

## Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes

Elena Larrauri

Universitat Pompeu Fabra

### Abstract<sup>1</sup>

*Este artículo expone la problemática de los antecedentes penales a efectos de autorizar la residencia de ciudadanos de terceros países en España. Se critica la denegación automática de la autorización inicial de residencia por el hecho de tener antecedentes penales y el uso de los 'antecedentes policiales', así como la falta de criterios públicos para denegar la renovación de la autorización de residencia. En segundo lugar se aborda la expulsión administrativa como consecuencia de la condena (que incluye la expulsión directa cuando la pena privativa de libertad es mayor de un año y la expulsión indirecta por la no renovación de la autorización de residencia a causa de los antecedentes penales). Se finaliza con unas reflexiones sobre las consecuencias de carecer de la autorización de residencia para el cumplimiento de la pena privativa de libertad.*

*This article addresses the importance of criminal records in order to authorize the residence of Third-country nationals in Spain. Three main criticisms are exposed: The automatic denial of the initial authorization of residence on the basis of a criminal record, the use of police records and the lack of public criteria for refusing renewal of the residence permit. On the second part the paper deals with the administrative expulsion as a result of the conviction (including direct expulsion when the custodial sentence is more than a year and the indirect expulsion for failure to renew the residence permit because of criminal records). The article ends with some thoughts on the consequences of not having a residence permit while serving the prison sentence.*

*Title: Criminal records and Expulsion of Immigrants.*

*Palabras clave: Antecedentes Penales, Inmigración, Permiso de Residencia, Expulsión.*

*Keywords: Criminal Records, Immigration, Resident Status, Deportation.*

---

<sup>1</sup> Este trabajo se presentó en el *Center of Criminology* (Oxford, Julio, 2014), se escribió en el *Center for the Study of Law and Society* (Berkeley, Julio 2015) gracias a la amable acogida de Jonathan Simon, y se benefició de la discusión que surgió en su presentación en la XV reunión de ESC (Porto, Septiembre 2015). Agradezco especialmente a los abogados María Helena Bedoya y José Javier Ordoñez sus intentos de hacerme entender el derecho de extranjería, a Natalia Neira el análisis de las sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, a Martí Rovira su ayuda a lo largo de todo el estudio y a Ester Blay por una lectura detallada que detectó los penúltimos errores, los últimos son responsabilidad mía. Este estudio se inscribe en el marco de los Proyectos de Investigación "La regulación de los antecedentes penales: su efecto en el acceso al mercado laboral de los jóvenes" (RecerCaixa 2013), "Supervisión en la comunidad: intervención en la fase de ejecución de las sentencias" (Ministerio de Economía y Competitividad DER 2012-32150) y 'Penología europea: su influencia en el sistema de penas español' (Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca de la Generalitat de Catalunya DURSI-AGAUR SGR2014 426).

### *Sumario*

<b>1. Introducción .....</b>	<b>4</b>
<b>2. Antecedentes penales y autorización de residencia y trabajo.....</b>	<b>5</b>
2.1. Autorización de residencia y trabajo para ciudadanos de terceros países .....	6
a) Autorización inicial de residencia y trabajo y ‘antecedentes policiales’ .....	6
b) Renovación de la autorización inicial de residencia y trabajo y discrecionalidad administrativa. ....	8
c) Autorización de residencia de larga duración y exclusión del mercado laboral. ....	9
2.2. Registro de ciudadanos comunitarios .....	11
<b>3. Las rutas a la expulsión administrativa.....</b>	<b>12</b>
3.1. La expulsión administrativa como consecuencia de una pena y la cancelación de los antecedentes penales.....	12
3.2. La expulsión administrativa a causa de los antecedentes penales .....	16
3.3. ¿En qué medida se produce la expulsión administrativa a causa de los antecedentes penales?.....	16
<b>4. Otro tipo de expulsión: la expulsión penal y la expulsión penitenciaria. ....</b>	<b>19</b>
<b>5. Conclusiones .....</b>	<b>22</b>
<b>6. Tablas de sentencias citadas.....</b>	<b>25</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>26</b>

## 1. Introducción

En España ha existido poco interés por los antecedentes penales (en adelante AP). Ello es debido posiblemente a que, como indica el art. 136.4 del código penal y reafirma la STC de 22 de Julio de 1999 (nº 144), en España los AP no son públicos. Por consiguiente, el Registro Central de Penados (en adelante RCP) solo expende una copia del certificado de AP a petición del interesado, a los jueces y fiscales y algunas unidades de la policía (art. 5 y 6 RD 95/2009 de 6 de febrero). De esta forma, la discusión acerca de las consecuencias colaterales que conllevan los antecedentes penales, una vez la persona ha cumplido la pena, ha sido mínima (JACOBS y LARRAURI, 2012). En general se ha confiado que el carácter confidencial de los AP es suficiente para proteger contra el estigma y la exclusión legal que pueden sufrir las personas con AP y la discusión se ha limitado a los casos extraordinarios de publicidad de listas de condenas por malos tratos o registros de delincuentes sexuales (ALONSO RIMO, 2012).<sup>2</sup>

No obstante, el carácter confidencial de los AP es cada vez más discutible. Por un lado, por nuevas leyes que imponen la obligación de presentar un certificado de antecedentes penales en determinadas situaciones (como por ejemplo el art. 8.4 de la LO 45/2015 de 14 de octubre, Ley del Voluntariado y art.13.5 de la LO 26/2015 de 18 de agosto, Ley de Protección Jurídica del Menor) y por otro, debido a que se da acceso al Registro Central de Penados a numerosos organismos de la Administración Pública.<sup>3</sup> Por tanto *la cuestión decisiva para responder al carácter público (o no) de los antecedentes penales no es la declaración legal acerca del carácter no público del Registro Central de Penados, sino a cuánta gente se permite acceso a la información penal.*

En un trabajo previo (LARRAURI y JACOBS, 2013) mostramos que en 2010 existieron 1,5 millón de peticiones de Certificados de Antecedentes Penales al RCP, cifra que por sí misma hacía surgir alguna duda de que los AP fueran totalmente reservados. De hecho, como ya había advertido DAMASKA (1968), permitir el acceso de los particulares a los registros de antecedentes penales es un ‘caballo de Troya’, ya que éstos siempre pueden ser presionados a solicitar un certificado de antecedentes penales para acceder a un determinado trabajo. En segundo, lugar destacamos que una exigencia muy extendida para optar a numerosos trabajos en el seno de la Administración Pública es la de ‘carecer de antecedentes penales’.<sup>4</sup> Y expusimos que, a nuestro juicio, este requisito es criticable porque precisamente la Administración debiera dar ejemplo de no discriminación a personas que ya han cumplido su condena. En tercer lugar, desvelamos que un 72,4% (966.249) de los certificados de antecedentes penales tenían como finalidad tramitar autorizaciones de residencia y trabajo para personas no nacionales. Estos datos ya permitían intuir a qué colectivo *sí* afectaba la petición del certificado de antecedentes penales.

---

<sup>2</sup> Y en la actualidad la lista de defraudadores prevista en la LO 10/2015 de 10 de septiembre, por la que se regula el acceso y publicidad de determinada información contenida en las sentencias dictadas en materia de fraude fiscal. Véase el interesante artículo de Angel García Fontanet.

[http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/09/01/catalunya/1441130700\\_060638.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/09/01/catalunya/1441130700_060638.html) (última consulta 31/12/2015).

<sup>3</sup> Véase Plataforma de Intermediación de Datos

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ministerio/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/administraciones-tienen> (última consulta 31/12/2015).

<sup>4</sup> La formulación varía en función de la profesión, véase LARRAURI y JACOBS (2013).

La cuestión de los AP en relación con las personas inmigrantes es especialmente compleja, como todos los temas que se sitúan en la intersección de diversas disciplinas. La expresión '*crimmigration*', popularizada por STUMPF (2006), refleja la confluencia de objetivos entre el derecho de extranjería y el derecho penal.<sup>5</sup> Esta autora explica que el objetivo del derecho penal y el derecho de extranjería es excluir a determinados miembros de la sociedad.

“Ambos sistemas funcionan como la puerta de entrada a la ciudadanía decidiendo si una persona debe ser incluida o excluida. Cierto, el resultado de ambos sistemas es distinto. La opción de excluir en el derecho penal conlleva segregar a través del encarcelamiento, en tanto que la exclusión en el derecho de extranjería comporta la expulsión del territorio nacional. Pero en el fondo, tanto el derecho penal como el de extranjería implican una elección sobre qué personas pueden ser miembros de la sociedad: aquellos individuos cuyas características o acciones los hacen merecedores de ser parte de la comunidad nacional” (Stumpf, 2006: 396-397, traducción propia).

Pero ¿cómo se produce esta intersección entre derecho penal y derecho administrativo? Las formas más mencionadas por la literatura (MILLER, 2003; STUMPF, 2006; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2007; STUMPF, 2013; BOWLING, 2013; VAN DER WOUDE et al., 2014) son a) la conversión de determinadas infracciones administrativas en delito, b) vinculando una sanción administrativa como la expulsión a una condena, c) criminalizando más conductas vinculadas a la inmigración en el código penal y d) añadiendo la expulsión al catálogo de penas del código penal.

De forma adicional, como espero mostrar a lo largo de este artículo, *los antecedentes penales coadyuvan a la exclusión de personas inmigrantes*. Para entender la relevancia de los AP expongo en primer lugar los requisitos que establece la ley de extranjería para el trámite de petición o renovación de la autorización de residencia y trabajo en el caso de las personas inmigrantes y la incidencia que tiene el hecho de tener AP. En segundo lugar me ocupo de las consecuencias colaterales<sup>6</sup> de la condena, que engloban: a) la *expulsión administrativa 'directa'* por haber sido condenado a una pena privativa de libertad superior a un año (art.57.2 LOEx) y b) la *expulsión administrativa 'indirecta'* producida por la no renovación de la autorización de residencia y trabajo *a causa de los antecedentes penales* con la consiguiente orden de expulsión (art.31.7 a y 57.1 LOEx).<sup>7</sup>

## 2. Antecedentes penales y autorización de residencia y trabajo

Para entender el impacto de los antecedentes penales en las personas extranjeras es necesario adquirir unos conocimientos básicos del derecho de extranjería. Empezaré por los

<sup>5</sup> La expresión '*crimmigration*' incumbe al derecho penal y al derecho administrativo, en especial al derecho de extranjería. Además este tema afecta al derecho penitenciario, a las directivas europeas, y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

<sup>6</sup> Una consecuencia colateral se diferencia de una pena porque a) no es impuesta por un juez penal; b) se produce de forma automática; c) no tiene el carácter de pena o sanción (UGGEN y STEWART, 2015). Por ello el consentimiento en las sentencias de estricta conformidad plantea serias dudas ya que no es infrecuente que la persona se conforme con la pena sin ser consciente de las consecuencias colaterales que ello trae consigo en su status migratorio (LARRAURI, 2015). Otro ejemplo de consecuencia colateral puede ser su inscripción en determinados registros, como por ejemplo el de delincuentes sexuales en el Reino Unido. Un trabajo reciente acerca de las consecuencias colaterales en Europa en comparación a Estados Unidos puede verse en DIEZ RIPOLLÉS (2014).

<sup>7</sup> Agradezco a Martí Rovira que me haya sugerido esta útil diferencia de *expulsión por la condena* que engloba la expulsión automática por la pena privativa libertad superior a un año (art.57.2 LOEx) y la expulsión por la no renovación a causa de los antecedentes penales (art.31.7 a y 57.1. LOEx).

ciudadanos nacionales de terceros países, esto es, no comunitarios, ya que el impacto de un antecedente penal acostumbra a ser mayor para ellos que para los ciudadanos de la UE.

### **2.1. Autorización de residencia y trabajo para ciudadanos de terceros países**

Muchos ciudadanos nacionales de terceros países necesitan un visado para entrar en un país de la UE y permanecer en él 90 días. El visado se tramita en el consulado español de su país de origen y en el supuesto de tener AP su concesión ya es problemática, afectando a la posibilidad de viajar a los países comunitarios.<sup>8</sup> Se necesite o no un visado para entrar, después de 90 días de estancia en España se debe pedir una autorización de residencia y trabajo. Esta autorización puede ser de diversos tipos:<sup>9</sup>

#### **a) Autorización inicial de residencia y trabajo y ‘antecedentes policiales’.**

El art. 31.5. LOEx dispone:

“Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que *carezca de antecedentes penales* en España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.” [cursivas añadidas]

Esta autorización inicial debe solicitarse después de 90 días en el país y concede un permiso de residencia de un año si la persona carece de antecedentes penales. Este requisito fue cuestionado ante el TC, debido a su amplitud y a su carácter automático, que impide que el juez pondere otras circunstancias, como por ejemplo que la persona lleve años viviendo en el país, esté casado con un nacional o tenga hijos en España. El TC dictó un Auto 54/2010, de 19 de mayo, donde negó que la exigencia de ‘carecer de antecedentes penales’ incurriera en inconstitucionalidad. El TC argumentó que el gobierno puede establecer requisitos para la entrada y permanencia de personas con el fin de proteger el orden público, y que ello no sacrifica un derecho de los ciudadanos extranjeros pues el derecho a residir es un derecho de ‘configuración legal’ y su restricción no es desproporcionada, pues solamente dura en tanto los AP no sean cancelados.

Esta argumentación puede ser rebatida, ya que negar de forma automática la autorización inicial de residencia y trabajo por el hecho de tener AP, independientemente de la pena, de la gravedad del delito y de la antigüedad del mismo, y sin tener en consideración que la persona puede llevar tiempo residiendo en el país (aun cuando sea sin documentación) permite anticipar que esta respuesta puede ser desproporcional en determinados casos.

Por otro lado, es curioso el razonamiento del TC que apela a que esta exigencia solo impide la autorización inicial hasta que los AP se cancelen, sin tener en cuenta que la ley no indica expresamente, ni en la regulación de la solicitud inicial ni, como veremos, en el procedimiento de la renovación, que la autorización de residencia se concederá si los antecedentes penales están cancelados. Sería deseable, en efecto, que se plasmara

---

<sup>8</sup> Para más información ver BLITSA, GOULDYN, JACOBS y LARRAURI (2015).

<sup>9</sup> Esta materia está regulada en la LOEx y RD 557/2011 de 20 de abril. Evidentemente no expongo todos los tipos de autorizaciones existentes, pues solo pretendo explicar la problemática que plantea la tenencia de antecedentes penales.

expresamente en la ley, que los antecedentes penales cancelados no son antecedentes penales de los cuales deban derivarse consecuencias jurídicas.<sup>10</sup>

Además de denegar la autorización inicial por la existencia de cualquier tipo de antecedentes penales, el artículo 69 e) del RD 557/2011 prevé la denegación de las autorizaciones iniciales de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena cuando exista '*un informe policial desfavorable*'. Este informe policial desfavorable puede ser la base en torno a la cual la Delegación de Gobierno deniegue este permiso. Sin embargo considerar los antecedentes policiales (que reflejan, entre otras, detenciones que no llegan a juzgados, denuncias sobreesídas, o incluso sentencias absolutorias) plantea tensiones con la interpretación que el TEDH realiza de la presunción de inocencia (Larrauri, 2014).

En efecto, *¿qué son exactamente los antecedentes policiales?* los '*antecedentes policiales*' no requieren, como los antecedentes penales, una condena y son mucho más difusos, ya que hay multitud y diversidad de ficheros policiales, lo que puede conllevar que tener '*antecedentes policiales*' no sea infrecuente ni conocido por la persona.

Generalmente se afirma que un '*antecedente policial*' lo constituye un atestado por delito o por infracción de la LO 4/2015 de 30 de marzo de Protección de la Seguridad Ciudadana, y una detención por delito o por control de extranjería. Si se acepta que una detención por motivo de infracción de la ley de extranjería, son '*antecedentes policiales*' ello actúa a modo de profecía que se auto-cumple. De este modo se detiene a la persona que carece de documentación y posteriormente en base a estos mismos '*antecedentes policiales*' se le deniega la autorización. En definitiva, como señala la Comisión de Extranjería del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (BEDOYA et al. (2014) p.32):

"Sin menoscabo de los antecedentes penales, no cabe duda que, de facto, los antecedentes de la persona incorporados en cualquiera de los ficheros policiales estudiados en el presente trabajo, pueden llegar a ser el fundamento jurídico sustancial de los "*informes gubernativos desfavorables*" que son emitidos por las autoridades administrativas competentes en materia de extranjería. En realidad, es un hecho objetivo y constatado que, al albur de los antecedentes obrantes en estos múltiples ficheros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, se han denegado a los ciudadanos extranjeros interesados, cuando menos, autorizaciones de residencia (especialmente de larga duración) de trabajo u otras o, llegado el caso, la renovación ulterior de las mismas."

A la dificultad de definir en qué consisten los '*antecedentes policiales*' debe sumarse que su cancelación no se produce por el mero transcurso de un periodo de tiempo como sí sucede, por lo menos legalmente, con los antecedentes penales.<sup>11</sup> Así, para cancelar unos '*antecedentes policiales*', es norma pedir que los antecedentes penales estén previamente cancelados.<sup>12</sup> Sin embargo esta exigencia solo alcanza los casos en que hay condena penal, o aquellos en los que por lo menos existe algún tipo de actuación judicial que declare el

<sup>10</sup> O cancelables (véase art. 136.5 Código Penal), ya que no siempre se ha producido la cancelación fáctica por parte del RCP.

<sup>11</sup> La única ley que conozco que se refiere a ello es la LO 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal que en su art. 22.4 señala que se cancelaran '*cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento*'.

<sup>12</sup> Lo cual habitualmente no se ha producido debido a los plazos establecidos por La LO 1/2015, de 30 de marzo, que ha alargado los plazos en el art.136 hasta los 10 años.

sobreseimiento o la absolució (que acostumbra a ser recogido en el Fichero PERPOL; véase esta problemática por ejemplo en la Sentencia Audiencia Nacional 26 junio, 2012).<sup>13</sup> Se desconocen, sin embargo, los criterios y la forma de cancelación de los antecedentes policiales en los supuestos en los que la persona está en un fichero policial por una circunstancia que no ha dado lugar a ninguna actuación judicial.

Estos tres elementos conjuntamente, ambigüedad sobre qué es un antecedente policial, falta de cancelación por el mero transcurso de un plazo de tiempo, y no cancelación de oficio, sugieren que el ‘informe policial’, en base al cual se deniega una autorización de residencia y trabajo, debería ser objeto de discusión. Debe observarse que el informe policial no es vinculante y sería interesante también estudiar en cuántas ocasiones la Delegación de Gobierno se aparta del mismo. No obstante, como veremos a continuación, los criterios para emitir una decisión favorable o desfavorable por su parte no están unificados ni publicados.

**b) Renovación de la autorización inicial de residencia y trabajo y discrecionalidad administrativa.**

El art.31 de la LOEx dispone:

“7. Para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal, se valorará en su caso:

- a) Los antecedentes penales, considerando la existencia de indultos o las situaciones de remisión condicional de la pena o la suspensión de la pena privativa de libertad.”

Después de un año de residencia se debe proceder a la renovación de la autorización de residencia y trabajo, después del cual se pueden realizar dos renovaciones al cabo de dos años (1+2+2) hasta llegar a los cinco años, en que procede solicitar la autorización de larga duración. De acuerdo a la ley, el hecho de tener antecedentes penales no imposibilita de forma automática la renovación del permiso de residencia, sino que estos son un factor a valorar por la Administración. El problema que surge en los procesos de renovación es la gran discrecionalidad administrativa, ya que hay una falta de criterios consistentes y públicos que proporcionen seguridad jurídica, que ni siquiera se soluciona por vía reglamentaria.<sup>14</sup>

Un inconveniente ulterior es que también en la renovación se prevé la aportación de un ‘informe gubernativo’ elaborado por las policías propias de las Comunidades Autónomas (art. 68.4 LOEx), que previsiblemente plantee la misma problemática que la discutida respecto los antecedentes policiales.

---

<sup>13</sup> El recurrente, incurso en un procedimiento de separación, tenía múltiples denuncias que o bien no habían dado lugar a actuación judicial o bien habían finalizado con autos de sobreseimiento. Pidió la cancelación de los datos existentes en los ficheros de Intranet, SIDENPOL y PROPOL. No se aceptó porque el solicitante no había rellenado el formulario que solicita cancelar los datos del fichero PERPOL, lo que el recurrente se niega a realizar pues está preocupado por la información obrante en otros ficheros. La Agencia Española de Protección de Datos no le da la razón por entender que no ha ejercitado el derecho de cancelación. La Audiencia Nacional asevera por el contrario que se vulneró su derecho a la intimidad, el cual no puede depender de que se rellene un específico formulario, y confirma que los ficheros policiales están sometidos a la LO 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal en lo referente al derecho a la cancelación (art.22).

<sup>14</sup> El art. 71.5 del RD 557/2011 se limita a copiar los indicadores que establece la ley y añade el de ‘que el extranjero haya cumplido la condena’.



Un problema adicional es la confusión de los criterios que ofrece el legislador al afirmar que la valoración de los AP se realizará ‘considerando la existencia de indultos o las situaciones de remisión condicional de la pena o la suspensión de la pena privativa de libertad’. Por un lado son confusos porque si la Delegación de Gobierno debe valorar exclusivamente la remisión condicional y la suspensión ello conllevaría que la multa estaría en peores condiciones que una pena privativa de libertad, ya que la primera no puede ser suspendida (véase el razonamiento en la STC 46/2014, de 7 de abril).<sup>15</sup> Por otro lado, los criterios son insuficientes ya que no mencionan, contrariamente a lo que se acostumbra a asumir, que los antecedentes penales cancelados no deben ser valorados.

Como explicaremos más adelante (en el apartado 3.2) la no renovación de la autorización de residencia a causa de los antecedentes penales también conlleva la expulsión a no ser que esta pueda ser paralizada por los jueces del contencioso administrativo.

### c) **Autorización de residencia de larga duración y exclusión del mercado laboral.**

El art.32 LOEx establece:<sup>16</sup>

“2. Tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada, que reúnan las condiciones que se establezcan reglamentariamente.”

Cuando la persona lleva cinco años de residencia puede solicitar la autorización de larga duración. Este permiso garantiza que la persona está autorizada a residir y trabajar ‘en las mismas condiciones que los españoles’ (excepto por lo que respecta a los derechos políticos).

De forma quizás inadvertida la LOEx no menciona que para acceder a la residencia de larga duración la persona deba carecer de AP ni tampoco que estos se deban valorar. Ello puede ser debido a que se ‘sobreentiende’ que se aplican en este caso los criterios legales expuestos (del art.31.7 LOEx) para la renovación de la autorización de residencia y trabajo. No obstante, un problema destacado en la práctica es cuando los antecedentes se detectan por primera vez al solicitar la residencia de larga duración. En estos casos nos encontramos con personas que llevan mucho tiempo en el país y a las que se les ha renovado la autorización de residencia hasta en dos ocasiones y, en base a unos antecedentes penales que ya tenían, se les deniega posteriormente la residencia de larga duración. Parecería que en este caso la Administración debiera estar vinculada por sus actos previos y por las expectativas que éstos han generado. No obstante la Administración arguye que la residencia de larga duración no es una renovación sino una ‘nueva’ autorización.<sup>17</sup> Pero si se acepta este razonamiento y la autorización es ‘nueva’, resurge el argumento de que la LOEx nada indica respecto los AP en este ‘nuevo’ permiso.

---

<sup>15</sup> El TC revoca la denegación de la renovación del permiso de trabajo y residencia a causa de los antecedentes penales por un delito contra la seguridad vial castigado con pena de multa y retirada del carné de conducir. La escasa gravedad de la pena, el que ya estuviera cumplida, que la responsabilidad civil hubiera sido satisfecha, no tener antecedentes penales previos, y el arraigo familiar y laboral llevan al TC a conceder amparo y señalar que la Delegación de Gobierno en Valencia ‘no ponderó de manera constitucionalmente adecuada los derechos en juego’ (FJ7), refiriéndose al derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE).

<sup>16</sup> Ver también art. 151-154 RD 557/2011. Debido a que se pide haber residido legalmente el tiempo de permanencia en prisión previsiblemente no cuenta a estos efectos.

<sup>17</sup> Agradezco el ejemplo a José Javier Ordoñez.

La residencia de larga duración para los ciudadanos nacionales de terceros países está regulada por la Directiva 2003/109/CE.<sup>18</sup> Esta directiva señala que un permiso de larga duración puede ser denegado por motivos de seguridad pública, para lo que deberá valorarse la gravedad del delito o el peligro que representa y la duración de la residencia y vínculos de la persona con el país (art.6.1). Este artículo impide negar la residencia de larga duración a los ciudadanos de terceros países por el mero hecho de tener antecedentes penales<sup>19</sup> y obliga a valorar la gravedad del delito, y si estos hechos representan una amenaza para la seguridad pública. Por ello no se entiende que en la web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social<sup>20</sup> se insista en que un requisito para acceder a la residencia de larga duración es, sin matices, ‘carecer de antecedentes penales’.

En conclusión, es importante entender el alcance de las consecuencias laborales de la denegación de la autorización de residencia y trabajo, para lo cual quizás es útil compararlas con los efectos que los AP ocasionan a los ‘nacionales’.

La exigencia de carecer de AP se establece para el ejercicio de algunas profesiones generalmente por dos motivos: por un lado debido a que son profesiones que tradicionalmente tienen una mayor expectativa de reputación, y por otro porque se trata de profesiones sensibles que queremos blindar frente al mayor riesgo que puede comportar contratar a una persona con AP recientes. En el caso de los ‘nacionales’ tener AP limita las oportunidades laborales especialmente en el ámbito de la Administración pública y en diversas profesiones vinculadas a licencia administrativa como por ejemplo la seguridad privada, vigilante de discoteca, y conductor de taxis u otros vehículos (LARRAURI y JACOBS, 2013).<sup>21</sup>

Debido a que la exigencia de carecer de antecedentes penales está circunscrita a determinadas profesiones, cuando se planteó la constitucionalidad de esta exigencia legal, el TC (STC 77/1985)<sup>22</sup> argumentó que el requisito de ‘carecer de antecedentes penales no es inconstitucional’ ya que no conlleva una exclusión absoluta de todos los trabajos.

<sup>18</sup> Finalizó el periodo de trasposición el 23 de enero de 2006, y entró en vigor por LO 2/2009 de 11 de diciembre.

<sup>19</sup> Si bien la declaración no es tan taxativa como en la Directiva para los ciudadanos de la UE en la que de forma expresa se señala que el hecho de tener AP no constituye por sí solo un motivo para denegar el permiso de residencia (ver apartado 2.2).

<sup>20</sup>

<http://extranjeros.empleo.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/Ciudadanoscomunitarios/hoja046/index.html> (última consulta 31/12/2015).

<sup>21</sup> En el sector privado son pocos los empresarios que hasta el momento solicitan un certificado de antecedentes penales. Los motivos por los cuales los empresarios privados no solicitan en España de forma habitual un certificado de antecedentes penales han sido explorados en otros trabajos (LARRAURI y JACOBS, 2013). En resumen, ello puede ser debido a: a) un mercado laboral más cerrado que contrata en base a redes sociales; b) una menor percepción de la inseguridad o una menor aversión al riesgo; c) distintas reglas de responsabilidad contractual para el empresario; d) un mayor valor de la privacidad y la rehabilitación; e) un mayor acceso a información penal por canales informales; f) mayor contratación ‘en negro’; g) un desconocimiento de este tema que sigue anclado en principios ‘garantistas’ que no han sido sometidos a discusión pública.

<sup>22</sup> El TC resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la LO 8/1985 de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación que en el art. 21.2, afirma que no pueden ser titulares de Centros privados quienes «tengan antecedentes penales por delitos dolosos». El TC afirma que esta exigencia ‘encuentra un sólido fundamento en la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia’, y rechaza que ello se oponga al art. 25.1 de la Constitución ‘(...) en cuanto a la reinserción social del delincuente no queda imposibilitada ni gravemente afectada por esta restricción’ (FJ 29).

Véase también STSJ Castilla y León, Burgos (sala de lo contencioso administrativo, sección 1ª) numero 460/2007 de 5 de octubre que resuelve un recurso interpuesto por la Asociación Profesional de Radio Taxi contra el Reglamento de Servicio Urbano de Transportes aprobado por el Ayuntamiento de Segovia, y declara admisible la exigencia de carecer de antecedentes penales (FJ 6º) pues aun cuando el titular de la licencia no es funcionario público, ‘en todo caso la salvaguarda de la prestación de ese servicio semipúblico, justifica sobradamente dicho requisito.’ No se dan más

Sin embargo, en relación a las personas inmigrantes la denegación de la autorización de residencia y trabajo por cualquier tipo de antecedente penal ocasiona una exclusión absoluta de cualquier trabajo. Como hemos visto cualquier antecedente penal impide de forma automática la obtención de la autorización inicial de residencia, a modo de *'blanket ban'*, sin atender a un juicio individualizado de cuánto tiempo lleva la persona efectivamente residiendo en este país (y probablemente trabajando). Es curioso que respecto al colectivo de los inmigrantes no se discute el riesgo concreto que presentan los antecedentes penales, en función de la relación del delito cometido con el trabajo que se pretende realizar, sino el solo hecho de tenerlos. De esta forma en el caso de una persona inmigrante se intenta presentar como razonable que un antecedente penal por un delito contra la seguridad vial, por ejemplo, sea un impedimento no sólo para ser contratado como conductor sino también para ser contratado como jardinero.

## 2.2.Registro de ciudadanos comunitarios

Los ciudadanos de un país perteneciente a la UE tienen derecho a residir en cualquier país de la Europa comunitaria sin necesidad de solicitar una autorización inicial, si bien deben registrarse en el Registro Central de Extranjeros. Además adquieren el status de residente permanente también al cabo de 5 años. En este caso, la directiva aplicable para regular el status de residente de larga duración de los ciudadanos comunitarios es la Directiva 2004/58/EC. Esta regulación permite a los países de la UE restringir el derecho de entrada y residencia 'por razones de orden público, seguridad pública o salud pública'. No obstante su art 27 indica:

*"2. Las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas. La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general."* [cursivas añadidas]

En España la posibilidad de restringir la entrada, denegar la inscripción en el Registro o bien ordenar la expulsión de los ciudadanos comunitarios está prevista en el RD 240/2007 de 16 de febrero, que en su art.15.5 señala que cuando alguna de estas medidas

*"d) (...) se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (...)."*

Lo más destacable de la contraposición de la regulación referida a ciudadanos de terceros países y ciudadanos comunitarios es precisamente, respecto de los últimos, la declaración expresa de que no puede negarse la autorización de residencia por el mero hecho de tener antecedentes penales. En consecuencia, lo que se presenta como 'natural', que un Estado no quiera conceder una autorización de residencia y trabajo a personas con antecedentes penales, resulta legalmente construido en tanto los AP excluyen automáticamente a

---

razones.

ciudadanos de terceros países pero no a ciudadanos comunitarios. Por ello surge la duda de hasta qué punto el hecho de excluir a ciudadanos de terceros países con antecedentes penales tiene la finalidad de evitar la delincuencia y reforzar la seguridad pública o de favorecer una determinada política migratoria.

Claro que lo peor no es (sólo) la exclusión laboral sino cuando un antecedente penal por cualquier delito es la base para denegar la autorización de residencia, y conlleva la orden de expulsión del territorio español.

### ***3. Las rutas a la expulsión administrativa***

Como es conocido por expertos en el derecho de extranjería (GALPARSORO y BÁRCENA, 2014), para una persona extranjera una condena representa no solo la penalidad de cumplir la pena impuesta sino que ésta conlleva además otras ‘consecuencias colaterales’. Entre éstas, la más estudiada es la expulsión del país donde la persona está residiendo.

Una consecuencia colateral (administrativa) de la condena (penal) puede ocasionar dos tipos de expulsión<sup>23</sup>: (1) la ‘expulsión directa’, cuando la pena impuesta es privativa de libertad superior a un año (art.57.2 de la LOEx); y (2) la ‘expulsión indirecta’ cuando la Administración no renueva la autorización de residencia a causa de los antecedentes penales (art. 31.7 a y 57.1 LOEx).<sup>24</sup>

El objetivo de este apartado es entender el rol de los antecedentes penales en la expulsión ‘directa’ consecuencia de una pena privativa de libertad superior a un año (supuesto 1) y la expulsión ‘indirecta’ consecuencia de la no renovación por tener la persona antecedentes penales (supuesto 2). Es necesario advertir que ambas presentan algunas diferencias. La expulsión ‘directa’ como consecuencia de una pena superior a un año: a) no se reputa una sanción sino una ‘medida’, b) no se considera obligado ponderar la situación de arraigo familiar, personal y social, c) es de aplicación automática y d) no prescribe.

#### **3.1.La expulsión administrativa como consecuencia de una pena y la cancelación de los antecedentes penales**

El art.57.2 de la LOEx establece:

“ 2. Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.”

Este artículo ha sido criticado por tres cuestiones (su amplitud, su carácter adicional a la pena, y su automatismo). Expondré brevemente estas objeciones para a continuación explicar cómo la cancelación de los antecedentes penales puede evitar la expulsión.

---

<sup>23</sup> Una orden de expulsión administrativa también puede acordarse por el sólo hecho de hallarse en situación de irregularidad, y éstas son las mayoritarias en proporción de 4:1 (dato obtenido de BRANDARIZ y FERNÁNDEZ BESSA, 2016). Véase una exposición más pormenorizada de otros tipos de expulsión administrativa en MARTÍNEZ ESCAMILLA (2013:68).

<sup>24</sup> En este caso (al igual que en la expulsión por encontrarse la persona en situación de irregularidad) la sanción prevista es la multa pero la ley prevé la posibilidad de optar por la expulsión (art. 57 LOEx). Esta opción fue rechazada por el TJUE (asunto C-38/14 de 23 abril, 2015) que en principio parece negar la posibilidad de que la ley establezca la opción.

En efecto, se objeta la amplitud del art.57.2 de la LOEx, que faculta la expulsión de ciudadanos que tienen la autorización de residencia de larga duración a pesar que, de acuerdo con el art.11 de la Directiva 2003/109/EC, el principio que debería regir es el de igualdad de trato con los nacionales.<sup>25</sup> Esta interpretación extensiva es discutida por un sector de la doctrina (TOLOSA, 2012) y de la jurisprudencia española. Así por ejemplo la STSJ de Cataluña 168/2014 de 21 febrero<sup>26</sup> concede la apelación (con un voto particular), rechazando la expulsión automática del art.57.2 LOEx, para los residentes de larga duración por ser desproporcionada:

“Esta Sala y Sección, tras un periodo de reflexión y de contraste de pareceres, acabó considerando pertinente rectificar su posición tradicional sobre el asunto, para llegar a la conclusión de que la medida de expulsión prevista en el art 57. 2 LOEX no les podía ser impuesta de forma automática a los ciudadanos extranjeros en posesión de una autorización de residencia de larga duración.”

En este caso el Tribunal considera que la condena privativa de libertad de un año es el requisito mínimo, el cual debe ser ponderado con otros indicadores (en el caso objeto de discusión el tiempo transcurrido desde la última y única condena) que acrediten una amenaza real y grave para el orden público como exige la citada Directiva (art.6.1). Y establece además que antes de proceder a la expulsión de residentes de larga duración se deberá considerar la duración de la residencia, la edad, las consecuencias familiares, el arraigo y vínculos con el país de residencia y país de origen (art.12.3).

El segundo motivo de crítica es que la expulsión administrativa se añade a la condena penal, por lo que se discute si la expulsión administrativa infringe la prohibición de ‘non bis in ídem’.

El TC (STC 236/2007 de 10 de diciembre) se pronunció negativamente respecto de esta objeción con el argumento del ‘distinto fundamento’<sup>27</sup> de la pena y de la sanción de expulsión prevista en el art.57.2 LOEx, que permite imponer ambas (RODRÍGUEZ BALADO, 2011; SALVADOR, 2012b; TOLOSA, 2012; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2013:86; GARCÍA ESPAÑA, 2016). En mi opinión este argumento sería más creíble si el código penal no contemplase la expulsión penal como sustitutivo de las penas de prisión. Debido a que ambos fines, el de retribuir penalmente y el de aplicación de una determinada política de extranjería, pueden conseguirse con la expulsión penal, en los casos en los que el juez penal no la ha impuesto no debiera ser posible alcanzar por la vía administrativa lo que no se ha considerado adecuado imponer por la vía judicial.

---

<sup>25</sup> Como señala GIBNEY (2013) la expulsión refuerza quien es nacional y la trascendencia de serlo. Y en este ejemplo puede verse como administrativamente se permite lo que, antes de la reforma del código penal con LO 1/2015 de 30 de marzo, no era posible alcanzar con la expulsión penal.

<sup>26</sup> La sentencia trata de un ciudadano marroquí condenado en Bélgica en 2003 a una pena de tres años de privación de libertad por tráfico de drogas y el recurrente no había tenido en los últimos diez años ninguna otra condena. Por lo que además cabe preguntarse porqué no están cancelados estos antecedentes penales.

<sup>27</sup> La sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad que interpuso el Parlamento de Navarra contra algunos artículos de la LO 8/2000 de 22 de diciembre. Esta es la sentencia siempre citada para apuntar que la expulsión administrativa posterior a la pena no infringe el principio *non bis in idem*. En concreto se alude *al distinto fundamento* que, como es conocido, posibilita la imposición de una pena y una sanción ya que ‘(...) la condena y la expulsión están orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos pues ya hemos precisado que la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes’. (FJ 14)

Por su parte los Tribunales administrativos<sup>28</sup> tienden a rechazar que la expulsión art.57.2 LOEx sea una sanción en base a argumentos formales, como que no está en el listado de sanciones de la LOEx, y la denominan ‘medida’, precisamente porque asumen que si fuera una sanción infringiría la prohibición del *non bis idem*.

Sin embargo en la jurisdicción penal es muy citada la STS 901/2004 de 8 de julio,<sup>29</sup> que denuncia ‘la desproporción de la medida [de expulsión] porque el recurrente fue condenado a tres años de prisión y ya ha cumplido, prácticamente la mitad de la pena, con lo que la medida de expulsión en este caso, no sería sustitutoria de la pena sino acumulativa de ésta’. Si bien este argumento se refiere a la ejecución de la expulsión penal, en el último tramo de cumplimiento de la pena de prisión, a mi juicio es aplicable a la expulsión administrativa que se produce cuando ya se ha cumplido la condena.

Por último, la expulsión administrativa consecuencia de una pena es automática, una ‘consecuencia colateral’ de la condena privativa de libertad superior a un año. Así la STSJ de Cataluña 208/2015 de 19 marzo reafirma que la expulsión del art.57.2 LOEx no tiene la naturaleza de sanción, por lo que no puede ser sustituida por una multa ni ponderar su aplicación con circunstancias como el arraigo familiar previstas en el art. 57.5 de la LOEx.

“El art. 57.2 de la LO 4/2000 no prevé la situación de arraigo como causa que pueda enervar la medida de expulsión. Pero es que, además y en cualquier caso, la condena penal del recurrente pone también de manifiesto que no respeta las normas de convivencia que nos hemos dado. Y si no respeta estas normas no se puede considerar que está arraigado en territorio español, dado que no basta con estar empadronado, trabajar en España o tener hijos o familiares españoles, si no se respetan las normas de convivencia de esta sociedad.”

La sentencia parece presumir, de modo infundado, que los ‘arraigados’ no delinquen. Además esta interpretación no respeta la jurisprudencia del TEDH. Efectivamente el TEDH ha avalado la expulsión al afirmar que el artículo 8 de la CEDH, que protege la vida privada y familiar, no incluye un derecho a elegir el país de residencia ni a la reagrupación familiar (Norway v. Kaplan, 24/10/2014, párrafo 81), por lo que un Estado puede controlar la entrada, residencia y expulsión de los extranjeros en su territorio. No obstante el TEDH insta a evaluar el caso individual para evitar que la expulsión penal o administrativa sea una medida desproporcionada. Para ello se debe tomar en consideración el tiempo de residencia en el país del que se pretende expulsar a una persona, el arraigo personal, familiar, laboral y social, la gravedad del delito (Norway v. Kaplan, 24/10/2014, párrafo 93) y las posibilidades de que la persona se enfrente en su país a tratos inhumanos y degradantes (véanse también los criterios de proporcionalidad en la Circular de la Fiscalía General del Estado, 7/2015, pag. 16-20, y más restrictivos todavía cuando se trata de ciudadanos de la UE; RODRÍGUEZ BALADO, 2011; TOLOSA, 2012; ROIG, 2014; RÍOS, RODRÍGUEZ y PASCUAL, 2015).

---

<sup>28</sup> Véase por ejemplo este razonamiento en el voto particular de la Sentencia 168/2014 de 21 de febrero, del TSJ de Cataluña, sala contencioso-administrativo, sección 2ª.

<sup>29</sup> La sentencia trata de un ciudadano atrapado con una bolsita de heroína condenado a 3 años de pena de prisión en la que se sustituye el último tramo de prisión por expulsión. No obstante véase la reciente STS 5099/2013, de 4 de octubre, que rechaza que la imposición de la expulsión cuando han cumplido las  $\frac{3}{4}$  partes de la condena infrinja el *non bis in idem* pues ‘(...) no se trata de que al acusado se le imponga otra pena acumulada a las anteriores, sino que lo que sucede realmente es que su condición de residente ilegal legitima la aplicación de la medida sustitutiva’ (FJ.3). Si bien admite que llegado ese momento la persona puede solicitar que se deje sin efecto la medida de expulsión por concurrir nuevas circunstancias.

Por lo que respecta al rol que juegan los antecedentes penales, el art.57. 2 LOEx estipula que procede la expulsión 'salvo que los AP hubieran sido cancelados', lo que nos lleva a abordar el problema de la *cancelación de antecedentes penales*.<sup>30</sup>

El primer problema es que en numerosos casos no hay cancelación posible de los antecedentes penales, ya que la pena acaba de cumplirse. En efecto, en el caso de penas de prisión está prevista la comunicación<sup>31</sup> desde los centros penitenciarios a la policía para proceder a la expulsión de la persona a su salida del centro penitenciario (art.26 Reglamento Penitenciario). Un procedimiento expuesto (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2013:85) es esperar en la puerta del centro penitenciario que la persona salga en libertad habiendo cumplido la pena y es entonces cuando las fuerzas policiales proceden a su expulsión (previo internamiento o no en un CIE).<sup>32</sup>

Aun cuando la persona no sea inmediatamente expulsada los *plazos* de cancelación previstos en el código penal (art.136) son muy largos, por lo que en la práctica es muy excepcional que la persona pueda cancelar después de cumplir la pena y antes de los 5 años (en que debe proceder a tramitar la residencia de larga duración); además las penas tardan en ejecutarse y algunas tardan mucho en cumplirse.<sup>33</sup>

El segundo obstáculo es la *demonstración* de la cancelación de los AP. Como quizás es conocido el secretario judicial envía al RCP testimonio de la pena impuesta en sentencia. Evidentemente esta pena no empieza a ejecutarse de forma inmediata, sino que puede empezar a ejecutarse semanas o años más tarde. Cuando la pena empieza a ejecutarse el secretario judicial (del juzgado sentenciador o del juzgado de ejecución) debe enviar estos nuevos datos al RCP, y también comunicar cuando finaliza su ejecución. Este traslado de datos no siempre fluye a la perfección y por ello, a pesar de que el código penal afirma que los AP se cancelan 'de oficio', no es infrecuente que el RCP no pueda atestiguar que los AP están cancelados porque no le consta la fecha de inicio o de la finalización de la ejecución de la pena. En consecuencia el RCP resuelve que no le consta que estén cancelados.<sup>34</sup>

A partir de aquí, para la persona inmigrante empieza un largo camino tortuoso que además requiere de ciertos conocimientos para ser transitado. En ocasiones este camino incluye acudir al Tribunal (donde le dicen que 'allí no cancelan'), pedir un certificado de cumplimiento de pena al Juzgado, o en numerosos casos al departamento de Justicia de la Generalitat por ejemplo, e ir a la delegación del Ministerio de Justicia para solicitar la cancelación de los antecedentes penales obrantes en el Registro Central de Penados de

---

<sup>30</sup> En este caso la LOEx menciona expresamente que los AP cancelados no deben ser considerados para decidir la orden de expulsión del territorio (a diferencia de la renovación donde no se excluye de forma expresa la valoración de los AP cancelados).

<sup>31</sup> También se prevé que el RCP comunique a la Oficina de Extranjería de la Delegación de Gobierno las condenas superiores a un año (art.256.5 RD 557/2011 de 20 de abril).

<sup>32</sup> Mientras la persona está cumpliendo la pena no puede ser expulsada administrativamente, y por ello se debe comprobar si tiene causas pendientes. No obstante con posterioridad quizás se le aplica el procedimiento de expulsión preferente previsto en art.234 RD 557/2011 de 20 de abril.

<sup>33</sup> La persona inmigrante tiende a elegir en la práctica la pena que se ejecute y cumpla antes aun cuando sea más gravosa, precisamente para empezar cuanto antes el periodo de cancelación (comunicación personal Rosa M Orozco, secretaria judicial).

<sup>34</sup> Algunos Tribunales admiten que a falta de datos se cuente las fechas de cancelación desde la sentencia, esto es, como si la pena hubiera empezado a ejecutarse desde ese mismo día (ROIG, 2012; MUÑOZ RUIZ, 2014b).

Madrid. Si la persona no tiene documentación por estar en situación irregular, el proceso se complica mucho más.<sup>35</sup>

### 3.2. La expulsión administrativa a causa de los antecedentes penales

Como ya hemos visto con anterioridad (en el apartado 2.1) si se deniega la autorización de residencia porque la persona tiene antecedentes penales la persona puede ser también expulsada (art. 31.7 a y 57.1 LOEx).

El aspecto más llamativo de esta expulsión, como ya hemos expuesto, es la absoluta discrecionalidad con la que la Administración valora cuáles antecedentes penales permiten rechazar la autorización de residencia. En ocasiones para justificar la denegación de la renovación se alude a que la persona ‘no tiene los antecedentes penales cancelados’, a pesar de que ello no es una exigencia legal en este supuesto. En otras ocasiones se alega que no ha cumplido la pena, lo cual introduce un elemento que depende del azar, esto es, de cuando le toca renovar y de si en ese momento ya ha cumplido la pena.

Indudablemente, como se ha destacado, la discrecionalidad desmedida, que combina el temor a llevar a cabo la amenaza con la mayor flexibilidad, siempre ha jugado un rol en asegurar la obediencia y el mantenimiento del poder (ALIVERTI, 2012).

### 3.3. ¿En qué medida se produce la expulsión administrativa a causa de los antecedentes penales?

Entre 2010 y 2015 se denegó una baja proporción de solicitudes iniciales y de renovación a causa de los antecedentes penales. La tabla 1 muestra datos sobre el número de solicitudes iniciales de residencia, el número de solicitudes denegadas y el número de solicitudes denegadas a causa de los antecedentes penales para Cataluña y para toda España. La tabla 2 muestra los resultados para las solicitudes de renovación de la autorización de residencia para toda España. En los datos se observa como el rechazo de solicitudes por antecedentes penales en ningún caso supera el 10% de las solicitudes.<sup>36</sup> En Cataluña esta proporción es ligeramente superior al resto de España.

---

<sup>35</sup> Diversos Secretarios judiciales de Barcelona elaboraron un protocolo para facilitar la comprensión de todos los pasos. Para entender la complejidad reproduzco el mail de una abogada ‘(...) En los documentos adjuntos te mando el orden a seguir para conseguir que se le cancelen los antecedentes a un inmigrante sin documentación legal. Lo primero que se les dice a ellos cuando van al Juzgado es que allí no se cancelan antecedentes penales, que tienen que ir a la c/ Garcilaso 123 (Bcn). En esa dirección les dicen que no pueden cancelar desde allí porque no tienen la documentación necesaria (doc. 2 y 3). Vuelven al Juzgado y más de lo mismo. Si, finalmente, deciden de todos modos solicitar la cancelación a instancia de parte, deben enviar cumplimentada la solicitud correspondiente (doc. 2 y 3). A la misma, responde el Ministerio desde Madrid que no incluye documentación suficiente, porque no tiene residencia en vigor ni visado suficiente, por lo que se le comunica a la persona que puede instar la cancelación mediante comparecencia en el Juzgado o Tribunal Sentenciador (Doc. 4 -párrafo 7-); según esa misma hoja también puede instarlo ante la Autoridad Administrativa que requiere la cancelación, Extranjería (penúltimo párrafo Doc. 4), pero yo no lo he hecho nunca. Finalmente, la persona debe volver al inicio, esto es, ir al Juzgado, presentar su documentación para que le hagan una comparecencia y pedir que desde el Juzgado se solicite la cancelación de sus antecedentes penales en el RCPR (Doc. 5)’.  
<sup>36</sup> Es probable que el dato real de exclusión por este motivo sea aún mayor, ya que las personas extranjeras con antecedentes penales pueden evitar solicitar el permiso cuando prevén que la respuesta será negativa (ROVIRA, 2016).



**Tabla 1: Solicitudes de autorización inicial de residencia, solicitudes denegadas y solicitudes denegadas por antecedentes penales, España y Cataluña (2010-2015)**

Año	España				Cataluña		
	Solicitudes (N)	Solicitudes denegadas (N)	Solicitudes denegadas por AP (N)	Solicitudes denegadas por AP (%)	Solicitudes denegadas (N)	Solicitudes denegadas por AP (N)	Solicitudes denegadas por AP (%)
2010	.	.	.	.	7.357	241	3,28%
2011	151.669	67.744	.	.	12.803	462	3,61%
2012	115.565	46.576	.	.	5.859	295	5,03%
2013	92.642	32.354	745	2,30%	3.669	177	4,82%
2014	86.651	27.592	649	2,35%	3.115	204	6,55%
2015	84.161	25.032	499	1,99%	.	.	.

*Fuente: Para España, Secretaría General de Inmigración y Emigración (Petición a través del Portal de Transparencia);*

*Para Cataluña Jefe de Oficina, Oficina de Extranjería de Barcelona (Comunicación Personal)*

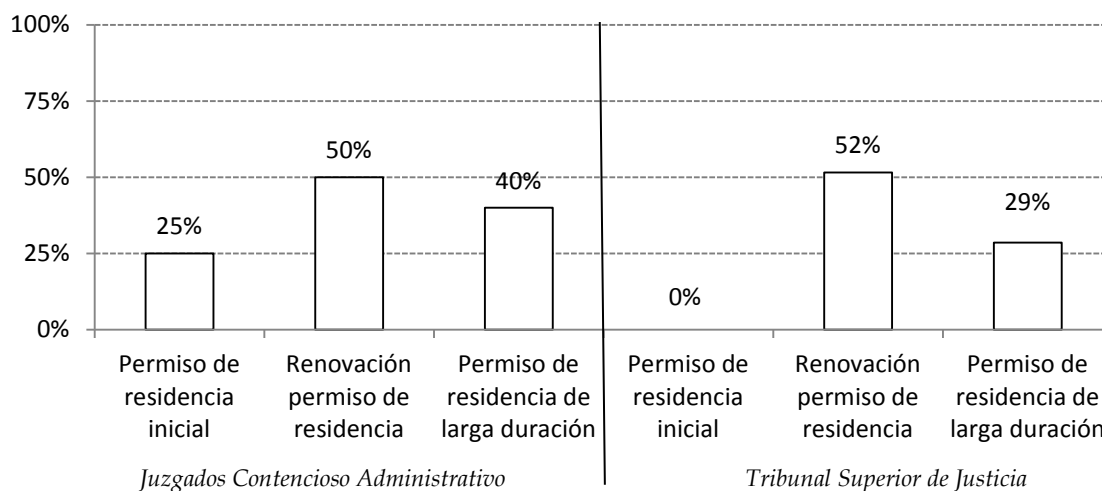
**Tabla 2: Solicitudes de renovación de la autorización de residencia, solicitudes denegadas y solicitudes denegadas por antecedentes penales, España y Cataluña (2010-2015)**

Año	España			
	Solicitudes (N)	Solicitudes denegadas (N)	Solicitudes denegadas por AP (N)	Solicitudes denegadas por AP (%)
2013	80.793	10.224	200	2,0%
2014	85.123	10.225	183	1,8%
2015	63.485	7.102	149	2,1%

*Fuente: Secretaría General de Inmigración y Emigración (Petición a través del Portal de Transparencia)*

La denegación que realiza la Delegación del Gobierno puede recurrirse ante los jueces de lo contencioso administrativo y posteriormente ante los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ), por lo que hemos realizado un estudio para conocer el impacto de los antecedentes penales en la tramitación de la autorización de residencia. Hemos analizado una muestra aleatoria de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo (45 sentencias) de la provincia de Barcelona y del Tribunal Superior de Justicia (45 sentencias) de Cataluña en el periodo 2010-2014, cuyos resultados pueden verse en la siguiente tabla.

Tabla 3: Porcentaje de sentencias con un *resultado favorable* a la autorización de residencia de personas con antecedentes penales.



Fuente: Elaboración de Martí Rovira.

Por un lado es destacable que los jueces rechazan, en ocasiones, la denegación automática de la autorización inicial y conceden el permiso inicial, aun cuando la persona tenga antecedentes penales, si existen circunstancias adicionales de arraigo social, laboral y familiar. No obstante superar la exclusión automática prevista en la LOEx requiere acudir a la vía judicial, lo cual no está al alcance de todos los inmigrantes.<sup>37</sup>

Por otro lado puede verse que la tasa de éxito judicial para la renovación de la autorización de residencia es mayor, ya que en estos casos la LOEx prevé la valoración de los antecedentes penales. Los jueces tienden a considerar:

- Si existen vínculos con España como hijos, esposo, familiares o trabajo reciente. Para otorgar una situación de arraigo cualificada, los vínculos deben ser fuertes y estar acreditados. En este ámbito adquiere un importante peso el hecho de tener un hijo menor en territorio español, aunque se requiere que la persona tenga un contacto habitual con él y participe en su sustento.
- Si se ha cumplido la condena. El cumplimiento de la totalidad de las penas impuestas es un criterio positivo, aun cuando los antecedentes penales no hayan sido cancelados. También se contempla si la pena ha sido suspendida.
- Si el delito es de poca gravedad o genera poca alarma social. Antecedentes penales por delitos violentos, como agresiones sexuales o de violencia de género, pueden anular la consideración de una situación de arraigo cualificada.
- Si se muestran aspectos positivos indicadores de la reinserción de la persona. Por ejemplo, el tiempo desde la comisión del delito o la falta de reincidencia. También

<sup>37</sup> No está de más por ello recordar que de acuerdo con el art. 22 LOEx también las personas que carecen de documentación tienen derecho de acceder al beneficio de la justicia gratuita.

se considera, en su caso, el comportamiento en prisión (como por ejemplo si ha seguido cursos en la prisión) o la existencia de un informe favorable del cumplimiento de un programa formativo como parte de una medida penal alternativa.

Ninguno de estos factores es necesario ni suficiente, sin embargo representan unas pautas con las que modular la amplia discrecionalidad administrativa. No obstante no es fácil anticipar las decisiones judiciales, así por ejemplo si un Tribunal considerará la violencia de género un delito leve o grave; si una pena cumplida, aun cuando los antecedentes penales no estén cancelados, es un motivo de renovación o denegación; y si una pena de prisión inferior a un año es suficiente para rechazar la renovación.

En resumen, la expulsión 'indirecta' a causa de los antecedentes penales supone intensificar la red del complejo penal administrativo de la expulsión. En primer lugar recordemos que en ocasiones se deniega por la existencia de 'antecedentes policiales'. De esta forma se incurre en el círculo de detención por estar sin documentación-antecedentes policiales-no renovación-expulsión administrativa.

En segundo lugar la expulsión administrativa a causa de los antecedentes penales alcanza a personas con penas menos graves y leves, como por ejemplo una multa o una privación de libertad inferior a un año.

En tercer lugar, en ocasiones la autorización de residencia caduca precisamente cuando la persona está cumpliendo una pena privativa de libertad y no ha podido renovar su documentación.<sup>38</sup> En estos casos es precisamente la pena la causante de la irregularidad sobrevenida y aun cuando sea inferior a un año la expulsión será posible por el mecanismo de 'no renovación'.

Finalmente, también en este supuesto de 'expulsión indirecta' a causa de los antecedentes penales la persona generalmente ya ha cumplido la pena y la expulsión se añade como consecuencia colateral. En definitiva la expulsión a causa de los antecedentes penales implica añadir una ruta más a las diversas formas de expulsión. Así la persona puede sortear la expulsión como pena, la expulsión administrativa directa, y ser objeto finalmente de una orden de expulsión al no serle renovada la autorización de residencia por tener antecedentes penales.

#### **4. Otro tipo de expulsión: la expulsión penal y la expulsión penitenciaria.**

Además de la expulsión administrativa también existe la expulsión penal (en sustitución de la pena de prisión por expulsión, regulada en el art.89 código penal).<sup>39</sup> La expulsión penal

---

<sup>38</sup> Este hecho es importante porque un contingente relevante de inmigrantes en prisión (aproximadamente un 43% de la población extranjera en prisión) tienen autorización de residencia (ver nota 45). Tengo conocimiento que la Policía acude al Centro Penitenciario a tramitar la documentación, pero desconozco exactamente el contenido y la finalidad de estas gestiones.

<sup>39</sup> En la doctrina penal hay un extenso debate respecto la naturaleza jurídica de la expulsión y mayoritariamente se tiende a negar, también con base a argumentos formales, que sea una pena, véase la discusión en DURAN SECO (2005).

ha sido estudiada por numerosos autores,<sup>40</sup> y si bien no es mi objeto de análisis opto por incluir un breve resumen (en letra menor) debido a que ambos tipos de expulsión se entrecruzan en diversos momentos.

El número de expulsiones penales es, de acuerdo con los datos del INE, comparativamente bajo en relación con otras penas, aproximadamente unas 2.000 anuales (LARRAURI, 2015).<sup>41</sup> Ello quizás es debido a que los jueces penales consideran que la expulsión no es pena suficiente en algunos casos, ya que: a) la única consecuencia visible que comporta es la devolución de la persona a su país; o b) debido a que de todas formas se le va a expulsar administrativamente, como consecuencia colateral de la condena. Como se destaca de forma reiterada, la expulsión puede ser una pena draconiana para personas con vínculos en el país o puede ser altamente beneficiosa para una persona detenida en la frontera por ejemplo por tráfico de drogas (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2013; MUÑOZ RUIZ, 2014), resultando relevante también para calibrar su severidad que se produzca en el inicio o al final del cumplimiento de la condena (GARCÍA ESPAÑA, 2016).

Desde la reforma del código penal mediante la LO 1/2015 de 30 de marzo, la expulsión puede ser aplicada a ciudadanos extranjeros (irregulares y regulares) condenados a una pena de prisión de más de un año (art.89). Con ello la ley establece como regla general la expulsión de los extranjeros condenados, si bien no se puede expulsar si hay arraigo y esta medida es desproporcionada (y la posibilidad de expulsión es más restrictiva respecto a los ciudadanos comunitarios, ya que se exige una amenaza grave para el orden y la seguridad públicos).

El juez penal puede sustituir la pena de prisión por la expulsión, en sentencia o excepcionalmente en auto posterior en la fase de ejecución, y no requiere consentimiento de la persona condenada, pero debe darle audiencia. Cuando el juez acuerda la expulsión, para asegurarla puede ordenar el ingreso del extranjero en prisión (máximo 30 días), o en un 'centro de internamiento' (máximo 60 días) hasta que se ejecute la expulsión.<sup>42</sup> En esta fase generalmente el Ministerio Fiscal pide información a la policía (UCRIF) para saber si la expulsión se puede ejecutar (MARTÍN ESCRIBANO, 2015). Si finalmente no se lleva a término porque la persona no es expulsable (por ejemplo por carecer de documentación o porque su país no la acepta) debe cumplir la pena<sup>43</sup> o la pena de prisión puede ser suspendida (lo que demuestra que la expulsión alcanza a personas por delitos poco graves y cuyas penas podrían ser suspendidas... si no fueran extranjeros).

¿A quién se le está aplicando realmente la pena de expulsión? Late el temor de que a delinquentes primarios y de poca gravedad. En un muestra de 285 expedientes de expulsión la pena media sustituida era de 15 meses de prisión (MARTÍN ESCRIBANO, 2015). Por otra parte, cuando los extranjeros son reincidentes el juez penal tiende a pensar que deben cumplir la pena de prisión (Roig, 2014). Este es también el criterio de la Fiscalía General del Estado (Circular 7/2015) que señala que 'La expulsión judicial será, en principio, asumible, salvo circunstancias especiales, cuando la pena de prisión impuesta sea susceptible virtualmente de beneficiarse de la suspensión condicional' (pag.12). Si no se impone la expulsión por la gravedad del hecho o las necesidades de prevención general, lo habitual será el cumplimiento de la pena de prisión, salvo 'En los casos en que el arraigo personal haya sido el fundamento de la inaplicación de la expulsión sustitutiva' (FGE Circular 7/2015, pag.21).

---

<sup>40</sup> Me es imposible reproducir la lista de todos los autores que han escrito respecto la expulsión penal. Cito sin ánimo de ser exhaustiva: GARCÍA ESPAÑA (2007; 2015); MARTÍNEZ ESCAMILLA (2007); MAYORDOMO (2012); NISTAL (2012); SALVADOR (2012a;b); MUÑOZ RUIZ (2014); ROIG (2014); LEGANÉS (2015).

<sup>41</sup> Según Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2011 la expulsión penal aumentó un 12,25% respecto 2009 (SALVADOR, 2012b:138). Desde luego es interesante la investigación de KING, MASSOGLIA y UGGEN (2012) acerca de que las deportaciones en Estados Unidos no aparecen correlacionadas con el índice de delitos, y sí, bajo algunas condiciones, con el mercado laboral.

<sup>42</sup> La circular de la FGE 7/2015 (p.41) prevé también como tercer supuesto que 'si el penado se encuentra en libertad provisional y merece confianza, se le puede otorgar un plazo de cumplimiento voluntario (...)'.  
<sup>43</sup> Si se acuerda la pena de prisión o el internamiento en un CIE hasta que se produzca la expulsión y luego ésta no se ejecuta, el tiempo se descuenta de la pena (Santiago Leganés, comunicación personal, 2015; RÍOS-RODRÍGUEZ-PASCUAL, 2015).

La segunda posibilidad es que el juez penal haya acordado la sustitución de la pena de prisión por expulsión pero ordene que se cumpla antes una parte de la pena de prisión. En este caso el código penal obliga a ejecutar la expulsión de la persona extranjera cuando sea clasificada en tercer grado o acceda a la libertad condicional. Para llevarla a cabo el Centro Penitenciario, generalmente a solicitud del interno, insta a la fiscalía de extranjería que proponga al juez penal de la causa que sustituya la última parte de la condena por la expulsión (MUÑOZ RUIZ, 2014). De acuerdo con la circular de la Fiscalía General del Estado 7/2015 (p.39) se deberá ponderar nuevamente, en el preciso instante que pretenda ejecutarse la expulsión, la situación actual de la persona condenada. Si se acuerda la expulsión, también puede ser enviada a un CIE hasta que se haga efectiva la expulsión o incluso permanecer en prisión esperando su ejecución.

También en este caso cabría preguntarse a quien se le está aplicando la expulsión en fase penitenciaria. Tienen razón a mi juicio PARÉS y PARÉS (2010) cuando se sorprenden de la poca atención prestada a la expulsión que se produce en esta fase; en este sentido, realmente se desconoce cuál es la actitud y la práctica de las Juntas de Tratamiento, qué porcentaje de tercer grado se explica por este motivo, en qué momento se concede, y si se produce una regresión al segundo grado en los casos en los que finalmente no puede producirse la expulsión. En la evaluación que la GENERALITAT DE CATALUNYA (2013) realizó de la Circular 1/2011 de Extranjería se observa que en esta fase se expulsó (por medio de la libertad condicional, sustitución por expulsión, o petición para el cumplimiento de condena en su país) a 525-550 personas en el año evaluado, lo que ha contribuido a disminuir el número de extranjeros presos. Por su parte SALVADOR (2012b:146, nota 66) recoge datos de la Memoria de la Fiscalía de 2011 de acuerdo con los cuales un total de 255 internos fueron excarcelados para el cumplimiento de condena en su país de origen y 640 fueron excarcelados para cumplir la libertad condicional en su país.

Para finalizar es conveniente recordar que estar sujeto a una pena de expulsión o a una orden de expulsión, carecer de autorización de residencia, o previsiblemente no poder renovarla, conlleva además determinadas consecuencias mientras se cumple la pena de prisión y una gran incertidumbre y angustia que el personal de los centros penitenciarios debe intentar aquietar.

Las circulares e instrucciones (la Instrucción 21/2011 sobre Normas Generales sobre Internos Extranjeros y en Catalunya la *Circular 1/2013 sobre extranjería als centres penitenciaris de Catalunya*) instan a diferenciar dos grupos de internos extranjeros, los que tienen documentación, que pueden seguir la 'via reinsertadora' y beneficiarse de los permisos y eventual régimen abierto, y los que no, respecto de los cuales hay que alentar los 'mecanismos repatriativos'.<sup>44</sup>

Sin embargo es muy difícil, y una enorme responsabilidad, diferenciar estos dos grupos. Ciertamente quizás una mejor coordinación de los datos de las personas presas con los datos de la Delegación de Gobierno puede ser eficaz. Pero aun así la situación de irregularidad es dinámica, nunca es seguro si la Administración le renovará y pasará a ser 'regular', en ocasiones las personas se convierten en 'irregulares' en prisión porque les caducan 'los papeles' mientras está cumpliendo la condena<sup>45</sup> y además las órdenes de expulsión se recurren y/o no siempre se ejecutan. Como observa CALAVITTA (1998:531) los extranjeros regulares e irregulares no son dos grupos estancos, sino 'fases', 'momentos', en continuo equilibrio y estado de precariedad.

Si la identificación de los dos grupos presenta dificultades mayúsculas no es un problema menor el trabajo con el grupo difuso constituido por los internos que tienen una orden de expulsión administrativa,<sup>46</sup> y los que se piensa que no podrán conseguir la autorización de residencia (y a pesar de ello no aceptan los

---

<sup>44</sup> Las vías son a) promover la clasificación en tercer grado o libertad condicional para que pueda procederse a la expulsión; b) acordar que cumpla la libertad condicional en su país en base al art. 197 RP; c) enviarlo a cumplir la pena en su propio país si es comunitario (FD 2008/909/JHA), o existe un convenio (GARCÍA ESPAÑA, 2007; GARCÍA ESPAÑA, 2015; MONTERO, 2015).

<sup>45</sup> CAPDEVILA y FERRER (2012) constatan un 43% de regulares; GARCÍA ESPAÑA (2015) afirma que un 41,4% son regulares; en nuestro estudio un 42,5% tenían autorización de residencia y llevan un promedio de 13,4 años viviendo en España.

<sup>46</sup> Según CAPDEVILA y FERRER (2012) este colectivo representa un 17,9% de los internos extranjeros. Este grupo quizás necesita la esperanza de pensar que una vez cumpla la condena podrá eventualmente quedarse en el país y alcanzar la regularidad administrativa. Y por ello es comprensible que no se le desanime en su ahínco de presentar escritos a todas las instancias y se aliente el uso de remedios legales aun cuando se pueda anticipar su escasa eficacia práctica.

mecanismos repatriativos). Diversos autores han puesto de manifiesto lo que la renuncia a la vía de la reinserción frecuentemente conlleva en la práctica: ausencia de permisos, y el cumplimiento íntegro de la condena en segundo grado sin libertad condicional (GARCÍA ESPAÑA, 2007; PARÉS y PARÉS, 2010; BRANDARIZ, 2014; RÍOS, RODRÍGUEZ y PASCUAL, 2015).

Ciertamente la expulsión penal y la administrativa no solo se acumulan sino que se entrecruzan (ver Figura 1 al final del texto). En primer lugar, en el supuesto que la persona tenga ya una orden de expulsión administrativa el juez de instrucción penal puede decidir paralizar el proceso y proceder a la expulsión administrativa (art.57.7 a LOEx) (RODRÍGUEZ BALADO, 2011).<sup>47</sup> En segundo lugar, el art.89.6 del código penal prevé que la sustitución por expulsión paralice cualquier procedimiento administrativo de autorización de residencia y en este sentido transforma a la persona en ‘irregular’. Tercero, si el juez penal acuerda sustituir la pena de prisión por la expulsión puede ordenar su traslado a un CIE, hasta que ésta se ejecute.<sup>48</sup> Y por último, después de cumplir la pena, la persona puede ser expulsada administrativamente, sin las restricciones impuestas por el código penal (GARCÍA ESPAÑA, 2016), y además sin límites temporales ya que el art.57.2 LOEx no prescribe.

## 5. Conclusiones

El estudio de los antecedentes penales nos ha permitido visualizar el impacto que éstos tienen para el colectivo de personas inmigrantes. De forma sintética repetimos los principales aspectos controvertidos:

1. Autorización de residencia.
  - a. Se critica la *denegación automática de la autorización inicial de residencia* por cualquier antecedente penal, sin evaluar la gravedad del delito y la antigüedad de la condena.
  - b. Se objeta la *primacía del informe policial* para conceder la autorización de residencia, pues denegar un derecho con base a unos antecedentes policiales puede vulnerar la presunción de inocencia. Además existe una gran imprecisión respecto al contenido, plazo y requisitos de cancelación de los antecedentes policiales.
  - c. Se cuestiona la *discrecionalidad desmedida en la valoración de los antecedentes penales* a efectos de *renovación* de la autorización de residencia. Los criterios del art. 31.7 LOEx son confusos al referirse solo a la suspensión de las penas privativas de libertad (y no a penas distintas de menor gravedad), e incompletos al no mencionar que los antecedentes penales cancelados (y cancelables) no deben ser considerados.
  - d. Se enfatiza que la regulación de la autorización *de residencia de larga duración* no menciona los antecedentes penales. La directiva europea referida a nacionales de terceros países obliga a valorar la ‘gravedad del delito o peligro’ para la seguridad y orden públicos, y la directiva europea aplicable

<sup>47</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA (2013:82) expone como en ocasiones ello sucede de forma simultánea ‘(...) *de facto* el hecho de adquirir la condición de imputado o procesado en una causa penal (...) es el detonante y la causa determinante de un proceso administrativo sancionador (...)’.

<sup>48</sup> En Italia por ejemplo CAMPESSI (2015) calcula que hay un 25% de las personas internas en un CIE están condenadas, lo cual introduce no pocos problemas para la gestión del centro y para el resto de personas que no han sido condenadas.

a ciudadanos comunitarios expresamente rechaza que las condenas penales sean ‘por sí solas’ razón para negar la autorización.

2. La expulsión administrativa puede ser ‘directa’ a consecuencia de una pena privativa de libertad superior a un año (art.57.2 LOEx) o ‘indirecta’ a causa de la no renovación por tener antecedentes penales (art 31.7 a y 57.1 LOEx).
  - a. La expulsión directa *es criticada por ser aplicada a residentes de larga duración, por añadirse a una pena y por su carácter automático*, lo que puede ser contrario al criterio del TEDH que impone una valoración de las circunstancias individuales de arraigo para evitar que la expulsión sea una medida desproporcionada, y/o conlleve la posibilidad de ser objeto en el país de origen de torturas o tratos inhumanos y degradantes.
  - b. No procede *la expulsión directa* cuando los *antecedentes penales estén cancelados*. Sin embargo, cuando ésta se ejecuta inmediatamente después de cumplir la pena este requisito es de imposible cumplimiento, y en los otros casos el camino hacia la cancelación es tortuoso si los datos necesarios no obran en poder del RCP.
  - c. La *expulsión indirecta* a causa de la no renovación de la autorización de residencia *por la existencia de antecedentes penales* alcanza a los casos de penas menos graves y leves, como por ejemplo una multa o una privación de libertad inferior a un año.
  - d. La expulsión administrativa es una *consecuencia colateral* de la condena, ya sea porque si la pena es privativa de libertad superior a un año será objeto de expulsión directa que no prescribe (del art.57.2 LOEx), o de la expulsión indirecta a causa de la no renovación de la autorización por antecedentes penales (art. 31.7 a y 57.1 LOEx). Para aquéllos que el sistema penal y penitenciario no consigue expulsar, aguarda el sistema administrativo, discrecional, automático e imprescriptible.

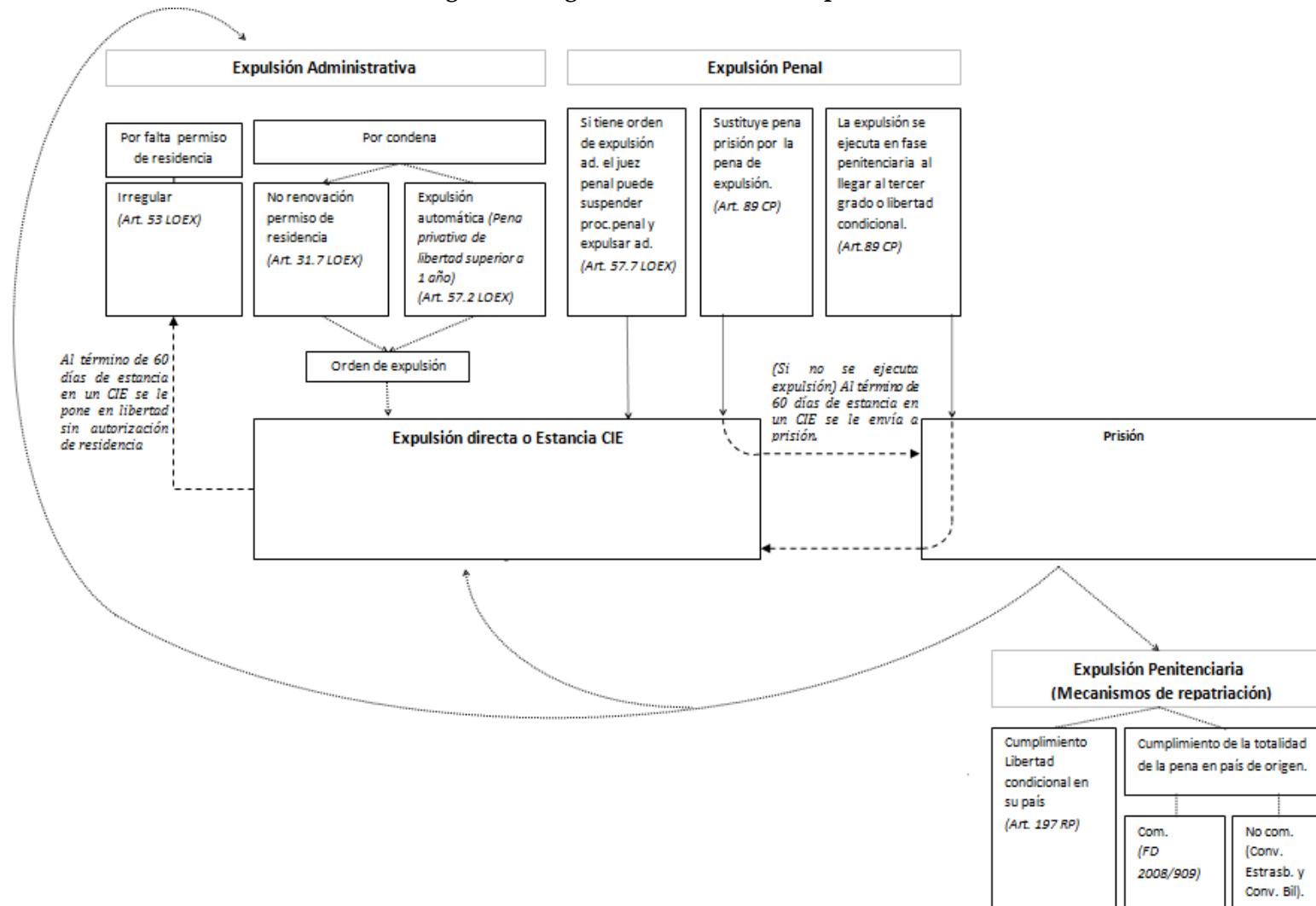
Es cierto que el porcentaje de ejecución de las expulsiones es bajo (BRANDARIZ y FERNÁNDEZ BESSA, 2016), pero ello no aminora el problema ya que las personas afectadas quedan en una situación de ‘*deportability*’<sup>49</sup> (DE GENOVA, 2002):

Ya que la finalidad disciplinaria del aparato que de forma cotidiana produce la ‘ilegalidad’ del emigrante nunca se dirige sólo a conseguir la supuesta finalidad de la deportación. Es la posibilidad de ser expulsados [*deportability*] y no la expulsión por sí misma lo que históricamente ha convertido a la fuerza de trabajo de los inmigrantes en una mercancía distintivamente desechable. [Traducción propia]

---

<sup>49</sup> Esta situación, de personas ‘expulsadas’ y residiendo sin documentación, conlleva una inseguridad vital en la que la ‘revocabilidad de los planes de futuro’ (Carter, cit. por DE GENOVA, 2002:427) es posible de forma imprevista en cualquier momento. Tener una orden de expulsión pendiente les hace más vulnerables económicamente, a ‘controles de extranjería’, a su posible entrada en un CIE y a ser ejecutada velozmente (BRANDARIZ, 2014:151).

Figura 1: Diagrama de las rutas de expulsión





6. *Tablas de sentencias citadas**Tribunales Superior de Justicia*

Sala y fecha	Referencia	Magistrado Ponente
Castilla y León, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 1ª, 5.1.2007	460/2007	Begoña González García
Cataluña, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 2a, 21.2.2014	168/2014	Hector Garcia Morago
Cataluña, Sala de lo Contencioso Administrativo. 19/03/2015	208/2015	N/D

*Tribunal Supremo*

Tribunal y fecha	Referencia	Magistrado Ponente
Sala Segunda de lo Penal, 8.7.2004	901/2004	Joaquín Giménez García
Sala de lo Penal	5099/2013	Alberto Gumersindo Jorge Barreiro

*Tribunal Constitucional*

Tribunal y fecha	Referencia	Magistrado Ponente
Pleno. 27.6.1985	STC 77/1985	Manuel Díez de Velasco Vallejo
Sala Segunda del Tribunal Constitucional 22.7.1999	144/1999	Rafael de Mendizábal Allende
Pleno, 19.5.2010	Auto 54/2010	
Sala Primera del Tribunal Constitucional	46/2014	Luis Ignacio Ortega Álvarez
Pleno. 7.4.2014	236/2007	Luis Ignacio Ortega Álvarez

*Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Sala y fecha	Referencia	Partes
1ª, 1.7.2014	32504/11	Kaplan y Otros c. Noruega

## Bibliografía

- ALIVERTI, Ana. (2012). Making people criminal: the role of the criminal law in immigration enforcement. *Theoretical Criminology*, vol 16(4), págs. 417-435.
- ALONSO RIMO, Alberto (2012). La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito. *Revista General de Derecho Penal*, (17) 1.
- BEDOYA, Maria Helena; ANTÓN, José Antonio; RECOLONS, Meritxell; MESTRES, Lluís (2014) *Derecho de los extranjeros a la cancelacion de datos que obran en un fichero policial*. Informe del grupo de trabajo en derechos de los extranjeros de la Comisió de Estrangeria Del II.lustre Col.legi d'Advocats De Barcelona. Barcelona: II.lustre Col.legi d'Advocats de Barcelona
- BLITSA, Dimitra; GOULDYN, LAURYN P.; Jacobs, James y LARRAURI, Elena (2015) Criminal Records and Immigration: Comparing the United States and the European Union. *Fordhan International Law Journal* 39(2) November, págs. 205-239.
- BOWLING, Ben (2013) Epilogue: The Borders of Punishment: Towards a Criminology of Mobility. En: Katja FRANKO AAS y Mary BOSWORTH *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*. Oxford: Oxford University Press.
- BRANDARIZ, José Ángel (2014) *El gobierno de la penalidad*. Madrid: Dykinson.
- BRANDARIZ, José Ángel; FERNÁNDEZ BESSA, Cristina (2016) La readaptación gerencial del sistema de deportación de migrantes en el contexto de la Gran Recesión (*En prensa*)
- CALAVITA, Kitty (1998) Immigration, Law, and Marginalization in a Global Economy: Notes from Spain. *Law & Society Review* 32(3), págs. 529-566.
- CAMPESI, Giuseppe (2015). Hindering the deportation machine: An ethnography of power and resistance in immigration detention. *Punishment & Society*, 17 (4), págs. 427-454.
- CAPDEVILA, Manel, y FERRER, Marta (2012) *Extranjeros en los centros penitenciarios catalanes y sus trayectorias de vida*. *Boletín Criminológico*, nº 138.
- DAMASKA, Mirjan R. (1968). Adverse Legal Consequences of Conviction and Their Removal: A Comparative Study (Part 2). *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, 59(4), págs. 542-568.
- DE GENOVA, Nicholas, P. (2002). Migrant" illegality" and deportability in everyday life. *Annual review of anthropology*, págs. 419-447.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luís (2014) Sanciones adicionales a delincuentes y exdelincuentes. Contrastes entre Estados Unidos de América y países nórdicos europeos. *Indret* 4/2014.
- DURAN SECO, Isabel (2005). El extranjero delincuente «sin papeles» y la expulsión (a propósito de la STS 8-7-2004) *Revista de derecho penal y criminología*, 15, págs. 307-353
- GALPARSORO, Javier y BÁRCENA, Patricia (2014) *Los antecedentes penales y sus consecuencias en materia de extranjería, asilo y nacionalidad*. Bilbao: ICA Bizkaya. [Documento Online] Disponible en: <http://www.icavic.cat/docs/documents/zona%20privada/8.2articulo%20antecedentes%20openales.pdf> [Última visita 14/01/2016]

GARCÍA ESPAÑA, Elisa (2007) Extranjeros presos y reinserción: un reto del siglo XXI, en Ana Isabel CEREZO DOMÍNGUEZ, Elisa GARCÍA ESPAÑA, *La prisión en España: una perspectiva criminológica*, Comares, págs. 101-134.

GARCÍA ESPAÑA, Elisa (2016) La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015: ¿de la discriminación a la reinserción? (*En prensa*)

GENERALITAT DE CATALUNYA (2013) *Avaluació de dos anys d'aplicació de la Circular d'estrangeria*. Àrea de Planificació i Projectes Estratègics. Direcció General de Serveis Penitenciaris Departament de Justícia. Barcelona: Generalitat de Catalunya.

GIBNEY, Matthew J. (2013). Deportation, Crime, and the Changing Character of Membership in the United Kingdom, en Katja FRANKO AAS y Mary BOSWORTH (eds) *The Borders of Punishment*. Oxford, Oxford University Press.

JACOBS, James B., & LARRAURI, Elena (2012) Are criminal convictions a public matter? The USA and Spain. *Punishment & Society*, 14(1), págs. 3-28.

KING, Ryan D., MASSOGLIA, Michael., & UGGEN, Christopher (2012). Employment and Exile: US Criminal Deportations, 1908-20051. *American journal of sociology*, 117(6), págs. 1786-1825.

LARRAURI, Elena (2014) Are police records criminal records? Disclosure of criminal information and the presumption of innocence. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 22 (4), págs. 377 - 395.

LARRAURI, Elena (2015) *Introducción a la criminología y al sistema penal*. Madrid: Trotta.

LARRAURI, Elena y JACOBS, James B. (2013). A Spanish Window on European Law and Policy on Employment Discrimination Based on Criminal Record, En *European Penology?*, Tom DAEMS, Dirk VAN ZYL SMITH y Sonja SNACKEN, Oxford: Hart Publishing.

LEGANÉS, Santiago (2015). La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015. *Diario La Ley*, N° 8579.

MARTÍN ESCRIBANO, Patricia (2015), *La expulsión de extranjeros del artículo 89 del Código Penal: Análisis jurídico penal y criminológico*, Tesis doctoral inédita, Girona: Universitat de Girona.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (2007) *La inmigración como delito. (Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP)*, Barcelona: Atelier.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (2013) *Mujeres en el CIE. Género, inmigración e internamiento*. Tercera prensa-Hirugarren Prentsa SL.

MAYORDOMO, Virginia (2012) Consecuencias jurídicas para el extranjero derivadas de su estancia irregular y de la comisión de delitos. *Cuadernos de política criminal* 107 Octubre, 183-222.

MILLER, Teresa A. (2003). Citizenship & severity: Recent immigration reforms and the new penology. *Georgetown Immigration Law Review*, 10, 611, págs. 1-51.

- MONTERO PÉREZ DE TUDELA, Esther (2015). Las medidas repatriativas en el ámbito penitenciario: especial mención al traslado de personas condenadas a la luz de las nuevas reformas legislativas. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 115.
- MUÑOZ RUIZ, Josefa (2014a) La expulsión penal. Nuevas tendencias legislativas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-05.
- MUÑOZ RUIZ, Josefa (2014b) Presente y Futuro de la cancelación de los antecedentes delictivos, *Cuadernos de Política Criminal*, 112, págs. 195-112.
- NISTAL, Javier (2012) La condición de extranjero en la ejecución penal. La necesaria armonización de la política de extranjería con los fines de la actividad penitenciaria, *Diario La Ley*, N° 7917.
- PARÉS, Ramón y PARÉS, Núria (2010), *La mesura substitutiva de la pena de presó prevista al'Art 89 Codi Penal Aplicació judicial i pràctica penitenciària a Catalunya en el cas de dones penades*. Documents de Treball. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- RÍOS, Julian; RODRÍGUEZ, José Antonio; PASCUAL, Ester (2015) *Manual jurídico para evitar el ingreso en la carcel*. Granada: Comares.
- RODRÍGUEZ BALADO, Pascual (2011) la intervención de la jurisdicción penal en el ámbito de la expulsión de extranjeros: autorización de la expulsión administrativa y autorización sustitutiva. *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 26, págs. 27-52.
- ROIG, Margarita (2012) *La cancelación de los antecedentes delictivos*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- ROIG, Margarita (2014) La expulsión de los extranjeros en el proyecto de reforma del código penal. análisis desde la perspectiva del TEDH. Unas notas sobre el derecho británico. *Estudios penales y criminológicos*, 34, págs. 423-509.
- ROVIRA, Martí (2016) *Antecedentes Penales y Exclusión del Mercado Laboral*. [Tesis doctoral en redacción].
- SALVADOR, Rosa (2012a) La expulsión del extranjero como castigo penal. *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, 2, págs. 93-116.
- SALVADOR, Rosa (2012b) Problemas que presenta la expulsión del extranjero como medida sustitutiva de su condena penal. *Revista de derecho y proceso penal*, 28, 131-151
- STUMPF, Juliet P. (2006), *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*. *American University Law Review*, 56, págs. 367-419.
- STUMPF, Juliet P. (2013), *The Process is the Punishment in Crimmigration Law*, en Karja FRANKO AAS y Mary BOSWORTH (eds) *The Borders of Punishment*. Oxford, Oxford University Press.
- TOLOSA TRIBIÑO, César (2014) La problemática aplicación judicial de la expulsión del extranjero residente de larga duración. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* 35, 43-65
- UGGEN, Christopher y STEWARD, Robert (2015) Piling On: Collateral Consequences and Community Supervision. *Minnesota Law Review* 99(5), págs. 1871-1910.
- WOUDE, Maartje A., LEUN, Joanne P., & NIJLAND, Jo-Anne A. (2014). *Crimmigration in the*

Netherlands. *Law & Social Inquiry*, 39(3), págs. 560-579.