

LA EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS SIN RESIDENCIA LEGAL (ART. 89 CP)*

Manuel Cancio Meliá
Profesor titular de Derecho penal.
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

1. Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, como es sabido, es autor de obras — monográficas y generales— sobre muy distintas materias, pertenecientes a la Parte General y a la Parte Especial del Derecho penal, elaboradas todas ellas desde la convicción de que «mientras el físico es consciente de que con sus conocimientos, por mucho que quisiera, no podrá jamás cambiar la ley de la gravedad, el jurista sabe que puede y debe contribuir, con sus propuestas científicas, al perfeccionamiento o radical sustitución de las normas jurídicas vigentes»¹. En su monografía de más reciente publicación, dedicada a las nociones de delito y pena en la jurisprudencia constitucional², constata — probablemente, con la especial satisfacción del jurista que ha vivido en una dictadura y tiene la fortuna de presenciar un cambio de régimen— que «la Constitución obligó, para empezar, a modificar sustancialmente la función misma asignada al Derecho Penal. El Derecho penal no debe ser en ningún caso instrumento de represión, sino garantía de libertad. El Derecho penal no debe ser medio de opresión en manos de un grupo político dominante, que sirva para imponer coactivamente determinadas ideas políticas o morales, sino, al contrario, garantía de libertad moral y política, que precisamente hace posible en una sociedad pluralista el ejercicio pleno de todas las libertades reconocidas por la Constitución»³.

Quizás sea adecuado incluir en un libro editado en homenaje a RODRÍGUEZ MOURULLO un estudio que, en primer lugar, constituye un intento de cumplir con el deber del jurista por él postulado de formular valoraciones

* Las tesis propuestas en esta contribución se presentaron en la ponencia defendida el día 4.6.2004 en el seminario «Retos de la globalización para el Derecho penal» (Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho), llevado a cabo en el marco de un proyecto de investigación (grupos pre-competitivos) de la UAM.

¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal, Parte General*, 1978, p. 14.

² RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional. Discurso leído el día 18 de febrero de 2002. en el acto de su recepción como Académico de Número*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2002.

³ *Op. cit.*, p. 13.

críticas respecto del Derecho positivo, y, en segundo lugar, se refiere a un objeto de análisis cuya regulación positiva demuestra —desde el punto de vista aquí adoptado— que en el momento actual, el camino recorrido en España desde 1978 para llegar a formular los postulados antes reproducidos acerca de la función del Derecho penal corre peligro de ser desandado.

2. El fenómeno de la migración sur-norte de las últimas décadas puede ser considerado un elemento sectorial decisivo de la evolución que se suele denominar «globalización»⁴; concretamente, un sector que se ubica en el reverso particularista de la globalización, pues mientras ésta consiste, esencialmente, en un aumento y en una liberalización de los movimientos de bienes y servicios, en especial, de los capitales y servicios financieros, la inmigración pretende ser regulada por políticas restrictivas desde el norte⁵.

3. Resulta evidente que España es un país especialmente llamado a formular respuestas jurídicas y de otro orden al fenómeno de la inmigración: en primer lugar, porque aquí la inmigración como fenómeno masivo se ha concentrado en un período de tiempo extraordinariamente breve⁶, en segundo lugar, porque en el caso español, el tránsito de un país emisor de emigración a un país receptor de inmigración es muy reciente, inferior a una generación⁷, en tercer lugar, por la geografía del país, en uno de los extremos de la Unión Europea. En correspondencia con estos factores —entre otros—, la cuestión está alcanzando una relevancia cada vez más destacada en la discusión política española.

4. La inmigración también está teniendo, como no podía ser de otro modo en una evolución de tanta relevancia social⁸, repercusiones en el ámbito del sistema jurídico-penal. Por un lado, los ciudadanos extranjeros que emigran a

⁴ Cfr. sólo DE LUCAS, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (= AFDUAM), 7 (2003), pp. 24 y ss., 31 y ss., con ulteriores referencias.

⁵ Así lo señala, por ejemplo, ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.) *et al.*, *Inmigración y Derecho penal Bases para un debate*, 2002, pp. 17 y ss., 18.

⁶ Se ha pasado de 600.000 residentes extranjeros en 1999 a 2.500.000 en el año 2003, es decir, de una tasa del 1,5 por 100 a una del 6 por 100 de la población; debiéndose tener en cuenta, además, que la distribución por territorios es muy desigual y la población de origen extranjero se concentra en algunas áreas.

⁷ Cfr. las reveladoras referencias al reflejo de este cambio en la música popular hechas por REMIRO BROTONS, AFDUAM 7 (2003), pp. 14 y ss.; *vid.* También ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO, *Inmigración*, p.18.

⁸ Las consecuencias de la llamada globalización—siendo la inmigración masiva sur-norte, desde luego, una parte importante de ella— alcanzan a todo el ordenamiento jurídico; incluso en materia jurídico-constitucional se postulan tales efectos, cfr. El análisis de TEUBNER, «Globalización y constitucionalismo social: alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado», prensa para BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ, *Política transnacional y Derecho penal*, ed. Atelier. Acerca de las repercusiones de la globalización sobre el ordenamiento jurídico-penal en su conjunto, cfr. sólo las perspectivas de SCHÜNEMANN, *GA*, 2003, pp. 299 y ss., 303 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, en: IDEM/ACALE SÁNCHEZ (coord.), *Temas de Derecho penal económico, III. Encuentro hispano-italiano de Derecho penal económico*, 2003, pp. 219 y ss., 222 y ss.; VOGEL, «Derecho penal y globalización», en prensa para AFDUAM 8(2004).

España desde el sur huyendo de la pobreza y/o de la guerra aparecen con frecuencia como víctimas de los riesgos de una entrada clandestina, a la que obliga la política de inmigración europea. En este contexto, el legislador ha introducido —en el marco de la política de armonización de la UE— infracciones destinadas a combatir las actividades de quienes organizan tales entradas clandestinas. Por otro lado, sin embargo, ha correspondido mucha mayor relevancia en el debate público a la figura de ese inmigrante como autor de delitos. En este contexto, aparte de mecanismos informales de trato diferenciado en la actuación de los órganos de persecución penal, el sistema jurídico-penal formal presenta una reacción específica frente a este colectivo desde la Ley de Extranjería de 1985: la expulsión del territorio español como medida que se aplica con posterioridad a la comisión de un delito. El ámbito de aplicación de la expulsión de extranjeros ha ido *in crescendo*⁹ desde aquel momento; fue incluida en el Código penal de 1995 en su artículo 89 y sufrió una profunda reforma mediante la LO 11/2003¹⁰.

5. En lo que sigue, se abordará un estudio de la institución contenida en el artículo 89 CP. En este análisis, como se verá, se pretende sobre todo intentar determinar cuál es el sentido, la función de la medida penal de expulsión¹¹, dejando en un segundo plano el estudio del mecanismo dogmático o procesal de aplicación de la institución¹².

Comenzando por el eco teórico que la expulsión ha encontrado desde el CP de 1995, parece que puede afirmarse que gran parte de la doctrina científica considera que las modificaciones de la legislación penal que afectan a la cuestión se insertan en el punto álgido de la «degradación» e «involución»¹³ que caracterizaría a la política legislativa en materia criminal en los últimos tiempos. Sin embargo, en la reacción de la teoría frente a la institución de la expulsión no es la formulación de una crítica frontal de la regulación —aunque hay tal crítica— lo que más llama la atención. Pues si se quisiera hallar un rasgo global para definir la respuesta de la doctrina científica frente a la evolución habida en el terreno que aquí interesa, no es (sólo) el de una valoración negativa de la

⁹ Con excepción de que como medida jurídico-penal —aquí no se abordará la medida administrativa de expulsión; cfr. sobre este sector normativo sólo VELASCO CABALLERO, en: POMED SÁNCHEZ/VELASCO CABALLERO, *Ciudadanía e inmigración*, 2003, pp. 301 y ss., con referencias—, la expulsión queda limitada desde 1995 a los extranjeros sin *status* de residencia administrativa regular; presta especial atención a las relaciones entre expulsión administrativa y penal, CUGAT MAURI, *RDPP*, 6 (2001), pp. 23 y ss.; *vid.* los textos normativos *infra* II.

¹⁰ «De medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros» (BOE 30.9.2003, entrada en vigor 1.10.2003).

¹¹ Según SILVA SÁNCHEZ (en: PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, prólogo, p. 11), es la hora de la dogmática aplicada; siguiendo esta imagen, la perspectiva aquí adoptada sería de teoría de la pena aplicada.

¹² Sobre el que existen ya un buen número de estudios teórico-prácticos; todo caso, la orientación de la perspectiva de análisis aquí adoptada también puede quedar justificada por el hecho de que cabe formular actualmente el pronóstico que la regulación será reformada de nuevo en esta legislatura (cfr. las declaraciones de la Secretaria de Estado Consuelo Rumí en *El País*, 2.8.2004).

¹³ En los significativos términos utilizados por SANZ MORÁN, *RDPen*, 11 (2004), pp. 11 y ss., 12, 14.

regulación y/o de los objetivos político-criminales que están detrás de ella: probablemente pueda convenirse en que esa caracterización global se resume sobre todo en un notable estupor. En efecto, hay autores que diagnostican «ciertos rasgos de esquizofrenia»¹⁴, detectan una característica «ambivalencia»¹⁵, aprecian una «significativa falta de armonía»¹⁶ en la aproximación del Derecho penal español al fenómeno de la inmigración, califican, en suma, la regulación de «incongruente y contradictoria»¹⁷. La regulación jurídico-penal de la expulsión se presenta desde la perspectiva teórica como especialmente cargada de numerosas paradojas. Ante esta situación, se han formulado diversas propuestas que pretendían resolver esas contradicciones internas con ayuda de una interpretación conservadora de la norma¹⁸. Sin embargo, parece que la reforma introducida en la LO 11/2003 muestra ya con toda claridad los límites positivos a la máxima hermenéutica de que la Ley ha de ser más inteligente que el legislador [RADBRUCH¹⁹].

Coincidiendo materialmente con la línea maestra de la valoración político-criminal implícita en estos esfuerzos teóricos, aquí se propone — ante la nueva regulación introducida en la LO 11/2003— una tesis parcialmente divergente: desde el punto de vista aquí adoptado, la regulación jurídico-penal en materia de expulsión de extranjeros sin residencia legal no es internamente contradictoria, sino que, por el contrario, resulta armónica si se toma como punto de referencia no los objetivos invocados por el legislador y los agentes políticos que conforman las mayorías de éste, sino la agenda real oculta bajo aquellas declaraciones expresas²⁰. Dicho de otro modo: la regulación de la expulsión de infractores extranjeros sin residencia legal es perfectamente funcional desde la perspectiva de un «Derecho penal» del enemigo (o, si se quiere, un Derecho penal estructuralmente ilegítimo), las

¹⁴ ASÚA BATARRITA, en: Lorenzo Copello (coord.), *Inmigración*, p.19.

¹⁵ SANZ MORÁN, *RD Pen*, 11 (2004), p. 34.

¹⁶ LAURENZO COPELLO, *RD PCr*, 12 (2003), p. 65.

¹⁷ ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, en el propio título de su estudio, p. 17; también p. 19.

¹⁸ Que en el caso de la institución de la expulsión se han centrado en subrayar la necesidad de hacer uso del arbitrio judicial previsto en la regulación original del CP 1995 para llevar a cabo una individualización de la aplicación de la expulsión en función de las circunstancias personales del sujeto infractor; en la STS 901/2004 (8.7.2004) se insiste ahora en tal interpretación conservadora de la norma incluso contra la letra de la Ley de la LO 11/2003, en clave de «interpretación constitucional» [cfr. *infra* III.2.c) y nota 52].

¹⁹ *Rechtsphilosophie*, 8.ª ed. (ed. a cargo de WOLF y SCHNEIDER), 1973, p. 207 (§ 15, 3).

²⁰ Aunque este factor —lo que podría llamarse mendacidad política— no es el elemento decisivo para la valoración de la institución, como se verá. En cierto sentido, puede afirmarse que en el sector de regulación—el Derecho penal del enemigo— en el que aquí se va a proponer ubicar la expulsión como medida penal, está «resuelta» la discusión, mantenida en torno al concepto de Derecho penal simbólico, respecto de si el criterio decisivo para valorarlo es la mendacidad (desajuste entre fines proclamados y «agenda oculta») o, por el contrario, la ilegitimidad de los efectos de la pena producidos (cfr. sólo DÍEZ RIPOLLÉS, *AP*, 1 [2001], pp. 1 y ss., 14 y ss., con ulteriores referencias; otro punto de vista en: DÍAZ PITA/FARALDO CABANA, *RDyPP*, 7 [2002], pp. 119 y ss., 125 y ss.): pues aquí, como se intentará mostrar, se dan ambas características.

paradojas detectadas son sólo aparentes, porque desaparecen ante la línea directriz de la reafirmación colectiva de los excluyentes mediante la exclusión²¹. Dicho de nuevo en otra formulación, si la doctrina mayoritaria afirma no entender la regulación, aquí se dirá que se la entiende demasiado. No se descubre aquí, claro está, ningún Mediterráneo, pues éste está ya cartografiado por los autores que se han ocupado hasta el momento de la materia. Se insiste en las dimensiones de ese mar, un mar que no se puede vadear con dogmática.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

1. El primer antecedente relevante²² para la actual institución de la expulsión de ciudadanos extranjeros en Derecho penal español está en una norma ubicada fuera del Código penal, el **artículo 21.2 pfo. 2.º** de la primera Ley de Extranjería (**LO 7/1985**), que estableció la siguiente regulación para la expulsión como sustitutivo de la pena²³:

²¹ Parece que éste es un terreno en el que el binomio *exclusión-enemigo* se percibe con especial claridad: así, por ejemplo, en un breve trabajo sobre la expulsión en Derecho penal español, MONCLÚS MASÓ describe como punto de partida socio-político de sus reflexiones el siguiente escenario: «Las sociedades europeas están mostrando una actitud de cierre frente a los extranjeros y están arbitrando una serie de prácticas a través de las cuales los inmigrantes son excluidos y convertidos en enemigos de la sociedad.» («La expulsión de extranjeros como sanción penal encubierta», en: *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, N. 94 [2001], en: <http://www.ub.es/geo-crit/sn-94-34.htm#1>). Cfr. también las reflexiones en torno al migrante excluido como «enemigo interno» construido, para comenzar, por medio de su *status* jurídico diferenciado, hechas por BRANDARIZ GARCÍA, en: FARALDO CABANA (dir.)/BRANDARIZ GARCÍA/PUENTE ABA (coord.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, 2004, pp. 15 y ss., 42 y ss., 45 y ss., 48 y s. En el presente trabajo, cfr. *infra* III.3, la argumentación que conduce a conclusiones paralelas respecto de la institución que aquí interesa.

En todo caso, el concepto *inclusión/exclusión* adquiere, según parece, cada vez mayor relevancia teórica para las ciencias sociales: «¿Se está convirtiendo el binomio inclusión/exclusión en el metacódigo del siglo XXI, que mediatiza todos los demás códigos, socavando, sin embargo, simultáneamente la propia diferenciación funcional, y dominando con el potencial explosivo de la exclusión de grupos de población enteros otros problemas socio-políticos?» (así TEUBNER, en: BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ [ed.], *Política transnacional*, texto previo a nota 4); cfr. sobre la cuestión, desde la perspectiva de la teoría social de sistemas, LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 2.ª ed., 1997, pp. 582 y ss., formulando la tesis de que la diferenciación moderna entre inclusión y exclusión es estructuralmente más profunda que la diferenciación en clases sociales (pp. 582 y s. con nota 64); desde la perspectiva de la criminología, cfr. YOUNG, *La sociedad «excluyente»*. *Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, 2003, *passim* (subrayando la especial importancia que corresponde a la cuestión criminal en los mecanismos sociales de exclusión: «... la imputación de criminalidad sobre el otro desviado es parte necesaria de la exclusión» [p. 178]), y la presentación de BERGALLI, «El nuevo paradigma criminológico de la exclusión social», *ibidem*.

²² Cfr. respecto de otros antecedentes, por ejemplo, MONCLÚS MASÓ, *SN*, 34 [2001], texto correspondiente a la nota 4; FLORES MENDOZA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, pp. 98 y ss.

²³ El primer párrafo del artículo 21.1 LOEx 1985 contemplaba una medida de sustitución del *proceso penal*: «Cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su

«Si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta.»

2. La expulsión de extranjeros fue incorporada, en un segundo paso, al articulado del CP 1995 en el artículo 89²⁴, con una regulación materialmente más amplia²⁵—con la excepción de que la regulación se limitó a partir de entonces a los extranjeros sin residencia legal—²⁶:

Artículo 89. 1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado.

El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas.

salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si está incurso en alguno de los supuestos del artículo 26.1); esta posibilidad subsiste en el momento actual en el artículo 57.7 LOEx 4/2000, reformado por LO 8/2000: «7. Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida del territorio español, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si ésta resultara procedente de conformidad con lo previsto en los párrafos anteriores del presente artículo, previa sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

No serán de aplicación las previsiones contenidas en el párrafo anterior cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 del Código penal. En el supuesto de que se trate de extranjeros no residentes legalmente en España y que fueren condenados por sentencia firme, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal. 8. Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518 del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad; cfr. sobre esta modalidad de expulsión sólo CUGAT MAURI, *RDPP*, 6 (2001), pp. 23 y ss., 27 y ss.; ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, pp. 24 y ss., 28 y ss.; LÓPEZ MUÑOZ, *AP*, 22 (2003), pp. 567 y ss. El análisis a llevar a cabo en el presente texto se referirá a la expulsión como medida sustitutiva de la pena (art. 89 CP); en todo caso, la argumentación afecta también, y en términos paralelos, a esta modalidad.

²⁴ Cfr. las referencias a la discusión parlamentaria *infra* en nota 66.

²⁵ Téngase en cuenta que, a pesar de que la pena a la que se remite el artículo 21.2 LOEx 1985 —prisión menor— podía alcanzar hasta los seis años de reclusión, la regulación de la LOEx 1985 se refería a la *pena en abstracto* y ello *dentro del sistema de penas del CP TR 1973*, cuyas penas nominales diferían —en virtud de la aplicación de determinados beneficios penitenciarios, como es sabido— notablemente de las actuales en cuanto a su efectiva ejecución.

²⁶ Para calibrar los efectos de la medida debe tenerse presente también que en virtud de la Directiva 2001/40/CE, la expulsión se extiende a todo el territorio de los Estados parte del espacio Schengen.

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa.

Finalmente (sobre todo), a través de la LO 11/2003 se produjo una reforma profunda del precepto que cambia, como se intentará mostrar, de modo decisivo la orientación de la institución:

Artículo 89. 1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal. La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

4. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 del Código Penal.

III. LA FUNCIÓN DE LA EXPULSIÓN DEL ARTÍCULO 89 CP

1. Introducción

A continuación se llevará a cabo un análisis de la expulsión del artículo 89 CP como institución jurídico-penal. Sin embargo, no puede ser éste un análisis que siga los patrones habituales, porque el contexto político-legislativo de la introducción de la regulación resulta fuera de lo común. En efecto, después de la consideración de la evolución de la regulación positiva, de las manifestaciones en la doctrina y de las primeras resoluciones judiciales que aplican la versión actualmente en vigor de la institución, se tiene una sensación

de extrañeza: en lugar de un diálogo en el que vayan entre-cruzándose diversas valoraciones sobre la institución, lo que se encuentra son discursos monológicos aislados y mantenidos en lenguas distintas²⁷. La doctrina científica adopta expresamente una posición crítica²⁸ respecto de la regulación de la expulsión, prácticamente sin excepción alguna²⁹. El legislador, por su parte, tácitamente se limita a crear nuevas realidades normativas, sin fundamentación alguna³⁰ —o con justificaciones que no pasan de ser meras reafirmaciones de prejuicios xenófobos corrientes³¹—. En este sentido, puede hablarse por parte del legislador que decidió la introducción de la expulsión en el CP de 1995, y, sobre todo, del que aprobó la última reforma, de una «argumentación oculta», ante la ausencia de justificaciones explícitas³². Esta situación atípica afectará necesariamente a la exposición que sigue: en primer lugar, se intentará reconstruir un debate de las diversas justificaciones implícitas en los hechos legislativos —un ejercicio de esgrima frente al espejo, con toda su extraña

²⁷ Y ello, como se verá a continuación en el texto, en un grado extremo, que excede con mucho de la falta de relevancia pública que cabe calificar de habitual respecto de las opiniones «expertas» de la doctrina científica; sobre esta evolución *vid.* Recientemente el análisis de DÍEZ RIPOLLÉS (*JpD*, 49 [2004], pp. 25 y ss., 36 y ss.), tan pesimista como, probablemente, ajustado a la realidad.

²⁸ Y las reacciones que se van produciendo acerca de la última reforma suben aún un peldaño el tono de su crítica: cfr. sólo, de momento, el juicio sobre la nueva redacción del artículo 89 CP formulado por una autora que se ha ocupado en varias ocasiones de la cuestión: «queda claro su carácter de mero instrumento ejecutor de una política inoportunizada decidida a deshacerse a toda costa de cuanto extranjero irregular infrinja las leyes penales de nuestro país» (LAURENZO COPELLO, *JpD*, 50 [2004], p. 30); con carácter general sobre el componente de «protección de los extranjeros» en la reforma opina GONZÁLEZ CUSSAC (*Revista Xurídica Galega*, 38 [2003], p. 32) que «bajo esta rúbrica tan sugerente, no obstante se contienen varias medidas de escasa sensibilidad con los derechos humanos, incluidos los de los inmigrantes extranjeros indocumentados, así como varias cuya justificación funde la inutilidad con el esperpento».

²⁹ En particular, no hay, en lo que se alcanza a ver, manifestaciones abiertas y globalmente favorables a la regulación introducida en la LO 11/2003 formuladas por agentes a los que se suponga alguna cualificación técnica; cfr., sin embargo, las manifestaciones (de 2.8.2004, recogidas por la agencia EFE) de José Manuel Suárez Robledano, portavoz de la Asociación Profesional de la Magistratura (APM), contrario a una eventual reforma del artículo 89 del Código Penal en la redacción introducida en 2003, ya que supondría que «los delincuentes extranjeros cumplan sus condenas en cárceles españolas». Esto agravaría, en su opinión, «el problema penitenciario» que sufre España, en referencia al elevado número de presos que actualmente están internados en las cárceles.

³⁰ Cfr. *infra* en nota 66 las referencias a la (pobre) discusión parlamentaria previa a la aprobación del CP 1995.

³¹ Cfr. a continuación en el texto sobre la fundamentación de la medida contenida en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003.

³² Lo único explícito es la insistencia en vincular el aumento de la criminalidad en España con la inmigración: cfr., a modo de ejemplo, la noticia recogida en el diario *El País* de 29.4.2002 (reproducida en www.ub.es/penal/docs/fiscal-pide-carcel.html), y, con carácter general, respecto del tratamiento de la cuestión en los medios de comunicación, por ejemplo, «Inmigrantes delincuentes, una creación mediática», de P. AIERBE, en: <http://www.rebellion.org/medios/peio130902.htm#>.

apariciencia (*infra* 2). En segundo lugar, este análisis permitirá identificar, en un estrato aún más oculto, la verdadera función (latente) de la institución de la expulsión (*infra* 3).

2. «Argumentaciones» ocultas en la discusión de política legislativa y «reacciones» de la teoría

A) PRISIÓN COMO «PERMANENCIA EN ESPAÑA»

1. El primer argumento que puede calificarse de «oculto» —por su deficiente formulación, como se verá— está en la idea de que la expulsión debe servir para evitar que haya extranjeros que cometan infracciones criminales con el único fin de asegurar su permanencia en territorio español a través del correspondiente proceso penal (y, en su caso, del cumplimiento de la correspondiente condena a una pena privativa de libertad): «algunos extranjeros podrían llegar a cometer determinadas infracciones penales para evitar (o, cuando menos, retrasar) la expulsión de territorio español», convirtiendo así el delito en un «mecanismo defraudatorio de la política común inmigratoria»³³. Este «fraude de Ley» se evitaría mediante la institución de la expulsión: «en definitiva, se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España, quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto»³⁴.

2. En primer lugar, como parece lógico, para tomar en cuenta esta argumentación sería necesario contar con una base empírica que confirme que, efectivamente, existe (y en qué términos cualitativos y cuantitativos) el fenómeno de la comisión de infracciones criminales con el fin de poder permanecer en territorio español. Pues la argumentación no pasa, en este punto, de la afirmación apodíctica acabada de transcribir. En este contexto, en principio, parecería razonable pensar en la posibilidad de que se produjera ese fenómeno, aunque, desde luego, sólo respecto de alguna infracción de menor relevancia³⁵. Pero, en segundo lugar, lo que no está nada claro es qué puede tener

³³ ROMA VALDÉS, *AP*, N. 45 (1999), pp. 849 y ss., 853.

³⁴ Así se afirma en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003; hacen suya esta expresión, sin mayor fundamentación, HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código penal comentado*, t. I (arts. 1 al 318 bis), 2004, p. 316; PAZ RUBIO, en: MARTÍN PALLÍN (dir.)/CGPJ (ed.), «Extranjeros y Derecho penal», *Cuadernos de Derecho judicial IV-2003*, 2004, pp. 81 y ss., 185; cfr. en esta línea también la argumentación del entonces secretario de Estado de Extranjería GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 31 y s.; *vid.* ya el anuncio efectuado por el entonces presidente del gobierno Aznar López en su discurso en el debate sobre el estado de la nación de 16.7.2002: «con esto [la reforma introducida posteriormente en LO 11/2003] se eliminará el contrasentido de que delinquir sea una manera de dificultar o impedir la expulsión».

³⁵ Lo que ASÚA BATARRITA (en: LAURENZO COPELLO [coord.], *Inmigración*, p. 55) denomina «casos de picaresca»; *vid.* También PALOMO DEL ARCO, en: GRANADOS PÉREZ/CGPJ (ed.), «La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos», *Cuadernos de Derecho judicial II-2001*, 2001, p. 204. Pues no puede pensarse seriamente que se produzca la comisión de una infracción con la intención de ingresar en prisión durante un tiempo prolongado, es decir, en la imagen de un infractor que prefiera

que ver el establecimiento generalizado de la expulsión como consecuencia jurídica estándar para el colectivo de extranjeros sin residencia legal con el fin de evitar esos supuestos delitos instrumentales, si se tiene en cuenta que desde la primera LOEx de 1985 existe la posibilidad de tomar la medida de expulsión administrativa como alternativa al proceso penal en su conjunto³⁶ —una previsión que es más que suficiente, como parece evidente, para evitar este tipo de fenómenos.

B) COSTE ECONÓMICO PENITENCIARIO

1. La segunda línea de argumentación «oculta» que parece estar en la base de la institución de la expulsión puede identificarse con la idea de que supone un gravamen (económico y, en general, de medios) intolerable para el sistema penitenciario español la presencia de numerosos internos extranjeros en sus centros de reclusión. Al igual que en la primera de las ideas implícitas para la fundamentación de la regulación, en el caso de esta consideración, en lo que se alcanza a ver, no existe una argumentación «ortodoxa», en la que se explicita en qué términos se maneja esta imagen de vaciamiento de las cárceles españolas como justificación de la institución de la expulsión. Aparecen tan sólo menciones tangenciales —críticas o afirmativas— que aluden al argumento, dando por sentado que el legislador lo tomó como base para el establecimiento y/o la ampliación de la institución de la expulsión: «... parece reflejarse en estos preceptos el deseo de descongestionar los establecimientos penitenciarios», reduciendo el número de internos extranjeros³⁷; la expulsión «... encierra también un claro fundamento económico, pues con ella se pretende paliar los ingentes costes que los presos extranjeros están haciendo soportar a nuestro Erario Público»³⁸; el objetivo del precepto es «el de reducir el número de internos extranjeros en los centros penitenciarios españoles»³⁹; «la motivación

una prolongada estancia en prisión a la libertad con tal de permanecer en territorio español (además: para después ser expulsado).

³⁶ Cfr. el actual artículo 57.7 LOEx (después de las modificaciones introducidas mediante la LO 8/2000) y el análisis de ASÚA BÁTARRITA (en: LAURENZO COPELLO [coord.], *Inmigración*, pp. 28 y ss.).

³⁷ MANZANARES SAMANIEGO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (ed.), *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, t. I, 1997, pp. 1287 y ss., 1289 y s.

³⁸ SERRANO BUTRAGUEÑO, en: DEL MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*, t. I (arts. 1 a 137), 3.ª ed., 2002, p. 1033.

³⁹ GRACIAMARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, en: GRACIA MARTÍN (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., 2004, p. 323; aluden también a la cuestión, por ejemplo, LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.ª ed., 1996, p. 72; MANZANARES/CREMADES, *Comentarios al Código penal*, 1996, p. 47; MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., 1996, p. 109; DE LAMO RUBIO, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, 1997, p. 486; IZQUIERDO ESCUDERO, *LL*, 1997, t. 5, p. 1862; RODRÍGUEZ CANDELA, *JpD*, 33 (1998), p. 59; ROMA VALDÉS, *AP*, N. 45 (1999), pp. 849 y ss., 854; SERRANO PASCUAL, *Las formas sustitutivas*, p. 389; PERIS RIERA/MADRID CONESA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. III (arts. 24-94), 2000, pp. 1202 y ss., 1203 y s.; SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de*

principal de la medida de expulsión... no responde a finalidades de la pena, sino a intereses económicos y de política penitenciaria, para disminuir el número de penados extranjeros...»⁴⁰.

2. Parece evidente que tampoco este argumento puede —y ello al margen de su formulación subrepticia— ser tenido seriamente en cuenta. Del mismo modo que ocurre con carácter general respecto de las relaciones entre delincuencia e inmigración en el debate político español (y de otros países europeos), en este ámbito los niveles de concreción de las afirmaciones manejadas en la comunicación pública no suelen pasar del correspondiente a «opiniones estereotipadas y prejuiciosas»⁴¹. En primer lugar, porque su formulación implicaría como paso previo un análisis serio⁴² del porcentaje de detenidos, condenados e internos extranjeros, análisis que tuviera en cuenta los elementos diferenciales de carácter socio-económico⁴³ concurrentes en la población extranjera que deben ser considerados para valorar los datos porcentuales, y muy especialmente, las circunstancias personales propias de los inmigrantes⁴⁴, que conducen en muchos casos al ingreso en prisión preventiva

futuro en las realidades española y centroamericana, 2000, pp. 364 y s.; ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, pp. 55 y ss., 91; FLORES MENDOZA, *ibidem*, p. 108; PIÑOL RODRÍGUEZ, en: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.) *et al.*, *Manual de Derecho Penal I, Parte General*, 2002, p. 457; DE VICENTE MARTÍNEZ, en: DE LEÓN VILLALBA (coord.), *Derecho y prisiones hoy*, 2003, p. 162; también la STS 901/2004 (8.7.2004) (FJ 2.º).

⁴⁰ AAP Cádiz (con sede Ceuta, secc. 6.ª) 4.2.2004.

⁴¹ GARCÍA ESPAÑA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, p. 133. Cfr., a modo de ejemplo (paradigmático), el análisis (firmado por M. CUÉLLAR) de las burdas manipulaciones de datos estadísticos contenidos en un informe de una de las organizaciones sindicales de funcionarios de prisiones (ACAIP, Agrupación de los Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias) llevadas a cabo en el diario *La Razón* de 31.10.2004 (titular: «Seis de cada diez nuevos reclusos que ingresan en prisión son ya extranjeros») en: www.globalizate.org/razon311004.html; cfr. también *supra* las referencias en las notas 32 y 34.

⁴² Cfr. en esta línea GARCÍA ESPAÑA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, pp. 133 y ss. (respecto del volumen de la delincuencia de extranjeros) y 161 y ss. (respecto de los extranjeros internos en centros penitenciarios); *vid.* también HERRERO HERRERO, *AP*, 9 (2003), pp. 233 y ss.

⁴³ *Vid.*, por ejemplo, GARCÍA ESPAÑA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, pp. 133 y ss., 137 (diferente composición de edades de la población inmigrante); 161 y ss., 167 y ss. (diferencias en los porcentajes de prisión provisional); 179 y ss. (diferencias en la libertad condicional); *vid.* sobre la cuestión también, por ejemplo, ASÚA BATARRITA, *ibidem*, p. 56; GÓMEZ INIESTA, en: DE LEÓN VILLALBA (coord.), *Derecho y prisiones hoy*, pp. 131 y ss., 137 y ss., 142 y ss., 147; HERRERO HERRERO, *AP*, 9 (2003), pp. 233 y ss., 258 y ss.; PAZ RUBIO, en: MARTÍN PALLÍN (dir.)/CGPJ (ed.), *Extranjeros y Derecho penal*, p. 84; YOUNG, *La sociedad «excluyente»*, pp. 178 y s.; desde una perspectiva más amplia, cfr. el análisis de estas distorsiones en la representación de la relevancia de la delincuencia de grupos sociales determinados hecho por BRANDARIZ GARCÍA, en: FARALDO CABANA (dir.)/BRANDARIZ GARCÍA/PUENTE ABA (coord.), *Nuevos retos*, pp. 15y ss., 41 y ss., con ulteriores referencias.

⁴⁴ Aunque no sólo éstas, sino también la orientación de la intervención de los órganos de persecución penal, que en ocasiones se organiza centrándose de modo desproporcionado (a lo que las necesidades operativas de policía preventiva darían lugar) en el colectivo (excluido) de inmigrantes sin residencia legal: «También la organización de control de la

o a que no haya suspensión condicional de la condena. En segundo lugar, porque no existe evidencia empírica alguna, en lo que se alcanza a ver, de que la expulsión, incluso masiva, de residentes irregulares infractores disminuya las cifras de internos [extranjeros⁴⁵]. En tercer lugar y sobre todo, porque, como es evidente, aunque se constatará la existencia de un número relativo muy elevado de penados con nacionalidad extranjera y carentes de residencia legal, nada estaría dicho con ello respecto de que la solución adecuada en términos normativos sea la expulsión: también supondría un evidente alivio para el sistema penitenciario descriminalizar de modo selectivo infracciones cometidas masivamente, como el hurto, para los ciudadanos pelirrojos o rubios. Lo absurdo de la «idea» impide seguir considerándola⁴⁶.

C) (ESPECIALES) DIFICULTADES DE REINSERCIÓN

1. El tercero y último de los argumentos «ocultos» —y posiblemente, el de mayor peso— estriba en justificar la expulsión respecto del colectivo de extranjeros sin residencia legal con la afirmación de que resulta más difícil alcanzar la reinserción como fin de la pena en el caso de extranjeros sin *status* jurídico regular, ya que carecen de arraigo en España (o, dicho de otro modo, desde la perspectiva del sujeto: que este colectivo está compuesto por individuos más peligrosos, con peor pronóstico, que los demás): «[los penados extranjeros] ...son los que tienen mayores problemas de adaptación y sobre los que es más difícil verificar una labor de reinserción o resocialización»⁴⁷.

2. De nuevo —como respecto de los argumentos relativos a la permanencia en España y al coste económico— habría que exigir como presupuesto indispensable para poder debatir una posible justificación de la institución en estos términos una mínima base empírica sería que sustente la mera afirmación, y que, en particular, tenga en cuenta las especiales características socio-económicas de este colectivo, marcado específicamente por su situación de irregularidad administrativa⁴⁸. En este sentido, en ocasiones

violencia, la policía, se rige... de modo prioritario por el *status* que otorgue inclusión o exclusión, y no por el Derecho» (LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 585).

⁴⁵ Es más, como se expondrá más adelante —cfr. *infra* III.3.a)— y resulta evidente, la regulación de la expulsión introducida por la LO 11/2003 puede tener el efecto de invitar a ciertos autores extranjeros a cometer determinadas infracciones en territorio español con reiteración, ante la seguridad de ausencia de cualquier sanción que no sea la repatriación.

⁴⁶ Otros argumentos (de carácter ético-político) en ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, pp. 55 y s.

⁴⁷ AAP Cádiz (con sede Ceuta, secc. 6.ª) 4.2.2004; hacen uso de una argumentación similar, por ejemplo, MANZANARES/CREMADES, *Comentarios*, p. 47; SERRANO BUTRAGUENO, en: DEL MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUENO, *Código penal*, t. I, pp. 1032 y s.; MANZANARES SAMANIEGO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (ed.), *Código penal*, t. I, pp. 1287 y ss., 1290; ROMA VALDÉS, *AP*, N. 45 (1999), pp. 849 y s., 854; crítica con esta perspectiva ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, p. 57, nota 64.

⁴⁸ Según lo muestran, por ejemplo, SÁNCHEZ YLLERA, en: VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I (arts. 1 a 233), 1995, pp. 504 y ss., 510; GARCÍA

incluso se da por sentado que los extranjeros sin residencia legal son más peligrosos —lo que justificaría su expulsión— precisamente por la situación de marginación económico-social en la que se encuentran⁴⁹.

3. Dejando de lado las implicaciones generales que tal modo de pensar puede tener para el conjunto del sistema penal⁵⁰, no es éste, sin embargo, el punto decisivo en esta cuestión, y por ello no sorprende la ausencia de interés de los promotores de la expulsión por contar con una base fáctica que sustente su argumentación. Pues no se trata de que el colectivo en cuestión tenga peor o mejor pronóstico con carácter general, sino de cortar el acceso de raíz de los integrantes de ese colectivo, sin distinción alguna, a una evaluación de su peligrosidad criminal. No es que no sea posible reinsertar a los extranjeros sin situación administrativa de permanencia regular, sino que, desde un principio, se excluye respecto de ellos tal fin de la (ejecución de la) pena. Hay múltiples indicios en la última reforma del artículo 89 CP de que esto es así⁵¹: en esa dirección apuntan, en particular, la supresión del trámite de audiencia del condenado [no interesa ni saber cuál es la situación a efectos de reinserción⁵²],

ESPAÑA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, pp. 131 y ss., 146 y ss., 151 y s.; BRANDARIZ GARCÍA, en: FARALDO CABANA (dir.)/BRANDARIZ GARCÍA/PUENTE ABA (coord.), *Nuevos retos*, p. 46.

⁴⁹ Así, afirma SERRANO BUTRAGUEÑO (en: DEL MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código penal*, t. I, pp. 1032 y s.) que uno de los fundamentos de la expulsión es «indudablemente... la seguridad, que se puede ver más fácilmente amenazada por los delincuentes extranjeros carentes de residencia legal en España, y, probablemente, carentes también de trabajo, de dinero, de domicilio fijo, de arraigo familiar...».

⁵⁰ Una vez dicho lo afirmado en la cita contenida en la nota anterior, nada impide pensar en establecer expresamente (con carácter general, no sólo para los extranjeros sin residencia legal) la (malá) situación socio-económica de un (presunto) infractor, por ejemplo, como razón tasada para ingresar en prisión preventiva (en el paro, pobre, sin domicilio estable, soltero y sin familia: más peligroso, en todo caso).

⁵¹ Aparte de que ello se ve confirmado por la «enorme proximidad de las nuevas redacciones de los artículos 89 y 108 CP, que obvian casi por completo la distinción entre penas y medidas» (SANZ MORÁN, *RDPen*, 11 [2004], p. 39); ya con relación a la regulación inicial del CP de 1995, CUGAT MAURI (*RDPP*, 6 [2001], pp. 31 y ss.): «... como prueba de que con esta medida se renuncia a un pleno desarrollo del significado de la prevención especial... basta recordar que incluso las medidas de seguridad de internamiento terapéutico pueden ser sustituidas por la expulsión».

⁵² Muy crítica fue la postura a este respecto del Consejo General del Poder Judicial en su «Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros», en: CGPJ, *Estudios, informes y dictámenes. Informes del Consejo General del Poder Judicial sobre las Reformas Penales*, Madrid, 2003, p. 155, invocando la STC 242/1994, según la cual se trata no sólo del derecho *ex* 24 CE, sino del derecho *ex* 19 CE en conexión con artículo 13 PIDCP. Esta argumentación es recogida expresamente ahora por la importante STS 901/2004 (8.7.2004) (FJ 2.º): ante una decisión de expulsión tomada con base en la nueva redacción del artículo 89 CP por el tribunal *a quo* (SAP Madrid [secc. 1.ª] 19.11.2004: en un caso de delito contra la salud pública, se acordó la expulsión en sustitución de una pena privativa de libertad de tres años, sin examen alguno de la situación personal de arraigo del sujeto y sin otorgarle audiencia: es decir, aplicando lo dispuesto en el precepto), el TS casa la decisión de expulsión por no haber otorgado audiencia al penado. Para justificar esa decisión, el TS afirma que «parece imprescindible ampliar la excepción [art. 89.1 CP] de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación

la exclusión radical, para todos los delitos, de los mecanismos de sustitución previstos en los artículos 80, 87, 88 CP⁵³ y, sobre todo, el automatismo de la sustitución⁵⁴, con la única cláusula salvatoria de que haya razones ínsitas en la infracción —que no en el penado— que excepcionalmente aboguen por la ejecución de la pena privativa de libertad. Y es que en realidad, la argumentación sobre un mejor o peor pronóstico de criminalidad de un determinado colectivo social es completamente independiente del análisis personal correspondiente a la situación de cada individuo⁵⁵. La reinserción es un concepto que viene referido a la realidad del sujeto, no a su situación administrativa: precisamente por esto, la cláusula excepcional que permite dejar sin aplicación la expulsión del artículo 89.1 CP ha sido sometida a crítica, afirmando que persigue sólo dejar un resquicio para el cumplimiento aludiendo expresa y conscientemente sólo a la «naturaleza del delito», y no a alguna causa que tuviere que ver con las circunstancias del extranjero condenado⁵⁶: esa cláusula «en nada se relaciona con las circunstancias personales o familiares del

familiar, para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión». En opinión del TS, tal conclusión deriva de lo dispuesto en el CEDH y de la jurisprudencia del TEDH, que cita con cierto detalle, y de la jurisprudencia constitucional española (propone el establecimiento de un trámite de audiencia en el acto del juicio oral, de modo paralelo a la línea del TS, y directamente en virtud del art. 13 PIDCP, LÓPEZ LORENZO, *LLP*, 9 [2004], pp. 31 y ss., 45). En este sentido, afirma el TS, «es evidente que la normativa en vigor actualmente debe ser interpretada desde una lectura constitucional». Desde el punto de vista aquí adoptado, lo evidente es que parece tan clara la corrección jurídico-constitucional de la argumentación del TS como claro que su (re-)lectura vulnera directa y frontalmente la voluntad de la Ley: el legislador de la LO 11/2003, como el propio TS advierte en su sentencia, quiso cambiar de (habría que decir, desde el punto de vista aquí adoptado: ahondar en la) orientación la regulación. Eliminó conscientemente el trámite de audiencia —como, en general, cualquier posible referencia preventivo-especial— que antes existía, de modo que si el TS califica de «lectura constitucional» su reintroducción jurisprudencial, es claro que está actuando, más allá de la legalidad ordinaria, en clave constitucional, de legislador negativo. Y entonces, lo que sucede es que «un órgano judicial consider[a]... que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depend[e] el fallo, pued[e] ser contraria a la Constitución» (art. 163 CE), de modo que lo que debe hacer es plantear la cuestión de constitucionalidad. En sentido similar sobre el significado de la sentencia, afirmando que el TS se habría visto obligado a hacer de legislador —si bien considerando, según parece, que el TS actuó correctamente, y que la responsabilidad por esta situación corresponde al legislador—, cfr. PAZ RUBIO, *LLP*, 10 (2004), p. 81.

⁵³ HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *CPcom*, t. I, p. 316) estima que la exclusión es coherente con la finalidad de la reforma de evitar «que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España» (*vid. supra* III.2.a); para MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (*Derecho penal, Parte General*, 6.ª ed., 2004, p. 569), «el trato es claramente discriminatorio».

⁵⁴ Al margen de que es indicativo de una gran desconfianza del legislador de la LO 11/2003 frente a los integrantes del Poder Judicial, como subraya MAQUEDA ABREU, *JpD*, 47 (2003), p. 9.

⁵⁵ ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, p. 57.

⁵⁶ Hay que entender que esta limitación se produjo de manera consciente por parte del legislador, ya que el propio informe del CGPJ —es decir, el aprobado por la mayoría de vocales ese órgano— frente al anteproyecto que contenía la redacción convertida en Ley mediante la LO 11/2003 señaló críticamente que ello suponía olvidar «las posibles e importantes circunstancias personales que pueden concurrir y a las [que] alude el artículo 57.5 de la LO 4/2000» (CGPJ, *Informes*, p. 154).

penado»⁵⁷. Por otro lado, esta radical exclusión de consideraciones de índole individual queda manifestada en el hecho de que el mecanismo de expulsión contrasta también radicalmente con la existencia de numerosos convenios orientados al traslado de personas condenadas a su país de origen para que cumplan la pena privativa de libertad⁵⁸; parece evidente que éstos directamente se convierten en papel mojado⁵⁹ si el ordenamiento jurídico español opta por la expulsión [y cuando no hay convenio, es que la situación penitenciaria y general del país en cuestión es intolerable, por lo que, precisamente, la expulsión sería mayor pena⁶⁰]. A este respecto, entonces, cabe concluir que la afirmación de que resulta más difícil la reinserción para el colectivo de extranjeros sin residencia legal se convierte, al menos desde la entrada en vigor de la reforma introducida en la LO 11/2003, en una auténtica *self-fulfilling prophecy* por ministerio de la Ley: la reinserción resulta imposible porque lo impide, en todo caso, un texto positivo que no contempla esta finalidad⁶¹.

4. La opción de cortar de raíz cualquier posibilidad de análisis individualizado de los efectos del cumplimiento de la pena en comparación con los de la expulsión resulta especialmente llamativa si se tiene en cuenta que la medida de expulsión destaca precisamente por una especial *ambivalencia afflictiva* dependiendo de las circunstancias individuales del sujeto: la expulsión «no significa lo mismo para quien emigra por desesperación en busca de trabajo que para quien mantiene sobrados recursos en otro país y llega a España para ampliar las posibilidades de negocios clandestinos»⁶². También el Tribunal Constitucional parece partir con toda naturalidad de la necesidad de distinguir entre distintas situaciones, entre «una medida restrictiva de derechos»⁶³ en unos casos —cuando no hay acuerdo del sujeto— y el «beneficio consistente en

⁵⁷ LAURENZO COPELLO, *JpD*, 50 (2004), p. 30.

⁵⁸ Cfr. ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, pp. 20 y ss., 95; DE VICENTE MARTÍNEZ, en: DE LEÓN VILLALBA (coord.), *Derecho y prisiones hoy*, p. 163

⁵⁹ Actuando así el Estado que expulsa de un modo insolidario desde el punto de vista internacional (así CEREZO MIR, *Estudios sobre la moderna reforma penal*, 1993, p. 207; LAURENZO COPELLO, *JpD*, 50 [2004], p. 31).

⁶⁰ ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, pp. 23 y s.

⁶¹ Así lo reconoce expresamente también la circular 3/2001 de la Fiscalía general del Estado. Cfr. en este sentido, las manifestaciones críticas, vertidas ya respecto de la regulación original introducida en el CP 1995, por ejemplo, por MAPELLI CAFFARENA/ TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*3, 1996, p. 108; POZA CISNEROS, en: EADEM (dir.)/CGPJ (ed.), *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal*, 1996, p. 274; EADEM, en: CGPJ (ed.), *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, 1999, pp. 333 y s., 342 y s.; PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES/VALLE MUÑIZ, *Comentarios al nuevo Código penal*, 2.ª ed., 2001, p. 495; LASCURAIN SÁNCHEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO/JORGE BARREIRO *et al.*, *ComCP*, p. 291; SERRANO PASCUAL, *Las formas sustitutivas*, pp. 384 y ss., 389; IZQUIERDO ESCUDERO, *LL*, 1997 t. 5, p. 1862; PIÑOL RODRÍGUEZ, en: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.) *et al.*, *PG*, pp. 457 y s.; PALOMO DEL ARCO, en: GRANADOS PÉREZ/CGPJ (ed.), *La criminalidad organizada*, p. 209; LÓPEZ LORENZO, *LLP*, 9 (2004), pp. 31 y ss., 44.

⁶² ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, p. 48, pp. 48 y ss., 53; cfr. también GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones*3, pp. 337 y s. con nota 119; LAURENZO COPELLO, *JpD*, 50 (2004), p. 30; BRANDARIZ GARCÍA, en: FARALDO CABANA (dir.)/BRANDARIZ GARCÍA/PUENTE ABA (coord.), *Nuevos retos*, p. 47; respectivamente, con ulteriores referencias.

⁶³ STC 242/1994, FJ 4.º.

evitar la privación de libertad personal»⁶⁴, cuando está en el interés del penado ser expulsado. De hecho, respecto de la regulación anterior, el empleo del arbitrio judicial —junto con la audiencia al reo como base para el ejercicio de dicha discrecionalidad— era el elemento central en diversas interpretaciones conservadoras de la institución: desde este punto de vista, sólo una adecuación al caso concreto permitiría una inserción legítima de la expulsión en el ordenamiento⁶⁵. Por otra parte, *last but not least*, debe recordarse que en las escasas manifestaciones habidas en el trámite parlamentario previo a la introducción de la medida en el CP de 1995, precisamente la necesidad de individualización fue la cuestión central tratada por los parlamentarios y el criterio que condujo a la modificación del texto original contenido en el proyecto de 1994⁶⁶.

⁶⁴ ATC 33/1997, FJ 2.º; *vid.* También STC 203/1997: «se hace necesario, en primer lugar, distinguir entre, de una parte, la expulsión a instancia del interesado, en la que éste manifiesta su deseo y voluntad de que se le sustituya la pena por esa otra medida, y, de otra, la expulsión de oficio, decretada al margen de la voluntad del afectado, pues fácilmente se aprecia que la relevancia constitucional de los problemas que se plantean en uno u otro caso es bien distinta» (FJ 3.º).

⁶⁵ En este sentido, se ha afirmado que de lo que se trata con la reforma es de «abandonar la práctica excepcional —y razonablemente selectiva— que se viene realizando ahora de una medida tan inocuizadora, insolidaria y escasamente legítima como ésta» (MAQUEDA ABREU, *JpD*, 47 [2003], p. 9). En esta línea de pensamiento, ya se había llegado a insinuar, al menos, bajo la vigencia de la redacción original del CP 1995, que el artículo 89 CP en su redacción anterior sólo era constitucional si se aplicaba de modo estrictamente orientado al caso individual, y no indiscriminado (así, por ejemplo, ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO [coord.], *Inmigración*, p. 52; PERIS RIERA/MADRID CONESA, en: COBO DEL ROSAL [dir.], *ComCP* t. III, p. 1203; POZA CISNEROS, en: CGPJ [ed.], *Problemas específicos*, p. 343; CUGAT MAURI, *RDPP*, 6 (2001), pp. 23 y ss., 30 y s., 36 y s.); téngase en cuenta, en este sentido, que la STC 242/1994, referida aún a la expulsión en su regulación de la anterior LOEx (art. 21.2 LO 7/1985), otorgó el amparo porque el reo no fue oído respecto de la medida. La STS 901/2004 (8.7.2004) mantiene ahora tal interpretación, especialmente, en lo que se refiere al trámite de audiencia como expresión de la individualización, y ello aún después de la entrada en vigor de la reforma introducida por la LO 11/2003 cfr. las consideraciones contenidas *supra* en nota 52.

⁶⁶ El proyecto de Ley de 1994 preveía en su artículo 90 un desdoblamiento de la regulación en una expulsión preceptiva (para penas no superiores a dos años, oído el Ministerio Fiscal, sin mencionar expresamente una audiencia al penado; art. 90.1 P 1994) y en otra facultativa («a instancia del Ministerio Fiscal»; la audiencia al penado se establecía, aparentemente, con carácter exclusivo para los supuestos de expulsión con posterioridad al cumplimiento de tres cuartas partes de la pena; art. 90.2 P 1994), para penas de dos a seis años. Frente a este texto, en el Congreso de los Diputados se plantearon enmiendas por parte del grupo parlamentario vasco (Partido Nacionalista Vasco), del grupo parlamentario federal Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya y del grupo parlamentario socialista (Partido Socialista Obrero Español) (cfr. el índice de enmiendas en Cortes Generales/DELGADO-IRIBARREN GARCÍA CAMPERO [ed.], *Ley Orgánica del Código penal. Trabajos parlamentarios*, t. I, 1996, p. 424). Las enmiendas planteadas por parte del GP vasco (PNV) (enmiendas 20, 21 y 203) se dirigían, por un lado, a reforzar las posibilidades de intervención de la representación del penado en la decisión (cfr. enmiendas 20 y 21, *Trabajos parlamentarios*, I, p. 116: proponiendo la fórmula: «oídas las partes»), y, más allá, a establecer el acuerdo del penado en la medida (cfr. enmienda 203, *Trabajos parlamentarios*, I, p. 167). El GP IU-IC (enmiendas 689, 690, 691; cfr. *Trabajos parlamentarios*, I, pp. 291 y s.) propuso, por un lado, convertir en facultativa la medida de expulsión respecto de las penas de hasta dos años de duración (art. 90.1 P 1994; cfr. *Trabajos parlamentarios*, I, pp. 291 y s.), y, por otro,

5. Cabe concluir, entonces, que precisamente en este punto clave de una interpretación salvatoria del artículo 89 CP⁶⁷ en su redacción inicial —la correcta individualización de la aplicación de la medida de expulsión— ha venido a colocar una carga de profundidad, como antes se ha expuesto, la reforma operada por LO 11/2003, a través de dos vías fundamentales: en primer lugar, estableciendo en el artículo 89.1 CP una expulsión indiscriminada y preceptiva de todo el colectivo, desde el infractor de tráfico primerizo que vive y trabaja en España desde hace años, hasta el profesional de la delincuencia organizada en un breve viaje «laboral» en Europa, con tal de que su condena sea inferior a seis años⁶⁸. En segundo lugar, incorporando al

suprimir las demás modalidades de la medida por considerarlas discriminatorias. Por su parte, el GP socialista (enmienda 594; cfr. *Trabajos parlamentarios*, I, p. 269), a pesar que justificaba su propuesta formalmente como «mejora técnica», se aproximó a las posiciones de los otros enmendantes al eliminar toda expulsión preceptiva (como reconoce el propio portavoz del PSOE, *de la Rocha Rubí*, en el debate en comisión, *Trabajos parlamentarios* I, p. 741). La enmienda 689 (GP IU-IC) fue aceptada e integrada en el texto del informe de la ponencia, y su portavoz (*López Garrido*, miembro entonces de aquella formación) subrayaba que su motivación iba «en el sentido de que siempre haya una valoración individualizada de las circunstancias del condenado» (en el debate en Comisión; *Trabajos parlamentarios* I, p. 737; cfr. la posición del PNV, en ese mismo sentido [*Olabarria Muñoz*], *ibidem*, pp. 738 y s.; por su parte, el entonces portavoz del PSOE, *de la Rocha Rubí*, elogió en parecidos términos materiales el consenso alcanzado en este punto: «Aquí no sólo se prevé la expulsión automática, sino que, a instancia de algunos otros grupos, se ha incluido que sea posible y se han establecido muchísimas más cautelas...» [*ibidem*, p. 741]). El texto aprobado en el Congreso de los Diputados se corresponde materialmente con lo que posteriormente se convirtió en el artículo 89 CP 1995. En el trámite parlamentario en el Senado, tan sólo se presentaron dos enmiendas, por parte del grupo parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (PNV) y del grupo parlamentario popular en el Senado (Partido Popular) (cfr. *Trabajos Parlamentarios*, t. II, p. 1901). La enmienda propuesta por el PNV (enmienda 54, cfr. *Trabajos Parlamentarios*, t. II, p. 1699), en la misma línea de la N. 203 presentada en el Congreso de los Diputados, proponía establecer como requisito la conformidad del penado. La propuesta del PP, por el contrario, iba únicamente encaminada a limitar los supuestos de expulsión a casos en los que la pena no superara los dos años de prisión (enmienda 516, cfr. *Trabajos Parlamentarios*, II, pp. 1830 y s.), aduciendo en el debate en comisión —por parte de la senadora *Vindel López*— como justificación «razones de mejor política criminal». Queda claro, entonces, cuál era la preocupación fundamental que fue expresada en el debate parlamentario: el establecimiento de mecanismos que permitieran la adaptación de la medida de expulsión a las condiciones individuales de cada penado (y, por parte del GP parlamentario popular en el Senado, la preocupación por una extensión indebida del ámbito de aplicación de la medida). En todo caso, si se consideran las posiciones, en 1995, de los grupos parlamentarios antes expuestas y se recuerda cuál fue la regulación aprobada, algunos años después, con un consenso notable, en la LO 11/2003, no parece exagerado hablar de una mutación espectacular de criterio.

⁶⁷ Paradigmática es la perspectiva adoptada por POZA CISNEROS, en: CGPJ (ed.), *Problemas específicos*, pp. 342 y s.: a pesar de que la regulación se ha establecido «en abierto conflicto» con las finalidades preventivo-especiales, el carácter facultativo de la sustitución en la redacción de 1995 abría la posibilidad de «introducir» este tipo de criterios.

⁶⁸ Lo que, como es evidente, resulta «paradójico» desde la perspectiva de la «integración» que la reforma de la LO 11/2003 dice perseguir hasta en el título de la norma (SANZ MORÁN, *RDPen*, 11 [2004], p. 35); una decidida oposición a la generalización de la medida «cuquiera que sean las circunstancias personales y de arraigo», se encuentra en el voto particular (vocal COMAS D'ARGEMIR *et al.*) al informe previo del Consejo General del Poder Judicial (en:

artículo 89.2 CP una prohibición de regreso indiscriminada e ingraduable en su extensión: siempre se pronunciará una prohibición de retorno de diez años de duración⁶⁹.

D) ALGUNA CONCLUSIÓN PROVISIONAL

Puede decirse, en primer lugar, que desde el punto de vista aquí adoptado, los argumentos (o lugares comunes) que cabe identificar como base justificatoria de la medida de expulsión, por un lado, muestran una llamativa inconcreción en su formulación, y, por otro, carecen de toda fuerza de convicción una vez examinados con algo de detenimiento. En segundo lugar, puede afirmarse que la regulación positiva de la expulsión —y con mayor claridad la ahora vigente en virtud de la LO 11/2003— es de todo punto incompatible con la lógica de la individualización de las sanciones penales⁷⁰.

A la hora de identificar la etiología de esta regulación tan peculiar, los autores que se han manifestado al respecto constatan por lo general una sumisión de esta institución jurídico-penal a un elemento externo al Derecho penal: a una política de inmigración restrictiva⁷¹. Desde esta perspectiva, éste sería un «ejemplo paradigmático de la administrativización del Derecho penal»⁷².

CGPJ, *Informes*, p. 175): «infringe el principio de proporcionalidad»; cercena «cualquier posibilidad de reinserción...» y cualquier integración social (*ibidem*).

⁶⁹ También esta decisión uniformizadota del legislador —al igual que la relativa al trámite de audiencia, cfr. *supra* nota 52— debe considerarse consciente, puesto que ya en el informe previo del Consejo General del Poder Judicial a la LO 11/2003 se afirmaba (CGPJ, *Informes*, p. 156) que la ausencia de graduación es contraria al «necesario respeto a los derechos humanos», llegándose a decir en el voto particular de la minoría a dicho informe que la extensión unitaria vulnera incluso el principio de igualdad (voto particular [vocal COMAS D'ARGEMIR *et al.*], en: CGPJ, *Informes*, p. 176). Y según LAURENZO COPELLO (*JpD*, 50 [2004], p. 30), la extensión única de la prohibición de regreso «refuerza» «la finalidad inocuidadora» de la regulación.

⁷⁰ Cfr. las referencias *supra* en nota 61. En todo caso, ya no cabría oponer nada a esa impronta desde el punto de vista de la interpretación de la norma: menos el resquicio de la cláusula salvatoria del artículo 89.1 CP —aprovechado de modo muy desigual en la jurisprudencia (como se expondrá a continuación en el texto) y limitado a consideraciones preventivo-generales—, ya no hay posibilidad de individualizar nada en el marco de la Ley; *vid.* también la valoración, en este sentido, de la STS 901/2004 (8.7.2004) *supra* en nota 52.

⁷¹ Así ya la STC 242/1994: la expulsión «no se concibe como modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero que el Estado... puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a una política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar» (FJ 2.º); *vid.* también la circular 3/2001 de la Fiscalía general del Estado: mediante la institución de la expulsión se persiguen «otros fines igualmente valiosos para el Estado, relacionados con su política de extranjería».

⁷² PERIS RIERA/MADRID CONESA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *ComCP*, t. III, p. 1206; así ya PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES/VALLE MUÑIZ *et al.*, *ComNCP1* (1996), pp. 490 y s.; IDEM, en: *ComNCP2*, pp. 496 y s.; se ha dicho en esta misma línea que la reforma de la LO 11/2003 intensifica la tendencia de «subordinar el derecho penal a las políticas de control de la inmigración» (SANZ MORÁN, *RDPen*, 11

Sin embargo, ésta no parece ser la única interpretación posible, o, dicho con mayor exactitud, no es una comprensión que explique por completo los contornos de la regulación jurídico-positiva: en efecto, hasta el momento, en lo que se refiere a la característica ambivalencia del contenido aflictivo de la medida, aquí sólo se ha aludido a uno de los lados de la cuestión, a la ausencia de consideración individualizada en atención al autor como déficit desde la perspectiva de la prevención especial (que conduce en muchos casos a imponer una medida desproporcionadamente grave). Sin embargo, también está la otra cara de la moneda: casos en los que la ambivalencia aflictiva de la expulsión en atención a las circunstancias personales del afectado conduce a una lenidad aparentemente inexplicable, a una auténtica renuncia al *ius puniendi*. Desde la perspectiva aquí adoptada, la consideración de este otro lado —que se aborda a continuación en el texto— puede abrir la visión para percibir otros elementos estructurales ínsitos en la institución de la expulsión.

3. La expulsión del artículo 89 CP: Derecho penal del enemigo

A) LA AMBIVALENCIA EN LA AFLICTIVIDAD Y LA INSUFICIENCIA DE LA TESIS DE LA SUMISIÓN A LA POLÍTICA DE EXTRANJERÍA

1. El hecho de que el importe de la medida de expulsión en moneda de dolor penal puede ser tan divergente, dependiendo de las circunstancias personales del penado —hasta el punto de poder resultar en un desastre vital o en un verdadero premio⁷³—, fue percibido desde el principio por la doctrina como un elemento incómodo y disfuncional. Ante la posibilidad de que la expulsión resulte en un beneficio perseguido por determinados autores —aquellos que carecen (realmente) de arraigo en España—, se ha advertido, por un lado, que la introducción de la medida de expulsión para infracciones que se hallan amenazadas de pena de hasta seis años de privación de libertad puede

[2004], p. 38); que ahora «queda claro su carácter de mero instrumento ejecutor de una política incohuizadora decidida a deshacerse a toda costa de cuanto extranjero irregular infrinja las leyes penales de nuestro país» (LAURENZO COPELLO, *JpD*, 50 [2004], p. 30); que, en suma, la institución de la expulsión «... persigue exclusivamente objetivos de política de extranjería, entre los que se cuentan el de control de la inmigración ilegal» (GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones*3, p. 323); en sentido similar, también PAZ RUBIO, en: MARTÍN PALLÍN (dir.)/CGPJ (ed.), *Extranjeros y Derecho penal*, p. 202. *Vid.* también, respecto de la regulación anterior, afirmando la sumisión de la institución a la política de extranjería, por ejemplo, MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 109; GARCÍA ARÁN, *Fundamento y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, 1997, p. 124; PIÑOL RODRÍGUEZ, en: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.) *et al.*, *PG*, p. 457; ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, pp. 26 y s., 54 y ss.; ya EADEM, *AP*, 42 (2001), pp. 1011 y ss.; FLORES MENDOZA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, p. 108; LÓPEZ MUÑOZ, *AP*, 22 (2003), p. 576.

⁷³ Recuérdese, además, la supresión de la amenaza de cumplir la pena sustituida en caso de quebrantamiento de la prohibición de volver a territorio español llevada a cabo por la LO 11/2003: sea rechazado su ingreso en territorio español en la frontera o sea aprehendido ya dentro del país, la única consecuencia es que se vuelve a poner a cero el reloj (único) de los diez años de prohibición de regreso (art. 89.3 CP).

neutralizar todo efecto de prevención general de los preceptos en cuestión para el círculo de posibles autores en cuestión⁷⁴. Por otro lado, se ha señalado que ello implica que la regulación es incompatible con el principio de igualdad⁷⁵: «constituye un tratamiento punitivo no uniforme de difícil justificación respecto a los condenados españoles y a los extranjeros con residencia legal»⁷⁶. Este carácter «paradójico»⁷⁷ de la expulsión es lo que explica en buena parte las dificultades que aparecieron a la hora de definir la naturaleza jurídica de la expulsión como medida penal⁷⁸, dificultades que sintetizan el estupor de la doctrina a la hora de aprehender la institución. Y, de nuevo paradójicamente, dentro del colectivo de los extranjeros sin residencia legal, el pretendido golpe final de hegemonización de la expulsión como reacción frente a los inmigrantes con *status* irregular dado por la LO 11/2003 está conduciendo a resoluciones judiciales cuyo grado de aletoriedad y desigualdad⁷⁹, a través de la cláusula de excepcionalidad, sólo puede ser calificado de extremo⁸⁰: en el momento actual,

⁷⁴ *Vid.*, por ejemplo, este argumento en MANZANARES/CREMADES, *Comentarios*, p. 47; LASCURAIN SÁNCHEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *et al.*, *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 291; MANZANARES SAMANIEGO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (ed.), *Código penal*, t. I, p. 1289; PALOMO DEL ARCO, en: GRANADOS PÉREZ (dir.)/CGPJ (ed.), *La criminalidad organizada*, p. 204; ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, p. 55.

⁷⁵ En este sentido, no sorprende que en muchos procesos se pida la aplicación de la medida de expulsión por parte de extranjeros con residencia legal, alegando vulneración del principio de igualdad respecto de aquellos que carecen de la autorización de residencia.

⁷⁶ LASCURAIN SÁNCHEZ, *ComCP*, p. 291; *vid.* también IZQUIERDO ESCUDERO, *LL*, 1997 t. 5, pp. 1863 y s.; ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, pp. 48 y ss., 50 y ss., con ulteriores referencias; DE VICENTE MARTÍNEZ, en: DE LEÓN VILLALBA (coord.), *Derecho y prisiones hoy*, p. 163; PAZ RUBIO, *LLP*, 10 (2004), p. 81; *vid.* también, a título de ejemplo, la SAP Madrid (secc. 6.ª) 9.7.2004: «absoluto trato desigual y discriminatorio».

⁷⁷ ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, p. 48.

⁷⁸ *Cfr.*, por todos, ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, pp. 58 y ss., con ulteriores referencias; una vez aprobada la reforma introducida en la LO 11/2003, parece claro, al menos, que *no* es un sustitutivo penal (*vid.* sólo GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones*3, pp. 322 y ss., con ulteriores referencias); *cfr.* también *infra* III.3.d).

⁷⁹ Directamente inducidas, claro está—y como antes se ha mostrado—, por la formulación de la cláusula excepcional del artículo 89.1 CP, cuyo contenido se limita a declarar, en negativo, improcedente cualquier consideración de la persona del autor («naturaleza del delito» no significa más que referido al hecho, no al autor).

⁸⁰ En primer lugar, las discrepancias producidas son especialmente llamativas en materia de *delitos contra la salud pública*, puesto que suele tratarse de penas bastante elevadas (muchos casos, como es sabido, consisten en la introducción de cocaína en territorio español, en el cuerpo del sujeto, por vía aérea; esta modalidad de comisión da lugar a numerosos pronunciamientos idénticos: es posible transportar de este modo más o menos 500 gramos de la sustancia, lo que suele conducir a unos cinco años de prisión como pena impuesta). Así, por ejemplo, la SAP Barcelona (secc. 7.ª) 22.1.2004 deniega la imposición de la expulsión en un caso de tráfico de drogas, con condena a pena de prisión de cinco años, por afectar al «efecto disuasorio» de las normas penales infringidas (resolución confirmada en el ATS 1472/2004 [23.9.2004]); en cambio, la SAP Madrid (secc. 17.ª) 4.11.2003, en un caso exactamente igual *sí* acordó la expulsión, sin plantear dificultad alguna; a su vez, el mismo órgano, en otro caso idéntico —y menos de dos meses después—, rechaza la aplicación de la expulsión (AAP Madrid [secc. 15.ª] 29.12.2003; *cfr.* a continuación en el texto); en la SAP

por unos mismos hechos, un extranjero sin residencia legal puede volver, sin más, a su país, o, por el contrario, ingresar en prisión por un tiempo considerable, dependiendo sencillamente del ámbito territorial en el que cometa la infracción, o, incluso, de qué sección de un mismo tribunal colegiado le juzgue. Se trata, entonces, de una verdadera lotería penal⁸¹.

Quizás sirvan para acabar de ilustrar lo extraño de la institución de la expulsión en el contexto general del sistema penal español las siguientes

Madrid (secc. 1.ª) 19.11.2003 se sustituye una pena de tres años de prisión por la expulsión (sentencia casada posteriormente en lo referido a la expulsión por la STS 901/2004 [8.7.2004]; cfr. *supra* nota 52); en cambio, en otro caso de introducción por vía aérea (pena de cinco años de prisión), la SAP Madrid (secc. 2.ª) 22.1.2004 se niega a la sustitución (confirmando este criterio la STS 1249/2004 [28.10.2004]); en esta misma línea, en el AAP Murcia (secc. 5.ª) 16.2.2004 se afirma que las infracciones de tráfico de drogas no deben dar lugar a la aplicación de la medida; en el AAP Cádiz (con sede Ceuta, secc. 6.ª) 24.2.2004 se dice respecto de un supuesto de tráfico de drogas que la medida de expulsión es de imposible aplicación, no tiene eficacia, en la ciudad de Ceuta, ya que hay un tráfico fronterizo «multitudinario», por lo que procede rechazar su imposición (otras resoluciones en esta línea: los delitos contra la salud pública deben dar lugar, en principio, a la aplicación de la cláusula excepcional de no expulsión contenida en el artículo 89.1 CP: SAP Madrid [secc. 7.ª] 9.9.2004 —haciendo alusión a un acuerdo [de 29.5.2004] de la Junta de Magistrados del orden penal de ese órgano, sobre unificación de criterios en este ámbito en la línea antes identificada—; SAP Madrid [secc. 6.ª] 9.7.2004, calificando de «esperpéntica» la sustitución por expulsión). Sin embargo, son muchas las resoluciones que aplican sin dificultad alguna la expulsión a esta infracción: así, por ejemplo, el AAP Sta. Cruz de Tenerife (secc. 2.ª) 19.3.2004 acuerda la expulsión de un extranjero condenado por tráfico de drogas a una pena privativa de libertad de cuatro años; en el AAP Sta. Cruz de Tenerife (secc. 2.ª) 6.2.2004, se decide la expulsión de un extranjero condenado por un delito de tráfico de drogas a una pena de tres años, y el AAP Sta. Cruz de Tenerife (secc. 2.ª) 30.1.2004 acuerda la expulsión incluso en el caso del autor de un delito de tráfico de drogas con pena de seis años; la SAP Tarragona (secc. 2.ª), 28.1.2004 sustituye la pena por expulsión en otro caso de tráfico de drogas en el que condenó a tres años de privación de libertad; así también la SAP Tarragona (secc. 2.ª) 19.7.2004, habiendo pronunciado una pena de tres años y seis meses de prisión; también la SAP Lleida (secc. 1.ª) 17.6.2004, con pena de tres años y seis meses. También se constata la ausencia de una línea jurisprudencial uniforme respecto de otras infracciones: así, la SAP Almería (secc. 2.ª) 1.3.2004, relativa a un robo con violencia e intimidación, en concurso con lesiones del artículo 150 CP, con condena a tres años de prisión, acuerda la expulsión; la SAP Castellón (secc. 1.ª) 22.1.2004 confirma la denegación de la aplicación de la expulsión en un caso de condena por delito relativo a la prostitución de tres años de prisión por razones de prevención general y especial; en cambio, se sustituye por expulsión una pena de ocho meses de prisión (en un caso de violencia doméstica) en la SAP Castellón (secc. 2.ª) 28.6.2004; la SAP Girona (30.7.2004) también sustituye una pena de cinco años y seis meses, en un caso de abuso sexual, por la expulsión. Ante esta situación, que al menos cabe calificar de caótica, ahora el TS (en la STS 901/2004 [8.7.2004]; cfr. las consideraciones *supra* en nota 52), ha (re-) introducido al menos la necesidad de audiencia del penado; siguen esta jurisprudencia ya la SAP Barcelona (secc. 10.ª) 21.10.2004; antes ya, revocó la expulsión impuesta por el JP sin audiencia con base en consideraciones en torno a la irretroactividad (hecho cometido con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 11/2003, pero juzgado después sin otorgar audiencia), SAP Almería (secc. 3.ª) 5.7.2004; por el contrario, en un caso de las mismas características, la SAP Madrid (secc. 23.ª) 28.5.2004 no aprecia aquí ningún problema de retroactividad, afirmando que la expulsión no es una pena.

⁸¹ Debo esta imagen a una conversación con Enrique *Peñaranda Ramos*.

consideraciones vertidas en una resolución de la Audiencia Provincial de Madrid⁸²: la AP rechazó imponer la medida de expulsión en el caso de un delito contra la salud pública⁸³, y este extremo de la sentencia fue recurrido tanto por la defensa como por el Ministerio Fiscal. Según el criterio del Tribunal, se elimina cualquier efecto preventivo general negativo y efecto preventivo general positivo de la norma si la única sanción a la conducta es el pago del billete de vuelta y la advertencia de la prohibición de volver:

«... estaríamos ante una especie de invitación a los millones de ciudadanos de los países andinos en que se produce y obtiene la cocaína para que viajen a España con medio kilo [de cocaína]»; «Lo más llamativo de todo ello es que el mismo Ministerio Fiscal que hace bien poco tiempo recurría con pre-mura y exquisito celo profesional las sentencias de esta Audiencia que no aplicaban el subtipo agravado de la notoria importancia al transporte de trescientos o cuatrocientos gramos de cocaína, considerando que suponían una lenidad inadmisibles en la lucha contra el tráfico de drogas, se ha con-vertido de repente en diligente defensor de la inejecución efectiva de las penas privativas de libertad de los mismos sujetos que transportan las mis-mas cantidades de cocaína hasta España, facilitando la impunidad a través incluso de recursos contra las resoluciones que pretenden mantener el mínimo efecto disuasorio de la pena. No tiene explicación sencilla una metamorfosis tan espectacular de criterio. El Ministerio Público ha pasado de considerar que la tenencia de 130 gramos de cocaína ha de pensarse necesariamente con nueve años de prisión a estimar que el transporte de cuatrocientos o quinientos gramos debe sancionarse con un viaje de vuelta gratis al país de origen y la advertencia de que no regresen a España en un período de diez años.»

¿Cómo es esto posible? ¿El traficante de drogas que desea ser devuelto a su país (en libertad) y el Ministerio público que representa al Estado tirando del mismo extremo de la soga?

2. Ante este panorama parece que queda claro que la línea de crítica asumida primordialmente por parte de la doctrina penal frente a la expulsión puede resultar incompleta para aprehender correctamente el fenómeno de la evolución legislativa de la institución de la expulsión. En efecto, no parece que haya una especie de invasión o intromisión del Derecho administrativo en la regulación penal (o, al menos, que ésta sea la única línea directriz de la regulación). Pues una lectura «eficientista», considerando, entonces, a la regulación penal un ayudante de la política (restrictiva) de inmigración, tropieza con varios inconvenientes⁸⁴: en primer lugar, la generalización de la expulsión perseguida choca con la existencia de un nutrido grupo de personas

⁸² AAP Madrid (secc. 15.ª) 29.12.2003

⁸³ En la sentencia se condenó por la introducción por vía aérea de alrededor de 500 g de cocaína, imponiéndose una condena de cinco años de prisión; un caso extraordinariamente frecuente (cfr. las referencias contenidas *supra* en nota 80).

⁸⁴ Dejando de lado la aleatoriedad de sus efectos a la que está conduciendo una utilización muy desigual de la cláusula excepcional del artículo 89.1 CP; cfr. las referencias jurisprudenciales *supra* en nota 80.

que no son susceptibles de ser expulsados⁸⁵, respecto de los cuales la institución no podrá desplegar sus pretendidos efectos «positivos» para la política de extranjería. En segundo lugar, y sobre todo, parece también evidente que la introducción de la expulsión indiscriminada en la reforma de 2003 generará, ahora sí, un *efecto llamada*⁸⁶. Y, en tercer lugar, en un determinado segmento de casos, la medida de expulsión afectará a sujetos que ya se encuentran establecidos en España —aunque sin haber logrado su regularización administrativa— y no integran ya el sector de población que está aún en movimiento, es decir, que afectará a sujetos que ya no integran el «flujo» migratorio, sino que han superado esa fase de inestabilidad para establecerse en nuestra sociedad⁸⁷. Todo ello entra en abierta contradicción con lo que sería e implicaría una normativa penal destinada a sierva de la policía de inmigración. Buscando un «culpable» de la regulación de la expulsión, parece, entonces, que éste no es —o al menos no lo es de modo prioritario— el Derecho administrativo, que sometería en este punto a servidumbre al ordenamiento penal para alcanzar sus objetivos: para una política de inmigración restrictiva, esta regulación de la expulsión no sólo no resulta funcional, sino que puede ser directamente contraproducente.

La irracionalidad intrasistemática de tal regulación de la expulsión es de tal intensidad que la función real del establecimiento de esta institución no puede coincidir con la manifiesta: ha de ser distinta de la sumisión al Derecho administrativo en cuanto expresión de la política de inmigración. En este sentido, parece más prometedor concebir la deriva de la expulsión como un proceso endógeno, como un fenómeno degenerativo genuinamente jurídico-penal: quizás la clave esté en no intentar analizar esta regulación aparentemente tan contradictoria y exótica desde la perspectiva de los presupuestos tradicionales del Derecho penal normal —del Derecho penal del ciudadano—, ni aprehenderla desde la perspectiva «eficientista» de una política de inmigración restrictiva, y comprobar, por el contrario, si puede cuadrar con las características del sector de regulación, especialmente emergente en el momento actual en diversos ordenamientos jurídico-penales, de lo que JAKOBS ha denominado «Derecho penal del enemigo». Antes de confirmar esta hipótesis respecto de la institución de la expulsión de extranjeros, conviene,

⁸⁵ Porque se desconoce su país de origen o porque las condiciones políticas del país en cuestión hacen imposible, desde el punto de vista de los derechos humanos, la expulsión —a menos que se actúe con completa «ausencia de complejos», reconociendo en la presencia de los sujetos en cuestión un mero «problema» material, susceptible de ser «resuelto» por la vía de hecho mediante su mero desplazamiento físico del territorio español; cfr. la previsión del artículo 89.1 CP *in fine*; vid. ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, p. 50; GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones*3, p. 340, nota 123.

⁸⁶ Selectivo, precisamente frente a quienes ingresen en territorio español con el objetivo prioritario de cometer delitos castigados con penas inferiores a los seis años, y sin vínculos personales en territorio español que hagan aparecer la expulsión como gravosa. Habla expresamente de tal efecto llamada, en relación con los delitos contra la salud pública, también la SAP Madrid (secc. 7.ª) 9.9.2004; cfr. Las referencias jurisprudenciales contenidas *supra* en nota 80.

⁸⁷ A un supuesto de estas características parece referirse la STS 901/2004 (8.7.2004).

entonces, sintetizar brevemente cuáles son las líneas básicas de este concepto de «Derecho penal» del enemigo.

B) CONCEPTO DE «DERECHO PENAL» DEL ENEMIGO

1. Para poder comprobar en el siguiente (y último) paso la corrección de la tesis acabada de formular, parece conveniente resumir previamente cuál es el contenido del concepto de «*Derecho penal del enemigo*»⁸⁸ que puede servir para evaluar la legitimidad de la institución de la expulsión. Según JAKOBS⁸⁹, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de —como es lo habitual— retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionada-mente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas⁹⁰. De modo materialmente

⁸⁸ Cfr. acerca de lo que sigue CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 57 y ss., 89 y ss.

⁸⁹ Quien introdujo —en dos fases, en 1985 y 1999/2000— el concepto en la discusión más reciente: JAKOBS, en: Consejo General del Poder Judicial/Xunta de Galicia (ed.), *Estudios de Derecho judicial*, N. 20, 1999, pp. 137 y ss. (= *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, 2000); IDEM, en: ESER/HASSEMER/BURKHARDT (ed.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, pp. 47 y ss., 51 y ss. (= en: MUÑOZ CONDE [ed.], *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, pp. 53 y ss.); *vid.* también IDEM, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 57 y ss.; el concepto fue desarrollado por primera vez por JAKOBS en su escrito publicado en *ZStW*, 97 (1985), pp. 753 y ss. (= *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 293 y ss.); cfr. también IDEM, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., 1991 (= *Derecho penal, Parte General. Los fundamentos y la teoría de la imputación*, 1995), 2/25c. Ciertamente, cabría identificar —como subraya SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.^a ed., 2001, p. 165 con nota 388— muchos antecedentes materiales de la noción de Derecho penal del enemigo, en particular, en determinadas orientaciones de la prevención especial anteriores a la segunda guerra mundial; cfr. MUÑOZ CONDE, *DOXA*, 15-16 (1994), pp. 1031 y ss. Desde una perspectiva temporal más amplia, y con orientación filosófica, *vid.* el análisis correspondiente de PÉREZ DEL VALLE (*CPC*, 75 [2001], pp. 597 y ss.), relativo a las teorías del Derecho penal contenidas en las obras de *Rousseau* y *Hobbes*; cfr. últimamente también a este respecto la perspectiva de ZAFFARONI, «El Derecho penal liberal y sus enemigos», en: *Investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Castilla-La Mancha*, 2004, pp. 19 y ss., 29 y ss. y de GRACIA MARTÍN, en: *RECPC*, 7 (2005) <http://criminet.ugr.es/recpc/> (sobre todo: III). En todo caso, cabe pensar que este aspecto —los antecedentes históricos— puede ser dejado de lado desde el punto de vista de la política criminal actual —no en el plano global-conceptual, claro— teniendo en cuenta las diferencias estructurales entre los sistemas políticos de aquellos momentos históricos y el actual.

⁹⁰ *Vid.* sintéticamente JAKOBS, *Estudios de Derecho judicial*, N. 20, pp. 138 y s. Los trabajos de JAKOBS han desencadenado ya una incipiente discusión en los ámbitos de habla alemana y española en la que hay que constatar sobre todo voces marcadamente críticas. En esta línea, atribuyen a JAKOBS una posición afirmativa respecto de la existencia de Derecho penal del

equivalente, en España SILVA SÁNCHEZ ha incorporado el fenómeno del Derecho penal del enemigo en su propia concepción político-criminal⁹¹. De acuerdo con su posición, en el momento actual se están diferenciando dos «velocidades» en el marco del ordenamiento jurídico-penal⁹²: la primera velocidad sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, y en el que, según SILVA SÁNCHEZ, deben mantenerse de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. La segunda velocidad vendría constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse sólo penas pecuniarias o privativas de derechos —tratándose de figuras delictivas de nuevo cuño—, cabría flexibilizar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios y reglas «clásicos»⁹³. Con independencia de que tal propuesta pueda parecer acertada o no —una cuestión cuyo análisis excede, desde luego, del presente marco—, la imagen de las «dos velocidades» induce

enemigo, por ejemplo, SCHULZ, *ZStW*, 112 (2000), pp. 659 y ss.; SCHÜNEMANN, *GA*, 2001, pp. 210 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4.ª ed., 2003, pp. 121 y ss., 123 y ss.; *vid.* También IDEM, en el diario *El País* de 15.1.2003: «¿Hacia un Derecho penal del enemigo?»; AMBOS, *Der allgemeine Teil eines Völkerstrafrechts*, 2002, pp. 63 y ss., 63 y s.: «otorga a futuros regímenes injustos una legitimación teórica»; *ibidem*, nota 135 incluso se afirma que JAKOBS con estos desarrollos se aproxima constantemente al pensamiento «colectivista-dualista» de *Carl Schmitt*; PORTILLA CONTRERAS, mientras tanto N. 83 (2002), pp. 78 y ss., 81; IDEM, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ ZUGALDÍA ESPINAR (coord.), *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, 2004, p. 694: «... justifica e intenta legitimar la estructura de un Derecho penal y procesal sin garantías»; diferenciando el significado político-criminal de la primera (1985) y de la segunda (1999/2000) aproximación, PRITTWITZ, *ZStW*, 113 (2001), pp. 774 y ss., 794 y ss., 794 y s. con nota 106; ahora también LASCANO, en: Universidad Nacional Mayor de San Marcos (ed.), *XVI Congreso latinoamericano/ VIII iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y criminología*, 2004, pp. 223 y ss.; ZAFFARONI, en: *Investidura*, pp. 19 y ss.; *vid.* el amplio análisis, contextualizando la aparición del Derecho penal del enemigo en el conjunto de la evolución político-criminal, realizado por FARALDO CABANA, en: EADEM (dir.)/BRANDARIZ GARCÍA/PUENTE ABA (coord.), *Nuevos retos*, pp. 299 y ss., 305 y ss. Por otra parte, aparte de SILVA SÁNCHEZ (sobre su posición, *vid.* a continuación en el texto), han hecho referencia a la concepción de JAKOBS en términos más bien descriptivos o afirmativos (en algunos casos) KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 177 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, *RJUAM*, 4 (2001), pp. 9 y ss., 46 y ss.; PÉREZ DEL VALLE, *CPC*, 75 (2001), pp. 597 y ss.; POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal, Parte General, tomo I: Fundamentos científicos del Derecho penal*, 4.ª ed., 2001, pp. 185 y ss.; CANCIO MELIÁ, *JpD*, 44 (2002), pp. 19 y ss.; GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de la criminalidad*, 2003, pp. 120 y ss.; cfr. ahora la nueva y exhaustiva toma de posición, de carácter crítico, de este autor en: *RECPC*, 7 (2005) <http://criminet.ugr.es/recpc/>. Más recientemente, una nueva aproximación a la cuestión, en un trabajo en el que revisa la teoría de la pena por él desarrollada hasta el momento (JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, pp. 41 y ss.), despeja toda duda acerca de que JAKOBS considera legítimable un «Derecho penal del enemigo» al menos en algunos casos; cfr. sobre esto próximamente CANCIO MELIÁ, «Feindstrafrecht?», en prensa para *ZStW*, 117 (2005).

⁹¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pp. 163 y ss.

⁹² *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pp. 159 y ss.

⁹³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pp. 159 y ss., 161 y s.

inmediatamente a pensar —como ya ha hecho el propio SILVA SÁNCHEZ⁹⁴— en el Derecho penal del enemigo como «tercera velocidad», en la que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad (y especialmente severas) y la «flexibilización» de los principios político-criminales y las reglas de imputación. Desde la perspectiva aquí adoptada, ambas concepciones antes esbozadas son correctas en cuanto elementos de una descripción⁹⁵.

En lo que se refiere al alcance concreto de estas normas realmente existentes —aparte de la institución aquí estudiada—, puesto que se trata de una definición típico-ideal, para determinar la «Parte Especial» jurídico-positiva del Derecho penal del enemigo sería necesario un estudio detallado de diversos sectores de regulación⁹⁶. Dicho de otro modo, el concepto necesitará de una adecuación a cada uno de los sectores de regulación⁹⁷. En este sentido, seguramente es cierto [como ha afirmado SILVA SÁNCHEZ⁹⁸] que es necesario deslindar en la praxis de análisis de la Parte Especial diversos niveles de intensidad en los preceptos jurídico-penales concretos, y que, en el plano teórico, cabe apreciar que en su alcance concreto, la noción de Derecho penal del enemigo propuesta por JAKOBS en la primera aproximación (1985) es considerablemente más amplia (incluyendo sectores de regulación más próximos al «Derecho penal de la puesta en riesgo», delitos dentro de la actividad económica) que la de la segunda fase (a partir de 1999), más orientada con base en delitos graves contra bienes jurídicos individuales (de modo paradigmático: terrorismo). En todo caso, lo que parece claro es que en el ordenamiento español, el centro de gravedad del Derecho penal del enemigo está sobre todo en el nuevo Derecho antiterrorista⁹⁹, primero en la redacción dada a algunos de los preceptos correspondientes en el CP de 1995¹⁰⁰, después en la reforma introducida mediante la LO 7/2000¹⁰¹, y, finalmente, mediante las reformas aprobadas a lo largo del año 2003¹⁰².

La esencia de este concepto de Derecho penal del enemigo está, entonces,

⁹⁴ En la segunda edición de su monografía *La expansión*, pp. 163 y ss.

⁹⁵ El hecho de que existe ese Derecho penal del enemigo en el ordenamiento positivo (SILVA SÁNCHEZ dice [*La expansión*, p. 166] que sobre esto «no parece que se pueda plantear duda alguna»), y que puede ser descrito en los términos expuestos, es algo que no es cuestionado; en lo que se alcanza a ver, tampoco por parte de los autores que se han manifestado en sentido crítico frente al desarrollo de JAKOBS (cfr., por ejemplo, expresamente PORTILLA CONTRERAS, mientras tanto N. 83 [2002], pp. 77 y ss., 83, 91).

⁹⁶ Cfr., por ejemplo, el catálogo internacional expuesto por PORTILLA CONTRERAS, mientras tanto N. 83 (2002), pp. 83 y ss., o el análisis de FARALDO CABANA, en: EADEM (dir.)/BRANDARIZ GARCÍA/PUENTE ABA (coord.), *Nuevos retos*, pp. 299 y ss., 305 y ss., 317 y ss. respecto de la situación en el ordenamiento español.

⁹⁷ Como, de hecho, será el caso de la institución positiva aquí estudiada —cfr. *infra* III.3.c)—, ya que no se refiere a un supuesto de tipificación de conductas, sino a las consecuencias jurídicas del delito.

⁹⁸ En una contribución de seminario, Universitat Pompeu Fabra, 5/2003.

⁹⁹ Cfr. CANCIO MELIÁ, *JpD*, 44 (2002), pp. 19 y ss. En todo caso, como parece claro, ha de tenerse en cuenta que el Derecho penal del enemigo inicialmente confinado a un determinado sector contamina el conjunto del ordenamiento; sobre riesgos de contagio presentes y ya concretados en el caso español cfr. FARALDO CABANA, en: EADEM (dir.)/BRANDARIZ GARCÍA/PUENTE ABA (coord.), *Nuevos retos*, pp. 299 y ss., 305 y ss.

¹⁰⁰ Cfr. la sintética descripción en CANCIO MELIÁ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO/JORGE BARREIRO *et al.*, *ComCP*, pp. 1384 y ss.

¹⁰¹ Cfr. CANCIO MELIÁ, *JpD*, 44 (2002), pp. 19 y ss., 23 y ss.

¹⁰² Contenidas, sobre todo, en las LL OO 7 y 15/2003.

en que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, que nada significa¹⁰³, ya que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental¹⁰⁴, de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas¹⁰⁵. Con este instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos¹⁰⁶.

2. Sin embargo, esta definición es incompleta: sólo se corresponde de manera parcial con la realidad (legislativa, política y de la opinión publicada), y necesita de alguna *precisión*. *En primer lugar*: aún sin llevar a cabo un estudio de materiales científicos relativos a la psicología social, parece claro que en todos los campos importantes del Derecho penal del enemigo («cárteles de la droga»; precisamente: «criminalidad de inmigración»; otras formas de «criminalidad organizada» y terrorismo) lo que sucede no es que se dirijan con prudencia y comuniquen con frialdad operaciones de combate, sino que se desarrolla una cruzada contra malhechores archimalvados. Se trata, por lo tanto, más de «enemigos» en este sentido pseudoreligioso que en la acepción tradicional-militar del término¹⁰⁷. En efecto, la identificación de un infractor como enemigo por parte del ordenamiento penal, por mucho que pueda parecer a primera vista una calificación como «otro»¹⁰⁸, no es, en realidad, una identificación como fuente de peligro, no supone declararlo un fenómeno natural a neutralizar, sino, por el contrario, es un reconocimiento de competencia normativa del agente median-te la atribución de perversidad, mediante su demonización —y ¿qué otra cosa es Lucifer que un ángel caído¹⁰⁹? En este sentido, la carga genética del punitivismo (la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad) se recombina con la del Derecho penal simbólico (la tipificación penal como mecanismo de creación de identidad social) dando lugar al código del Derecho penal del enemigo¹¹⁰. *En segundo lugar*, este significado simbólico específico del Derecho penal del enemigo abre la perspectiva para una segunda característica

¹⁰³ En términos del significado comunicacional habitual de la pena criminal; sobre esto a continuación en el texto.

¹⁰⁴ Es llamativo el paralelismo con la idiosincrasia de determinadas tendencias inocuizadoras en la discusión estadounidense que reciben la significativa denominación de «managerial criminology»; *vid.*, por todos, la exposición de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pp. 141 y ss., 145.

¹⁰⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ (*La expansión*, p. 163): «fenómenos... que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado»; «reacciones ceñidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves» (*ibid.*, p. 166).

¹⁰⁶ JAKOBS, *Cuadernos de Derecho judicial*, N. 20, p. 139.

¹⁰⁷ Respecto del terrorismo de nuevo cuño, SCHEERER (*Die Zukunft des Terrorismus. Drei Szenarien*, 2002, pp. 7 y ss., 13 y ss.) identifica la patologización y la mitologización de las conductas en cuestión como verdaderas características decisivas en el discurso de combate contra el terrorismo. Con carácter general sobre este fenómeno de «demonización», en cuanto parte de un nuevo paradigma criminológico centrado en la noción de «exclusión», *vid.* sólo el análisis de YOUNG, *La sociedad «excluyente»*, pp. 155 y ss., planteado con un amplio enfoque y con ulteriores referencias.

¹⁰⁸ Que sencillamente, es peligroso; al que no se le hace en primera línea un reproche, persiguiéndose, por el contrario, su neutralización.

¹⁰⁹ Uno de cuyos nombres, es, precisamente, *el Enemigo*.

¹¹⁰ Cfr. sobre esta relación de parentesco CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, pp. 65 y ss., 69 y ss.

estructural: no es sólo un determinado «hecho» lo que está en la base de la tipificación penal, sino también otros elementos, con tal de que sirvan a la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de los enemigos. De modo correspondiente, en el plano técnico, el mandato de determinación derivado del principio de legalidad y sus «complejidades»¹¹¹ ya no son un punto de referencia esencial para la legislación penal, y se va hacia un verdadero Derecho penal de autor. En conclusión: a las tres características (anticipación de las barreras de punición; desproporción de las consecuencias jurídicas; eliminación de garantías procesales) propuestas como notas definitorias del Derecho penal del enemigo habría que añadir una cuarta: la función de identificación de una categoría de sujetos como enemigos, y la correspondiente orientación al Derecho penal de autor de la regulación¹¹².

3. Definido en estos términos el Derecho penal del enemigo, parece claro que la cuestión de si puede haber *Derecho* penal (legítimo) del enemigo queda resuelta negativamente¹¹³. En particular, desde la perspectiva de un entendimiento de la pena y del Derecho penal con base en la prevención general positiva, la reacción que reconoce excepcionalidad a la infracción del «enemigo» mediante un cambio de paradigma de principios y reglas de responsabilidad penal es disfuncional de acuerdo con el concepto de Derecho penal. Desde este punto de vista, cabe afirmar que el «Derecho penal» del enemigo jurídico-positivo cumple una función distinta del Derecho penal (del ciudadano): se trata de cosas distintas. El Derecho penal del enemigo prácticamente reconoce (o: postula), al optar por una reacción estructuralmente diversa, excepcional, la diversidad del infractor; mediante la demonización de los grupos de autores afectados que se encuentra implícita en su regulación — una forma exacerbada de reproche— da especial resonancia a sus hechos. Ello sólo puede comprenderse si se asume que tal orientación del ordenamiento jurídico-penal va dirigida, en su significado, al conjunto de los grupos sociales que no se encuentran entre los próximos a los autores. En consecuencia, la función del Derecho penal del enemigo probablemente haya que verla en la *creación (artificial) de criterios de identidad entre los excluyentes mediante la exclusión*¹¹⁴.

C) SUBSUNCIÓN

1. Después de este esbozo de las características del Derecho penal del enemigo, ahora se comprobará si la institución de la expulsión es susceptible de ser calificada como perteneciente a tal sector estructuralmente ilegítimo del Derecho penal positivo.

¹¹¹ Un término que, por ejemplo, aparece varias veces en la Exposición de motivos de la LO 7/2000 como un problema a superar.

¹¹² Incluso podría afirmarse —simplificando mucho el proceso para adecuarlo a la imagen de una decisión individual consciente— que las tres notas definitorias mencionadas por *Jakobs* son *instrumentos* para alcanzar el *fin* contenido en la cuarta característica aquí propuesta.

¹¹³ *Vid.* el desarrollo en CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, pp. 89 y ss., 94 y ss.

¹¹⁴ Cfr. las referencias *supra* en nota 21.

Para ello, debe constatarse si concurren los elementos esenciales antes identificados como característicos del Derecho penal del enemigo: el análisis del primero de ellos, el amplio «adelantamiento de las barreras de punición» constatado por JAKOBS respecto, por ejemplo, del proceso de tipificación en el Derecho penal antiterrorista, como es lógico, no procede aquí, en el campo de las consecuencias jurídicas. En cuanto al segundo, la des-proporción de la reacción del sistema punitivo, se halla plenamente presente: no en el sentido del establecimiento de penas desproporcionadamente altas —así la formulación de JAKOBS para la tipificación—, sino, de modo aún más radical, en el sentido de una completa ausencia de toda proporción: esto es lo que implica la generalización de la expulsión a pesar de su ambivalencia afflictiva. En lo que se refiere al tercer elemento, la supresión de garantías procesales —sin que aquí pretenda entrarse en esta cuestión¹¹⁵—, parece claro que la expulsión compromete en muchos casos el derecho a la tutela judicial efectiva. Para verificar la concurrencia del cuarto y último elemento característico —la construcción de una categoría de «enemigos» y su plasmación en un Derecho penal de autor—, primero conviene recordar lo que *no* es la institución de la expulsión, de acuerdo con las consideraciones hechas hasta el momento: no es un sustitutivo penal, una alter-nativa a la pena privativa de libertad. En efecto, la generalización provocada por el carácter preceptivo de la medida de expulsión, la falta de mención a las circunstancias individuales en la cláusula excepcional de cumplimiento en España —es decir, como antes se señalaba: la exclusión *de principio* de toda reinserción—, la completa ausencia de proporcionalidad que también implica la imposición de una prohibición de entrada de diez años para todos los casos, la ausencia de interés, en fin, por asegurar la prohibición de entrada —manifestada en la renuncia al cumplimiento de la pena en todos los casos—, sólo pueden entenderse bajo otros parámetros.

2. Es fácil citar aquí el famoso símil de HEGEL en la adición al § 99 de su *Filosofía del Derecho*¹¹⁶: frente a un perro, se levanta el palo mucho o poco, según convenga a quien lo esgrime, no al derecho del perro. En este sentido, el único mensaje que queda ante una medida de efectos tan aleatorios es que los inmigrantes («irregulares») están relacionados con el delito de un modo específico, por ésa su condición. Eso es lo que pretende quien tiene el palo, ése es el fin objetivo de la regulación¹¹⁷. No se trata de reaccionar frente a los

¹¹⁵ Vid. últimamente LÓPEZ MUÑOZ, *AP*, 21 (2003), pp. 565 y ss.; FLORES MENDOZA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, pp. 121 y ss.; cfr. ahora las importantes consideraciones del TS a este respecto en la STS 901/2004 (8.7.2004; cfr. *supra* nota 52) FJ 2.º, invocando también la doctrina del TEDH.

¹¹⁶ MOLDENHAUER/MICHEL (ed.), *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (Werke, t. 7), 1986, p. 190.

¹¹⁷ Dice ASÚA BATARRITA (en: LAURENZO COPELLO [coord.], *Inmigración*, p. 25): «la instauración de un régimen excepcional para determinados extranjeros en relación a su eventual implicación en un delito produce... efectos indeseables que favorecen una percepción pública distorsionada de la inmigración.» Sin pretender, como es lógico, valorar actitudes personales conscientes de los agentes políticos, habría que añadir a la afirmación

delitos de determinados sujetos, sino de construir una categoría de enemigos¹¹⁸. Lo que se transmite, en definitiva —como viene subrayándose por parte de algunas voces doctrinales en este contexto desde hace tiempo— es una identificación de inmigración y delito¹¹⁹. Por lo tanto, puede afirmarse que se está construyendo una categoría de sujetos aso-ciados a la condición de elementos peligrosos, de «enemigos» a través —entre otros factores¹²⁰, claro está— de su tratamiento penal¹²¹ técnica-mente diferenciado¹²²: hay un Derecho penal de autor.

En síntesis: se trata de asegurar la identidad de los sujetos representados en la norma, los excluyentes, mediante la exclusión; se trata de *Derecho penal del enemigo*. Parece claro —como sucede en los demás ámbitos del Derecho penal del enemigo en mayor o menor medida¹²³— que tal reacción del ordenamiento jurídico-penal se produce en un punto de la configuración social española —las profundas transformaciones que el proceso de inmigración está produciendo de modo acelerado— especialmente crítico en el momento actual, en el que puede resultar electoralmente rentable aparecer como promotor de una

transcrita que sin duda resultan «indeseables» esos efectos, pero que parece también claro que son deseados por la norma.

¹¹⁸ Y hay muchas razones que conducen a que precisamente el inmigrante sin residencia administrativa regular pase a integrar una categoría de «enemigos» excluidos: los limitados vínculos sociales, su fácil identificación como distinto, su específica situación socio-económica y la reacción a ésta de los órganos de persecución penal; *vid.*, por todos, la argumentación de BRANDARIZ GARCÍA, en: FARALDO CABANA (dir.)/BRANDARIZ GARCÍA/PUENTE ABA (coord.), *Nuevos retos*, pp. 48 y ss.

¹¹⁹ Cfr., por ejemplo, ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, pp. 25 y s.; GONZÁLEZ CUSSAC, *Revista Xurídica Galega*, 38 (2003), p. 33; BRANDARIZ GARCÍA, en: FARALDO CABANA (dir.)/BRANDARIZ GARCÍA/PUENTE ABA (coord.), *Nuevos retos*, p. 48.

¹²⁰ De comunicación política: «desde hace tiempo las autoridades públicas venían transmitiendo una interesada vinculación entre inmigración e inseguridad ciudadana» dice (LAURENZO COPELLO, *JpD*, 50 [2004], p. 30) respecto de la campaña previa a la aprobación de la LO 11/2003; *vid.* las referencias *supra* en notas 32 y 34; también el trato diferenciado —en algunos casos, una atención específica limitada a determinados barrios o locales— por parte de los órganos de persecución penal dado al colectivo de inmigrantes en cuestión —un efecto de la política de exclusión a través de la asociación inmigración delito— puede a su vez retroalimentar el vínculo, incrementando porcentajes de detención, procesamiento y condena para el colectivo.

¹²¹ Y desde este punto de vista, la redacción introducida mediante la LO 11/2003 lleva hasta sus últimas consecuencias este modelo de actuación; en este sentido, afirma LAURENZO COPELLO (*JpD*, 50 [2004], p. 30) que la reforma era «casi inevitable» atendiendo a las líneas de evolución de las líneas de comunicación de ciertas fuerzas políticas: «tarde o temprano tenía que desembocar en la intensificación de la política de exclusión». En cambio, ahora la STS 901/2004 (8.7.2004; cfr. *supra* nota 52) aprecia entre la regulación de 1995 y la de la LO 11/2003 incluso un «importante cambio en la filosofía general que inspiraba la expulsión de extranjeros ilegales».

¹²² Y aquí aparece una nueva lectura del símil de *Hegel* antes citado: la exclusión llega hasta el punto de negar al grupo en cuestión su «derecho» a sufrir la sanción (penal formal, la que corresponde a extranjeros con residencia legal y a los ciudadanos españoles).

¹²³ Cfr. sobre esto CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, pp. 95 y ss.

«política de exclusión y estigmatización del inmigrante»¹²⁴. Quizás esta alta rentabilidad política también resida en que la exclusión de cierta categoría de extranjeros mediante el uso del Derecho penal del enemigo aleja la atención social de la exclusión material de esos mismos sujetos producida por la organización del sistema económico-político.

D) CONCLUSIÓN

Con la identificación de la pertenencia de la institución de la expulsión del artículo 89 CP al Derecho penal del enemigo queda «resuelta» la cuestión de la «naturaleza jurídica»¹²⁵ de esta medida: no es una pena —como se ha sostenido en múltiples ocasiones—, al margen del argumento formal de la ausencia de su mención en el artículo 33 CP, porque no presenta en todos los casos la característica de ser un «mal»¹²⁶. No es, desde luego, un sustitutivo penal en el sentido del Código penal, por carecer de toda referencia preventivo-especial¹²⁷. No es materialmente una medida de seguridad, porque tampoco hay análisis del pronóstico de reincidencia del sujeto¹²⁸. Tampoco es una medida de policía en materia de inmigración, porque no existe una planificación de la actuación administrativa y porque la aleatoriedad de sus efectos¹²⁹ impide considerarla un instrumento integrante de una verdadera política. Es una causa de levantamiento de la pena¹³⁰ cuya finalidad es excluir del sistema jurídico a una categoría de personas¹³¹.

¹²⁴ LAURENZO COPELLO, *JpD*, 50 (2004), p. 31.

¹²⁵ Cfr., por todos, la exposición y las referencias —a tomas de posición relativas a la regulación anterior a la LO 11/2003— en ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, pp. 58 y ss.

¹²⁶ Además de que no se dirige por igual a los posibles infractores, y ello sin justificación material de ese trato desigual, como se ha intentado mostrar en el texto. En todo caso, es comprensible que en términos no estrictamente jurídicos se pretenda calificar la expulsión como «pena» (encubierta), teniendo en cuenta la considerable dimensión que puede tener la alictividad de la medida en un determinado sector de supuestos, afirmando que aquí estaría el verdadero fraude de Ley (o: de Constitución) en este asunto (cfr., por ejemplo, en esta línea IZQUIERDO ESCUDERO, *LL*, 1997 t. 5, pp. 1862 y s. [sometiendo a crítica la jurisprudencia del TC a este respecto]; MONCLÚS MASÓ, *JN*, 34 [2001], texto correspondiente a nota 10: «No cabe duda que la expulsión es un mal, en muchas ocasiones peor, para el extranjero extracomunitario, que el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Negar su carácter de pena en base a la mera calificación legal significa posibilitar el fraude a todas las garantías penales y procesales penales...»). Sin embargo, si, como se ha propuesto en el texto, se examina con detenimiento la regulación (y los efectos) de la expulsión, se percibe que éste es un caso distinto de la «mera» criminalización de un grupo mediante leyes penales identificativas: es algo más, es la exclusión de principio del sistema jurídico-penal.

¹²⁷ Cfr. *supra* III.2.c) y d).

¹²⁸ Por mucho que formalmente lo declare así ahora —desde la entrada en vigor de la LO 15/2003— el artículo 96.3 CP.

¹²⁹ Cfr. *supra* nota 80.

¹³⁰ En esta línea ya LASCURAIN SÁNCHEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO/JORGE BARREIRO *et al.*, *ComCP*, p. 291.

¹³¹ Siendo construida esa categoría precisamente mediante la exclusión jurídica. En todo caso, téngase en cuenta que la lógica de la exclusión trasciende al sistema jurídico y se transmite a

Parece claro que a un diagnóstico tan radical¹³² le debe seguir la propuesta de consecuencias igualmente radicales. Si se trata de un sector de regulación estructuralmente ilegítimo, debe eliminarse. Y ésta parece ser la propuesta adecuada para la medida penal¹³³ de expulsión: debe desandarse el camino iniciado en 1985, debe eliminarse la expulsión del Código penal¹³⁴, manteniéndose sólo, en todo caso, como sustitutivo de la pena (o del proceso penal) en muy determinados supuestos; en aquellos en los que esa medida convenga a la resocialización del sujeto en cuestión —y con su consentimiento—, y de modo limitado a penas de poca relevancia (quizás: hasta dos años de prisión)¹³⁵. Porque los ciudadanos —y para el Derecho *penal* de un Estado de Derecho, lo es cualquier ser humano— deben ser tratados por la Ley de acuerdo con el principio de igualdad.

los demás ámbitos vitales: «... la diferencia de inclusión y exclusión sirve como una especie de metacódigo que mediatiza a todos los demás códigos» (LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 583); «Quien no tiene dirección, no puede enviar a sus hijos a la escuela. Quien no tiene papeles, no puede casarse, no puede solicitar prestaciones sociales» (IDEM, *op. cit.*, p. 584). Y ello, según LUHMANN, es un mecanismo de control: «Si se define integración como limitación de los grados de libertad de las partes integradas, entonces se percibe inmediatamente que precisamente el ámbito de la exclusión presenta un funcionamiento *altamente integrado*... La exclusión de un ámbito funcional impide la inclusión en otros» (*ibidem*).

¹³² En el sentido de que la idea de incorporar la expulsión-extrañamiento al ordenamiento jurídico-penal es ilegítima de raíz.

¹³³ Otra cuestión completamente distinta —a abordar en el marco de un estudio integral del Derecho de extranjería— es la valoración de la regulación actual de la medida administrativa de expulsión.

¹³⁴ No parece conveniente contentarse con un mero regreso a la redacción original introducida en 1995. En primer lugar, porque su mera presencia como medida relevante de carácter penal supone una indebida conexión —como se ha señalado en la doctrina, cfr. *supra* nota 119— entre el *status* administrativo irregular a efectos de residencia (y la medida administrativa de expulsión) y la realización de hechos delictivos. En segundo lugar, porque, como se ha intentado mostrar en el texto, no se aprecia cuál puede ser una fundamentación legítima de la diferencia de trato, incluso en los términos de la regulación de 1995. En este sentido, parece que los objetivos legítimos de armonización entre expulsión administrativa y proceso penal (y desde la perspectiva de éste, con base en consideraciones de prevención especial relativas a la persona del penado) pueden lograrse con normas de alcance mucho más limitado.

¹³⁵ Siguiendo la propuesta formulada por ASÚA BATARRITA, en: LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración*, pp. 95 y s.