

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

**RECENSIÓN A ESTEBAN PÉREZ ALONSO/ ESTANISLAO
ARANA GARCÍA/ PEDRO MERCADO PACHECO/
JOSÉ LUIS SERRANO MORENO (EDITORES),
DERECHO, GLOBALIZACIÓN, RIESGO Y MEDIO AMBIENTE,
TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2012, 893 PÁGINAS.**

JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR
*Catedrático de Derecho penal
Universidad de Granada*

El contexto académico de su surgimiento explica perfectamente la contundencia y solidez de una obra en la que de forma exhaustiva se abordan interdisciplinariamente tres temas centrales del mundo contemporáneo, y de la máxima actualidad jurídica, ética y social, como son el de la globalización, la sociedad del riesgo y el medio ambiente. Se trata del principal resultado de la investigación llevada a cabo en el marco del Proyecto de Investigación de Excelencia SEJ-2012 “Protección jurídica del medio ambiente: especial consideración del Derecho Autonómico de Andalucía”, concedido por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía y del que era investigador principal el Prof. Dr. Esteban Pérez Alonso, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Granada. En efecto, la obra arranca del intenso trabajo desarrollado por el equipo de investigación del proyecto mencionado durante las largas horas de profundo debate que se llevó a cabo en un prolongado Seminario Permanente e interdisciplinar (“tardes de alta investigación, discusiones, cooperación científica y enriquecimiento mutuo”), en cuyo seno surgió la idea de organizar posteriormente un Congreso internacional e interdisciplinario sobre los temas objeto de la investigación. Esta idea se concretó, efectivamente, en el Congreso Jurídico

Internacional sobre “Globalización, riesgo y medio ambiente” que se celebró en la Universidad de Granada durante los días 3 a 5 de marzo de 2010.

La finalidad del Seminario Permanente y del Congreso fue básicamente la de constituir un foro de debate cualificado entre especialistas en torno a tres temas como los mencionados que, por encontrarse íntimamente interrelacionados, requerían de un tratamiento conjunto. Y es que las nuevas necesidades y exigencias que surgen para el Derecho ante el fenómeno de la globalización que se está produciendo en la actualidad, junto a las nuevas demandas de control e intervención jurídica frente a los nuevos riesgos derivados del desarrollo científico y tecnológico (y que han dado paso a la “sociedad del riesgo”), tienen una especial incidencia en el medio ambiente, excelente campo de pruebas desde el que centrar la discusión sobre el papel del Derecho ante los nuevos riesgos que acucian globalmente a la humanidad y a nuestro entorno, especialmente como consecuencia del cambio climático y de los riesgos y daños medioambientales.

Pues bien, y por eso me he referido a la seriedad del contexto del surgimiento de la obra, en ellas se recogen las ponencias presentadas y debatidas en el citado Seminario Permanente, así como las presentadas posteriormente al Congreso Internacional. Es decir, y esto, en mi opinión, creo que merece ser subrayado y destacado muy especialmente, la obra que ahora se presenta no consiste en una recopilación (o simple yuxtaposición) inconexa de trabajos cuyos autores y temas no han tenido relación, ni personal ni temática, unos con otros. Todo lo contrario, la inmensa mayoría de los trabajos que recoge la obra son fruto del trabajo en el Seminario y de la posterior defensa de los mismos, también con su oportuno debate, en el Congreso Internacional referido. Sus autores, además, son todos ellos especialistas en los temas que abordan, y proceden de Universidades europeas (Alemania, Italia), Latinoamericanas (Brasil) y de diversas Universidades españolas (Barcelona, Cantabria, Granada, Islas Baleares, Jaén, Navarra, País Vasco, Rovira i Virgili, Sevilla, Valencia y Zaragoza). Las especialidades de los autores –factor que otorga a la obra un marcado carácter interdisciplinar– incluyen el Derecho Privado, el Derecho Público, la teoría, filosofía y sociología del Derecho, el Derecho Internacional y Comparado, el Derecho Administrativo, el Derecho Financiero, el Derecho Penal y el Derecho Constitucional.

Para sistematizar el conjunto de la obra, los editores han optado por utilizar el mismo criterio que usaron para organizar las ponencias del Congreso. Así, han clasificado los artículos en tres grandes títulos que

siguen la secuencia de globalización, riesgo y medio ambiente. Y, dentro de cada uno de estos títulos, han clasificado los artículos de lo general a lo especial.

El primer título se denomina “Derecho y globalización” y en él se aborda la cuestión relativa a la función del Derecho ante la globalización como fenómeno estructural del mundo actual, vinculándola también al medio ambiente y a la crisis económica internacional. Al papel del derecho en la sociedad global están dedicados los nueve primeros artículos. El primero, del que es autor *José Eduardo Faria*, muestra en perspectiva comparatista como la nueva economía mundial, sin Estado y caracterizada por la creciente pérdida de importancia de los sectores industriales que habían liderado el crecimiento económico de posguerra, determina tendencias profundas y comunes a los sistemas jurídicos de todo el planeta. Tendencias que confirma el artículo de *Gurutz Jáuregui* también para las formas de organización política propias de los siglos XIX y XX y que hoy muestran inequívocos signos de agotamiento ante la transferencia constante a ámbitos de decisión transnacionales de parcelas importantes de la soberanía y, al mismo tiempo, ante la recuperación de la identidad política de comunidades culturales más reducidas como reacción al proceso de globalización.

Por su parte, *Fabricio Frachia* ofrece más que una definición universal de sostenibilidad, una historia del concepto y de su evolución parabólica. Lo mismo podríamos decir del artículo de *Pedro Mercado Pacheco* que además de analizar los patrones de las políticas de desarrollo sostenible, añade una exposición certera del concepto de gobernanza y conecta después sostenibilidad (medio ambiente) y gobernanza (globalización) en el marco del derecho global y de la justicia ambiental.

Tres internacionalistas, *José Juste Ruiz*, *Javier Roldán Barbero* y *Antoni Pigrau Soler* abordan a continuación los impactos de la globalización en el propio Derecho Internacional. El primero, a través del estudio del riesgo ambiental y el mercado global; el segundo, con un estudio de la aplicación en España del Derecho Internacional ambiental; y el tercero, con un estudio de la jurisdicción extraterritorial como vía para hacer responsables a las empresas por daños al medio ambiente causados en el extranjero.

Asensio Navarro Ortega aborda a continuación el problema que mejor relaciona a la sociedad global con la crisis ecológica: el problema del cambio climático y su tratamiento en el Derecho Europeo sobre el medio marino y costero. Y para cerrar el título de la globalización, el estudio de *José Antonio Navarro Fernández* conecta la crisis alimentaria mundial

con los embates de la globalización a la forma del Estado como Estado de Derecho.

El título segundo, relativo al tema “Derecho y riesgo” se dedica a analizar la sociedad del riesgo y los nuevos retos e implicaciones que planean los riesgos generados por el desarrollo científico y tecnológico para el Derecho. En este bloque se sitúan en primer lugar los artículos de los profesores *José Esteve Pardo*, *Stefan May*, *Jesús Ignacio Martínez García*, *José Luis Serrano Moreno* y *Jordi Jaria i Manzano*. Los cinco son conceptuales y abordan las enormes implicaciones del tratamiento de los riesgos en la sociedad contemporánea. Los dos primeros, el de *José Esteve Pardo* y el de *Stefan May*, lo hacen en la estela abierta por la obra de Ulrich Beck, que conmocionó hace unos años las visiones de la sociedad contemporánea. Los dos siguientes, los de *Jesús Ignacio Martínez García* y *José Luis Serrano Moreno*, lo hacen en diálogo con la otra gran sociología del riesgo que nos dejó el siglo XX: la de *Niklas Luhmann*. Y a medio camino entre la teoría general y el Derecho constitucional, el artículo de *Jordi Jaria i Manzano* aporta un excelente pórtico jurídico a las dos secuencias que vienen después.

Todavía dentro del título relativo a la sociedad del riesgo, tres penalistas debaten entre sí acerca del rol del Derecho penal. *Esteban Pérez Alonso*, en “Expansión, riesgo y principio de precaución en el Derecho penal” contextualiza el debate entre *Cornelius Prittwitz*, que defiende la posición minimalista, y *Bernd Schünemann*, que sostiene la que podríamos llamar maximalista, en el sentido de propugnar que el Derecho penal asuma la posición central que le ha deparado su propia vis atractiva. *Cornelius Prittwitz* (Escuela de Frankfurt) representa a los partidarios del “buen y antiguo Derecho Penal liberal”, esto es, a quienes pese a considerar que la expansión del Derecho Penal es inevitable, recelan de ella porque consideran que necesariamente va a suponer una relativización de las garantías político-criminales sustantivas y procesales del Derecho penal clásico, por lo que proponen (a modo de propuesta de “resistencia”), que junto al Derecho penal clásico y nuclear (paralelo a lo que se podría denominar “el Derecho Penal de los diez mandamientos”), con todas las garantías, para la delincuencia tradicional, en el que se pueda recurrir a la pena de prisión, exista además, un “Derecho de Intervención” (intermedio entre el Derecho penal y el Derecho civil) (*Winfried Hassemer*), con menores garantías y en el que no se recurra a la pena de prisión. Por el contrario, *Bernd Schünemann* se muestra partidario de la modernización o expansión del Derecho penal, ya que entiende que como cualquier sistema jurídico, el Derecho penal tiene una función configu-

radadora y transformadora del sistema social (función promocional propia del Estado “Social” y Democrático de Derecho al que se vincula), por lo que debe estar abierto a la tutela de los nuevos intereses –también el del medio ambiente– en una sociedad del riesgo compleja y globalizada (es decir, una sociedad postindustrial desarrollada donde se ha producido un cambio potencial de los peligros como consecuencia secundaria del desarrollo científico y tecnológico y del sistema de producción, distribución y consumo de bienes). Se trataría de que el Derecho penal dejara de estar orientado a la reproducción sistemática de relaciones de dominio injustas, esto es, que dejara de estar vinculado casi exclusivamente a la delincuencia propia de los sectores sociales extraídos de la marginación y la pobreza (lower class crime) y se expandiera hacia los delitos de otros sectores sociales (crimes of the powerful-corporate and business crime) que producen escasa alarma social, pero que no por ello tienen una menor dañosidad social.

Sumamente interesante es la siguiente secuencia, en la que abordan las traducciones jurídicas inmediatas del concepto de riesgo: daño y responsabilidad. Así, el artículo de *Santiago Cavanillas Múgica* sobre los desafíos contemporáneos de la responsabilidad civil; el de *Blanca Lozano Cutanda* sobre los daños ecológicos puros y su conceptualización jurídica; el de *Jesús Conde Antequera*, que aborda los mecanismos jurídicos para la transformación del riesgo en daño ambiental; el de *Jesús Jordano Fraga*, que contiene una valiosa valoración crítica acerca de la permisibilidad de exoneración de responsabilidad de la Administración por riesgos derivados del desarrollo; y el de *Ángel de Apocada Espinosa*, que aborda la muy actual cuestión de la ponderación de riesgos en materia de energía nuclear.

Finalmente, el título tercero se refiere al tema “Derecho y medio ambiente” y se centra de forma más específica en la relación entre el Derecho y el medio ambiente analizando distintos aspectos de las responsabilidades derivadas por riesgos y daños ecológicos, así como su fiscalidad y garantías financieras y aseguradoras. El título comienza, como no podía ser de otra manera, con el análisis que hace *Ricardo Martín Morales* de la dimensión constitucional del problema desde la óptica de los derechos fundamentales. Le sigue un artículo sobre biodiversidad, espacios naturales protegidos y Derecho de propiedad de uno de los más destacados iusambientalistas españoles, *Fernando López Ramón*. Muy conectado con este artículo está el de *María Asunción Torres López* y *María Purificación Martín Cansino* en el que abordan la relación entre medio ambiente y agricultura. Y cerrando esta secuencia de administrativistas, debe desta-

carse el novedoso enfoque conceptual de la contaminación lumínica que hace *Masao Javier López Sako*.

Tres artículos retoman a continuación el enfoque jurídico-penal de los problemas ambientales. Primero el más general de *María Ángeles Cuadrado Ruiz*, quien realiza un análisis de la regulación internacional, europea, española y penal del medio ambiente. *Inmaculada Ramos Tapia* aborda a continuación la importante directiva 2008/99/CE sobre protección penal del medio ambiente y su transposición al Derecho penal español. *Gonzalo Quintero Olivares* se ocupa del tema de la contaminación del agua en ríos nacionales y transnacionales. Otros dos artículos abordan a continuación la relación entre responsabilidad administrativa y responsabilidad penal y plantean las interesantes cuestiones de la accesoriedad, en el caso del muy documentado artículo de *Juan Luis Fuentes Osorio* y de la aplicación matizada del principio *non bis in idem* en el Derecho español, en el caso de *Elena Marín de Espinosa Ceballos*.

Por fin, pero no en último lugar de importancia, se da entrada a las cuatro aportaciones del Derecho tributario a esta obra colectiva. La primera, y más general, trata de la naturaleza jurídica del impuesto ambiental y es de *Tulio Rosembuj*. La segunda, de *José Antonio Sánchez Galiana* aborda el problema de la fiscalidad del agua y los problemas de su tratamiento en la legislación de aguas de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Las dos últimas abordan el no fácil problema de la emisión de gases contaminantes a la atmósfera. *María Jesús García-Torres Fernández* lo hace insertando en un contexto supranacional el establecimiento por la legislación andaluza de un sistema impositivo sobre la emisión de gases a la atmósfera, acompañado por un sistema de incentivos fiscales a las energías renovables. Y *María García Caracuel* lo hace considerando el gravamen del dióxido de carbono como medida complementaria al sistema comunitario de intercambio de cuotas de emisión.

No debe cerrarse esta presentación de la obra “Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente” sin una referencia expresa y pormenorizada de los editores de la publicación (Esteban Pérez Alonso, Estanislao Arana García, Pedro Mercado Pacheco y José Luis Serrano Moreno), así como de los miembros del Comité organizador del Congreso Internacional y del Comité Científico, que a su vez han sido garantes de la calidad de los resultados de la investigación contenidos en ella (Esperanza Alcaín Martínez, Patricia Esquinas Valverde, Teresa Fajardo Castillo, María Jesús García Torres Fernández, Elena Marín de Espinosa Ceballos, Ricardo Martín Morales, Inmaculada Ramos Tapia, Concepción Rodríguez Marín, María Asunción Torres López y Francisca Villalba Pérez). Y ello por dos razones:

en primer lugar, porque la talla intelectual y académica de cada uno de ellos es garantía de la alta calidad del resultado final de la investigación y, en segundo término, por la forma especialmente meritoria en la que han coordinado su trabajo desde su adscripción a las diversas especialidades del Derecho a las que pertenecen.

Estamos, en definitiva, ante una obra ingente, una obra de grandes dimensiones (físicas e intelectuales) que resulta imprescindible para comprender los problemas de todas las ramas del Derecho en el mundo actual. Y estamos también ante un acierto editorial más de Tirant lo Blanch, que ha asumido su publicación. Como Editorial de Derecho, que es lo que marca su origen histórico, no hay ninguna materia que le sea ajena. Todas las especialidades jurídicas son objeto del interés de la editorial, sin olvidar tampoco las ciencias afines, como la Criminología y la Criminalística. Pero lo que hace de Tirant lo Blanch una de las más importantes editoriales españolas es su conversión en editorial integral en Ciencias Sociales. La Economía, la Sociología, la Ciencia Política, las Políticas de Bienestar Social, y últimamente las Humanidades, se han incorporado con fuerza a su fondo Editorial. En esta última línea cabe incluir la presente obra.

**RECENSIÓN A RAFAEL CABRERA MERCADO/
CORAL ARANGÜENA FANEGO/ MONTSERRAT DE HOYOS
SANCHO, ANÁLISIS DE MEDIDAS PARA MEJORAR
LA PROTECCIÓN POLICIAL Y JUDICIAL
DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO,
MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD,
MADRID, 2011, 171 PÁGINAS.**

JOSÉ MARÍA RUIZ MORENO
*Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Jaén*

El libro que se presenta, prologado por el entonces Delegado del Gobierno de España para la Violencia de Género, Miguel Lorente Acosta, surge de la preocupación generalizada sobre algunos de los problemas detectados en la interpretación y aplicación de las normas relativas a la protección policial y judicial a las víctimas de violencia de género. Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se han puesto de manifiesto diferentes dificultades para implementar algunos de sus preceptos con la legislación que ya existía de índole sustantivo –civil y penal–, procesal y orgánico. Además se une a ello la necesidad de adaptación de las mismas a la normativa emanada de la Unión Europea, sobre todo las relativas a la protección de las víctimas especialmente vulnerables.

Como decimos, son abundantes y variados los problemas y las consideraciones que se pudieran hacer de los mismos. Los autores –con acierto– han querido centrarse en las cuestiones más relevantes en la actualidad que afectan a la tutela jurisdiccional efectiva que deben prestar nuestros jueces y tribunales y a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

1. En este sentido, el libro comienza con un estudio pormenorizado, realizado por la Dra. Montserrat de Hoyos Sancho, Profesora Titular de

Derecho Procesal en la Universidad de Valladolid, sobre la posibilidad de alternativas a la detención del presunto autor de hechos delictivos de violencia de género. Consideran algunos expertos que en el sistema español el elenco de posibilidades de que disponen las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando tienen que intervenir por la reciente comisión de un hecho de violencia doméstica, adolece en este punto de algunas carencias o deficiencias que sí han sido resueltas en otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico-cultural. Por ejemplo, en Alemania y Austria las normas procesales que regulan la protección de este tipo de víctimas y las correlativas “Leyes de Policía” prevén la posibilidad de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que intervienen como consecuencia de una denuncia por hechos delictivos que se consideran “de violencia y acoso”, ordenen directamente la salida o abandono del domicilio en que el agresor convive con la víctima, con entrega de las llaves de la vivienda y orden de no regresar al mismo durante el plazo legalmente establecido y en el cual se deberán acordar por el juez medidas menos interinas, y todo ello como alternativa menos gravosa que la detención –conducción a los calabozos de la correspondiente Comisaría–, pero que pueden servir igualmente para proteger a la víctima, dependiendo claro está de la gravedad del delito, del grado de riesgo de reiteración delictiva y del eventual peligro de fuga u ocultamiento de pruebas.

Sin embargo, en España, al día de hoy –con las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal *en la mano*–, la Policía que acude a la vivienda de la víctima alertada de la comisión de un hecho de violencia de género no tiene más opción que practicar la detención si fuere necesario para garantizar la seguridad de la víctima, si pretende evitar o enervar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de fuga, o el ocultamiento o destrucción de pruebas, que son al fin y al cabo los fines que justifican una medida cautelar privativa de la libertad ambulatoria. Ahora bien, ¿sería pertinente introducir una norma o normas con tal contenido protector/cautelar provisionalísimo y que pudieran operar de forma previa al conocimiento jurisdiccional del asunto? Y en caso afirmativo, ¿con qué garantías mínimas para el presunto agresor, sujeto pasivo de la orden de alejamiento temporal de la vivienda, al que se le atribuye por parte de la Policía la comisión de uno o varios hechos delictivos de violencia de género y/o doméstica? A estas y otras preguntas se intenta dar respuesta, analizando los pros y los contras de las diferentes alternativas que se plantean.

2. En segundo lugar, se examina por parte del Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Jaén, Dr. Rafael Cabrera Mercado, un asunto que preocupa desde hace tiempo a casi todos los operadores

jurídicos y a los expertos en la tutela judicial de las víctimas de violencia de género. Se trata de los derechos a no denunciar y a no declarar en sede policial y judicial por razón de parentesco y su interpretación y aplicación en los casos de violencia de género. En efecto, lo que es recogido como derecho fundamental en el artículo 24.2, *in fine*, de la Constitución española, se concreta en la Ley procesal penal en los artículos 261, 416, 418 y 707.

La práctica diaria de los órganos jurisdiccionales penales permite afirmar que en los últimos años es muy frecuente que las mujeres víctimas-testigos por propia iniciativa o, lo que parece más común, “bien asesoradas” –da igual a iniciativa de quien sea–, o intimidadas o coaccionadas, antes incluso de que el Tribunal les informe del contenido del art. 416 o del art. 707, sean ellas las que se adelanten manifestando que se acogen a su derecho a no declarar contra su cónyuge o persona con la que convive, lo que hace que en un buen número de supuestos el Ministerio Fiscal se quede huérfano de pruebas en las que sustentar su acusación y que la libre absolución sea el resultado final del procedimiento. Incluso en supuestos en los que es palmaria la existencia de violencia de género, sin embargo, con las normas procesales relativas fundamentalmente a la prueba que tenemos en vigor, se hace poco menos que imposible dictar una sentencia condenatoria. En el enjuiciamiento de este tipo de delitos –por cometerse la mayoría en la intimidación–, en numerosas ocasiones sólo se tiene como posible prueba de cargo que pudiera enervar la presunción de inocencia la declaración de la víctima única testigo, y si el cónyuge o pareja de hecho agredida se acoge a su derecho a no declarar contra su pariente agresor, este quedará impune.

Para evitar estos resultados, después de estudiar críticamente las disposiciones normativas vigentes, la doctrina de los autores y la jurisprudencia muchas veces contradictoria y vacilante de nuestros Tribunales (fundamentalmente del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional), se profundiza sobre el fundamento de esas dispensas, sobre la obligación de advertir sucesivamente a la víctima pariente de la existencia de ese derecho por parte de la policía, del fiscal y del juez, incluso a la víctima único testigo, y de las consecuencias de esa inadvertencia y, por último, el valor y requisitos que debe tener la declaración de aquella para convertirse en prueba de cargo. Al final del trabajo, se presentan una serie de sugerencias que pudieran ayudar a la solución del problema detectado. La propuesta de reforma apuesta –fuera de otras excesivamente complejas y no acordes con el sistema procesal penal español– por la limitación del ejercicio sucesivo del derecho de dispensa a la obligación de declarar por razón de parentesco tal y como está previsto en la actualidad.

3. Posteriormente, la Dra. Coral Arangüena Fanego, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid, da cumplida cuenta de los objetivos y del contenido sustantivo y procesal de la importante Decisión Marco 2009/829/JAI, del Consejo de Europa, de 23 de octubre de 2009, *relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional*, más conocida como Orden Europea de Vigilancia.

Como es sabido, en la actualidad y tras una negociación muy ardua y conflictiva, en el espacio europeo se está a la espera de la aprobación de la futura Directiva sobre la orden de protección en materia penal. El inicial intento llevado a cabo por la Presidencia española con el apoyo de otros Estados miembros, finalmente ha provocado la disección del instrumento en dos diversos dando lugar al dictado de una Directiva relativa a una orden de protección civil a la que seguirá, merced al texto de consenso logrado en el seno del Consejo, una orden de protección penal también en forma de Directiva¹. Pero mientras se está a la espera de esta nueva norma, hay que tener en cuenta la existencia de la Orden Europea de Vigilancia, pendiente de transposición por los Estados miembros, y en la que habrá que fijarse a la hora de aprobar la futura orden de protección europea, puesto que ambas coinciden en proteger de manera directa o indirecta a la víctima.

Resumidamente, se ha creado un nuevo instrumento basado en el principio de reconocimiento mutuo que permite la transferencia de medidas cautelares no privativas de libertad de un Estado a otro y cuyo funcionamiento se hace descansar una vez más en una adecuada cooperación entre autoridades judiciales siguiendo el esquema de la orden europea de detención y entrega. Y todo ello con un doble objetivo, de distinta naturaleza: el primero, al servicio de la ciudadanía europea, que verá reforzado el campo de la protección y la seguridad dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia al disponer de nuevos medios tendentes a hacer efectiva la debida acción de la justicia, asegurando que los imputados en un proceso penal estén disponibles para comparecer en juicio,

¹ Vid. el texto resultante del acuerdo político al que se ha llegado sobre la Iniciativa del Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República de Estonia, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Hungría, la República de Polonia, la República Portuguesa, Rumanía, la República de Finlandia y el Reino de Suecia con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la orden europea de protección (Documento del Consejo nº 14923/11, de 5 de octubre de 2011).

y posibilitando, en su caso, la eventual movilidad del sujeto por territorio europeo hasta la fecha de aquél con la oportuna y debida vigilancia por parte del sistema judicial europeo. El segundo, no menos importante, dirigido al reforzamiento del estatus del imputado en el proceso penal, al que procurará tratar de manera que su nacionalidad no influya en la mayor o menor gravedad de las medidas cautelares que puedan ser adoptadas, algo que, siendo europeo, no debe tener lugar en un espacio sin fronteras, permitiendo la circulación y supervisión en el territorio europeo de las medidas cautelares no privativas de libertad adoptadas.

Estos extremos tienen particular importancia cuando los proyectamos sobre las víctimas en general y la víctima de violencia de género en particular. Por ello, se disecciona convenientemente el contenido de la Decisión Marco que regula la Orden Europea de Vigilancia y se insta a que el Estado español lleve a término la transposición de la misma antes del plazo previsto que vence en diciembre de 2012.

4. Los siguientes trabajos que componen el libro dan noticia de la tutela jurisdiccional que se ofrecen a la mujer víctima de violencia de género o doméstica en países como Alemania, Austria (a cargo de la Prof^a. De Hoyos), Italia (a cargo del Prof. Cabrera) y Portugal (a cargo de la Prof^a. Arangüena).

Entendemos de gran interés conocer de primera mano lo que esos países desde el punto de vista jurídico y jurisdiccional han previsto para luchar contra esa lacra tan extendida como es la violencia contra la mujer. Este estudio de Derecho comparado nos puede facilitar el buscar posibles puntos de luz que ayuden a mejorar nuestra legislación y la actuación de los miembros de la policía, de los jueces, de los fiscales, abogados y de los demás profesionales que actúan en contra de la violencia de género. En concreto, por lo que se refiere a los dos países centroeuropeos citados, se estudia también los medios legales con los que cuenta la policía a la hora de prevenir y actuar en este tipo de delitos.

Con esa finalidad, se pone especial énfasis en el análisis de la protección jurisdiccional civil de la mujer maltratada. En efecto, tanto en Alemania como en Austria como en Italia existe –de manera independiente a la protección jurisdiccional penal– una regulación concreta con respecto a la tutela judicial que pueden dar los Tribunales civiles. De diferentes formas y maneras, como se podrá observar, en esos países la mujer puede acudir también al juez civil para que le proteja –mediante órdenes civiles de protección complejas– del cónyuge o pareja de hecho agresor.

En este sentido puede ser un buen material de trabajo –con aspectos positivos y negativos, que se ponen de manifiesto obviamente– para

plantearse, como ya se está haciendo desde distintas instancias, la posibilidad de dar alternativas a la mujer que no quiere –por muchas y diferentes razones– acudir a la tutela penal y procesal penal que le ofrece generosamente el ordenamiento jurídico español. Sin negar en absoluto la trascendencia y la visibilidad que el recurso al Derecho penal ofrece a los atentados de género y su capacidad para concienciar a los miembros de la sociedad de lo pernicioso de esos delitos que atentan directamente la dignidad, la integridad y la libertad de la mujer, para algunos sería importante repensar la idoneidad de otras fórmulas como el recurso a otras instancias jurídicas y judiciales –del ámbito civil– en búsqueda de actuaciones protectoras que no impliquen la aplicación de normas penales.

Con relación a Portugal, se analiza el marco legal que viene dado por la relativamente reciente Ley nº 112/2009, sobre el régimen jurídico aplicable para la prevención de la violencia doméstica y de género, muy avanzada en sus términos en cuanto a la protección de las víctimas tanto del punto de vista sustantivo como procesal. Destaca, por contra de lo que sucede en España y en otros muchos países, que en ella no se cierra la puerta a que pueda acudirse a la mediación cuando se han cometido delitos menos graves y con una serie de condicionantes importantes que se analizan convenientemente.

5. Esto último nos da pie para comentar brevemente el postrero de los estudios que integran este libro –firmado por la Dra. Arangüena–, que versa precisamente sobre los denominados sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito penal y, en concreto, si estos pudieran ser de aplicación en algunos supuestos de violencia de género.

Partiendo de la base de que el número 5 del artículo 87 *ter* de la Ley Orgánica del Poder Judicial² establece de manera rotunda que en los casos de violencia de género “está vedada la mediación” y de que no existe una regulación concreta sobre el instituto de la mediación penal en España –salvo en el proceso de menores–, se profundiza en lo que opinan y abogan amplios sectores de la doctrina y de la práctica judicial: una revisión de la prohibición y una posible atemperación y cohonestación con una futura ley de mediación penal que pudiera hacer factible extender su aplicación a algunos casos relacionados con la violencia doméstica y de género con la idea de atajar de raíz el conflicto, posibilitando el acercamiento y evitando el que se incurra en nuevos episodios de violencia. Al respecto, se analizan los principales hitos en la evolución de la mediación penal en el ámbito de la Unión Europea, del Consejo de Europa

² Este artículo, introducido por la LO 1/2004 (art. 44) en la LOPJ de 1985, establece la competencia objetiva penal y civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

y de la Organización de Naciones Unidas y se sientan las bases de cómo debería ser regulado este sistema alternativo de conflictos con relación al Derecho penal y su aplicación restrictiva en los casos de violencia de género.

Para finalizar esta recensión, debemos destacar que, en la medida en que los autores lo han estimado conveniente e ilustrativo, se ha hecho referencia al “Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal” presentado por el Ministerio de Justicia y aprobado el 22 de julio de 2011 por el Consejo de Ministros del Gobierno de España. Evidentemente ese Anteproyecto no fue discutido en las Cortes que fueron disueltas poco después como consecuencia de la convocatoria de Elecciones Generales. Pero, qué duda cabe, es un documento podríamos decir que “oficial” y que todo él es o constituye una propuesta de *lege ferenda*. Como quiera que en su contenido se encuentran aspectos concretos que afectan a los temas que se han estudiado tan certeramente en este libro que comentamos, se da cuenta de lo previsto en él mostrando su conformidad o no y haciendo, en su caso, otros planteamientos.

**LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS. ESPECIAL ATENCIÓN
A LA REGULACIÓN PENAL. COMENTARIO CRÍTICO AL LIBRO DE
MARÍA ELENA TORRES FERNÁNDEZ,
LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN DERECHO PENAL,
LA LEY, LAS ROZAS, MADRID, 2012, 322 PÁGINAS.**

ISABEL DURÁN SECO
*Profesora Contratada Doctora
Universidad de León*

La autora realiza en su monografía a lo largo de 322 páginas un estudio en profundidad sobre la expulsión contenida en el Código Penal (CP), es decir, la expulsión de ciertos delincuentes extranjeros como sustitutiva de la pena y de la medida de seguridad.

TORRES FERNÁNDEZ divide su obra en VI partes. La I consiste en una breve introducción; en la II, alude a las dos modalidades de expulsión que existen; la parte III, la central y fundamental de la obra, es la que se centra en la expulsión de los extranjeros en Derecho penal; en la IV se refiere a los mecanismos de control de cooperación internacional; la V es un índice jurisprudencial y la VI contiene la bibliografía.

En la parte I, **la introducción**, adelanta algunas de las materias que va a tratar a lo largo de su trabajo. Así, se refiere al panorama normativo en materia de expulsión: Ley Orgánica de Extranjería (LOEx) y CP. Alude a las sucesivas reformas sufridas en la expulsión sustitutiva de las penas privativas de libertad contenida en el art. 89 CP y a la regulación de la sustitución de las medidas de seguridad por la expulsión contenida en el art. 108 CP. Señala al respecto, con acierto, que nos encontramos ante un conjunto normativo poco homogéneo y en algunos aspectos disfuncional. Añade que, aunque la reforma producida por LO 11/2003 pareció convertir en regla general la expulsión frente al extranjero en situación irregular, sin embargo, una adecuada interpretación sistemática de la institución por vía jurisprudencial [se está refiriendo a la Sentencia del

Tribunal Supremo (STS) 8-7-2004] degradó su aparente obligatoriedad a la de opción preferente al cumplimiento de las consecuencias penales originariamente impuestas.

No puedo estar de acuerdo con esta afirmación. En primer lugar, porque no puede mantenerse, respecto a la interpretación del TS en la citada sentencia, que se trate de una adecuada interpretación sistemática. Pero es que además, en segundo lugar, no creo que de esa interpretación del TS se derive el carácter preferente de la institución, sino que sigue teniendo carácter obligatorio. Me referiré a ello posteriormente cuando la autora trate el tema en profundidad en otra parte del trabajo, pues aquí sólo lo indica.

Señala a continuación que si se admite como legítimo el fin de reducción del número de reclusos en prisión a través de la aplicación de la expulsión, tiene lugar una cierta perversión de los sustitutivos penales, que desplaza su finalidad original de búsqueda de un uso más racional y contenido del instrumento penal, más humano en sus consecuencias, por la disminución de una población carcelaria sobredimensionada. Se hace eco TORRES FERNÁNDEZ de que, pese a la previsión de un variado elenco de medidas con el objetivo de reintegrar a los extranjeros a sus Estados de origen, se produce un limitado uso de esos mecanismos que obedece a factores de diverso índole. Así, aunque luego se referirá a ello en la parte IV de su obra, pone de manifiesto que los Convenios de Traslado tienen escasa aplicación porque exigen el consentimiento del sujeto. En otras ocasiones las dificultades surgen de que se ha de contar con la colaboración del Estado de destino que, a menudo, se enfrenta también a problemas de superpoblación. La autora señala que a ello hay que añadir que el propio art. 89 CP permite que el órgano jurisdiccional opte por el cumplimiento de la pena en España cuando estime que concurren razones que lo justifiquen.

En la parte II, rubricada **la expulsión de extranjeros en el ordenamiento jurídico español: modalidades relevantes para los fines del Derecho penal**, señala que la expulsión, cualquiera que sea la modalidad de que se trate, puede conceptuarse como una salida coactiva del territorio nacional acompañada de la prohibición temporal de entrada en él. Se pueden distinguir dos modalidades, una de ellas consecuencia del Derecho administrativo y, la otra, del Derecho penal. Adelanta la autora, de manera correcta, que la expulsión no tiene una naturaleza común en todos los casos en los que entra en juego en el campo del Derecho penal, sino que varía como consecuencia de la distinta caracterización particular de cada uno de los supuestos legales en los que aparece prevista, cuando se proyecta sobre la aplicación del Derecho penal.

La parte III, como digo la fundamental, se divide en cinco grandes bloques. En el **primero**, la autora se centra en la **naturaleza de la expulsión**. Para ello parte de dos premisas. En primer lugar, y como base común del igual contenido en todas las clases de expulsión, la salida obligatoria acompañada de la prohibición temporal de entrada en territorio español. Y, en segundo lugar, el distinto momento temporal en el que opera cada forma de expulsión respecto de la exigencia de responsabilidad penal.

Centrando la atención en la salida forzosa del territorio nacional ligada a la prohibición de entrada, analiza la autora el alcance del derecho a la libertad de circulación y residencia de los extranjeros para quienes se establece la posibilidad de ser expulsados. El análisis que realiza aquí es fundamental para comprender las conclusiones a las que llega a lo largo de su trabajo. Considera que el desarrollo legislativo de los derechos reconocidos a los extranjeros tiene como punto de referencia su configuración constitucional. Así, se refiere al art. 19 Constitución Española (CE) relativo al derecho a la libertad de circulación y residencia de los españoles, y a la interpretación al respecto del Tribunal Constitucional (TC) que considera que los extranjeros residentes legales pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente, con los límites que se derivan de los tratados internacionales. También cita la normativa internacional en materia de protección de los derechos humanos. En ese análisis señala que en la Declaración Universal de Derechos Humanos no se reconoce el derecho a la inmigración individual ni colectiva, que no se puede expulsar cuando exista un riesgo de persecución política o de tratos inhumanos o degradantes en el Estado al que han de ser enviados, que en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no se reconoce el derecho de todo extranjero a entrar y permanecer en un Estado Parte, que se prohíben las expulsiones colectivas y, finalmente alude a las garantías procedimentales de la expulsión y a la obtención de la correspondiente autorización para trabajar. Tras ello afirma que aunque el reconocimiento del derecho de los extranjeros a circular y establecerse en el territorio de un Estado está condicionado a la entrada cumpliendo con los requisitos establecidos en el derecho interno y la obtención de la correspondiente autorización, parece abrirse paso lentamente en el marco del Derecho Internacional Humanitario un *status* mínimo de los extranjeros en situación irregular, que parte de considerar su especial vulnerabilidad personal precisamente por la irregularidad de su estancia, lo que les convierte en víctimas fáciles de toda clase de abusos. Y es en esa línea en la que se incluyen límites a las posibilidades de expulsión por causa de la irregularidad del extranjero. Ello también ocurre en

el ámbito europeo. Refiriéndose a la Ley de Extranjería señala quiénes son extranjeros en situación legal, desarrollándolo más adelante. La expulsión, continúa explicando TORRES FERNÁNDEZ, es una institución característica del régimen sancionador de extranjería. En el supuesto de extranjero en situación irregular, la expulsión se reserva para quienes no cuentan con posibilidades de regularizar su situación, en caso contrario, se aplica la multa. Y es ese supuesto de extranjero en situación irregular el que se traslada al ámbito penal, en concreto, los extranjeros no residentes legalmente. Se traslada, por tanto, el contenido de esa infracción en materia de extranjería al CP. Correctamente señala la autora que la regulación de la expulsión en el CP está directamente vinculada a la situación administrativa del sujeto, y su *ratio legis* responde a consideraciones de carácter extrapenal ligadas a la política de extranjería y, dentro de ella, a la gestión de los flujos migratorios. Se propone considerar residencia legal, contrapuesta a la ilegal, a toda residencia amparada por una situación expedida por las autoridades nacionales y que dé derecho a permanecer en el interior del territorio, con independencia de su denominación. La justificación de que el CP limite la aplicabilidad de la expulsión a los extranjeros no residentes legales se basa en la irregularidad de la permanencia del extranjero en territorio español, único aspecto que es incorporado a la valoración efectuada por la norma penal y que condiciona, de ese modo, la posibilidad de expulsar en sede penal.

A continuación, en un segundo apartado, la autora realiza la **caracterización jurídica de cada uno de los supuestos legales de expulsión relevantes para el Derecho penal**, subdividiendo a su vez este apartado en siete epígrafes, profundizando en lo específico de cada institución. Así, como ya ha quedado señalado, la autora parte de que para determinar cuál es la naturaleza jurídica de la expulsión hemos de analizar cada una de las modalidades de expulsión que existen en nuestro Derecho penal.

1. El primero de los siete apartados citados es el relativo a la **expulsión del art. 89.1 CP sustitutiva de la ejecución de penas impuestas inferiores a seis años de privación de libertad**. Las posiciones en cuanto a cuál es la naturaleza jurídica en este primer supuesto son muy variadas. TORRES FERNÁNDEZ va analizando cada una de ellas agrupando a los defensores de cada posición, ofreciendo de una forma correcta sus argumentos para rechazar las diferentes posiciones. Así, se ha defendido, teniendo en cuenta su ubicación sistemática, que nos encontramos ante una *pena*. Esta posición es defendida por algunos autores, si bien reconoce TORRES FERNÁNDEZ que se sostiene mayoritariamente en obras elaboradas durante la vigencia de la Ley de Extranjería de 1985. No obs-

tante, en su opinión, esta opción no está libre de obstáculos legales, obstáculos que impiden tal caracterización. De ese modo, destaca que al no estar incluida en el catálogo de penas del art. 33 CP no puede ser considerada una pena. La segunda posición mantiene que la expulsión es una *medida de seguridad*. Esta posición se defiende desde varias perspectivas. Para algunos autores se trata de una medida de seguridad no privativa de libertad porque aparece así prevista en el art. 96.3.2ª CP. Esta postura es también rechazada por la autora que señala que la caracterización de la expulsión como medida de seguridad efectuada por esos autores se basa en un criterio puramente formal, su mención en el art. 96 CP, pero de su regulación legal en el art. 89 CP no se deducen ni los presupuestos necesarios para la imposición de una medida de seguridad ni las finalidades preventivas especiales que guían su ejecución. Para otros, se considera una medida de seguridad porque al ser definida como tal por el legislador se está estableciendo una presunción legal de peligrosidad de los extranjeros en situación irregular que, en este supuesto, atiende únicamente a un criterio asegurativo o inocuizador para proteger la sociedad. Considera la autora que no se pueden trasladar en bloque, y sin las necesarias consideraciones que merecería el principio de legalidad, las exigencias características de las medidas de seguridad a la expulsión del art. 89.1 CP. Y afirma que si lo que se pretende con el traslado en bloque de los presupuestos de las medidas de seguridad a la expulsión es someter su imposición a la exigencia de proporcionalidad (art. 6.2 CP), ello se podría alcanzar por la vía del recurso a la necesaria proporcionalidad que debe revestir cualquier medida restrictiva de derechos. En la expulsión la valoración de la proporcionalidad obliga a plantearse qué fin se persigue con su aplicación, así como la idoneidad y la necesidad de la expulsión para satisfacerlos. Considera TORRES FERNÁNDEZ que el hecho de la irregularidad de la situación administrativa del extranjero no es suficiente para justificar la diferencia de trato que existe con los residentes en situación regular o con los nacionales. La autora se refiere a continuación al grupo de autores que consideran la expulsión como una *consecuencia penal*, englobando en este grupo a aquellos que afirman que la expulsión es una sanción administrativa. Para otro grupo de autores la expulsión se asemeja más bien a la *suspensión de la ejecución de la pena*, en la que se integra también la posición del TC y del Ministerio Fiscal (MF). Descarta que nos encontremos ante una estricta sustitución de la ejecución de la pena por la de otra distinta y menos gravosa debido a la ausencia de regla de conversión de la pena sustituida para el caso de que se incumpla, que permita descontar el tiempo cumplido de pena sustitutiva cumplida. A

continuación se refiere a la posibilidad de caracterizar la expulsión como *condición*, posición que comparte, ya que la prohibición de entrada es la condición a la que se somete el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad sustituida. Y esa caracterización de la expulsión como condición, más que como sanción, se basa en el mínimo o nulo contenido afflictivo de la consecuencia que sustituye a la pena privativa de libertad. No existe ningún medio de control para ese extranjero expulsado, y ello lleva a algunos autores, entre los que parece encontrarse la monografista, a considerar que se trata de una *exención condicional de la pena*, ya que con la expulsión se renuncia a cualquier finalidad preventiva especial. La definición de la naturaleza de la expulsión en este sentido se basa en los rasgos fijados en su regulación jurídica que permite caracterizarla de esa forma con carácter objetivo, al margen de las circunstancias particulares de cada caso y que en algunos de ellos pueden determinar que la expulsión adoptada sea más gravosa para el extranjero que el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Por esta razón la autora no comparte la posición de los que consideran que la expulsión presenta una naturaleza ambivalente que varía en función de las circunstancias particulares del condenado. Y afirma al respecto: “Por su contenido, y el modo en que afecta a la esfera de derechos del condenado, y por consiguiente a sus posibilidades personales, la expulsión consistente en la restricción o privación de libertad de circulación y residencia en territorio español, puede decirse que su intensidad afflictiva es menor que la que acompaña a la privación de libertad, propia de la prisión, que afecta más radicalmente a las posibilidades de actuación del condenado”, concluyendo en este punto que la expulsión de extranjeros supone, *en cualquier caso*, un tratamiento más beneficioso que el cumplimiento de la pena privativa de libertad, ya que evita la entrada en la cárcel, con todos los efectos negativos que ello implica para el penado. De modo, continúa afirmando, que aunque por las circunstancias personales de un condenado extranjero le resulte más gravosa que el ingreso en prisión, ello no afecta a su naturaleza jurídica que viene determinada de manera objetiva por su configuración legal.

No estoy de acuerdo con esta posición de la autora y considero que efectivamente la expulsión, tal y como aparece regulada, tiene un carácter ambivalente. Ciertamente en muchos casos supone una exoneración de penas privativas de libertad de hasta seis años, lo que sin duda nos permite afirmar, como señala TORRES FERNÁNDEZ, que su intensidad afflictiva es menor que la que acompaña a la pena privativa de libertad. Sin embargo, en otros supuestos supone un mal para el sujeto, en muchas ocasiones peor que el cumplimiento de la pena. El que se considere un

“premio” o un “castigo” va a depender de cuál es la pena que se sustituye. Y claro que la naturaleza jurídica se determina de modo objetivo por la configuración legal, pero es que es precisamente de esa configuración legal de la que se deriva el carácter ambivalente, pues no olvidemos que independientemente de la pena que se imponga, siempre que la misma sea inferior a 6 años de privación de libertad la expulsión del territorio nacional y del espacio Schengen será como mínimo de 5 años (antes de la última reforma de 10 años), lo que, sin duda, va a implicar que a veces beneficie y otras perjudique, poniéndolo siempre en relación con la duración de la pena que se va a sustituir. Es decir que, si no he entendido mal, lo que la autora nos quiere decir es que la expulsión se caracteriza objetivamente teniendo en cuenta su regulación jurídica como una exención condicional de pena. Pero es que TORRES FERNÁNDEZ sólo tiene en cuenta para realizar esta afirmación una parte de la regulación jurídica de la expulsión, que es la que señala que el sujeto no va a ingresar en prisión, pero es que a ello ha de añadirse la parte que señala que el sujeto no podrá regresar a España en un determinado plazo. Esta parte es la que la autora considera que es la condición. Pero es que esa condición es, en mi opinión, también parte de su regulación jurídica que, unida al no ingreso en prisión, es lo que objetivamente va a caracterizar la expulsión, y teniendo en cuenta el caso concreto podremos afirmar que se trata de un beneficio o no para el sujeto, pero eso no nos mueve de la caracterización objetiva. Es decir, tenemos en cuenta que se le expulsa y que no puede entrar durante el periodo X. Y estos son, en mi opinión, claramente datos objetivos. Ciertamente es, como señala TORRES FERNÁNDEZ, que no puede prescindirse de que con la expulsión se excluye la pena privativa de libertad, pero la autora no debería tampoco prescindir de que el sujeto no puede regresar a España en un plazo mínimo de 5 años.

Siguiendo con su posición en el sentido de entender que la expulsión es menos gravosa que la pena, afirma también la autora que la prohibición de entrada tiene un mínimo o prácticamente nulo contenido aflictivo. No puedo tampoco estar de acuerdo con esa aseveración. En mi opinión la expulsión va a tener en muchos supuestos, si bien como ya he dicho no en todos, un contenido más aflictivo que la pena. Alude en último término en este punto a los supuestos enumerados en el art. 89.7 CP excluidos de la expulsión, todos ellos delitos relacionados con la explotación y el tráfico de seres humanos. Esta opción es calificada por la autora de paradójica, ya que se está renunciando a la sanción penal en un considerable espectro de delitos de cierta consideración y no se renuncia cuando se trata de proteger los intereses del Estado en la gestión de los flujos migratorios.

No obstante conviene recordar, en primer lugar, que no es cierto que se renuncie, al menos de forma absoluta, a la sanción penal en un considerable número de delitos, puesto que para todo ese grupo de delitos no mencionados expresamente en el art. 89.7 CP cabe la posibilidad de que el Juez decida no expulsar en aplicación de lo dispuesto en el art. 89.1 CP. Y, en segundo lugar, creo que resulta cuando menos discutible el que en los delitos mencionados en el art. 89.7 CP se esté protegiendo los intereses del Estado en la gestión de los flujos migratorios.

Creo que también en sentido crítico a la posición de TORRES FERNÁNDEZ podría decirse que si considera que la expulsión del art. 89.1 CP supone un beneficio debería concluir coherentemente que se trata de un verdadero sustitutivo penal y no de una exención condicional de la pena, pues la autora alude constantemente al contenido ventajoso de los sustitutivos penales.

2. En segundo lugar TORRES FERNÁNDEZ se refiere a la **expulsión del art. 89.5 CP sustitutiva del periodo de pena restante desde la clasificación en tercer grado o desde el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena**. El ámbito aplicativo de esta modalidad de expulsión es el de cualquier pena privativa de libertad, cualquiera que sea la duración con la que haya sido impuesta, desde el momento en que el condenado accede al tercer grado penitenciario o desde el momento en que ha extinguido las tres cuartas partes de la condena. Así entendida la expulsión ha sido considerada como *una particular forma de libertad condicional para extranjeros*. La autora rechaza esta posición, correctamente en mi opinión, pues no hemos de olvidar que esa posibilidad ya existe en el reglamento penitenciario, siempre que lo permitan los Tratados Internacionales, y señala que se trata más bien de un sustitutivo de la libertad condicional. Afirma que no puede caracterizarse como un sustitutivo penal en el sentido propio de esa institución, puesto que, por su contenido, no es más ventajosa que el cumplimiento del periodo de pena restante en los grados de la clasificación penitenciaria caracterizados por la menor intensidad en el control personal y, por la forma en la que se define el contenido propio del régimen abierto a que conduce la clasificación en tercer grado y la libertad condicional, la expulsión no supone un beneficio para el extranjero. Por ello la autora concluye caracterizando la previsión del art. 89.5 CP como una *instrumentalización legal de las fases más avanzadas del régimen penitenciario para facilitar la expulsión*. Considera en sentido crítico que con la expulsión en el momento de la ejecución penitenciaria en que procede alguna forma de excarcelación se trata de orillar las dificultades que en la práctica provoca para el sistema penitenciario nacional la

irregularidad del extranjero respecto de las formas de cumplimiento de pena en semilibertad y en libertad condicional. A lo anterior añade que, dado que se exige haber extinguido una parte significativa de la pena, su caracterización no puede ser la de una auténtica alternativa sino que se trata más bien de una acumulación de una nueva consecuencia jurídica. Y que la previsión de la posibilidad de expulsar durante la ejecución parece más bien ir dirigida a generalizarla como respuesta unificada a la delincuencia de extranjeros en situación irregular en cada ocasión que se muestre propicia para ello y con un enfoque defensista.

3. El tercer apartado de este bloque relativo a la caracterización de la expulsión la autora se lo dedica a la **expulsión de los artículos 96.3.2ª y 108 CP sustitutiva de medidas de seguridad**. Considera TORRES FERNÁNDEZ de modo correcto, como ya adelantó en la introducción, que la regulación de la sustitución de las medidas de seguridad por la expulsión resulta incoherente con la regulación fijada para la expulsión sustitutiva de penas, dado que esta fue modificada por LO 5/2010 y el art. 108 CP no. La LO 11/2003 amplió la sustitución a cualquier medida de seguridad y no sólo a las privativas de libertad como se establecía en los orígenes del CP. El fundamento y los presupuestos que rigen su imposición sirven para distinguirla de la sanción administrativa y de la expulsión del art. 89 CP (puesto que su contenido es el mismo), en concreto, que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito en alguna de las situaciones mencionadas y que exista respecto a él un pronóstico de comportamiento futuro que revele el riesgo de que pueda cometer nuevos delitos, de ahí surge el estado peligroso que constituye el presupuesto necesario para la imposición de la medida de seguridad. Cabe la posibilidad de imponer la expulsión de modo autónomo y no como sustitutiva de otra medida, pues cuando el delito no esté castigado con pena privativa de libertad la expulsión se encuentra entre las medidas que puede adoptar el órgano jurisdiccional (por la remisión del art. 95.2 CP a las medidas del art. 96.3 CP, entre las que se encuentra la expulsión del territorio nacional). La opinión de TORRES FERNÁNDEZ en este punto no me queda muy clara. Así, parece que la autora se decanta por entender que la expulsión de extranjeros del art. 108 CP es una medida de seguridad (añadiendo un poco más adelante que atípica), y que ello se desprende de su inclusión en el catálogo de medidas de seguridad del art. 96 CP y del sometimiento de su imposición a las reglas del capítulo II sobre la aplicación de las medidas de seguridad. Incluso señala la autora que ello no puede considerarse un mero argumento formal, pues hay que tener en cuenta el régimen jurídico que rige los presupuestos necesarios para su aplicación y que no es distinto para el previsto para las demás medidas de

seguridad. Así que, el supuesto de hecho que da lugar a su aplicación es la comisión de un delito por un sujeto en situación de imputabilidad disminuida o excluida que, además, es extranjero en situación administrativa irregular. No obstante, la autora reconoce, un poco más adelante, que por el contenido material de tal medida (salida obligatoria y prohibición de regresar a España en 10 años), la expulsión carece de las finalidades de tipo corrector, pedagógico o asistencial de las más genuinas medidas de seguridad y señala que se trata de una medida puramente defensiva. Y que al no preverse, como sí se hace en el art. 89 CP, específicamente la consecuencia del incumplimiento de la prohibición de entrar en territorio español, no se puede caracterizar la expulsión como una excepción condicional de la ejecución de la medida impuesta, a semejanza de la sustitución de la pena del art. 89.1 CP. Por todo lo anterior entiende la autora que puede concluirse que la expulsión sustitutiva de la medida de seguridad del art. 108 CP supone una renuncia incondicional e irresponsable al objetivo de protección de bienes jurídicos a favor de una muy cuestionable política de extranjería de tintes marcadamente securitarios en sede penal.

Pues bien, en mi opinión, TORRES FERNÁNDEZ no tiene razón en este punto cuando afirma que se trata de una medida de seguridad. Creo que la expulsión contenida en el art. 108 CP no puede considerarse una medida de seguridad dado que no se cumple el fin de prevención especial. Entiendo que las razones para negar que nos encontramos ante una medida de seguridad son básicamente cinco. En primer lugar, en cuanto a la capacidad de elección de la medida de seguridad hay que señalar que el Juez o Tribunal no tiene la misma capacidad decisoria que en el resto de las medidas. Así, si se trata de un residente legal o de un nacional y concurren los presupuestos para imponer una medida de seguridad, el Juez o Tribunal podrá elegir cuál es la medida que le impone; pero si se trata de un sujeto que no reside legalmente en nuestro país y en el que concurren los presupuestos para la imposición de una medida (que posteriormente va a sustituir), el Juez o Tribunal está obligado a imponerle la expulsión del territorio nacional con la correspondiente prohibición de entrada por un periodo de 10 años. En segundo lugar, porque iría en contra del art. 6.2 CP, puesto que el periodo de expulsión con prohibición de entrada es siempre y en todo caso de 10 años y, como sabemos, el art. 6.2 CP reconoce, por un lado, la aplicación del principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad y, por otro, prohíbe que las medidas de seguridad sean de mayor duración que la pena que correspondería aplicar al delito en cuestión. En tercer lugar, porque si se tratase de una medida de seguridad, en el supuesto de incumplimiento habría que estar a lo que establece el art. 100

CP y, sin embargo, según el 108 CP, cuando el sujeto incumple intentando quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada, será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición. Un cuarto argumento es que tampoco resulta aplicable la previsión contenida en el art. 97 CP que permite que el Juez o Tribunal sentenciador durante la ejecución de la medida decrete su cese, la sustituya por otra o la deje en suspenso; es decir, no parece muy plausible que el Juez o Tribunal sentenciador durante el periodo de prohibición de entrada del extranjero decida decretar el cese de la prohibición de entrada, sustituir la prohibición de entrada por otra medida o dejarla en suspenso. En quinto y último lugar, cabe señalar que en el supuesto de que nos encontremos ante un semiimputable condenado a pena de prisión y a medida de seguridad, si la pena de prisión es superior a 6 años entiendo que resulta de aplicación preferente el art. 89 CP y que, por tanto, el sujeto deberá cumplir en un centro penitenciario español las tres cuartas partes de la condena y tras ello será expulsado. De este modo no se cumple la previsión contenida en el art. 99 CP para el resto de las medidas de seguridad, en el sentido de que debe cumplirse primero la medida y que la misma se abone al cumplimiento de la pena. Todos estos argumentos me llevan a la conclusión de que no estamos ante una medida de seguridad puesto que la expulsión con la consiguiente prohibición de entrada no recibe el mismo tratamiento que el resto de las medidas de seguridad.

4. El cuarto apartado hace referencia a la **expulsión como regla de conducta durante el periodo de libertad condicional del art. 90.2 CP**. Al respecto señala que no se trata de una medida de seguridad en sentido estricto, y por su objeto difícilmente puede considerarse una regla de conducta en sentido propio, dirigida a facilitar la reinserción del penado. Así que afirma que por su configuración legal puede decirse que constituye un supuesto de expulsión diferenciado de los ya expuestos. A pesar de lo acabado de señalar, afirma la autora a continuación que su naturaleza será la de regla de conducta en el período de libertad condicional, integrada por la observancia de la prohibición de entrada en territorio español, inherente a la expulsión, como contenido subsiguiente a la salida coactiva. Su aplicación en la práctica resulta complicada puesto que provoca un conflicto de competencias entre el Tribunal sentenciador y el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Y ello debido a la previsión de la expulsión de extranjeros en el art. 89.5 CP, al que ya se ha aludido.

Me parece acertada la referencia hecha por la autora a esta modalidad de expulsión que es olvidada muchas veces al tratar el tema de la expulsión como sustitutivo penal, si bien es cierto que esta no es una mo-

dad relacionada con la sustitución sino, como la autora señala, con las reglas de conducta.

5. En quinto lugar, TORRES FERNÁNDEZ, se centra en la **autorización judicial de la expulsión administrativa del art. 57.7 LOEx y su incidencia en el ámbito penal**. Considera la autora que aunque no se contiene en el CP resulta necesario su análisis ya que en el art. 57.7 LOEx se difumina considerablemente la frontera entre política criminal y política de extranjería.

En mi opinión la necesidad de analizar esta modalidad de expulsión en una monografía dedicada a la expulsión está fuera de duda, por eso me resulta totalmente atinado su análisis.

Se trata de un supuesto previsto en el Derecho administrativo que presupone la comisión de alguna infracción de la LOEx que lleva aparejada como consecuencia la expulsión y, además, que ese extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento por delito castigado con pena privativa de libertad inferior a 6 años. La doctrina se decanta unánimemente por su naturaleza administrativa. Puede aplicarse a cualquier extranjero independientemente de su situación jurídica regular o no. Según la autora el sentido de la autorización judicial de la expulsión está en relación directa con el ejercicio de la función jurisdiccional en el orden penal. El sentido de la autorización del juez es disponer sobre la continuación del proceso penal, por ello su naturaleza se puede considerar como la de una renuncia a la persecución penal que da lugar a una forma atípica de truncamiento del proceso, o un sustitutivo del propio proceso penal. Se renuncia al proceso independientemente de la situación en la que se encuentre el extranjero, quedando fuera los extranjeros en situación de arraigo en nuestro país (a ello ha de añadirse en mi opinión, que en algún caso sí se podrá expulsar aunque concurra esa situación; me refiero al supuesto en el que el sujeto haya participado en actividades contrarias a la seguridad nacional o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países o estar implicados en actividades contra el orden público previstas como muy graves –art. 57.5 LOEx–) o la presencia de razones humanitarias que se oponen a la expulsión y cuando se trate de delitos tipificados en los arts. 312.1, 331.1 y 318 bis CP (art. 57.5, 6 y 7 apartado c LOEx), lo que evidencia las finalidades de política de extranjería. No obstante, la expulsión en estos casos no es preceptiva, sino facultativa para el órgano administrativo, ya que el art. 57.1 LOEx establece la expulsión como sanción administrativa que pueda aplicarse en lugar de la multa que corresponda al extranjero que ha cometido alguna de las infracciones graves o muy graves. Si la sanción

es la multa podrá continuar el procedimiento penal. Se hace eco aquí TORRES FERNÁNDEZ de la inseguridad jurídica que genera el que este supuesto no cuente con regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) y que consiguientemente adolece de un trámite jurisdiccional específico, contándose sólo con la Circular de la Fiscalía General del Estado (FGE) 2/2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, que fija algunos aspectos. Sostiene la autora que el momento de la autorización de la expulsión por el juez penal ha de ser a la hora de adoptar la decisión de abrir el juicio oral. El cierre del proceso no es definitivo en estos casos, pues si la expulsión no se materializa en su ejecución o se incumple su contenido de prohibición de regreso a España durante un determinado plazo procederá la reapertura. Nos encontramos, en opinión de TORRES FERNÁNDEZ, ante una modalidad que, además de descongestionar las instituciones penitenciarias, también pretende agilizar o descongestionar la actividad de la administración de justicia.

6. En sexto lugar se estudia la **expulsión administrativa del art. 57.2 LOEx, es decir, el haber sido condenado por haber cometido un delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año**. Confluyen aquí también, según TORRES FERNÁNDEZ, criterios de política de extranjería y de política criminal al basarse su supuesto de hecho en una condena previa por delito. Se trata de una expulsión de naturaleza administrativa. La autora se muestra en contra de aquellos que consideran este supuesto de expulsión como una medida sustitutiva del cumplimiento de las penas privativas de libertad superiores a un año, lo que vendría a completar el panorama de sustitutivos penales para los extranjeros que no se encuentren en la situación del art. 89 CP, concretada en la residencia ilegal. Entiende la autora que se trata de una consecuencia accesoria de la condena por delito de naturaleza administrativa. Se configura como una cláusula de cierre de la ordenación de normas que rigen la entrada y permanencia de extranjeros en territorio español, que opera en este caso, precisamente, no sustituyendo a la respuesta penal, pues se superponen a ella, con el fin de hacer efectivos los requisitos que los Estados imponen a la entrada de extranjeros, en el legítimo ejercicio de las facultades propias de sus soberanía. Señala a continuación TORRES FERNÁNDEZ las múltiples críticas sufridas por esta modalidad en el sentido de que se vulnera el principio *non bis in idem* (al entender que la descripción del supuesto de hecho de la infracción administrativa es, precisamente, la previa condena penal, con lo que se estaría sancionando de nuevo, esta vez administrativamente, a quien ya fue castigado en vía penal) y de que resulta

contraria a la finalidad de resocialización que debe orientar la ejecución de las penas privativas de libertad según el art. 25 CE. Se centra la autora en la primera de estas críticas. Así afirma, correctamente, que para valorar si existe o no duplicidad sancionadora se ha de comprobar si existe la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. La autora parece deducir que se vulnera el citado principio porque existe identidad del hecho, ya que el motivo de la expulsión es precisamente el pronunciamiento penal previo materializado en una sentencia condenatoria, lo que presupone la existencia de un hecho desvalorado y ya castigado penalmente. De otra opinión, descartando tal vulneración del principio *non bis in idem*, el TC (Sentencia 236\2007 de 7 de noviembre). De las explicaciones ofrecidas por TORRES FERNÁNDEZ parece desprenderse que sostiene, que se produce la vulneración del principio *non bis in idem*, sin embargo, no analiza la triple identidad a la que ha aludido sino que sólo se refiere a la identidad del hecho. En mi opinión debería también referirse a la identidad de sujetos y fundamentos. El TC, como ha quedado dicho, niega la vulneración del *non bis in idem* al entender que falta la triple identidad de la infracción sancionadora, en concreto falta la igualdad de fundamento, pues la condena penal castiga por la comisión de un hecho considerado delito y la expulsión, basada en la condena previa, supone el modo de dar eficacia al requisito legal de la permanencia en territorio nacional de los extranjeros consistente en no haber cometido delitos de cierta entidad. La expulsión administrativa por poseer antecedentes penales no constituye una nueva infracción, sino la reacción del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento de los requisitos que el Estado, en ejercicio de su soberanía, puede imponer a los extranjeros que pretendan establecerse en su territorio. Considera TORRES FERNÁNDEZ que ha de analizarse el alcance de la causa de expulsión administrativa del art. 57.2 LOEx en relación con los requisitos exigibles para autorizar la entrada y establecimiento de extranjeros en territorio español. Y concluye que durante la vigencia de los antecedentes penales por el delito cometido, el extranjero puede ser expulsado en virtud de la causa del art. 57.2 LOEx, siendo la carencia de antecedentes penales uno de los requisitos que conforman el régimen jurídico del art. 31.5 LOEx para residir lícitamente en España. Señala TORRES FERNÁNDEZ que por todo lo anterior puede decirse que la finalidad de la previsión del art. 57.2 LOEx es la de dotar de efectividad el requisito de no poseer antecedentes penales del art. 31.5 LOEx.

7. En séptimo y último término se analiza **la expulsión administrativa del art. 57.8 LOEx, es decir, la expulsión con posterioridad al cumplimiento de la condena**. Este art. se refiere expresamente a condenados

por determinados delitos cuya expulsión se llevará a cabo una vez cumplida la pena privativa de libertad. Considera la autora que el supuesto de hecho al que parece referirse es una clase dentro de la más genérica prevista como causa de expulsión del art. 57.2 LOEx. Y señala que la expulsión en estos casos se muestra como un claro ejemplo de doble sanción por un mismo hecho, pues en tal caso está excluida la valoración material de las circunstancias respecto del cumplimiento de los requisitos que rigen la concesión o la renovación de una autorización de estancia, la imposición de la expulsión se basa única y exclusivamente en la comisión previa de un delito, y con ello, se infringiría el principio *non bis in idem*. Concluye afirmando en este punto que la previsión del art. 57.8 LOEx es una muestra más de las inconsecuencias de llevar las finalidades de política de extranjería más allá de lo que consienten las reglas que rigen la coexistencia del Derecho administrativo y el Derecho penal, como muestras diferenciadas del Poder sancionador del Estado, dentro de la unidad coherente del ordenamiento jurídico.

Merece una valoración positiva el extenso análisis realizado sobre la naturaleza de la expulsión, sin pretender buscar una tesis común a las distintas modalidades reguladas, pues estoy de acuerdo con la tesis de esta autora a favor de una naturaleza diferente para cada modalidad. En este análisis de manera acertada se han incluido los supuestos de expulsión administrativa con incidencia penal.

En el segundo bloque analiza el **Fundamento de la expulsión. Sobre las teorías de la pena (prevención general y especial) y de las finalidades que efectivamente desempeña**. A la hora de analizar la finalidad de la expulsión TORRES FERNÁNDEZ distingue entre la administrativa y la penal. Así, refiriéndose a la administrativa, nos explica que la expulsión puede responder a dos finalidades distintas, por un lado a la de sancionar al extranjero por la realización de un ilícito administrativo con la pérdida del derecho a circular y residir en territorio español, en aquellos casos en los que el extranjero gozara legalmente de tal derecho. Y, por otro, servir como medio de control de los flujos migratorios, restaurar el ordenamiento jurídico vulnerado con un efecto disuasorio del incumplimiento de las condiciones en vigor para la permanencia legal en España. En sede penal la expulsión obedece al control de los flujos migratorios y su supuesto legal se forma por dos aspectos: la comisión de un delito y la irregularidad de la situación del extranjero, de modo que *a priori* no está llamada a cumplir ninguno de los fines atribuidos a las genuinas consecuencias jurídico penales: penas y medidas de seguridad. La expulsión como alternativa de la medida de seguridad se puede imponer directa-

mente como medida no privativa de libertad (art. 95.2 CP, siempre que el delito cometido no lleve prevista una pena privativa de libertad), o bien como sustitutiva de la medida privativa de libertad o no que se haya impuesto. TORRES FERNÁNDEZ adelanta ya que la expulsión opera con *carácter preferente* frente al cumplimiento ordinario de las consecuencias impuestas, y lo deduce de la forma verbal empleada en la redacción “serán sustituidas”, sólo matizado por la salvedad de que se aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España. En mi opinión más que de carácter preferente creo que ha de hablarse de carácter obligatorio. Entiendo que, tal y como están redactados los arts. 89 como el 108 CP, la expulsión tiene carácter obligatorio siempre que se cumplan los presupuestos que en los citados preceptos se establecen. En el caso de la sustitución de penas privativas de libertad, cabe no proceder a la expulsión sólo cuando se aprecien razones que justifiquen el cumplimiento de la pena en España o cuando por determinadas razones no pueda llevarse a efecto. Y en el supuesto de la sustitución de medidas de seguridad no se procederá a la expulsión sólo cuando se aprecie que la naturaleza del delito justifique el cumplimiento en España o cuando no pueda llevarse a efecto. La sustitución de penas o medidas por la expulsión supone una renuncia a hacer efectivas las consecuencias jurídico penales, mediante su ejecución, y con ello el cumplimiento de los fines a los que tales consecuencias están ordenadas en esa fase del *Ius puniendi*, principalmente, la prevención especial. Califica la autora esa renuncia de condicional cuando lo que se sustituye son penas o una parte de ellas (prohibición de entrada por un determinado periodo es la condición) y de incondicional cuando se impone como medida de seguridad, tanto porque puede imponerse directamente sin acudir al mecanismo de la sustitución (art. 95.2 CP) como por el hecho de que no se prevé como consecuencia la reactivación del cumplimiento de la medida a la que sustituye en el caso de infringirse la prohibición de entrada. Esta cuestión me resulta cuando menos discutible. Es cierto que el art. 108 CP no prevé qué hacer cuando el sujeto ha incumplido la prohibición de entrada, sí en cambio cuando intenta quebrantarla. En mi opinión esa laguna legal ha de ser interpretada (al igual que ocurría con el art. 89 CP antes de su última reforma) bien entendiendo que el sujeto debe cumplir la consecuencia jurídica originariamente impuesta (pena o medida de seguridad), bien entendiendo que el sujeto será expulsado nuevamente comenzando a computarse el plazo de prohibición de entrada, e incluso deberíamos plantearnos si se ha cometido un delito de quebrantamiento de condena, aunque en este caso la respuesta debería ser negativa en mi opinión.

Se plantea TORRES FERNÁNDEZ a continuación si la expulsión cumple la finalidad de prevención general y especial y alguna otra. La autora analiza cómo se llevan a cabo los fines propios de prevención general y especial en el marco de los sustitutivos penales, pues aunque la expulsión no responde a la filosofía de los sustitutivos penales sí puede considerarse que es un sustitutivo ya que de *facto* pertenece a ellos tanto por su ubicación sistemática como por su efecto propio que impide el ingreso en prisión. Analiza a continuación, en primer término, en qué forma pueden ser atendidos esos fines por la expulsión del territorio nacional del extranjero residente ilegal cuando actúa como sustitutivo de la pena en sus modalidades del art. 89 CP. Llega a la conclusión de que los efectos de prevención general y especial de la expulsión del art. 89.1 CP en las fases de imposición de pena y de expulsión son prácticamente inexistentes, pues la única carga negativa que les puede ocasionar la comisión de un delito es el retorno a su país de origen, donde puede continuar su actividad delictiva o intentar de nuevo la aventura de la inmigración ilegal hacia nuestro país u otro. Quizá, reconoce la autora, podría haber algún efecto motivador si se tratase de un extranjero que tenga expectativas de regresar a España cumpliendo los requisitos legales, lo que se contrarresta con la percepción más o menos fundada de un bajo riesgo de ser descubierto si retorna ilegalmente. En segundo lugar, alude a la expulsión como sustitutivo parcial del art. 89.5 CP. Señala la autora que este precepto no responde a la filosofía de los sustitutivos penales, y concluye que de acuerdo con su configuración legal esta modalidad de expulsión sólo puede servir a los fines de control de los flujos migratorios, que son los únicos que pueden quedar satisfechos con la expulsión del extranjero (las funciones de prevención general y especial se ven ampliamente satisfechas con el tiempo de pena efectivamente cumplido), tornándose la expulsión excesivamente gravosa en estos casos. En tercer lugar, se centra en la forma que opera como sustitutivo de las medidas de seguridad, señalando que es distinta la forma en la que lo hace dada su propia característica diferencial de ausencia de fines de prevención general. La autora reconoce que sólo es una medida idónea para inocuizar al extranjero incapaz, pero no apta para tratar sus posibles necesidades de intervención. En mi opinión el término incapaz utilizado aquí no es totalmente correcto, pues si hablamos de inocuización debemos referirnos a personas peligrosas, no capaces o incapaces.

Tras el recorrido por las diferentes modalidades de expulsión recogidas en el CP, intentando encontrar la satisfacción de finalidades puramente penales, llega TORRES FERNÁNDEZ a la conclusión de que

evidenciada la incapacidad de la expulsión para cumplir satisfactoriamente las funciones propias del Derecho penal sólo cabe reclamar su salida del CP, dejando para el Derecho administrativo el fin de control de los flujos migratorios. Aunque a reglón seguido añade que si la función de inocuización sin concesión alguna a formas de tratamiento del infractor se considera legítima desde la perspectiva del fin de protección que le corresponde cumplir al Derecho penal y que se puede desarrollar por la expulsión, cabría admitir la expulsión como un sustitutivo de la pena, en el que prime la no desocialización (en este caso ponderando las exigencias de prevención general y especial y dentro del marco de dos años de prisión). Si se trata de sustituir la pena cuando se ha alcanzado el tercer grado o se ha cumplido la cuarta parte de la condena, el ordenamiento jurídico dispone de mecanismos suficientes para atemperar el rigor de la privación de libertad, pero si se previese una sustitución debería serlo con una duración igual al período de pena que resta por cumplir, pues sólo así tendrá indubitadamente un carácter más ventajoso que la continuación del cumplimiento de pena en el grado correspondiente.

Creo que TORRES FERNÁNDEZ no tiene toda la razón en este punto cuando reclama la salida de la expulsión del CP. En mi opinión, la institución de la expulsión merece sin duda una valoración negativa, respondiendo a la misma finalidad que la expulsión administrativa; además no puede afirmarse que tenga más efectos preventivos que la sanción administrativa de expulsión. Como sustitutiva de la pena debe ser rechazada en tanto en cuanto no se conciba como un verdadero sustitutivo penal, por lo que creo que debemos decantarnos bien por una regulación distinta bien por su supresión. Así que considero que sólo debe salir del CP si la regulación continúa idéntica, pero si se la concibe como un verdadero sustitutivo penal con una regulación diferente podría permanecer, siempre que su filosofía fuera la de un verdadero sustitutivo penal. Ahora bien, como sustitutiva de la medida de seguridad abogo por su supresión (creo que esta es también la posición de TORRES FERNÁNDEZ) y opto por la aplicación al sujeto de la medida de seguridad en España o en su caso el traslado a un centro similar en su país en aplicación de los convenios internacionales suscritos por España. La razón es, básicamente, la necesidad de actuar sobre el individuo sujeto a una medida de seguridad y la imposibilidad de hacerlo si se le expulsa sin ningún tipo de seguimiento ni control.

El tercer bloque se rubrica **Elementos comunes a todas las modalidades de expulsión del CP**. Este tercer bloque lo divide la autora en cuatro partes: en primer lugar la condición de extranjero, en segundo lugar la

condición de no residente legal, en tercer lugar, un excursus en torno a si cabe la expulsión de extranjeros menores de edad y, por último, la cuestión relativa a si la expulsión tiene carácter preceptivo o discrecional.

En realidad, en este bloque se están analizando dos cuestiones. La primera es la que podríamos denominar elemento subjetivo de la expulsión, es decir, determinar a qué sujetos se va a aplicar, y para ello hemos de determinar quién es un extranjero en situación irregular. La segunda cuestión es si nos encontramos o no ante una institución cuya aplicabilidad tiene carácter preceptivo o no. Creo que la rúbrica de este apartado podría dar lugar a confusión, pues hay otros elementos comunes entre las diferentes modalidades de expulsión. Por esta razón, en mi opinión, la autora debería haber rubricado este apartado de otro modo.

En relación con el primer elemento estudiado, la condición de extranjero, concepto que se define por exclusión, extranjero que no posee la nacionalidad española. Este concepto se deduce de la Ley Orgánica de Extranjería. Hemos de remitirnos al derecho interno para averiguar quiénes son nacionales. Concluye que son extranjeros todos los que carecen de la nacionalidad española, incluidos los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea. Respecto a estos afirma, en un principio, que son susceptibles de expulsión a salvo de la regularidad de su estancia en nuestro territorio.

No estoy de acuerdo con TORRES FERNÁNDEZ en este punto, aunque la autora vuelve a este tema en el siguiente apartado y matiza. No obstante me gustaría señalar que, en mi opinión (y la de la doctrina mayoritaria, no así la jurisprudencia que es contradictoria expulsando a extranjeros miembros de la Unión Europea y en otras ocasiones –la mayoría–, por el contrario afirma que se trata de residentes legales), la expulsión no resulta aplicable a los extranjeros comunitarios puesto que su residencia es legal, es decir, falta el presupuesto subjetivo. Así que no se les puede expulsar porque, a pesar de ser extranjeros, no son extranjeros no residentes legalmente en España. Y ello porque entiendo que cuando en el CP se habla de “no residentes legalmente” en España, se está haciendo referencia tanto a aquellos que no tienen permiso de residencia como a aquellos que no tienen permiso de estancia; es decir, a todos los que no están de uno u otro modo, legalmente en España, esto es, aquellos que se encuentren de un modo irregular. Y ello no puede predicarse de los ciudadanos comunitarios. Además, si lo interpretamos en el sentido expresado por la autora, se podría llegar a una incoherencia. Así, si se entiende que la prohibición de entrada no es sólo al territorio nacional, sino que también se les prohíbe la entrada en los países miem-

bros del acuerdo Schengen, se debería llegar a la consecuencia de que no se puede expulsar a los ciudadanos comunitarios a sus países, puesto que en ellos también tendrían prohibida su entrada, lo que, obviamente, no puede admitirse.

En segundo lugar alude TORRES FERNÁNDEZ a la condición de no residente legal; esta expresión es, según la autora, la vía para dar entrada en la aplicación del Derecho penal a consideraciones de política de inmigración. Para saber quién tiene esa condición acude, correctamente, a la normativa de extranjería. Así, quienes estén cubiertos por cualquiera de las modalidades de autorización previstas en la LOEx no serán objeto de expulsión en sede administrativa y entonces no se le podrá tampoco expulsar en sede penal. Vuelve la autora a centrarse en el tema de los ciudadanos comunitarios y analiza la normativa relativa a los mismos y los requisitos que deben cumplir para fijar su residencia. Frente a los autores que afirman que no se puede expulsar a los extranjeros comunitarios por entender que su residencia es legal en virtud del derecho a la libre circulación en todo el territorio de la Unión, esta autora matiza pues no cabe identificar el derecho a la libre circulación del territorio de la Unión, reconocido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) a los nacionales de los Estados miembros, con la posesión de la condición jurídica de residencia autorizada, para cuya obtención es necesario observar los requisitos necesarios establecidos en la legislación interna de cada Estado de conformidad con la Directiva 2004/38/CE. En mi opinión he de insistir en que lo que verdaderamente relevante no es la situación de residencia, sino de legalidad o regularidad o no en territorio español, y los ciudadanos comunitarios se encuentran en situación regular o legal. Concluye la autora afirmando que no puede expulsarse a los ciudadanos comunitarios porque la ilegalidad de su estancia en España, que es la que fundamenta la posibilidad de expulsar en los casos del art. 89 CP, no es causa de expulsión con carácter general frente a cualquier ciudadano comunitario. Pues la autora sostiene, como he señalado, que solo se justificará la posibilidad de optar por la expulsión en sede penal cuando ello sea también posible en el concreto régimen jurídico que le corresponde al extranjero de que se trate. Señala TORRES FERNÁNDEZ que, por todo lo anterior, lo más adecuado es concluir que los extranjeros comunitarios en situación de estancia ilegal no son expulsables en virtud de los arts. 89 y 108 CP.

En tercer lugar se centra en si cabe la **expulsión de los extranjeros menores de edad**. Considerando que dado que la LOEx determina la regularidad de la estancia de todos los menores extranjeros que estén bajo la tutela de instituciones de protección españolas, su estancia no podrá ser

considerada ilegal en los términos del art. 53.1 a) LOEx, y no serán expulsables por tal motivo, ni en ningún otro supuesto legal que incluya como parte de su supuesto de hecho la irregularidad de su estancia. TORRES FERNÁNDEZ también pone de manifiesto la ausencia de una regulación específica de la expulsión como consecuencia a aplicar a los extranjeros menores de edad en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM).

El último elemento común que estudia TORRES FERNÁNDEZ es el relativo a si la **expulsión tiene carácter preceptivo o discrecional**. Respecto a ello la autora ya ha señalado en varias ocasiones que se trata de una institución de carácter preferente. Alude a la evolución de la regulación de la expulsión en este aspecto hasta llegar a la regulación actual. En la regulación inicial la expulsión fue caracterizada por la jurisprudencia como una facultad discrecional. A partir de la LO 11/2003 la expulsión se caracterizó por la doctrina como automática o *cuasi* automática, quedando convertida en la regla general cuando se trate de extranjeros en situación irregular. No obstante, el TS inició con la STS de 8 de julio de 2004 una interpretación (cuestionada, en mi opinión correctamente, por la doctrina por exceder la competencia del TS) que intenta corregir la literalidad del precepto y respecto del que señala ha de procederse a una lectura constitucional, instaurando el requisito de la audiencia del reo (que no se contenía en el art. 89 CP en aquel momento), necesario para valorar todos los intereses en la adopción de la medida. De modo tal, nos explica TORRES FERNÁNDEZ, que la expulsión pasa de preceptiva a opción preferente.

No me queda muy clara la valoración de la autora sobre la STS citada. Así, señala que la doctrina se ha manifestado crítica con esta sentencia, y que sólo considerando las circunstancias personales del reo puede el tribunal contar con los elementos necesarios para conocer y valorar en qué términos es asumible la renuncia al *ius puniendi* dejando sin ejecutar la pena de prisión impuesta. Y añade: "Lo que no es sino una cuestión de legalidad ordinaria, pues insita en texto del art. 89 está la valoración del alcance de la excepción a la expulsión ordenada por el legislador. Por ese particular, ningún reproche merece la interpretación del Tribunal Supremo del art. 89 del CP". Así que, en su opinión, parece que no merece reproche la interpretación que el TS hace del art. 89 CP. Aunque añade a continuación que se trata de una interpretación que roza la vulneración del principio de legalidad, al exigir en su aplicación un requisito que la norma no prevé. Si lo que la autora afirma, como parece, es que la interpretación del TS no merece reproche, no puedo estar más en desacuerdo. Así, ya me manifesté en su día crítica con esta interpretación, pues

aunque comparto el sentido material de la doctrina del TS en este punto, creo que su proceder no es correcto. En mi opinión, la forma seguida por el TS para conjurar la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto tal y como estaba redactado en aquel momento no es correcta. La única forma es plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, y no intentar que el precepto diga algo que no dice, pues ni exigía motivación especial ni tampoco audiencia del reo, dado que establecía que la expulsión era obligatoria. En mi opinión, nos encontrábamos ante un problema de interpretación, o más bien, ante un exceso en la interpretación del TS, pues, nos guste o no, el art. 89 CP no preveía la audiencia del reo, y establecía como regla general la expulsión de los extranjeros que delinquen y no poseen residencia legal, sin tener en cuenta sus circunstancias personales. Por ello sí creo que la interpretación del TS merece un reproche, pues la única excepción establecida en aquel momento era la de la naturaleza del delito, y en ese punto poco tenía que decir el reo. Ese era el único alcance de la excepción.

Finalmente señala la autora que la LO 5/2010 varía muy poco la redacción anterior (se suprime el adverbio excepcionalmente y se amplían los aspectos a tener en cuenta en orden a denegar la expulsión, ahora no se dice que procede la expulsión salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del MF, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, sino que se señala “salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”). Por todo ello concluye TORRES FERNÁNDEZ señalando que la expulsión sigue siendo la opción considerada preferente por el legislador, pero con una mayor flexibilidad pues se deja paso a determinados factores para adoptar la expulsión. Este diseño abre cada vez más su aplicación a la discrecionalidad del juzgador aunque, según la autora, se ha perdido la oportunidad de retornar a una dicción legal claramente expresiva del carácter discrecional de los sustitutivos. Y esto mismo puede decirse del art. 89.5 CP.

A continuación la autora intenta dar contenido a los aspectos que han de ser ponderados por el juez penal en la decisión de sustituir la respuesta penal ordinaria, la pena o la medida de seguridad, por la expulsión y que se aluden en el art. 89 CP como “razones que justifiquen el cumplimiento de la condena”, pues aunque hubiera sido preferible su mención expresa la misma no se ha fijado. Pues bien, aquí creo que podría objetarse a TORRES FERNÁNDEZ el que aluda tanto a la decisión de sustituir la

pena como a la decisión de sustituir la medida. Y ello porque únicamente es el art. 89 CP el que hace mención a las razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en España para no expulsar, pues el art. 108 CP, relativo a las medidas, no ha sido modificado y según su tenor literal la única excepción para no expulsar es que se aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España. Así que la autora realiza un tratamiento conjunto en este punto de penas y medidas de seguridad, cuando la regulación es diferente. También parece olvidar la autora analizar, como sí ha hecho con el art. 89.1 y 89.5 CP, si la expulsión del art. 108 CP tiene carácter discrecional o preceptivo. La autora menciona y explica los aspectos que se han de tener en cuenta, según se ha venido señalando en ausencia de una precisión legal más precisa, en la decisión de la expulsión del extranjero que ha cometido una infracción penal: el interés del Estado en expulsar, el interés del Estado en castigar el delito, juzgando al culpable y haciendo ejecutar lo juzgado, el interés del extranjero –que puede ser favorable o contrario a la expulsión–, y el interés del perjudicado por el delito. A continuación analiza la situación de arraigo del extranjero como obstáculo a la posibilidad de expulsar, arraigo definido como los vínculos que unen al extranjero recurrente con el lugar en que resida ya sean de tipo económico, social, familiar, laboral, académico o de otro tipo y que sean relevantes para apreciar el interés del recurrente en residir en el país. A todos esos criterios hay que añadir otros relacionados con la finalidad de la política de extranjería, que inspira la sanción de expulsión de los extranjeros irregulares. Así, si la comisión del delito fue instrumental para dilatar la expulsión administrativa, o si el arraigo alegado no es real y sólo tiene la finalidad de impedir la expulsión.

En el cuarto bloque analiza el **régimen legal de cada una de las modalidades de expulsión del CP**. Esta parte está dividida a su vez en concordancia con las tres modalidades de expulsión penal existentes: sustitución condicional íntegra de las penas privativas de libertad inferiores a seis años; sustitución condicional del cumplimiento del período de pena restante desde la clasificación en tercer grado o del último cuarto de penas de prisión de cualquier duración; y expulsión en el caso de las medidas de seguridad (que puede imponerse como sustitutiva de las medidas de seguridad aplicables, y directamente si la pena conminada al delito no es privativa de libertad).

Comenzando por la **sustitución condicional íntegra de las penas privativas de libertad inferiores a seis años**, analiza la autora el contenido del art. 89.1 CP. Alude a que ha de tratarse de penas privativas de libertad inferiores a 6 años, y, aunque en principio caben todas ellas: prisión, lo-

calización permanente y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, sin embargo, luego analiza cada una de ellas y concluye que sólo la prisión puede dar lugar a la expulsión.

Así, excluye la localización permanente que, por su contenido y forma de ejecución, supone un paliativo de los efectos desocializadores de la prisión, teniendo sentido su sustitución sólo cuando se opte por una alternativa menos gravosa. Así que siendo su duración máxima de 6 meses sustituirla por la expulsión, que se ha configurado como un sustitutivo penal, con un periodo mínimo de 5 años, puede resultar más aflictiva para el condenado. En mi opinión ello puede completarse señalando que el art. 89 CP exceptúa la expulsión cuando haya razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España y la localización permanente se trata de una pena que, por definición, nunca se cumplirá en un centro penitenciario (con la excepción de la posibilidad prevista en el art. 623.1 CP para los supuestos de faltas reiteradas de hurto). Por lo que a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa se refiere también la excluye la autora de la posibilidad de sustitución por la expulsión por varias razones. En primer lugar, por la vulneración del principio de proporcionalidad, porque la sustitución por expulsión del territorio nacional por un plazo no inferior a cinco años puede resultar excesivamente gravosa si se tiene en cuenta que la duración máxima de la prisión por impago de multa no puede ser superior a un año y que cuando proceda puede sustituirse por trabajos en beneficio de la comunidad o por localización permanente. Y, en segundo lugar, por la dificultad de acordar la sustitución en esos casos, si se lleva a cabo en sentencia, pues la responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa es exigible sólo desde el eventual momento en que la pena pecuniaria queda impagada, lo que en el momento de dictar sentencia se plantea como algo incierto. Este obstáculo, reconoce la autora, no concurrirá si la expulsión se determina en auto posterior. En mi opinión a ello puede añadirse que, además, esta pena actúa como un sustitutivo de la pena de multa. El art. 88.3 CP declara expresamente que en ningún caso se pueden sustituir penas que sean sustitutivas de otras. Por ello entiendo que no puede sustituirse una pena que ya ha sido sustituida por la expulsión que, aunque no es un auténtico sustitutivo penal, sí actúa como tal. Y, en segundo lugar, se estaría incorporando un criterio discriminatorio injustificado si se hace depender la expulsión de un sujeto de la disponibilidad de recursos económicos para hacer frente al pago de la multa.

Se centra TORRES FERNÁNDEZ a continuación en la pena de prisión y señala que la expulsión sólo será constitutiva claramente de un trata-

miento más beneficioso para el reo extranjero cuando la duración de la pena de prisión sea coincidente con la duración mínima de la expulsión, pues a igualdad de duración tiene un menor contenido aflictivo, que sólo afecta a la libertad de movimientos en España, frente a la completa privación de libertad personal, que implica el ingreso en prisión. Es decir, que si no he entendido mal la autora está señalando que dado que el mínimo periodo de expulsión son 5 años la duración de la pena de prisión debe coincidir con ese mínimo, es decir, 5 años. Y cuando se trate de penas privativas de libertad inferiores a dos años, la expulsión por un mínimo de 5 considera TORRES FERNÁNDEZ que es excesiva, pues de no existir cabría aplicar otros substitutivos más beneficiosos, pero la expulsión se diseña como substitutivo preferente siempre que se trate de extranjeros en situación de irregularidad administrativa. La autora excluye la expulsión en las faltas porque estas se conminan con localización permanente como pena privativa de libertad. Si se trata de substituir penas inferiores a 3 meses también se plantea si cabe o no la expulsión o si procede la substitución en los términos del art. 88 CP. Respecto a esta cuestión la autora no comparte la argumentación esgrimida por la doctrina mayoritaria, contraria a la aplicación de la expulsión, atendiendo a que el art. 71.2 CP obliga en el caso de penas inferiores a 3 meses a substituir las conforme al art. 88 CP, precepto este último que, además, prohíbe la substitución de penas substituidas. En su opinión la razón por la que no cabe la substitución por la expulsión en este caso sigue siendo la ya mencionada de la proporcionalidad que ha de guiar la respuesta penal en relación con la distinta forma de operar de cada substitutivo, y en particular por la menor aflictividad que comporta el régimen de substitución del art. 88 frente a la expulsión, que determina que esta sea excesivamente gravosa. Desde su punto de vista la expulsión, cuando se trata de ofrecer una alternativa al cumplimiento de las penas de prisión de tan corta duración, resulta desproporcionada. De modo que, si no he entendido mal, la autora considera que no cabe la expulsión cuando no exista proporcionalidad, pues la proporcionalidad debe guiar todo el proceso de selección de la expulsión como substitutivo penal, de manera que no pueda resultar más gravosa que la pena privativa de libertad substituida. La valoración de la procedencia de optar por la expulsión o por otros substitutivos penales la realiza la autora sobre el criterio que inspira la filosofía de los substitutivos penales, optando en cada caso por la opción menos gravosa para el condenado extranjero. Con ello, afirma la autora, se ha tratado de reducir la aplicación de la expulsión a su consideración como un substitutivo penal, trasladando a su interpretación cuantos aspectos limitativos de la respuesta penal, basados en los principios de necesidad y proporcionalidad.

lidad, inspiran la creación de tales figuras legales. No obstante la autora reconoce a continuación que con esto se está haciendo caso omiso al texto legal y que la sustitución de la pena privativa de libertad (por mínima que sea su duración) por la expulsión podría llevarse a cabo con toda legitimidad atendiendo únicamente al dato de que se trate de un extranjero en situación irregular. La proporcionalidad debería ser evaluada en relación con la idoneidad de la expulsión para cumplir los fines de control de fronteras y contención de la entrada ilegal de inmigrantes. Pero la autora señala que no son argumentos de política migratoria los que permiten justificar la previsión de la expulsión con una duración mínima de 5 años en todo caso, pues comparando la regulación penal con la administrativa se observa que la regulación penal se separa de lo previsto en la administrativa que permite expulsar en esta sede por un máximo de 5 años, mientras que penalmente el mínimo son 5 años. Así que, concluye TORRES FERNÁNDEZ, son razones de otro tipo las que permiten justificar la previsión de la expulsión con una duración mínima de 5 años en todo caso, lo que evidencia que nos encontramos ante un instrumento economicista de finalidad preventiva e inocuizadora que prescinde de las características del sujeto y del hecho concreto para su imposición, con un enfoque más propio de criterios estadísticos aplicados a la gestión del riesgo de la criminalidad que una institución regida por los principios limitadores del Derecho penal. Es decir que, si no he entendido mal, parece que finalmente acaba reconociendo que la aplicación de la expulsión procederá con independencia de la duración de la pena impuesta, sin que opere su propuesta de hacer depender la aplicación de la expulsión como un auténtico sustitutivo penal, sometido al principio de proporcionalidad.

Señala a continuación, correctamente, que queda excluida la sustitución por la expulsión de las penas privativas de derechos cuando son impuestas de manera autónoma, mientras que si concurren con una pena privativa de libertad cabe el cumplimiento simultáneo. Pueden sustituirse penas de hasta 6 años calculadas de modo concreto, lo que supone un ámbito de operatividad muy amplio. Esta amplitud obedece, en opinión de TORRES FERNÁNDEZ, al fin de descongestionar los centros penitenciarios y ello supone, según señala acertadamente, una pérdida del efecto preventivo general de las penas privativas de libertad frente al colectivo de inmigrantes ilegales, contribuyendo a la creación de alarma social frente a la delincuencia de extranjeros, sembrando las bases para el rechazo en un clima de xenofobia.

A continuación se plantea TORRES FERNÁNDEZ si es posible superar el límite de los seis años en los casos de concurso real de delitos,

considerando que el límite de seis años de pena privativa de libertad sustituible opera sobre la duración total de la pena resultante una vez sumadas las penas impuestas individualmente a cada infracción. Esta posición me parece correcta, pues si ya es criticable el que se puedan sustituir penas de 6 años por la expulsión del territorio, resulta más censurable aún adoptar la medida de expulsión como sustitutivo cuando la suma de las penas impuestas excediere de 6 años aunque cada pena aisladamente considerada no alcance ese límite.

Según dispone el art. 89.7 CP, no ha de tratarse de penas impuestas por delitos relacionados con el tráfico de personas y el favorecimiento de la inmigración ilegal. En opinión de la autora este precepto muestra la completa subordinación de la política criminal a la de extranjería, de manera que se excluye expresamente su aplicación cuando la expulsión puede suponer una merma de la eficacia del propio instrumento penal en relación con el control de los flujos migratorios. Correctamente advierte TORRES FERNÁNDEZ el olvido del legislador al haber dejado fuera la trata de personas del art. 177 bis CP.

El plazo de expulsión va de 5 a 10 años contados desde la fecha de expulsión atendidos la duración de la pena y las circunstancias personales del penado. La autora afirma, como no puede ser de otro modo, que con esta previsión se mejora la regulación anterior que aludía a un plazo único de 10 años. Como ya ha venido señalando, el plazo mínimo de 5 años es para TORRES FERNÁNDEZ desproporcionado en un amplio marco de penas sustituibles. Por esta razón considera que se debería haber previsto su plazo mínimo con una duración inferior y coincidente con la de la expulsión administrativa. En mi opinión efectivamente el plazo mínimo debería ser inferior (entiendo que podría establecerse en 3 meses), pero también el plazo máximo de expulsión debería rebajarse (no debería sobrepasar los cinco años de prohibición de entrada), pero es que además, como ya ha dicho la autora en otra parte de su obra, lo que debería ser inferior es la pena que va a sustituirse. Es decir, que la expulsión debería ser un verdadero sustitutivo penal, si se desea mantener tal institución, pudiéndose sustituir penas de hasta dos años de privación de libertad.

Analiza también en qué momento ha de darse la situación de estancia ilegal del extranjero, decantándose por el momento en que ha de decidirse sobre la ejecución de la pena. A continuación se refiere a la audiencia del penado, que se convierte en pieza esencial para orientar sobre la discrecionalidad del órgano jurisdiccional, y sobre la motivación que debe tener la expulsión en cualquier caso.

El efecto de la expulsión es la salida de España con prohibición de regreso a España y a todo el espacio europeo (Acuerdo Schengen) y el archivo de cualquier procedimiento administrativo para residir o trabajar en España.

Se centra a continuación en el art. 89.6 CP y la novedosa previsión allí establecida, pero contenida ya en la norma administrativa, de que cuando al acordarse la expulsión el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa. Considera TORRES FERNÁNDEZ que esta modificación parece no haber tomado suficientemente en consideración la naturaleza formalmente penal de la expulsión y el carácter de condenado del extranjero, lo que determina que el internamiento previsto en un centro de inmigrantes no resulte adecuado para garantizar la ejecución de la pena principal impuesta. Esta previsión parece desplazar por derogación tácita a la más sensata previsión de la DA 17 LO 19/2003, de 23 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y en la que se establece el deber de comunicar las sentencias en las que se acuerde la expulsión y que se disponga la ejecución de las penas privativas de libertad o medida de seguridad impuesta hasta que se materialice la expulsión. No obstante, la Circular FGE 5/2011, propone la reserva del internamiento en un Centro de extranjeros cuando la pena sustituida sea la localización permanente, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, las penas de prisión inferiores a 3 meses o cuando el sujeto reúna las condiciones para haber accedido a la suspensión de la condena, y ello porque el internamiento se considera facultativo como se desprende del tenor literal "podrá acordarse".

El párrafo segundo del art. 89.6 CP prevé la reactivación de los sustitutivos penales cuando acordada la expulsión sustitutiva no pueda materializarse. Esto será cuando se cumplan las condiciones necesarias para acceder a ellos. A ello entiende TORRES FERNÁNDEZ que hay que añadir también los supuestos en los que el juez haya decidido que no procede la expulsión y se cumplan los requisitos para dar lugar a otra modalidad de sustitución de la pena, interpretación que comparto. Ahora bien, en mi opinión, la autora debería también haber analizado qué ocurre en los supuestos en los que el extranjero en situación de residencia ilegal en España cometa uno de los delitos del art. 89.7 CP. En esos supuestos, en mi opinión, cabe la posibilidad de aplicar otros sustitutivos penales dis-

tintos a la expulsión, pues si bien inicialmente lo que pretendió el legislador con esta previsión era que los sujetos que cometan algún delito relacionado con la inmigración ilegal no sean expulsados hasta que no hayan cumplido la pena, sin embargo, no tiene por qué producirse siempre esa consecuencia, pues si se cumplen las previsiones establecidas en los arts. 80 ss. CP, atendiendo al principio de legalidad, deberá aplicarse el régimen general de suspensión y sustitución (aunque, dada la gravedad de las penas, ello ocurrirá pocas veces en la práctica).

Finalmente, en este apartado la autora se centra en el tema de la responsabilidad civil derivada del delito, a la que ninguna referencia hace el art. 89 CP. Al respecto señala que, a pesar de no exigirse expresamente, se convierte en uno más de los requisitos que han de valorarse en torno a la procedencia o no de la expulsión.

Siguiendo con el régimen legal de las modalidades de expulsión previstas en el CP, en segundo lugar se refiere a la **sustitución condicional del cumplimiento del período de pena restante desde la clasificación en tercer grado o del último cuarto de condena de prisión de cualquier duración**. En esta parte, bastante más breve que la anterior, analiza la sustitución parcial del art. 89.5 CP. La autora alude a la evolución experimentada por esta modalidad desde su regulación inicial en el CP 1995, la LO 11/2003 y finalmente la LO 5/2010. En este caso la expulsión no sustituye propiamente a la privación de libertad sino que, más bien, está llamada a reemplazar a las denominadas por la autora formas atenuadas de extinción de condena en semilibertad o en libertad condicional, representadas por la clasificación en tercer grado y la propia libertad condicional. TORRES FERNÁNDEZ distingue dos supuestos posibles en función del momento en que se adopta la decisión de expulsar: en primer lugar, los supuestos en los que se adopta la decisión de expulsar en la sentencia y, en segundo lugar, cuando la decisión se adopta posteriormente. Refiriéndose a este segundo supuesto señala que, teniendo en cuenta que la irregularidad de la estancia aboca a la expulsión de los extranjeros una vez cumplida la pena, no se alcanza a delimitar el grupo de casos en los que pudiera resultar procedente el inicio de la ejecución de las penas privativas de libertad en su integridad en España por existir una expectativa razonable y fundada de regularizar su situación después de la condena, salvo los de posible y fundado arraigo. No alcanzo a comprender a qué se está queriendo referir la autora con esto, pues de la letra de la ley lo que se deduce es que la expulsión en estos casos podrá acordarse en la sentencia o en auto motivado posterior, pero nada se dice de que la expulsión no se acuerde en la sentencia porque exista una expectativa

razonable y fundada de regularizar la situación después de la condena. En mi opinión, las razones por las que no se acuerda la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión en la sentencia sino durante su ejecución pueden ser muy variadas. Una de ellas puede ser la expectativa de regularización de la situación, pero no es la única. En mi opinión el art. 89.5 CP está mezclando supuestos, pues incluye tanto aquellos en los que el sujeto ha sido condenado a prisión igual o superior a seis años como aquellos en los que el sujeto fue condenado a una pena menor pero, por determinadas razones, se decidió el ingreso en prisión y no expulsar al sujeto. Sin embargo, con esta previsión puede ocurrir que una vez que el sujeto esté cumpliendo condena inferior a seis años (por no haberse decretado la expulsión en un principio), el Ministerio Fiscal inste, con la previa audiencia del penado, la expulsión del sujeto. No está claro cuáles pueden ser los motivos para que, en los supuestos en que, pudiendo hacerlo, no se ha expulsado al sujeto en un principio, se decida posteriormente su expulsión una vez que ha cumplido las tres cuartas partes de la condena o ha accedido al tercer grado de tratamiento penitenciario. Entiendo que las únicas razones deberían ser alteraciones en la situación personal y familiar del sujeto. Creo que la autora debería haber realizado en este punto un análisis más profundo.

Respecto a la duración del plazo de expulsión sigue entendiendo TORRES FERNÁNDEZ que el límite mínimo de 5 años es desproporcionado si la pena que resta por cumplir es inferior a esa duración y, por esa razón, se plantea como necesaria una modificación legal que fije el límite inferior de la expulsión con una duración menor, que permita ajustar su duración a la de la pena que efectivamente va a sustituir. Si se constata la imposibilidad de ejecutar la expulsión procederá la continuación del procedimiento en España, nada se dice, nos recuerda la autora, de que sea en un centro penitenciario. Por último alude a las posibilidades que el Reglamento penitenciario ofrece respecto de este tipo de penados, sin olvidar la posibilidad de disfrutar del periodo de libertad condicional en el país de origen del condenado.

Dentro de este bloque relativo al régimen legal de las modalidades de expulsión, en tercer lugar la autora se centra en la **expulsión como sustitutiva de la medida de seguridad**. Pone de manifiesto TORRES FERNÁNDEZ que el ámbito de aplicación de esta modalidad de expulsión se ha visto considerablemente extendido dadas las dos reformas que han tenido lugar. La primera, por LO 11/2003, en la que el art. 108 CP se refiere a las medidas sustituibles por expulsión como “las medidas de seguridad que sean aplicables”, sin reducirlas a las privativas de libertad

y, la segunda, de la que la autora muy acertadamente se hace eco y reconoce que ha pasado bastante más desapercibida para la doctrina, por LO 15/2003, que establece que cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuera privativa de libertad, el juez o el tribunal sentenciador sólo podrá acordar algunas de las medidas previstas en el art. 96.3 CP, entre las que se encuentra la expulsión. Así que, como ya ha dicho en otra parte de su obra, nos encontramos con dos modalidades de aplicación. La autora considera que el carácter preceptivo a la hora de decretar la expulsión ha de entenderse, al igual que ha hecho con el art. 89 CP, como meramente expresivo de la preferencia del legislador por esta opción, pero no exenta de una valoración necesaria sobre su idoneidad en el caso concreto para el cumplimiento de los fines del Derecho penal en orden a la protección de bienes jurídicos. Se muestra crítica con que el periodo de expulsión sean 10 años en todo caso y con el desajuste que se produce respecto del art. 89 CP. Se prevé la audiencia del penado con el mismo objetivo que en el art. 89 CP. Se hace eco de que si la expulsión sustituye una medida de seguridad privativa de libertad originalmente impuesta en la sentencia de condena, cabe la posibilidad de que incumplida la expulsión entre en juego lo dispuesto en el art. 100.2 CP y se decrete el internamiento. Si lo que se sustituye es una medida de seguridad no privativa de libertad habrá de considerarse tal posibilidad en ejecución de sentencia.

A continuación se refiere TORRES FERNÁNDEZ a los supuestos de eximente incompleta en los que se impongan penas y medidas de seguridad (teniendo en cuenta que la expulsión de extranjeros puede operar como sustitutiva tanto de penas como de medidas de seguridad) y se opte por la expulsión sustitutiva de la privación de libertad. Señala que será necesario que en la resolución judicial que la acuerde se especifique a qué consecuencia jurídica sustituye la expulsión, pues no son iguales las consecuencias previstas para la prohibición de entrada en uno y otro caso.

Concluye este bloque defendiendo, opinión que comparto plenamente, la supresión de la expulsión del catálogo de medidas de seguridad, dada la imposibilidad manifiesta de esta institución para cumplir con la función de prevención especial.

En mi opinión TORRES FERNÁNDEZ debería haber analizado con más profundidad el tema de la expulsión en los supuestos de aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad, pues, ante el silencio legal, resulta oportuno plantearse qué hacer cuando al ciudadano extranjero en situación irregular que ha cometido un delito se le impone una pena privativa de libertad y una medida de seguridad.

Respecto a ello cabe señalar que la mayoría de la doctrina ha entendido que no debe procederse automáticamente a la expulsión del semiimputable. En mi opinión, la respuesta a este problema debe estar conectada con la regulación vigente en materia de expulsión, con la naturaleza jurídica de la expulsión y con los fines que deben cumplir las penas y las medidas de seguridad. En cuanto a la primera consideración, en el art. 89 CP se diferencia entre la sustitución de una pena privativa de libertad inferior a 6 años y la sustitución del resto de penas privativas de libertad superior a este límite: en el primer caso, se procederá a la expulsión mientras que, en el segundo supuesto, se deben cumplir las tres cuartas partes de la condena o alcanzar el tercer grado de tratamiento penitenciario antes de expulsar. En el caso de las medidas de seguridad no se ha hecho ninguna diferenciación en cuanto a la duración de la medida que puede ser sustituida por la expulsión. Por lo que a la segunda cuestión se refiere, como ya he señalado en el apartado en el que la autora se ha referido a la naturaleza de la expulsión, la expulsión no tiene naturaleza de pena ni de medida de seguridad, sino que se trata de una institución autónoma y próxima a la sanción administrativa, por lo que ha de hacerse siempre una interpretación restrictiva de esta institución para no correr el riesgo de que los fines del Derecho penal se vean en peligro. En cuanto a la tercera cuestión, el sistema vicarial (que no es el único que ahora rige en el Derecho penal español para el cumplimiento de penas y medidas de seguridad) trata de conjugar las necesidades de prevención general y de prevención especial; por esta razón en la aplicación de la expulsión como sustitutivo de penas y medidas de seguridad hemos de procurar, en la medida de lo posible, el equilibrio entre prevención general y especial. Así que, en mi opinión, atendiendo a estas consideraciones debemos hacer la siguiente distinción. En primer lugar, en el caso de que se trate de un semiimputable condenado a una pena privativa de libertad inferior a 6 años y a una medida de seguridad, podrá ser expulsado por la vía del art. 108 CP, puesto que también lo sería por la vía del art. 89 CP. En segundo lugar, en el supuesto de que la pena privativa de libertad sea superior a 6 años y además se le haya impuesto una medida de seguridad, entiendo que no procederá de modo obligado para el Juez o Tribunal la expulsión. La razón la ofrece el art. 89 CP que establece que, cuando un extranjero no residente legalmente en España es condenado a una pena privativa de libertad no inferior a 6 años, deberá cumplir en un centro penitenciario español las tres cuartas partes de la condena o haber alcanzado el tercer grado de tratamiento penitenciario. Si se aplicara en primer lugar la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión no conseguiríamos el objetivo de la preven-

ción especial, porque la expulsión no tiene esa finalidad y porque al sujeto al que se expulsa no se le somete a ningún tipo de tratamiento, y también estaríamos poniendo en peligro el fin de la prevención general que debe cumplir la pena posteriormente. Así, por ejemplo (ejemplo extraído de Rodríguez Candela), si un sujeto extranjero no residente legalmente en España comete un asesinato del art. 139 en relación con el art. 140 CP, castigado con una pena de 20 a 25 años de prisión y concurre una eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el art. 20 CP en cualquiera de los tres primeros números, en aplicación de lo dispuesto en el art. 68 CP se le podría imponer la pena inferior en uno o dos grados, por tanto se le podría imponer la pena de 10 años a 20 años menos 1 día, o la pena de 5 años a 10 años menos 1 día, y además (si concurren los requisitos necesarios descritos en el art. 95.1 CP) una medida de seguridad privativa de libertad del art. 104 CP. Pues bien, si en primer lugar procediéramos a sustituir la medida de seguridad impuesta al sujeto, como esta se podría sustituir aunque su duración en principio fuera superior a 6 años, ello supondría dejar sin sentido el cumplimiento de la pena superior a 6 años (pues ciertamente ocurre lo mismo cuando se impone al sujeto una pena privativa de libertad inferior a 6 años y una medida de seguridad, pero en este supuesto nos encontraríamos en el caso previsto en el párrafo primero del núm. 1 del art. 89 CP que, como hemos visto, permite sustituir penas de hasta 6 años por la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada) impuesta también en la sentencia, ya que el cumplimiento de la pena (en caso de que esta se llegue a cumplir: art. 99 CP) es siempre posterior al de la medida, pero tal cumplimiento resultará imposible en este caso si el sujeto ha sido expulsado por aplicación del art. 108 CP.

Así que, cuando la pena sea superior a 6 años, resulta de aplicación preferente el art. 89 CP, que no permite expulsar en estos casos hasta que no se haya cumplido una determinada parte de la condena. En mi opinión, en una situación así procederá aplicar el régimen general de cumplimiento de penas y medidas de seguridad, es decir, que, en primer lugar, cumplirá la medida de seguridad privativa de libertad y, en segundo lugar, en su caso, la pena privativa de libertad a la que se abonará el cumplimiento de la medida de seguridad, y sólo en el supuesto de que proceda cumplir el resto de la pena privativa de libertad vendrá en aplicación el régimen de sustitución penal regulado en el art. 89 CP.

En el quinto bloque de esta parte III la autora se centra en los efectos del **incumplimiento de la prohibición de entrada**, diferenciando entre el incumplimiento de la prohibición de entrada que se deriva de la aplicación del art. 89 CP y el que surge de la aplicación del art. 108

CP. Comenzando por el incumplimiento de la prohibición de regresar a España antes del transcurso del término de la expulsión fijado, el art. 89 CP establece la obligación de cumplir las penas que le han sido sustituidas salvo que haya sido sorprendido en la frontera, en cuyo caso se procede de nuevo a la expulsión comenzando de nuevo el cómputo del plazo de prohibición de entrada. Varias son las cuestiones que se plantea TORRES FERNÁNDEZ. En primer lugar, si cabe delito de quebrantamiento de condena sobre la base del incumplimiento de la resolución de expulsión. En segundo lugar, si el cumplimiento de la expulsión por el extranjero interrumpe o no la prescripción de la pena impuesta por el delito. En tercer lugar, la fijación de la naturaleza de la consecuencia prevista para la tentativa de infringir la prohibición de regresar a España en el plazo fijado, y que es aludida en el art. 89.4 CP como expulsión.

Las dos primeras cuestiones son abordadas por la autora conjuntamente. Se plantea, en primer lugar, si la expulsión es condena o forma parte de ella, tomando partido por la tesis de que la expulsión forma parte del contenido de la condena. A continuación se plantea si en caso de incumplimiento estamos ante un quebrantamiento de condena, concluyendo que no cabe apreciarlo pues con ello se vulneraría el principio *non bis in idem*, por desvalorarse dos veces la infracción de la prohibición de entrada en territorio español, una para retornar al cumplimiento de la pena impuesta y otra, para proceder por el delito de quebrantamiento de condena. En mi opinión, a esos argumentos ofrecidos por TORRES FERNÁNDEZ podría añadirse uno más, el silencio en el art. 89 CP, pues si el legislador hubiese querido que se dedujese testimonio por el delito de quebrantamiento de condena lo hubiese dicho (de hecho sí se hacía referencia al quebrantamiento de condena en el Proyecto de CP que dio origen al art. 89 CP en su versión original). Respecto a si el cumplimiento de la expulsión por el extranjero interrumpe o no la prescripción de la pena impuesta por el delito, la autora señala que algunos autores deducen que el cumplimiento de la decisión de expulsión no suspende el cómputo de la prescripción de la pena que fue sustituida, por lo que en el caso de imponerse la expulsión con una duración superior a la de la pena sustituida, el regreso a España antes del transcurso del plazo de prohibición de entrada, pero después de transcurrido plazo necesario para la prescripción de pena, haría inviable la posibilidad de exigir el cumplimiento de la pena de prisión que fue sustituida. Los autores que así opinan parten de considerar que la expulsión no suspende ni interrumpe de ningún modo el cómputo del plazo de prescripción de la pena impuesta, que se inicia desde la firmeza de la sentencia. TORRES FERNÁNDEZ considera que

la respuesta a este tema depende de cómo se resuelva la cuestión de si la expulsión de extranjero es o no cumplimiento de condena. La autora entiende que el cumplimiento de la expulsión es cumplimiento de la condena relevante para la extinción de la responsabilidad penal, y que ello no entra en conflicto con el art. 134 CP, que establece que se computará “desde el quebrantamiento de condena si esta hubiera empezado a cumplirse”, pues el cumplimiento de la prohibición de entrada es cumplimiento de condena que extingue la responsabilidad penal, de manera que no procedería aplicar la posibilidad de extinguir esta responsabilidad penal a través de la prescripción.

Por último, en el incumplimiento de la prohibición de entrada del art. 89 CP TORRES FERNÁNDEZ se plantea la naturaleza de la consecuencia prevista para la tentativa de infringir la prohibición de regresar a España en el plazo fijado y que es aludida como expulsión, entendiendo que estamos ante un supuesto más parecido a la devolución del art. 58 LOEx que a la expulsión del art. 57 de la misma Ley, puesto que no se requiere la tramitación previa de un procedimiento administrativo.

En segundo lugar, se centra la autora en el art. 108 CP y nos recuerda que este precepto sólo regula la tentativa de quebrantamiento (con el reinicio del cómputo), pero no dice nada del quebrantamiento consumado. Respecto a ello la autora se decanta por lo aplicación de lo dispuesto en el art. 100 CP para el quebrantamiento de las medidas de seguridad en general (se podrá acordar la sustitución de la medida quebrantada por la de internamiento si estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demuestra su necesidad), y para decidir si procede o no el internamiento habrá que valorar la presencia o ausencia de necesidades de tratamiento del extranjero. Entiende que en el caso de imponerse una medida de internamiento, o de otro tipo por haber quebrantado la medida de expulsión del territorio español, la regulación legal no encuentra inconveniente para apreciar la posibilidad de un quebrantamiento de condena como dispone el art. 100.3 CP. Por otro lado en estos casos también podría resultar de aplicación la devolución administrativa con reinicio de la prohibición de entrada (art. 58 LOEx). Ahora bien, a juicio de esta autora no es posible la aplicación conjunta de ambas previsiones. En una propuesta de *lege ferenda* considera, de modo correcto, que se debe prever un régimen jurídico específico para el supuesto de quebrantamiento en el que se resuelva la colisión entre la regulación penal y la administrativa.

En la parte IV se refiere brevemente a los **mecanismos de cooperación internacional** en la ejecución penal. En esta parte alude a que tradi-

cionalmente se ha tratado de humanizar la ejecución de la pena llevándose a cabo en el lugar en el que el sujeto cuenta con mejores posibilidades para satisfacer los objetivos de su cumplimiento, trasladando a los condenados a sus lugares de origen. Se han articulado mecanismos de cooperación internacional en forma de tratados. TORRES FERNÁNDEZ se refiere en concreto al Convenio 112 del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, y a las condiciones para que sea procedente el traslado. El citado Convenio para ser aplicado requiere el consentimiento del condenado. A continuación cita la autora los tratados bilaterales que tienen como finalidad la cooperación penal entre los Estados en la fase de ejecución de las consecuencias impuestas, cuyo presupuesto base es también el consentimiento del penado. Concluye afirmando que como con la expulsión no se satisfacen los fines del Derecho penal habría que modificar los instrumentos de cooperación internacional de manera que los objetivos de política de extranjería no resulten contrapuestos a los del cumplimiento de las consecuencias penales. Y ello podría conseguirse prescindiendo del consentimiento del penado.

En la parte V nos ofrece un **índice de jurisprudencia** completo de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo (Sala Segunda y Tercera) y de las Audiencias Provinciales aludidas a lo largo de su trabajo.

La parte VI está dedicada a la **bibliografía**.

Como punto final a esta reseña, aunque he ido expresando mi opinión en diversos aspectos de la obra de TORRES FERNÁNDEZ creo que, al margen de pequeñas discrepancias formales (en lo relativo a la ordenación de la obra) y de las lógicas diferencias de opinión en algunos puntos (con coincidencia en muchos otros), el trabajo comentado merece una valoración positiva. Se trata de un estudio completo de la expulsión en el que se analizan todas las cuestiones relativas a esta, se toma partido y se defiende coherentemente la posición que se estima más adecuada, buscando una interpretación que se ajuste a su formulación legal como sustitutivo penal. La autora no olvida ninguna de las interpretaciones y conclusiones a las que la doctrina ha llegado hasta este momento, sino que, muy al contrario, las expone y nos ofrece su valoración. Se trata de una obra de referencia para los penalistas y también debe ser conocida por otros especialistas y por cualquiera que quiera acercarse al estudio y conocimiento del tratamiento jurídico de la expulsión.