertos colectivos. No se pueden considerar las consecuencias desproporcionadas que tiene el contacto con el sistema penal sobre un extranjero sin tener en cuenta el impacto desproporcionado que tiene el sistema penal sobre los extranjeros, en especial aquellos que pertenecen a minorías étnicas o raciales.

5.2. El efecto *net-widening* del sistema penal para el beneficio del control migratorio.

Desde el Ministerio del Interior se aporta la imagen de que la expulsión cualificada recae mayoritariamente sobre extranjeros peligrosos, aunque, como señala García España (2017) y como vimos en el apartado anterior, en esa definición entran conceptos tan dispares como terroristas y presos en preventiva antes de un juicio.

Hay que tener en cuenta que « *la delincuencia es creada tanto por la conducta de personas individuales que hacen lo que la ley prohíbe como por el proceso político que prohíbe ciertas actividades*» (Cuauhtémoc García Hernández, 2021:114).

La tendencia a deportar 'delincuentes' puede incentivar la criminalización de conductas típicas de los extranjeros para el beneficio de las políticas migratorias. Un caso claro de esta práctica en España es el endurecimiento de las penas relacionadas con el *top manta*, una actividad de la que sobreviven muchos extranjeros en situación irregular, que llegó a incorporar la pena de prisión para la 'comercialización ambulante,' (Martínez Escamillas, 2009; García España, 2017; Contreras, 2020). Otro ejemplo es la tipificación penal de promover la permanencia irregular en España de un extranjero o favorecer la inmigración regular (Martínez Escamillas, 2009).

5.3. Un sistema de control social que impacta de manera diferencial.

En todas las democracias occidentales se ha visto una disparidad en la manera en que el sistema de control social vigila y castiga a ciertos colectivos. Los datos muestran que los inmigrantes están sobrerrepresentados en los centros penitenciarios en EEUU, UK y España, a pesar de la evidencia que no cometen más delitos que la población autóctona (Wacquant, 1999; Monclús Masó, 2006; Bosworth, 2011; Cházaro, 2016; García España, 2017, Ruíz y López Riba, 2020).

Aparte de un sesgo en las conductas tipificadas penalmente en el Código Penal, existe también una disparidad en cómo se supervisa y se hacen cumplir estas normas de convivencia. Un estudio en España que destaca la distribución desigual de recursos policiales y el uso de perfilamiento racial en identificaciones policiales encuentra que las las personas inmigrantes de origen magrebí son identificadas 7,5 veces más que las personas que tienen apariencia caucásica europea, y los afro-latinoamericanos 6,5 veces más (García Añón et al, 2013:29). Como señala Cházaro, « dada su dependencia del sistema penal, la producción de 'delincuentes extranjeros' se da según criterios de raza, clase y otros vectores de vulnerabilidad social» (2016:598).

5.4. *Eternal probation.*

El hecho de que la expulsión no sea solamente una amenaza para los extranjeros en situación irregular, sino que pese sobre aquellos que están en situación regular (incluso los comunitarios) si cometen una infracción penal, supone una profunda extensión del control social sobre todos los extranjeros.

El impacto de una condena y de tener antecedentes penales tiene efectos devastadores para un extranjero en comparación con los que puede tener sobre un nacional (Larrauri, 2016). El extranjero se encuentra en una situación de *eternal probation*, o *eternal guest* (Kanstroom, 2000) y tiene una membresía ‘probatoria’ en la sociedad que le recibe (Stumpf, 2006).

Además, el foco sobre el ‘extranjero delincuente’ sigue reforzando connotaciones negativas en torno a la inmigración. Las palabras de Abdelmalek Sayad dejan clara esta consecuencia: « cualquier juicio que involucra a un inmigrante delincuente pone a prueba el proceso mismo de la inmigración, primero como una *forma* de delincuencia en sí misma y segundo como una *fuentes* de delincuencia » (1999:282).

Es decir, « todo comportamiento del inmigrante, y especialmente el comportamiento desviado, repercute en el propio fenómeno de la inmigración y conduce a una mayor desaprobación, una mayor descalificación y una mayor estigmatización » (1999:283).

6. *Objetivo de estudio y metodología*

A través de entrevistas exploratorias a profesionales de derecho penal, penitenciario y de extranjería que trabajan con extranjeros, el estudio pretende acercarse a la realidad práctica de las expulsiones vinculadas con el sistema penal en España.

El objetivo es conocer los criterios que se utilizan en las decisiones sobre las expulsiones, entender la operacionalización de las expulsiones a través del sistema penal, y cuestionar si el dispositivo es realmente tan selectivo hacia los ‘delincuentes’ como se presenta. Las entrevistas son exploratorias y no pretenden extrapolar conclusiones sino incitar áreas de futura investigación.

Se han realizado ocho entrevistas, a seis abogados de defensa o de extranjería (A1-A6), una con un juez de lo penal (JP), y una con la Fiscal Delegada de Extranjería en Barcelona (FDE). Los perfiles anonimizados de los entrevistados se pueden ver en el Anexo 2.

Mi expectativa es que las expulsiones no son tan selectivas hacia extranjeros ‘criminales’ como se presentan, y que, por la manera en la que se llevan a cabo, no son ni tan individualizadas ni garantistas como deberían ser. Aunque el legislador motiva las medidas con criterios incapacitadores, preventivos o retributivos, mi hipótesis es que los jueces y la Fiscalía se basan en criterios logísticos sobre la factibilidad de la deportación más que en lógicas punitivas sobre la justificación de la pena.

7. Resultados de las entrevistas exploratorias

7.1. Los criterios de los operadores jurídicos respecto a la expulsión judicial: déficit de información sobre el arraigo, un espíritu punitivista, y expulsiones que no se materializan.

Los entrevistados coinciden que la dinámica de la Fiscalía es solicitar siempre la expulsión como sustitución de la pena cuando el imputado sea extranjero y la expulsión sea factible materialmente (A1, A4, A5, A6 y FDE), aunque en el juicio oral no se aplica de forma automática y se valora el arraigo.

Sin embargo, en todas las entrevistas, incluyendo con el juez y la Fiscal, destacan un *déficit de información sobre elementos de arraigo a la hora de tomar esta decisión*. Aparte de lo que aportan las propias defensas de los investigados, lo único que consigue la Fiscalía es información sobre la situación administrativa de la Brigada provincial de extranjería del Cuerpo Nacional de la Policía. Una de las abogadas entrevistadas cree que en los casos en que la defensa no aporta información, el juez se olvida del arraigo y empieza con la asunción que no hay arraigo. (A6)

Para la decisión de si imponer una pena íntegra o parcial (en penas menores de 5 años) se considera sobre todo la gravedad del delito, la responsabilidad penal y la existencia de perjudicados. En Barcelona, los abogados entrevistados notan cierto espíritu punitivo de parte de los jueces a hacer cumplir la pena (A1, A4, A5). El juez muestra una similar filosofía en la que pesa más la responsabilidad penal que el control migratorio, comentando que

« a veces incluso el hecho de expulsarlo la gente no entiende, la que es la víctima no entiende, 'se va de rositas,' piensan. Total lo van a expulsar, no va a cumplir ningún tipo de pena, no va estar condicionado ni por una suspensión de condena, no lo ven muy bien » (JP).

La abogada (entrevista 5) que lleva casos principalmente de penas de 4-5 años, normalmente de robos con violencia o con fuerza, lesiones, y sobretodo con multirreincidencia dice *« del turno de oficio el juez las ha impuesto todas las expulsiones, siempre parcial: el condenado cumple parte de la pena y luego le expulsan. »*

La Fiscal Delegada explica que *« como regla general, pero no automática, se pide la sustitución íntegra total de la pena »* pero destaca que en determinados supuestos, valorando *« el tipo de delito, la gravedad, y sobre todo cuando afecta bienes jurídicos personales, donde hay cierta entidad también personal no solo patrimonial, se considera que una mínima respuesta penal de cumplimiento tiene que haber »* (FDE).

Una sustitución parcial significa que la persona va a tener que cumplir parte de su condena aquí y luego será expulsada, lo que supone un doble castigo. Como destaca la literatura, el paso por prisión ya es más duro para el extranjero que tiene menos apoyo a su alrededor, más miedo a las autoridades, barreras idiomáticas y culturales, y más dificultades de acceder a beneficios penitenciarios (Monclús Masó, 2006; González Sanchez, 2016; Valente Dicovsky, 2021).

Además, los entrevistados señalan que muchas de las expulsiones no se pueden materializar por problemas de con los países de origen para readmitir o documentar el extranjero y por los costes económicos y logísticos que supone (FDE, A1, A4, A6), por lo tanto el extranjero penado cumpliendo la pena se encuentra en una situación de purgatorio, sin saber que va a pasar con él al cumplir con su responsabilidad penal. Esto genera efectos *« muy devastadores ya que los penados necesitan tener el horizonte de vida medianamente claro para poder generar procesos de inserción que sean reales »* (A1).

Estos efectos son consecuencia no solo de la sustitución parcial de la pena por expulsión si no también de la amenaza constante que implica la posible expulsión por antecedentes penales, aunque el juez y la Fiscal ambos dicen que esto está fuera de sus consideraciones a la hora de imponer o solicitar la expulsión judicial.

7.2. Los criterios de los operadores jurídicos respecto a la expulsión administrativa por vía del sistema penal: ¿la expulsión como regulación o castigo?

Primeramente, hay que destacar que aunque el grupo de expulsiones de la policía nacional está obligado a pedir autorización al juez si quiere expulsar a un sujeto extranjero con causas pendientes, la realidad práctica que presentan los abogados es que se suelen saltar este trámite. Señalan que suelen ver la deportación directamente por orden de expulsión previa sin ni siquiera comunicar al juzgado de lo que ha pasado

« Nadie les comunicará al juez ni al abogado lo que ha pasado. En el juicio se pondrá una orden de busca y captura, y después nos encontraremos que la persona ya ha sido expulsada. » (A5)

« ¡Así de sobreseimientos, una cantidad! Por pérdida de objeto. Porque lo han expulsado por administrativa y no se ha notificado. » (A4)

He encontrado que hay muchas más confusiones a la hora de interpretar el art. 57.7 LOEx. Contreras destaca ya estas confusiones en su estudio de expedientes 57.7 LOEx en Málaga: dice que los abogados defensores tienden a recurrir las resoluciones judiciales que autorizan la expulsión alegando causas de arraigo, y el juez les recuerda que eso es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (2020).

Pero a pesar de esto, las mismas memorias de la Fiscalía dicen que se informaría negativamente ‘por razones de proporcionalidad y arraigo familiar (si no está justificada la sustitución de la pena por la expulsión, tampoco lo estaría la sustitución del proceso por la expulsión).’ (Memoria Fiscalía, 2020:III.3). Y el juez entrevistado, aunque no se encuentra con estas situaciones al estar en un juzgado de lo penal y no de instrucción, dice que consideraría el arraigo en estas situaciones, pero sobre todo tendría en cuenta si hay indicios claros de que ha cometido el delito antes de autorizar .

« Yo no acordaría la expulsión en un trámite de 57.7 salvo que hubiesen unos indicios muy claros, Si son muy débiles, ¿porque vas a tomar una medida tan drástica si a lo mejor ese hombre es inocente? Lo mejor sería hacer el proceso y ver si hay prueba para condenarlo. » (JP)

Sin embargo, la explicación de la Fiscal Delegada de Extranjería, es más fiel a la redacción del artículo, y muestra cómo al fin y al cabo la autorización del 57.7 LOEx es un trámite puramente administrativo, a pesar de estar vinculado con el sistema penal.

« La balanza es: responsabilidad penal versus responsabilidad administrativa. Si tenemos una acusación por un delito de poca entidad, o de mayor entidad pero realmente su participación no es como la de otros coacusados, o tenemos una prueba más justita... ¿Por qué le vamos a agarrar la responsabilidad penal en detrimento de la administrativa? ¿Por qué vamos a limitar el cumplimiento de la responsabilidad administrativa si sabemos que esta responsabilidad penal no tiene mucha trascendencia, o no tenemos mucha prueba? En esos casos “soltamos” a este sujeto del proceso penal para que la administración pueda ejecutar su función. » (FDE)

« La posible responsabilidad penal ante la que se enfrenta alguien que está sujeto a un juicio puede incluso ser menos gravosa que una expulsión. Aquí la balanza me parece a mi que sujetar a alguien por un delito leve de hurto cuando la administración está diciendo ‘por favor, es que está irregular,

tengo que cumplir la LO de extranjería...’ Hombre, pues vamos a dejar que cumpla la LO de extranjería, que es una ley a cumplir » (FDE)

Mientras que el juez entrevistado, los abogados, e incluso algunos fiscales conciben la autorización de la expulsión como algo parecido a un castigo, y harían una valoración de arraigo y proporcionalidad, la interpretación de la Fiscal y la que pretendía el legislador concibe la expulsión como una regulación puramente administrativa.

Como dice Kanstroom (2000), existe una concepción política y pública de que al no ser una sanción penal, « el extranjero no es castigado, sino regulado ». De hecho, en el caso español, la expulsión casi siempre es una sanción administrativa, por una infracción a una ley administrativa, incluso cuando es desencadenada por una condena judicial (57.2 LOEx) o un arresto por la comisión de un delito (57.7 LOEx). La única excepción es el caso de la expulsión judicial o penal, dictada por un juez como sustitución de la pena (89 CP), pero aún esa sigue sin ser considerada una pena en sí, sino algo más parecido a una condición de la suspensión.

En mi opinión, esta interpretación ignora la realidad de que una deportación tiene efectos devastantes sobre el proyecto de vida del afectado, de su familia y todo su entorno, y hace que no se le proporcionen las mismas garantías ni individualización que se le deben garantizar a las sanciones penales. Autores como Kanstroom (2000), Stumpf (2006), y Legomsky (2007) advierten cómo, a pesar de la incorporación de prácticas propias del derecho penal a la regulación de la inmigración, las garantías procesales propias del derecho penal no se han transferido (2007).

El juez entrevistado coincide, señalando

« cuanto más nos alejamos de los principios del procedimiento penal, menos garantías hay, ya que el juez va a aplicar más garantías en su decisión [respecto a la administración], y no lo va a expulsar tan solo por sacar un problema de la sociedad. »

Los entrevistados coinciden con esta hipótesis que hay menos garantías cuanto más nos alejamos de principios de procedimiento penal. Mientras que para la expulsión judicial (89 CP) « todavía es bastante garantista, al menos se miran el arraigo» (A4). y « no se hace a la ligera, ni se hace tan habitualmente » (JP), las expulsiones por vía administrativa, dictadas por un órgano administrativo con una concepción de la expulsión completamente regulatoria en lugar de sancionadora, no tienen las mismas protecciones.

7.3. ¿Un sistema tan selectivo?

En varias entrevistas resaltó una idea que va en contra de mi primera hipótesis sobre la selectividad del sistema. Analizando los datos parecía que la mayoría de las expulsiones eran por mera estancia irregular (art. 53.1a LOEx), a pesar del alto porcentaje de ‘cualificadas’ en los últimos años. Fernández Bessa y Brandariz García (2016), y sobre todo Boza Martínez (2019), también habían señalado este déficit en la supuesta ‘selectividad’ del sistema.

Sin embargo, las entrevistas con abogados penalistas y de extranjería en Barcelona apuntan a una realidad más selectiva: no hay tantas expulsiones y las que hay sí suelen ser vinculadas al sistema penal (A1, A3, A4, A5, A6). A pesar de que los datos sobre los motivos de privación de libertad en CIE que se detiene muy

mayoritariamente por motivo de estancia irregular (Servicio Jesuita a Migrantes, Informe 2019), los abogados describen que los detenidos por motivos de expulsión⁶ sí suelen tener antecedentes penales (A1, A4, A5).

Un abogado comenta que en la realidad práctica,

« los que tienen antecedentes o tienen un procedimiento penal que es sustituido pueden salir categorizados en los informes sobre los CIEs como ‘por vía administrativa.’ depende de cómo se categorizan » (A1).

Otro comenta que, siendo letrado del SOJ penitenciario o en CIEs, nunca llegó a ver un expediente por 57.2 LOEx, y que la mayoría de casos se incoan como si fueran por mera estancia irregular (A4). Sí han visto más expedientes de expulsión por 57.7 LOEx, pero muchas veces estos también se incoan directamente por 53.1a, por estancia irregular, y son contabilizados como tales en los informes, y a veces ni pasan por la autorización del juez (A1, A4, A5).

Uno de los abogados teoriza que esta confusión en la categorización:

« es una cuestión de agilidad procesal: para incoar un expediente por 57.2 LOEx tienes que tener un certificado de antecedentes penales. Pero la policía no puede acceder a la base de datos del ministerio de justicia, y tendría que hacer una petición telemática que puede tardar unos días...Ellos saben que la persona tiene antecedentes penales porque han ido a buscarlo en prisión, pero si tienen que justificar la expulsión si es por antecedentes... Para expulsar por 53.1 a LOEx, el instructor policial tampoco tiene que justificar si tiene causas pendientes, si tiene instrucciones abiertas. Con las detenciones ya tiene los datos perjudiciales para motivar la sanción de expulsión.... al final incoar por mera estancia irregular es una comodidad administrativa. » (A4)

En los casos que se incoa por estancia irregular, los antecedentes penales, o la detención por un presunto delito, pueden aparecer en el expediente como ‘agravante’ o elemento negativo’ que motiva la sanción de expulsión versus la multa (A4). Esto me parece alarmante porque disimuladamente facilita el ensanchamiento de las expulsiones ‘cualificadas.’ Si el Ministerio del Interior contabiliza como ‘cualificadas’ por tener ‘antecedentes penales’ o ‘estar en prisión preventiva,’ pero no incoar los expedientes como tales (57.2 o 57.7 LOEx), se va a ir permitiendo que se incluyan en estas definiciones aquellas expulsiones que no encajan en el marco jurídico existente - como por ejemplo todos aquellos con antecedentes penales por delitos menores a un año, que en principio no podrían ser ni sustituidos por 89 CP ni incoados por 57.2 LOEx.

Las entrevistas eran exploratorias y no podemos extrapolar conclusiones, pero la realidad que dejan entrever es que los datos públicos sobre los motivos de expulsión y de internamiento en CIE podrían estar sobreestimando la proporción que son sólo por mera estancia irregular y subestimando el número que son vinculadas al sistema penal. Aunque los números apuntarían a un alto número de redadas por perfil étnico, las entrevistas sugieren que muchas de las personas que acaban enredadas en el dispositivo de deportaciones llegan allí por haber acabado enredadas con el sistema penal. Es decir, la actividad delictiva no es la *causa* que justifica la expulsión, sino meramente una *señal* al sistema de control migratorio de que aquí hay alguien que se puede expulsar, y una excusa para hacerlo de forma rápida, con menos garantías procesales y con menos escrutinio del público ya que se enmascara dentro del discurso de las expulsiones ‘cualificadas,’ necesarias para proteger la seguridad pública.

⁶ Excluimos de este análisis las que están internadas por motivo de devolución, que vienen de zonas fronterizas, entre las cuales los casos de contacto con el sistema penal son minoritarios.

Entonces no es la supuesta falta de selectividad del dispositivo de deportaciones que hay que vigilar sino la selectividad, discriminatoria, del sistema penal. Hay que cuestionar la desproporcionalidad con la que el sistema penal etiqueta a los extranjeros como ‘delincuentes’ y la normalización que existe en la mente colectiva de conectar las expulsiones con el castigo penal.

8. Conclusiones

El presente trabajo ha analizado una de las manifestaciones de la política de *crimmigration*: las consecuencias que tiene el contacto con el sistema penal para el extranjero. Centrándose en el caso español, analiza las expulsiones que el Ministerio del Interior presenta como ‘cualificadas.’ A través de un estudio de la regulación legal y sus reformas, un análisis de los datos disponibles, y de entrevistas exploratorias con profesionales del derecho, pretende acercarse a la realidad práctica de las expulsiones vinculadas con el sistema penal.

Por una parte, destaca que hay muy pocas expulsiones que se ejecutan en proporción al número de extranjeros en situación irregular y de órdenes de expulsión incoadas. Además, las expulsiones que se consigue ejecutar no siguen criterios de la justificación del castigo sino criterios gerenciales, logísticos, y de agilidad procesal. Esto hace que extranjeros de ciertos países con los que España tiene convenios de retorno, o dónde es más fácil deportar en grupo, reciban este ‘doble castigo’ de manera desproporcionada.

La expulsión es aplicada de manera desigual a distintos grupos de extranjeros, y sigue criterios logísticos sobre la factibilidad de su materialización que no son propios de los principios del castigo. Por lo tanto, la expulsión ‘cualificada’ no puede ser vista como una consecuencia ‘merecida’ a un hecho delictivo cometido.

Para el joven marroquí del CIE, Karim, su actividad ‘delictiva’ no es la *causa* de la expulsión, como nos presenta el gobierno, sino simplemente el *desencadenante* de una expulsión de carácter administrativo. Nunca diríamos que hurgar entre los residuos constituye un ciudadano peligroso, ni la venta ambulante, ni un hurto. Pero su expulsión quedará registrada como ‘cualificada’ en los balances del Ministerio para seguir enmarcando la política de control migratorio como una política de seguridad.

Por otra parte, el análisis de este estudio señala el riesgo de seguir fomentando la división entre las expulsiones judiciales o por antecedentes y las que son por ‘mera estancia irregular.’ Criticar que el sistema no es suficientemente selectivo hacia los ‘delincuentes’ en lugar de los ‘inocentes’ sólo hace que se encuentren maneras de ensanchar la definición de lo que cuenta cómo ‘cualificado’ o ‘delincuente.’

Además, las realidades que han resaltado a través de las entrevistas apuntan a que muchos de los expulsados sí han estado involucrados en algún tipo de procedimiento penal. Coincido con la reflexión de Angélica Cházaro (2016): si insistimos que no se deporten personas que no son delincuentes, que no han sido condenados, que no tienen antecedentes penales, corremos el riesgo de abandonar aquellos extranjeros que sí son ‘delincuentes,’ en una realidad en la que las posibilidades de ser etiquetado como tal por el sistema penal son increíblemente multiplicadas para los extranjeros. Es importante seguir destacando que el sistema penal no funciona igual para todos, y por lo tanto no puede ser una base adecuada para un sistema de control migratorio más justo.

Fuentes Citadas

A. Bibliografía

Barbero, I. (2018) Estudio socio-jurídico de la detención, internamiento y expulsión de extranjeros en el País Vasco: especial análisis de las prácticas de expulsión exprés. *Migraciones*, 45, pp. 143-171

Berrio, A.G., Calderó, C., Cardona, D., Daza, F., Lo Coco, D., Rocabert, A. (2020) Vulneraciones de derechos humanos en las deportaciones. *Informe de Iridia y Novact*. Barcelona.

Bosworth, M. 2011. Deportation, detention and foreign-national prisoners in England and Wales, *Citizenship Studies*, 15:5, pp. 583-595.

Calavita, K. (2003) A 'reserve army of delinquents': The criminalization and economic punishment of immigrants in Spain. *Punishment Soc* 5, pp. 399-413

Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (2012) *Estrangers en centres penitenciaris*. Área de Investigación y Formación Social y Criminológica. Barcelona

Cházaro, A. (2016) Challenging the 'Criminal Alien' Paradigm. *UCLA Law Review*, 63(3), pp. 594-664.

Contreras, M. (2020) *La renuncia al proceso penal como respuesta a la delincuencia de inmigrantes expulsables por vía administrativa*. [Tesis doctoral, Universidad de Málaga].

Cuauhtémoc García Hernández, C. (2021) Criminalizing Migration. *Daedalus*. *Ohio State Legal Studies Research Paper*, pp. 106-119

De Genova, N. (2002) 'Migrant "illegality" and deportability in everyday life', *Annual Review of Anthropology*, vol. 31, pp. 419-47

Feeley, M. y Simon, J. (1992) The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications. *Criminology* 30(4) pp. 449-474

Fernández Bessa, C. y Brandariz García, J.A.: (2016) Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación. *InDret* 4/2016.

Fernandez Pérez, A. (2014) La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías. *Diario La Ley*.

García Añón, J., Bradford, B., García Sáez, J.A., Gascón Cuenca, A., Llorente Ferreres, A. (2013) *Identificación Policial por perfil étnico en España: Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*. Tirant lo Blanch. Valencia.

Garcés Mascareñas, B. y Arnal Dimas, N. (2017) El Mito del Retorno. El mercado de lo simbólico. *Notes Internacional CIDOB*.

- García España, E. (2016). La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código penal de 2015-¿De la discriminación a la reinserción? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 18-07.
- García España, E. (2017). Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: un mosaico de exclusión. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 19-15.
- González, I. (2016). La penalización de los migrantes: irregularidad y cárcel en la construcción del estado neoliberal. *Migraciones*, 39, 123-147.
- Hasselberg, I. (2014). Whose security? The deportation of foreign-national offenders from the UK. En Maguire, M., Zurawski, N. y Frois, C. (coords.) *The Anthropology of Security: Perspectives from the Frontline of Policing, Counter-Terrorism and Border Control*, pp. 139-157, London.
- Kanstrom, D. (2000) Deportation, Social Control, and Punishment- Some Thoughts about Why Hard Laws Make Bad Cases. *Harvard Law Review*, Vol. 113, No. 8, pp. 1890-1935.
- Larrauri, E. (2016) Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes. *InDret* 2/2016.
- Legomsky, S. (2007) The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms, 64 *Washington & Lee Law Review*, 64(2), pp. 469-528.
- Martínez Escamilla, M. (2009) Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar? *InDret* 3/2009
- Martínez Escamilla, M. y Sánchez Tomás, J.M. (2015) Devoluciones ilegales en la frontera sur: análisis jurídico de las denominadas "devoluciones en caliente". En Maqueda Abreu, M.L., Martín Lorenzo, M., y Ventura Püschel, A. (Coords.), *Derecho penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, pp. 1081-1103, Universidad Complutense de Madrid.
- Miller, T. (2003) Citizenship and Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology. *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol. 17, pp. 611-666.
- Monclús Masó, M. (2006). Capítulo 13: La convergencia entre el derecho penal y el derecho de extranjería sancionador en *La gestión penal de la inmigración: El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*. [Tesis doctoral, Universitat de Barcelona.]
- Ruiz, U. y López Riba, J.M. (2020) La sobrerrepresentación de menores extranjeros en los centros de internamiento. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 18 (7)
- Sayad, A. (1999) Immigration and State Thought. In: *La Double Absence. Des illusions de l'émigré aux souffrances de l'immigré*. pp. 282-293
- Stumpf, J. (2006) The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power. *American University Law Review*, 56(2), pp. 367-420.

Valente Dicoovsky, N. (2021) *El perfil del extranjero en Libertad Condicional en Cataluña: El Arraigo, la Documentación y la Forma de Retorno*. [Trabajo Final de Grado, Universidad de Barcelona]

Wacquant, L. (1999) "Suitable Enemies": Foreigners and Immigrants in the Prisons of Europe. *Punishment and Society*, 1(2), pp. 215-222.

B. Legislación y normativa:

Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 158, de 3 de julio de 1985.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 10, del 12 de enero del 2000.

Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 307, de 23 de diciembre de 2000.

Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social *Boletín Oficial del Estado*, núm. 279, de 21 de noviembre de 2003.

Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *Boletín Oficial del Estado*, núm 299, de 12 de diciembre de 2009.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 18, del 24 de noviembre de 1995.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 77, del 31 de marzo del 2015.

Fiscalía General del Estado (2006). Circular 2/2006, 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.

Fiscalía General del Estado (2011). Circular 5/2011, de 02 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.

Fiscalía General del Estado (2015). Circular 1/2015, de 19 de junio de 2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma de la Ley 1/2015, de 30 de marzo que reforma el Código Penal. (2006-2017).

Dirección General de la Policía (2020) Instrucción núm. 11/2020: efectos de la Sentencia del Tribunal de la Justicia de la UE sobre los procedimientos sancionadores por infracción al artículo 53.1) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. 23 de octubre de 2020.

C. Informes y datos:

Fiscalía General del Estado:

Fiscalía General del Estado (2021) Capítulo III.4. Extranjería en Memoria de la Fiscalía General del Estado 2020. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html

Fiscalía General del Estado (2020) Capítulo III.4. Extranjería en Memoria de la Fiscalía General del Estado 2019. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA_SITE/index.html

Secretaría General de Instituciones Penitenciarias:

Ministerio de Interior (2020) Informe General 2019. Disponible en: http://www.interior.gob.es/documents/642317/1202140/Informe_General_IIPP_2019_12615039X.pdf/6c227fde-3cee-43f7-b061-666bca7ac514

Servicio Jesuita a Migrantes:

Servicio Jesuita a Migrantes (2021) Informe CIE 2020: Razón jurídica y sinrazón política.' Disponible en <https://sjme.org/wp-content/uploads/2021/06/Informe-CIE-2020-SJM.pdf>

Servicio Jesuita a Migrantes (2021) Anexo. Diez años mirando al otro lado [datos 2019]. Disponible en <https://sjme.org/wp-content/uploads/2021/01/Anexo-Informe-CIE-2019-SJM.pdf>

Servicio Jesuita a Migrantes (2020) Informe CIE 2019: Diez años mirando al otro lado. Disponible en https://sjme.org/wp-content/uploads/2020/10/Informe-CIE-2019-SJM_Diez-anos-mirando-a-otro-lado.pdf

Defensor del Pueblo:

Defensor del Pueblo (2021). Anexo 2, *Datos estadísticos de interés para la privación de libertad de media duración. Centros de internamiento de extranjeros* en Informe anual 2020 del Mecanismo Nacional de Prevención.

Defensor del Pueblo (2020). Anexo 2, *Datos estadísticos de interés para la privación de libertad de media duración. Centros de internamiento de extranjeros* en Informe anual 2019 del Mecanismo Nacional de Prevención.

Defensor del Pueblo (2019) Anexo 2, *Datos estadísticos de interés para la privación de libertad de media duración. Centros de internamiento de extranjeros* en Informe anual 2018 del Mecanismo Nacional de Prevención.

Defensor del Pueblo (2018) Anexo 2, *Datos estadísticos de interés para la privación de libertad de media duración. Centros de internamiento de extranjeros* en Informe anual 2017 del Mecanismo Nacional de Prevención.

Defensor del Pueblo (2017) Anexo IV.2 *Datos estadísticos de interés para la privación de libertad de media duración. Centros de internamiento de extranjeros* y Anexo IV.4 *Datos estadísticos sobre operativos de repatriación de extranjeros* en Informe anual 2016 del Mecanismo Nacional de Prevención.

Defensor del Pueblo (2016) Anexo IV.2 *Datos estadísticos de interés para la privación de libertad de media duración. Centros de internamiento de extranjeros* y Anexo IV.4 *Datos estadísticos sobre operativos de expulsión de extranjeros* en Informe anual 2015 del Mecanismo Nacional de Prevención.

Ministerio de Interior, Balances e Informes:

Ministerio de Interior (2016) *Balance 2016. Lucha contra la inmigración irregular*. Sala de Prensa. Disponible en: http://www.interior.gob.es/documents/10180/5791067/bal_inmigracion_irregular_2016.pdf/8a040aaf-a1b6-4493-9191-cf386fd31dd4

Ministerio de Interior (2015) *Balance 2015. Lucha contra la inmigración irregular*. Sala de Prensa. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/3066430/Balance+2015+de+la+lucha+contra+la+inmigraci%C3%B3n+irregular.pdf/d67e7d4b-1cb9-4b1d-94a0-9a9ca1028f3d>

Ministerio de Interior (2014) *Balance 2014. Lucha contra la inmigración irregular*. Sala de Prensa. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/3066430/Balance+2014+de+la+lucha+contra+la+inmigraci%C3%B3n+irregular.pdf/4a33ce71-3834-44fc-9fbf-7983ace6cec4>

Ministerio de Interior (2013) *Balance 2013. Lucha contra la inmigración irregular*. Sala de Prensa. Disponible en: http://www.interior.gob.es/documents/10180/1207668/balance_2013_inmigracion_irregular.pdf/132387b3-d93b-4485-8a5b-1a734359764c

Ministerio de Interior (2012) *Balance 2012. Lucha contra la inmigración irregular*. Sala de Prensa. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/1208797/Balance+2012+de+la+lucha+contra+la+inmigraci%C3%B3n+irregular.pdf/94316449-f4d7-467a-84d5-3b192d1d9bc8>

Ministerio de Interior (2011) *Balance 2011. Lucha contra la inmigración ilegal*. Sala de Prensa. Disponible en:

<http://www.interior.gob.es/documents/10180/1209011/Balance+de+la+lucha+contra+la+inmigraci%C3%B3n+ilegal+2011.pdf/a26c72a6-0787-4440-9ddd-5221b72b446a>

Ministerio de Interior (2010) *Balance 2010. Lucha contra la inmigración ilegal*. Sala de Prensa.
Disponible en:

<http://www.interior.gob.es/documents/10180/1209187/Balance+de+la+lucha+contra+la+inmigraci%C3%B3n+ilegal+2010.pdf/7aa2924d-5eec-443a-be1c-49c9dcfc974d>

Ministerio de Interior (2009) *Balance 2009. Lucha contra la inmigración ilegal*. Sala de Prensa.
Disponible en:

<http://www.interior.gob.es/documents/10180/1209325/Balance+2009+de+la+lucha+contra+la+inmigraci%C3%B3n+ilegal.pdf/ce8db628-2a11-4ae1-b5da-7f788bdbd759>

Ministerio de Interior (2008) *Balance 2008. Lucha contra la inmigración ilegal*. Sala de Prensa.
Disponible en:

<http://www.interior.gob.es/documents/10180/1209553/Balance+de+la+lucha+contra+la+inmigraci%C3%B3n+ilegal+2008.pdf/6307692b-3113-437d-b1ad-320c9060b673>

Anexo 1. Datos para los gráficos.

Gráfico 1 y Gráfico 3:

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
expulsiones	10616	13278	11454	11358	10130	8984	7696	6869	5051	4054	4181	4677	1834
devoluciones	12476	7526	7297	7064	6271	5002	4121	3725	4190	5272	7203	6476	1904
devoluciones +expulsiones	23092	20804	18751	18422	16401	13986	11817	10594	9241	9326	11384	11153	3738
cualificadas	5564	7591	8196	9114	8809	7582	6557	5539	4803	4167	4739	5883	1298

Hasta el 2013 las ‘cualificadas’ son solo expulsiones. A partir del 2014 se cambió la denominación para englobar bajo el término ‘cualificadas’ también aquellas devoluciones con antecedentes penales o policiales, no procedentes del ámbito penitenciario, únicamente de las plantillas de Ceuta, Melilla, Cádiz, Almería, Granada y Murcia. Y a partir de 2018, se contemplan aquí las expulsiones y las devoluciones con antecedentes penales o policiales por delito, no procedentes del ámbito penitenciario, de todas las plantillas policiales, así como las que se han ejecutado por contravenir una prohibición de entrada.

Fuentes: Datos sobre las expulsiones, devoluciones y ‘cualificadas’ entre 2008 y 2016 de los informes anuales de la Sala de Prensa del Ministerio del Interior sobre el *Balance de la lucha contra la inmigración ilegal 2009-2016*. Datos sobre las expulsiones, devoluciones y ‘cualificadas’ entre 2016 y 2020 de los informes anuales del Mecanismo Nacional de Prevención, el Defensor del Pueblo, *Datos estadísticos de interés para la privación de libertad de media duración. Centros de internamiento de extranjeros*. 2018-2020.

	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
cualificadas	6557	5539	4803	4167	4739	5883	1298
de internos en prisión	2943	2607	2104	1955	1728	1638	710
%	44.9%	47.1%	43.8%	46.9%	36.5%	27.8%	54.7%
no procedentes del ámbito penitenciario	3614	2932	2699	2212	3011	4245	588
%	55.1%	52.9%	56.2%	53.1%	63.5%	72.2%	45.3%

Fuentes: informes anuales del Mecanismo Nacional de Prevención, el Defensor del Pueblo, *Datos estadísticos de interés para la privación de libertad de media duración. Centros de internamiento de extranjeros*. 2018-2020.

Gráfico 2:

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
total expulsiones	10.616	13.278	11.454	11.358	10.130	8.984	7.696	6.869	5.051	4.054	4.181	4.677	1.834
(53.1.a LOEx) estancia irregular	9.003	11.223	8.642	7.608	6.148					1.685	1.978	2.379	807
(57.2 LOEx) por antecedentes	343	395	856	1.284	1.395				1.169	852	730	617	200
(89 CP) expulsión judicial	634	1.446	1.799	2.301	2.309					988	957	1.107	604
resto, no hay datos	615	203	130	108	112	8.984	7.696	6.869	3.882	102	403	574	223

Fuentes: Datos entre el 2008 y 2014 de la ‘Tabla 4: Evolución de las diversas categorías de expulsiones ejecutadas, 2008-2014’ en Fernández Bessa y Brandariz García (2016) Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación. *InDret* 4/2016.

Datos entre el 2016 y el 2020 de los informes anuales del Mecanismo Nacional de Prevención, el Defensor del Pueblo, *Datos estadísticos de interés para la privación de libertad de media duración. Centros de internamiento de extranjeros*. 2018-2020.

Anexo 2. Perfiles de los profesionales entrevistados.

A1. Abogado penalista y penitenciario, representa a internos del CIE en casos de abuso de poder a través de una asociación para la defensa de los derechos civiles y políticos, Barcelona

A2. Abogada en una asociación sin ánimo de lucro de denuncia y acompañamiento jurídico y psicoemocional a personas migrantes, Ceuta y Melilla

A3. Abogada de extranjería, asesoramiento jurídico y representación en una asociación sin ánimo de lucro de asistencia a migrantes, Barcelona

A4. Abogado penalista y penitenciario, turno de oficio, letrado del Servicio de Orientación Jurídica penitenciario, acompañamiento y asesoramiento jurídico a internos del CIE, Barcelona

A5. Abogada penalista, turno de oficio, Barcelona

A6. Abogada penalista y de extranjería, asociación de defensa de los derechos humanos antirracista, Barcelona

J1. Juez de lo Penal, Islas Baleares

F1. Fiscal Delegada de Extranjería, Barcelona