

# EXPULSIÓN «PENAL» DE EXTRANJEROS: UNA SIMBIOSIS DE DERECHO PENAL «SIMBÓLICO» Y DERECHO PENAL DEL «ENEMIGO»\*

FERNANDO NAVARRO CARDOSO  
Profesor Titular de Derecho penal  
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

## Sumario

1. **Análisis político-criminal.**–2. **Análisis dogmático.**–2.1. Consideraciones generales.–2.2. Naturaleza jurídica.–2.3. Elementos conformadores de la expulsión: análisis crítico.–3. **Conclusión.**–4. **Bibliografía citada.**

## 1. Análisis político-criminal

1. Las discusiones de naturaleza político-criminal que en los últimos años se han venido entablando en sede penal siguen teniendo como denominador común la instrumentalización del Derecho penal para fines que, desde determinadas posiciones, se pueden calificar, cuanto menos, como «extravagantes»<sup>1</sup>.

---

\* Este trabajo tiene su origen en la Ponencia que, bajo el título *Expulsión de extranjeros, política de extranjería y Derecho penal*, fue presentada en el XIX Congreso Nacional de la Unión Progresista de Fiscales, celebrado en Gran Canaria en mayo de 2004.

<sup>1</sup> *Vid.*, entre las innumerables referencias bibliográficas, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (edit.), *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000; AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001; Arroyo Zapatero, L.; Neumann, U.; Nieto Martín, A. (coord.), *Crítica y jus-*

2. Como punto de partida puede servir un recordatorio acerca de la articulación de las políticas estatales de acuerdo con los mandatos constitucionales. En este sentido, quien sirve al desarrollo de dichas políticas es la Administración, contando para ello, como instrumento, con el Derecho administrativo. A éste se le ha asignado tradicionalmente, como papel fundamental, la ordenación de sectores, a fin de dar satisfacción a los intereses generales que la Administración está llamada a servir (artículo 103.1 de la Constitución española). Por ese motivo, la Constitución, en cuanto primera norma que traza las líneas de actuación política y diseña la estructura organizativa del Estado, no le asigna ningún papel en este punto al Derecho penal. Y si le compete a la Administración, el instrumento del que dota el Texto constitucional a los poderes públicos en el orden sancionador para la consecución de aquellos intereses generales que están llamados a servir son las infracciones y sus correspondientes sanciones, no los delitos y las penas. La propia Constitución se encarga de cerrar el paso a cualquier otra posible interpretación al declarar, de modo expreso, que la Administración no puede imponer sanciones privativas de libertad (artículo 25.1)<sup>2</sup>.

Por su parte, el papel del Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho, cimentado sobre el respeto a los derechos fundamentales, debe quedar reducido a la emisión de juicios de reproche de conductas disvaliosas, las cuales pueden tener lugar —y no hay, de entrada, ningún inconveniente para ello— en el seno de sectores ordenados administrativamente.

Por lo tanto, mientras el Derecho administrativo (y su correspondiente régimen sancionador) tiene como una de sus misiones principales ordenar sectores para la satisfacción de los intereses generales, el Derecho penal no participa de esa finalidad. Así, ni puede afirmarse que éste pretende ordenar el sector eléctrico cuando tipifica las defraudaciones de fluido eléctrico, ni el del tráfico rodado al introducir los delitos contra la seguridad del tráfico. Y, por cierto, tampoco puede sostenerse que esté ordenando la política de extranjería con los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

---

*tificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003; Faraldo Cabana, P. (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004; Eser, A.; Hassemmer, W.; Burkhardt, B. (coord. de la versión alemana); F. Muñoz Conde (coord. de la versión española), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

<sup>2</sup> Queda al margen de estas consideraciones, como es por todos sabido, el régimen disciplinario militar, el cual sí prevé sanciones privativas de libertad.

En ese sentido, no debe olvidarse que el Derecho penal no resuelve problemas (no es competente para ello), sino que sólo interviene, emitiendo juicios de reproche debido a la cantidad de injusto material de la conducta desaprobada. Sostener otra cosa distinta equivale a subvertir, no ya el papel del Derecho penal, sino de todo el sistema sancionador, generándose como resultado la inversión del papel que le corresponde a la normativa penal, al transformarse ésta en instrumento flanqueante de la normativa administrativa (ordenadora) en general, y de la administrativo-sancionadora en particular, cuando debe ser al revés.

Cuestión bien distinta es que el Derecho penal coadyuve, indirectamente, al ejercicio de actividades conforme a Derecho, evitando la realización de determinadas conductas que, además de ser delictivas, son contrarias al orden del sector o subsector económico en el que tienen lugar.

En definitiva, el Derecho penal es incompetente para la resolución de problemas de origen sistémico, necesitados del desarrollo de políticas de ordenación, siendo el Derecho administrativo el competente (legitimado) para ello; el cual, en el cumplimiento de sus cometidos no se haya en absoluto desasistido, pues cuenta, entre otros instrumentos, con el Derecho administrativo sancionador<sup>3</sup>.

**3.** La política de extranjería, como cualquier otra política (caso de la ambiental) se construye y desarrolla a través de un conjunto de instrumentos de actuación positiva de naturaleza bien diversa. En este ámbito, «el control de entrada, la concesión de visados, la predeterminación de los puntos de entrada, los permisos de residencia y sus variantes, las autorizaciones, etc., son técnicas propias del derecho público y configuran gran parte de los contenidos propios de una legislación como la de extranjería»<sup>4</sup>.

Son, pues, las decisiones políticas en materia de extranjería, como lo corrobora la actual legislación en la materia, quienes determinan, con carácter general, los regímenes de entrada, permanencia y salida de los ciudadanos no nacionales, de acuerdo con las normativas internacional y comunitaria aplicables.

---

<sup>3</sup> Vid., con mayor profusión, NAVARRO CARDOSO, F., «El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador», en *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 1321 y ss.

<sup>4</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, 2000.

4. Por nadie se discute que la expulsión penal de extranjeros «sin papeles», regulada en el artículo 89 del Código Penal, es una decisión de política penal vinculada a la política de extranjería.

Planteado en estos términos, la cuestión a resolver es si es posible la convergencia entre ambas. Al respecto cabe señalar: En primer lugar, tal como se apuntó más arriba, que las funciones del Derecho penal y del Derecho administrativo son distintas. Obsérvese que el objeto de la discusión es una consecuencia jurídica y no la incriminación de una conducta de acuerdo con las reglas de imputación y las garantías propias del sistema penal (de suerte que tal previsión incriminadora coadyuvaría, como ya apunté, al desarrollo de un sector ordenado administrativamente).

En segundo lugar, que conforme a la redacción anterior a la reforma del artículo 89 del Código Penal, operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, en tanto la expulsión era potestativa, se apuntaba, doctrinal y jurisprudencialmente, la necesidad de ponderar entre ambas en orden a fundamentar la adopción o no de la decisión judicial de expulsión. En tanto ahora es preceptiva, como regla general, puede inferirse que ha prevalecido la política de extranjería sobre la política penal. Tal inferencia viene corroborada en la propia Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica, donde se confiesan de manera expresa las razones de la reforma: lograr una mayor eficacia en la medida de expulsión, evitándose, además, que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España de los extranjeros «sin papeles». A ello hay que añadir un argumento de orden económico: siempre resultará más económica, sin duda alguna, la expulsión, que el mantenimiento de la persona en calidad de interno en un centro penitenciario; argumento éste que pone de manifiesto la convergencia en este punto de las políticas de extranjería, penitenciaria (reducción del número de internos) y presupuestaria.

Además, nadie discute que las decisiones en torno al régimen de entrada, permanencia y salida del territorio de los no nacionales han sido cada vez más restrictivas (lo que se discute es la necesidad de las mismas). Y esto es una prueba más del actual sometimiento del régimen penal en esta materia a los dictados de esa política de extranjería. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.<sup>a</sup>, de 8 de julio de 2004, no es ocioso recordar que cada reforma producida del artículo 89 del Código Penal desde la entrada en vigor del vigente Texto punitivo «ha ofrecido una versión más endurecida contra los emigrantes ilegales condenados por delito». Y a esta resolución tampoco se le esconden los motivos no confesados del legis-

lador: «En todo caso no debe olvidarse la incidencia directa que tal medida va a tener en la población reclusa al provocar una drástica disminución del número de extranjeros en prisión».

5. Del mismo modo que el Derecho penal no puede atender, por razones de incompetencia, es decir, de ausencia de legitimación, las pretensiones ordenadoras propias del Derecho administrativo, éste es incompetente para lograr los fines de prevención general y especial que legitiman la intervención penal.

Es de observar que se habla del Derecho administrativo y no de su particular instrumento sancionador, el cual, innegablemente, también se haya —o debiera estar— conformado de acuerdo con criterios de prevención<sup>5</sup>. En efecto. El Derecho administrativo sancionador (en lo que ahora interesa, las infracciones y sanciones de la legislación de extranjería) pretende —o debiera pretender— la prevención de infracciones administrativas, pero en aras de lograr la satisfacción de unos fines ordenadores, en este caso, de la política de extranjería. Los entreguiones, como resulta obvio, marcan la diferencia, al igual que en Derecho penal, entre el uso legítimo y el ilegítimo de los instrumentos sancionadores.

6. A tenor de la actual redacción del precepto objeto del presente comentario, de lo anterior se infiere la conversión del Derecho penal en «brazo armado» de la política de extranjería. Sin embargo, con su renuncia a los fines preventivos que le son propios y exclusivos, se corre el serio riesgo de terminar convertido, más que en el brazo armado, en el «brazo tonto» de la legislación de extranjería, en tanto no somete su intervención a los criterios racionales que justifican materialmente su intervención. Además, no debe pasar desapercibida la afirmación contenida en la Exposición de Motivos antecitada en orden a justificar la reforma del artículo 89: tras afirmar que «De esta forma se lograr una mayor eficacia en la medida de expulsión» se añade, a continuación, «medida que, no debemos olvidar, se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y que han delinquido». La pregunta se antoja una «verdad de Perogrullo»: ¿Para qué se hace intervenir entonces al Derecho penal si el Derecho administrativo sancionador va a conseguir lo mismo con los menores costes que comporta la intervención del segundo?; menores costes por todos conocidos y sabidos. Bien es verdad que debe propugnarse, del mismo modo, un subsistema administrativo sancionador respetuoso con

---

<sup>5</sup> DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1996.

las reglas de imputación y las garantías propias del mismo (cuestión polémica, sin duda alguna, dado los derroteros tomados por la legislación de extranjería, introduciendo elementos de muy dudosa constitucionalidad, como se tendrá ocasión de poner de manifiesto más adelante).

7. La subordinación del Derecho penal a la consecución de logros en la política de extranjería conlleva otro riesgo nada despreciable, cual es su sometimiento a los avatares de la coyuntura política. Ello trae como consecuencia decisiones legislativas desasosegadas, carentes de la necesaria serenidad y meditación que requieren todas las decisiones de esa naturaleza, pero sobre todo y por razones obvias, las de política penal (de «vértigo legislatorio» en relación con las últimas reformas penales habla la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.<sup>a</sup>, de 8 de julio de 2004). Así, referirse a la «Ley de extranjería» supone hacerlo a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre; y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Como producto del sometimiento del Derecho penal a estas transformaciones de la política de extranjería, se toman decisiones ciertamente sorprendentes. Así, el artículo 89 contempla un régimen de excepciones a la expulsión (es decir, de efectivo cumplimiento de la pena en España) como medida (plausible, dicho sea de paso) para la lucha contra el tráfico ilícito de personas. Pero se deja fuera, inexplicablemente, el delito de inmigración ilegal de trabajadores del artículo 313.1 del Código Penal. Como resultado de ello, la víctima de este delito puede terminar siendo objeto de la misma sanción que el traficante, esto es, la expulsión<sup>6</sup>; teniendo en cuenta que no es necesario que se le aplique al trabajador-inmigrante «sin papeles» el artículo 89 como consecuencia de la comisión de un delito, sino que basta con aplicarle la legislación de extranjería. En definitiva, el sujeto activo de un delito y el sujeto pasivo del mismo (sujeto activo de una infracción administrativa) pueden sufrir la misma sanción. Podría traerse aquí, *mutatis mutandi*, cierta consideración vertida en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15.<sup>a</sup>, de 23 de diciembre de 2003: «No creemos que el legislador haya pretendido tal cosa, a pesar de que debido al exceso de trasiego normativo al que asistimos última-

---

<sup>6</sup> Cuestión que también advierte, entre otros, PÉREZ CEPEDA, A., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004, pp. 226 y ss.

mente, es posible que no haya confeccionado en el presente caso un texto legal lo suficientemente claro, meditado y previsor con respecto a sus consecuencias reales»<sup>7</sup>.

8. En otro orden de cosas, promover la «expulsión» del Código Penal de la previsión contenida en su artículo 89 conlleva un ejercicio de pedagogía social, que contribuiría de manera decisiva a romper el falso binomio inmigración-delincuencia<sup>8</sup>. Se trata de una formulación hecha, si no con desprecio (que también en ocasiones), sí con ligereza respecto de las causas generadoras de los contextos de exclusión, y de los índices de «cifra negra»<sup>9</sup>. Y resalta, por su gravedad, la contribución decidida a su promoción desde los propios ámbitos gubernamentales. Así, en los Acuerdos de Schengen de 1985, en el Título I dedicado a las medidas de cooperación interestatal, se afirma en su punto 9: «Las Partes reforzarán la cooperación entre sus Autoridades aduaneras y policiales, en especial en la lucha contra la criminalidad y el narcotráfico, contra la entrada y estancia irregular de personas y contra el fraude fiscal y aduanero y el contrabando»<sup>10</sup>. Cualquier comentario al respecto resulta ocioso, estéril. Concluyendo, esa dinámica genera unos resultados perversos: «el conflicto se traslada al interior de las categorías del pensamiento penal»: el inmigrante «ilegal», en cuanto individuo a controlar por el Derecho penal, es criminal y sus hechos son crímenes<sup>11</sup>. Que duda cabe que el artículo 89 es una buena prueba de ello.

Lo anterior merece una aclaración en el sentido siguiente: no estoy promoviendo el recurso al Derecho penal como instrumento de pedagogía social, rechazable por lo que supone de instrumentaliza-

---

<sup>7</sup> El texto adquiere su pleno sentido más adelante, donde se explicita el supuesto de hecho y el objeto del recurso.

<sup>8</sup> Vid. GARCÍA ESPAÑA, E., *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001; ANTÓN PRIETO, J. I., «Inmigración y delito en el imaginario colectivo. Alternativas a una relación perversa», en F. PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 247 y ss. Vid., igualmente, referencias a diversas investigaciones que niegan ese binomio en MAQUEDA ABREU, M. L., «Políticas de seguridad y Estado de Derecho», en F. PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, cit., pp. 1290 y 1291.

<sup>9</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, J., «Sistema penal e inmigración», en F. PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, cit., pp. 1463 y ss., pp. 1477 y 1478.

<sup>10</sup> Vid. ASÚA BATARRITA, A., «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas de control de la inmigración», en P. LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración y Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 25 y ss.

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ MESA, M. J., «El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina. Funciones instrumentales y simbólicas», en F. PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, cit., pp. 843 y ss., 850, citando a Baratta.

ción meramente simbólica del mismo<sup>12</sup>, sino todo lo contrario. Propugno la no intervención del Derecho penal, lo cual tiene, como efecto secundario, coadyuvar a romper ese intolerable binomio.

9. Propugnar la supresión del artículo 89, en su actual redacción, o en la anterior, puede ser susceptible de crítica en tanto se sostenga que se está conculcando el mandato constitucional (artículo 25.2 de la Constitución) de orientar las penas a la reinserción social —o que la expulsión sí satisface las demandas preventivas<sup>13</sup>—. De entrada, no debe pasarse por alto la fuerte crítica a que es sometida esta previsión «por sus posibles contenidos moralizantes, su vinculación a la ideología del tratamiento como intervención terapéutica sobre la personalidad o por su tendencia a referirse sólo a la delincuencia marginal y no a la de los sujetos integrados socialmente»<sup>14</sup>.

Sin embargo, desde hace tiempo se viene insistiendo en un aspecto positivo del fin resocializador, sosteniéndose que la reinserción social puede y debe ser enmarcada en un concepto amplio de prevención especial, orientada al cumplimiento humanizado de las penas, evitando los efectos desocializadores de la prisión<sup>15</sup>.

Esta línea argumental sirve, sobre todo, para contestar a aquellos que propugnan la expulsión en tanto no va a ser posible satisfacer, de ningún modo, el fin resocializador respecto de los inmigrantes «sin papeles»<sup>16</sup>. Claro que, del mismo modo, se puede interrogar acerca de la exclusión de estas personas de los beneficios penitenciarios. Al respecto, ya se ha aclarado el sentido que hay que darle a la citada finalidad. Y, en segundo lugar, tampoco hay que perder de vista que el Derecho penal no puede terminar convirtiéndose en un instrumento legitimante de la permanencia en un territorio de no nacionales sin la correspondiente autorización para ello (siempre y cuando se entienda que la solución pasa por la expulsión, lo que está por ver).

Aquí se llega a un punto álgido en la discusión. Esa línea de razonamiento, llevada al paroxismo, podría implicar que, dado que el ex-

---

<sup>12</sup> Vid. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, documentos 4, Grupo de Estudios de Política Criminal, Valencia, 1998, p. 17.

<sup>13</sup> CUGAT MAURI, M., «La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del Derecho penal», *Derecho y proceso penal*, n.º 6, 2001, pp. 23 y ss., teniendo en cuenta que el trabajo se publica con anterioridad a la última reforma.

<sup>14</sup> GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 31.

<sup>15</sup> Vid. GARCÍA ARÁN, M., *ibidem*, pp. 31 y ss., con referencias bibliográficas.

<sup>16</sup> A ello se refiere críticamente ASÚA BATARRITA, A., «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena...», cit., pp. 20 y ss.



trajero «sin papeles» no va a poder obtener la residencia legal, nada menos costoso para el Estado que no esperar a la sentencia condenatoria y expulsarlo simplemente con la existencia, por ejemplo, de indicios racionales de criminalidad. Pues bien, de conformidad con la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003 al artículo 57.7 de la Ley de extranjería, «a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación».

Sin duda alguna, no son pocas las consideraciones que suscita el precepto transcrito, algunas de hondo calado (v.gr., una nueva irrupción del principio de oportunidad<sup>17</sup>), si bien cabe detenerse ahora en otro aspecto: la derogación de los derechos procesales del extranjero «sin papeles», rebajándolo a la condición de «no-persona», «expulsándolo» del sistema. Y si escapa a tal previsión, hace su aparición el artículo 89 del Código Penal, «coche-escoba» de este subsistema sancionador-defensista. Se está, pues, ante una manifestación del Derecho administrativo, procesal y penal del «enemigo», «categoría del Derecho que considera enemigo a todo aquel que ha huido de un modo duradero del Derecho, frente a quien la sociedad reacciona, hasta el extremo de contraponer un *Derecho para ciudadanos* y un *Derecho para enemigos*»<sup>18</sup>. Precisamente, la otra gran crítica (si acaso la primera en orden de importancia) que puede verse sobre el artículo 89 del Código penal es que, de manera indubitada con la actual redacción, cercena derechos fundamentales de la persona, violados con la expulsión «cuasi-automática» prevista.

<sup>17</sup> Como sostiene la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2000, de 31 de enero, la expulsión «administrativa» no es una pena, sino una mera suspensión de la potestad estatal de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. *Vid.*, al respecto, DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. J., «Garantías en la detención y expulsión de extranjeros», *La Ley*, n.º 4471, 1998; PALOMO DEL ARCO, A., «La expulsión de extranjeros en el procedimiento penal», en *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal*, Manuales de Formación Continuada n.º 5, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 139 y ss.

<sup>18</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., «El Derecho penal y procesal del «enemigo». Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos», en J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; J. M. ZUGALDÍA ESPINAR (coord.), *Dogmática y ley penal. Libro-homenaje a Enrique Bacigalupo*, V. I, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 696 (una versión más reducida en *Jueces para la Democracia*, n.º 49, 2004).

Ahora bien, ¿son realmente enemigos? ¿Tienen, pues, la capacidad de maniobra suficiente para socavar los cimientos del sistema? ¿Son objetivamente un riesgo para el sistema y no una mera sensación de riesgo provocada por la necesidad de modificación del *status quo* que genera el pluralismo?<sup>19</sup> No obstante, y para no generar falsas expectativas en quienes pretender alimentar este debate para lograr elementos de justificación, conviene recordar con Muñoz Conde que «en un Estado de Derecho democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano ni el «enemigo», ni nadie puede ser nunca definido como «no persona»<sup>20</sup>. España lleva padeciendo 25 años el terrorismo: ¿Son los miembros de ETA enemigos, al punto de ser necesario aplicarles un derecho de guerra debido a que pueden llegar a socavar las bases de la convivencia en este país?<sup>21</sup>

La manera más razonable desde un punto de vista jurídico de lograr el respeto debido a los derechos fundamentales en liza es tomar en consideración todo el conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas que inciden en la toma de decisión. Como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.<sup>a</sup>, de 8 de julio de 2004, una de las perspectivas desde la que se debe abordar el artículo 89 es, precisamente, «la afectación directa que tiene la medida de expulsión en relación a otros derechos fundamentales de las personas afectadas, con independencia de su condición de inmigrante ilegal». No obstante, bien cabría un importante matiz a esta por otra parte inobjetable aseveración, cual es que *no hay «otros» derechos fundamentales en juego que los del inmigrante*. Frente a éstos lo que se sitúa no es ningún derecho fundamental, sino meras razones de orden público o, si se prefiere, una determinada política de extranjería, articulada, eso sí, para lograr satisfacer los intereses generales (aunque está por ver qué intereses y de quiénes). Adviértase, pues, que *los elementos de la confrontación son, por un lado, derechos fundamentales de la persona («sea o no inmigrante, ilegal o no», como dice la mencionada resolución) y, por otro, una determinada concepción del orden público*. Por lo tanto, cualquier decisión pasa por el escrupuloso e inderogable respeto a los primeros, fundamento del orden político y de la paz so-

<sup>19</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual», en P. FARALDO CABANA (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, cit., pp. 65 y ss., 90 y ss.

<sup>20</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4.<sup>a</sup> ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 124.

<sup>21</sup> *Vid.*, además del trabajo precitado de RAMOS VÁZQUEZ, del mismo, «Terrorismo e intervención penal: la LO 7/2000 y los límites del *ius puniendi*», *Revista de Ciencias Penales*, n.º 4, 2001-2002, pp. 89 y ss.; CANCIO MELIÁ, M., «¿"Derecho penal" de enemigos?», en G. Jakobs; M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 57 y ss., p. 95.

cial, tal como reza el artículo 10.1 de la Constitución española. Desde esta perspectiva se antoja evidente la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo en la reiterada resolución de julio de 2004: la excepción a la expulsión (esto es, el cumplimiento efectivo de la pena en España) no sólo debe tomar en consideración razones de índole objetiva, como es la naturaleza del delito, sino también de carácter subjetivo, estudiando las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar (la expulsión también puede afectar al derecho a la vida privada y familiar, reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>22</sup>). Resulta tajante el juzgador al afirmar que «Una vez más hay que recordar que todo juicio es un concepto individualizado, y si ello tiene una especial incidencia en la individualización judicial de la pena, es obvio que también deben serlo aquellas medidas sustitutivas de la pena de prisión». Para ello, además, debe darse cumplida satisfacción al trámite de audiencia, porque, de lo contrario, quedaría viciado de inconstitucional el precepto. Dicho trámite puede hacerse, según la Sala 2.<sup>a</sup>, bien desde una «relectura del precepto en clave constitucional», bien dentro del propio Plenario.

En definitiva, entiende esta Resolución que no ponderar las circunstancias subjetivas, dándole audiencia al reo, viciaría de inconstitucionalidad el precepto.

La decisión de la Sala 2.<sup>a</sup>, estimando el recurso de casación, anulando la expulsión y manteniendo el resto de los pronunciamientos, no deja de ser, sin embargo, criticable. Como por todos es conocido y sabido, el límite en la interpretación de la norma es el sentido literal posible. Y si en el ejercicio de sus funciones, un juez o tribunal tiene dudas sobre la constitucionalidad de un precepto, el ordenamiento jurídico prevé unos mecanismos para solventar dichas dudas a través de la conocida cuestión de constitucionalidad (artículos 35 a 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en desarrollo del artículo 163 de la Constitución). De aquí se deriva la imposibilidad —e inconveniencia— de desarrollar una política de «injertos», «inventando» lo que es a todas luces evidente que no dice la norma (fundamentalmente, porque el legislador decidió que no lo dijese al reformar el precepto y suprimir ese trámite de audiencia que sí estaba previsto en la redacción originaria)<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> La tutela de este derecho a generado diversos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en contra de la expulsión, como pone de manifiesto, con referencias expresas, la Sentencia del Tribunal Supremo citada.

<sup>23</sup> Vid. ARIAS SENSO, M. A., «Expulsión de extranjeros imputados y condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS de 08.07.2004», *La Ley*, 2004. (En prensa. Agradezco al autor la deferencia de permitirme acceder al original.)

**10.** Puede, en fin, polemizarse acerca de los límites que maneja y maneja el artículo 89, pues fijar como límite seis años de prisión genera objeciones de muy diversa consideración, relacionadas todas con los fines de la pena. Por ello pudiera atenderse, como hipótesis de trabajo, a la propuesta formulada por el Grupo de Estudios de Política Criminal, la cual fija el límite de la posible sustitución en los tres años<sup>24</sup>.

A partir de ese límite, el Grupo de Estudios entiende que no cabe la sustitución, por razones de prevención general. De hecho, no parecen existir muchas dudas acerca de la necesidad de cumplimiento efectivo en España de penas impuestas a extranjeros «sin papeles» por la comisión de delitos graves<sup>25</sup>. Es más, en los supuestos que ha conocido el Tribunal Constitucional, se ha manifestado en este sentido, caso del ATC 33/1997, de 10 de febrero y de la STC 203/1997, de 25 de noviembre.

Es sumamente ilustrativo al respecto el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, ya citado, que resuelve el recurso de súplica interpuesto por el interesado y por el Ministerio Fiscal impugnando un auto del propio Tribunal denegatorio de la sustitución de una pena de prisión de cinco años impuesta por la comisión de un delito de tráfico de drogas. Se sostiene en la resolución que «si los correos de la droga a pequeña escala que transportan a España quinientos o menos gramos de cocaína (en el presente caso se trataba de medio kilo de cocaína ya mezclada) van a tener como respuesta punitiva celebrar la vista oral en un breve plazo de tiempo y después el regreso de vuelta a su país de origen con el billete pagado [«y la advertencia de que no regresen a España en un período de diez años», añade más adelante], no se puede hablar de un efecto disuasorio de la pena»<sup>26</sup>.

Hacerse eco de la citada Propuesta del Grupo de Política Criminal implica ser consciente de que el principal escollo para la admisión de la supresión del artículo 89 reside en este punto; es decir, respecto de las penas largas privativas de libertad. Sin embargo, seguirían siendo razones de política de extranjería las que fundamentarían el mante-

---

<sup>24</sup> La propuesta del Grupo de Estudios se distancia en mucho de la redacción actual del artículo 89, pues se prevé una distinción entre extranjeros con y sin papeles, donde la sustitución de la pena a los primeros debe contar con su consentimiento y los segundos conservan el derecho a ser escuchados. *Vid.* GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, cit., pp. 50 y ss.

<sup>25</sup> Bien es verdad que ahora pena grave y, en consecuencia, delito grave, es aquella que tiene asignada una pena de prisión superior a 5 años, de acuerdo con la modificación operada por la Ley Orgánica 15/2003.

<sup>26</sup> Cfr. CUGAT MAURI, M., «La expulsión de extranjeros...», cit., p. 27.

nimiento de este precepto (con todas las matizaciones y supresiones, incluso, que precisa la redacción actual o anterior; sobre todo, la actual). Razones de coherencia me obligan, pues, a sostener la desaparición del Código Penal de la «expulsión penal».

A ello se suma (que bien debiera figurar en primer orden) la indubitada violación de los principios de legalidad, proporcionalidad y humanidad que supone la expulsión del sujeto que ya ha cumplido las tres cuartas partes de la condena o, incluso, como se ha añadido ahora por la última reforma, cuando se ha alcanzado el tercer grado penitenciario. En estos casos, a nadie se le escapa que la expulsión pasa de ser una consecuencia sustitutoria de la pena a una acumulativa a ésta. Y a la jurisprudencia tampoco: «...en la actualidad el condenado ya ha cumplido prácticamente toda la pena impuesta,... por lo que la sustitución que se pretende del resto de la pena que le queda por cumplir a fecha de hoy, apenas dos meses, es además de excesiva, contraria al principio «non bis in ídem», pues provocaría la doble punición de su conducta, ya que a la obligación de cumplir la pena de privación de libertad, se le suma la de cumplir la expulsión, lo cual es contrario a los más elementales principios de derecho. Añadiendo que se vulneraría la proporcionalidad que la imposición de cualquier pena exige, al excederse el castigo a su conducta, que se ve doblemente sancionada, pues sin duda la expulsión por los escasos meses que le quedan por cumplir es desproporcionada y excesiva» (Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.<sup>a</sup>, de 31 de enero de 2001). «Se denuncia la desproporción de la medida porque el recurrente fue condenado a tres años de prisión y ya ha cumplido, prácticamente, casi la mitad de la pena, con lo que la medida de la expulsión en este caso no sería sustitutoria de la pena sino acumulativa de ésta. Tampoco le falta razón al recurrente» (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.<sup>a</sup>, de 8 de julio de 2004).

Del mismo modo no pasa desapercibido que con esta medida el propio Estado español impide el cumplimiento del Convenio Europeo sobre Traslado de Personas Condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, ratificado por España por Instrumento de 18 de febrero de 1985, además de los diversos tratados bilaterales suscritos con diferentes países sobre la materia.

Desde la perspectiva del Derecho penal del «enemigo», la expulsión encuentra, no obstante, «cumplida y satisfactoria» justificación.

**11.** Por lo tanto, y a modo de conclusión, *si el extranjero en situación irregular es condenado a una pena corta privativa de libertad que habilite el acceso a los sustitutivos penales, tendrá derecho a ellos. Con esto se satisfacen enteramente las exigencias derivadas de la*

*prevención especial. A continuación debe hacer su entrada la legislación de extranjería, procediendo, si fuera pertinente, a la apertura del correspondiente expediente sancionador de expulsión, o, en su caso, a la ejecución de la resolución «firme» de expulsión, si el sujeto carece de las correspondientes autorizaciones para permanecer en España*<sup>27</sup>. Nótese, además, que bien pudiera pensarse que esta sede administrativa es la más idónea para discutir cuestiones de esta naturaleza, extrañas, cuanto menos, por no decir ajenas, a la jurisdicción penal. Bastaría con asomarse a las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para comprender la complejidad de la discusión cuando de residencia legal o de arraigo se habla<sup>28</sup>. Si esa discusión se circunscribe al marco de un «juicio rápido» por hurto, el nivel de preocupación por la suerte de tales conceptos y, por ende, de los derechos fundamentales del justiciable, podría alcanzar cotas insoportables.

No debe olvidarse que, en la práctica, el condenado que accede a la suspensión de la pena, por ejemplo, queda en libertad, y su causa es «archivada» provisionalmente, a la espera del transcurso de los plazos pertinentes para la remisión definitiva, si el sujeto no vuelve a delinquir. Se entiende, pues, que las exigencias derivadas de la prevención general y especial en estos casos quedan satisfechas con la sentencia condenatoria.

Por último, el cumplimiento de una sentencia condenatoria (con entrada, en su caso, de los sustitutivos penales) nada tendría que ver con la expulsión de una persona extranjera que carece de los requisitos necesarios para permanecer en el territorio nacional, de suerte que carece de virtualidad el principio *ne bis in ídem*, por ausencia de identidad en el objeto y en el fundamento. Le asiste, pues, la razón a quienes denuncian la vulneración del citado principio con la redacción anterior o actual<sup>29</sup>. Cuestión distinta es, vuelvo a insistir, que deba operar siempre y en todo caso la expulsión del extranjero por su mera estancia irregular. Constituye, en cambio, una clara vulnera-

---

<sup>27</sup> Propugnar la entrada de la legislación de extranjería no implica la admisión acrítica de la actual política de extranjería, basada en la exclusión. *Vid.* una excelente panorámica de la actual situación en RODRÍGUEZ MESA, M. J., «El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina...», cit., pp. 843 y ss., y la bibliografía allí citada; así como en PÉREZ CEPEDA, A., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004, *passim*.

<sup>28</sup> Cuestión de la que se hace eco la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 8 de julio de 2004.

<sup>29</sup> *Vid.*, entre otros, RODRÍGUEZ MESA, M. J., «El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina...», cit., p. 863; TERRADILLOS BASOCO, J., «Sistema penal e inmigración», cit., p. 1479.

ción de dicho principio lo preceptuado en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000<sup>30</sup>, de acuerdo con un sentir generalizado<sup>31</sup>.

## 2. Análisis dogmático

### 2.1. Consideraciones generales

El artículo 89 se encuentra incardinado dentro de la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo III, dedicada a la sustitución de las penas privativas de libertad.

Con carácter general, hablar de sustitutivos penales es hablar de la búsqueda de alternativas a las penas cortas privativas de libertad.

La sustitución se enmarca en el proceso de individualización de la responsabilidad penal, donde prevalecen las necesidades preventivo-especiales y de resocialización del condenado frente a las preventivo-generales. Con ella se pretende evitar la desocialización que conlleva la pena privativa de libertad de corta duración por excelencia, cual es la de prisión. Como sostiene García Arán, «evitar la desocialización es la mejor política de reinserción social»<sup>32</sup>. Precisamente por ello se le otorga al juez un margen de discrecionalidad, de suerte que pueda adecuar la necesaria respuesta jurídico-penal a los concretos fines perseguidos.

Bien es verdad que en tanto la pena no sea suspendida sino sustituida por otra, las necesidades preventivo-generales puede entenderse que siguen estando presente y tomadas, pues, en consideración.

Gracia Martín ha sintetizado los argumentos en virtud de los cuales las penas privativas de libertad de corta duración no sirven para

---

<sup>30</sup> «Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados» (redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000).

<sup>31</sup> *Vid.*, últimamente, RODRÍGUEZ MESA, M. J., «El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina...», cit., p. 865, y la bibliografía allí citada.

<sup>32</sup> GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad...*, cit., p. 99. Más rotundo se muestra von LISZT, F., *ZStW*, 1889, p. 743, cuando sostiene que la pena privativa de libertad de corta duración, además de inútil, perjudica de manera más grave al orden jurídico que la total impunidad del delincuente (cit. tomada de GRACIA MARTÍN, L., en el mismo [coord.], *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 238).

alcanzar los fines de la resocialización<sup>33</sup>: En primer lugar, porque no hay margen temporal para el tratamiento penitenciario. En segundo lugar, porque exponen al interno a la «contaminación carcelaria»; cuestión sobre la que ha tenido oportunidad de pronunciarse, incluso, el Tribunal Constitucional. Así, en su Sentencia 165/1993 se refiere al «probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios» que tienen las penas privativas de libertad de corta duración. Y, en último término, porque sobrecargan los establecimientos penitenciarios.

Sin embargo, todo el discurso sobre la convivencia de los criterios preventivos especiales —y puede que también los generales— en el marco de los fines de la pena, es dejado de lado con la actual regulación del artículo 89 del Código Penal; si bien es cierto que esta consideración puede hacerse extensiva a la redacción originaria, en tanto no queda tampoco a salvo de esta observación crítica.

Como ya he tenido ocasión de poner de manifiesto: En primer lugar, a los motivos explicitados, de por sí objetables, se añaden otros no confesados, igualmente criticables. En segundo lugar, se aumenta la gravosidad de la expulsión, la cual pasa a ser criterio general. En último lugar, en orden a aplicar la regla excepcional, no se toman en consideración las circunstancias personales, familiares o sociales del extranjero, con posible vulneración de derechos fundamentales de la persona, con independencia de su situación administrativa en el territorio nacional. Por lo tanto, *la previsión del artículo 89 no debe ser interpretada como beneficio alguno*.

## 2.2. Naturaleza jurídica

La propia naturaleza jurídica de la «expulsión penal» resulta controvertida. Se discute si se trata de una pena, de una medida de seguridad o de un sustitutivo penal.

En primer lugar, no es una pena. No está en el catálogo de penas del artículo 33 del Código Penal<sup>34</sup>, aunque es indubitado que comporta una restricción de derechos; fundamentalmente, del derecho a la libre circulación y a la residencia.

<sup>33</sup> GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito...*, cit., pp. 238 y 239.

<sup>34</sup> Argumento que debe ser manejado desde un punto de vista material, es decir, que el sistema penal no cuenta con la expulsión como consecuencia jurídica del delito. Se trata, pues, de ir más allá del aspecto formal que encierra la afirmación que una consecuencia no lo es porque no figura en un listado.



La afectación de ese derecho permite sostener a algún autor que se trata de una modalidad de la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos<sup>35</sup>. Pero como replica Asúa Batarrita: no se relaciona con el lugar preciso de la comisión del delito ni con el domicilio de la víctima, sino que se extiende a todo el territorio nacional; carece de vinculación con la naturaleza del delito; su incumplimiento no comporta la comisión del delito de quebrantamiento de condena; y coincide con el contenido material de la extinta pena de extrañamiento, desaparición que revela la voluntad del legislador de suprimirla como «sanción penal»<sup>36</sup>.

A lo anterior se añade, como contraargumento a la consideración de la expulsión como pena, que no se condice con el mandato de proporcionalidad con gravedad del hecho. Dicho de otro modo, no superaría los filtros que legitiman la intervención penal.

Sin embargo, de acuerdo con la actual regulación, la expulsión se asemeja ahora mucho a una pena, pues se impone sin la concurrencia de la voluntad del condenado, consistente en la privación del derecho a la libre circulación y residencia. La STC 242/1994 ya sostenía que no siendo una pena, «indiscutiblemente puede llegar a ser, de no aceptarse por el afectado, una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros que se encuentran residiendo legítimamente (sic) en España». Pero vuelvo a insistir que el carácter imperativo de la medida no soslaya las objeciones formales y materiales que impiden el entendimiento de la misma como una pena; motivo por el cual tampoco se aventura el Tribunal Constitucional a proceder a esa calificación, aun cuando fuese imperativa su imposición, como se acaba de ver y así ocurre en la actualidad.

Incluso, si se sostuviese que sí lo es ahora que es fijada en la propia sentencia, de suerte que en la imposición el juez o tribunal debe tomar en consideración las circunstancias concurrentes, y es susceptible de ser recurrida, también la sanción administrativa impuesta tras un expediente administrativo sancionador debe fijarse atendiendo a las circunstancias personales concurrentes (artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del procedimiento administrativo común, precepto en el que se consagra el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas); y es susceptible de ser recurrida en la vía de lo contencioso. Y, por supuesto, la san-

<sup>35</sup> IZQUIERDO ESCUDERO, R., «Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el art. 89 del Código Penal. Comentario al Auto del TC 106/1997, de 17 de abril», *La Ley*, 1997, pp. 1862 y ss.

<sup>36</sup> ASÚA BATARRITA, A., «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena...», cit., pp. 62 y ss.

ción administrativa se impone, como la pena, proporcionadamente, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y la culpabilidad del sujeto (como así se reconoce por la doctrina absolutamente mayoritaria y la jurisprudencia ordinaria y constitucional, con base en el artículo 130 de la Ley 30/1192)<sup>37</sup>.

Bien es verdad que el juez o tribunal, de acuerdo con la redacción actual, a la hora de determinar la expulsión no tiene que tener en cuenta circunstancia personal alguna, y la no expulsión como medida excepcional debe adoptarse exclusivamente en atención a la naturaleza del delito<sup>38</sup>.

En segundo lugar, no es una medida de seguridad, pues ésta requiere, de conformidad con lo establecido en el artículo 95 del Código Penal, un pronóstico futuro de peligrosidad criminal del condenado. Y, siguiendo de nuevo a Asúa Batarrita: ni se prevé la verificación de dicha «peligrosidad delictiva» en el inmigrante irregular condenado, ni se pretende ninguna clase de neutralización de una hipotética peligrosidad no constatada, ni es flexible o revisable su duración<sup>39</sup>. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 8 de julio de 2004 califica a la expulsión, no obstante, de medida de seguridad, argumentando que lo es porque está en el catálogo del artículo 96.

En tercer lugar, no es un sustitutivo penal en sentido estricto —que, por cierto, es el único sentido que debiera, en su caso, admitirse—, aun cuando materialmente se proceda a la sustitución de una pena de prisión por la expulsión. De entrada, porque en sede teórica se trata de sustituir una pena de prisión por otra menos gravosa que sustituya al internamiento; y la expulsión ni debe ser entendida como un beneficio (en tanto ahora es impuesta, como reconoce implícitamente el propio Tribunal Constitucional, Sentencias 242/1994, de 20 de julio y 203/1997, de 25 de noviembre, y el Auto 33/1997, de 10 de febrero), ni de hecho lo es (pues difícilmente cabe esa conceptualización respecto de muchos supuestos donde el inmigrante se encuentra en España huyendo de su país de origen).

Además, con la actual redacción, la expulsión tiene una duración de diez años (o más, por el posible juego de los plazos de pres-

---

<sup>37</sup> NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2001, pp. 49 y ss.

<sup>38</sup> No obstante, no lo ha entendido así la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 8 de julio de 2004, tal como se vio más arriba.

<sup>39</sup> ASÚA BATARRITA, A., «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena...», cit., p. 60.

cripción de la pena), de suerte que no se guarda proporcionalidad entre la pena impuesta y el período de expulsión.

A ello se añade que el quebrantamiento de la prohibición de regreso no lleva aparejado la reactivación de la pena sustituida, sino la simple «devolución», sin computarse el tiempo permanecido fuera del territorio español; que no se toman en consideración las circunstancias personales; y que se afecta a la responsabilidad civil derivada del delito.

Por último, a diferencia de la sustitución, transcurrido el período de expulsión, se extingue la pena, pero no se cancela la inscripción en el Registro Central de Penados y Rebeldes, tal como está previsto en el artículo 85.2 del Código Penal, en los supuestos en los que sujeto satisface los requisitos establecidos en el mencionado precepto<sup>40</sup>.

En todo caso, que no sea ni una pena, ni una medida de seguridad ni un sustitutivo penal, responde a la lógica de esta medida, apuntada desde el inicio del presente trabajo. Como quiera que con ella se ha puesto al Derecho penal al servicio del Derecho administrativo, *la expulsión contemplada en el artículo 89 del Código Penal no es más que una sanción administrativa, revestida de la formalidad de una consecuencia jurídica del delito en tanto la impone un juez penal en una sentencia condenatoria*<sup>41</sup>. De hecho, puede inferirse que así lo entiende el Tribunal Constitucional, cuando en la citada Sentencia 242/1994 sostiene que se trata de una medida de política criminal «vinculada a la política de extranjería», esto es, vinculada al Derecho administrativo.

### 2.3. *Elementos conformadores de la expulsión: análisis crítico*

1. En relación al ámbito subjetivo, la actual regulación aclara la duda que existía relativa a la posible existencia de dos supuestos distintos, según se tratase de extranjeros «con» o «sin papeles». En efecto. Si se observa la redacción anterior, cuando se trataba de penas inferiores a 6 años, se hablaba de «extranjeros no residentes legalmente en España»; mientras que en los casos en que la pena era igual o superior a 6 años, se hablaba sólo de extranjeros. De hecho, se llegó a plantear que, en efecto, el Código Penal quería expulsar a todo extranjero condenado a una pena igual o superior a 6 años, una vez

<sup>40</sup> ASÚA BATARRITA, A., *ibídem*, p. 67.

<sup>41</sup> ASÚA BATARRITA, A., *ibídem*, pp. 61 y 66.

que hubiese cumplido las tres cuartas partes de la condena. La doctrina mayoritaria, sin embargo, entendió, de manera acertada, que en ambos casos, el ámbito subjetivo de aplicación de la expulsión venía referido a los extranjeros no residentes legalmente en España.

Por otro lado, la actual redacción perpetúa el problema interpretativo que ya se venía planteando en relación con la redacción anterior, relativo a la exégesis de la expresión «extranjero no residente legalmente en España». Aunque sólo sea por razones de sentido común, debe entenderse que se refiere a extranjeros en situación irregular, esto es, a cualquiera que no esté comprendido en alguna de las situaciones previstas en el actual Capítulo II del Título II de la Ley Orgánica 4/2000 en su actual redacción: estancia, residencia temporal, residencia permanente, estudiantes, apátridas, indocumentados y refugiados y menores. A ellos habría que sumar otros grupos sobre los que no cabe duda alguna, caso de los ciudadanos comunitarios y asimilados.

En relación con los menores, de conformidad con el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000, «se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública»). Sin embargo, la Fiscalía General del Estado dicta la Instrucción 3/2003, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concorra la situación jurídica de desamparo.

Son muchas las objeciones y críticas vertidas sobre esta Instrucción<sup>42</sup>, la cual requeriría un estudio pormenorizado que escapa a las pretensiones del presente trabajo<sup>43</sup>. No obstante, no deja de sorprender la insistencia en el dato de que la situación de desamparo no es automática, pretendiendo, eso sí, que la emancipación lo sea de hecho, basándose para ello en afirmaciones del tenor siguiente: «En definitiva, respecto de aquellos que pretenden la entrada clandestina sin estar acompañados de sus padres, no cabe imaginar otra prueba más notoria de vida independiente que ésta». Y esta situación la compara, sin el menor atisbo de rubor, con el absentismo escolar:

---

<sup>42</sup> Vid., entre otros muchos pronunciamientos, Amnistía Internacional. Sección española, *Informe.-España: Los menores extranjeros no acompañados y sin papeles están en riesgo*, noviembre 2003 (en <http://www.es.amnesty.org/esp/actua.shtm>); Arce Jiménez, E., «Menores...pero no tanto», *Revista de Extranjería*, n.º 16, 2003 (en <http://www.extranjeria.info/inicio/index.htm>). Área Jurídica. Revista de Extranjería).

<sup>43</sup> Vid. CARRIÓ SAMPEDRO, A., «La actitud de la Fiscalía General del Estado ante la protección jurídica del menor extranjero. Consideración crítica de la Instrucción 3/2003», *La Ley*, n.º 6003, 2004; FÁBREGA RUIZ, C. F., «Retorno de inmigrantes y emancipación de hecho», *La Ley*, n.º 5940, 2004.

«Parece claro, pues, que del mismo modo que el absentismo escolar no siempre da lugar a una declaración de desamparo, tampoco hay por qué caer en el automatismo a la hora de entender desamparados a todos los extranjeros menores de 18 años que, sin familia, intentan acceder a España».

Por último, como aspecto «positivo» (sic) en este ámbito de la reforma del artículo 89 es que resuelve la duda formulada por Mapelli Caffarena en torno a la aplicabilidad de la expulsión a los extranjeros en trámite de legalización. Entendía este autor que, en este caso, la aplicación era dudosa<sup>44</sup>; tesis a la que se adhirieron otros autores. Sin embargo, conforme al párrafo cuarto del artículo 89.1, «la expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España». Es decir, al momento de dictar sentencia (que es posterior, eso sí, al momento de comisión del hecho delictivo), el juez o tribunal debe verificar la situación administrativa del extranjero. Y si en ese momento se encuentra en situación irregular, quiere decir que su expediente de regulación no se haya concluso, debiéndose proceder a su archivo.

Dos *dudas de constitucionalidad* presenta esta previsión: En primer lugar, como quiera que conforme al artículo 10 de la Constitución, los derechos inviolables que le son inherentes a la persona son fundamento del orden político, le es exigible a la Administración, en virtud de dicho principio, un pronunciamiento expreso cuando el particular se dirige a ella en el ejercicio de un derecho fundamental. En segundo lugar, la posible afectación del derecho a la tutela judicial efectiva, vedando el acceso a la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa de la decisión adoptada en vía previa, puesto que el citado precepto impide al interesado obtener una decisión administrativa.

2. En cuanto a las penas sustituibles, como el precepto hace referencia a penas privativas de libertad, deben ser incluidas (*ex* artículo 35 del Código Penal), junto a la pena de prisión, la pena de localización permanente y la responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa. En relación con esta última, hay que tener en cuenta que el arresto sustitutorio no tiene la consideración de pena sustitutiva, de suerte que no concurriría la limitación contenida en el artículo 88.4 del Texto punitivo, en virtud de la cual no se pueden sustituir penas que sean sustitutivas de otras.

---

<sup>44</sup> MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pp. 108 y ss.

El Código penal se refiere, por otro lado, a la pena impuesta. De ahí resulta un ámbito de aplicación difícil de conjugar con el principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la consecuencia aparejada. Esto explica la tendencia de la doctrina y de algunas resoluciones judiciales a limitar dicho ámbito<sup>45</sup>; sobre todo, porque la posibilidad de sustitución de la pena por la expulsión en el caso de comisión de delitos graves supone una merma intolerable de los fines de prevención general<sup>46</sup> y especial.

3. En cuanto a las excepciones a la aplicación, el propio artículo 89.1 admite que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, pueda decidirse por el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario en España, si así lo justifica la «naturaleza del delito».

De las diversas consideraciones que merece esta previsión, destaca que el legislador haya puesto el acento en puros criterios de prevención general positiva (de necesidad de reafirmación del ordenamiento jurídico)<sup>47</sup>, dejando de lado los criterios de prevención especial, cuando la aparente vocación de sustitutivo penal que presenta la expulsión (de acuerdo con el criterio del legislador) obligaría a enmarcar esta medida en el proceso de individualización de la responsabilidad penal; caracterizándose el instituto de la sustitución penal, precisamente, por hacer prevalecer las necesidades preventivo especiales del condenado frente a las preventivo generales.

Claro que en la medida en que la sustitución de la pena por la expulsión debe hacerse en la propia sentencia condenatoria, ello debería obligar al juez a ponderar en la causa todas las circunstancias que concurren, tal como pone de manifiesto el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica que modificó el artículo 89 emitido por el Consejo General del Poder Judicial<sup>48</sup>. Sin embargo, vuelvo a reiterar, la letra del artículo 89 veda esa posibilidad al juzgador, pues el único criterio legal para excepcionar la expulsión es la naturaleza del delito. De hecho, como tuve ocasión de poner de manifiesto antes, el esfuerzo, sin duda loable, que realiza la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo en la ya rei-

---

<sup>45</sup> GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, cit., pp. 50 y ss.

<sup>46</sup> GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito...*, cit., pp. 263 y ss., si bien habla en plural, de fines, pues toma en consideración tanto la prevención general positiva como la negativa.

<sup>47</sup> En una suerte de admisión de la misma. Cfr., entre otros autores críticos con la misma, LUZÓN PEÑA, D. M., «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», en el mismo, *Estudios penales*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 268 y ss.

<sup>48</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, 2003.

terada Sentencia de 8 de julio de 2004 es de muy dudosa constitucionalidad, al erigirse el juzgador ordinario en legislador sobrevenido, diciendo lo que la ley no dice —porque no quiso decirlo—.

En cuanto a la excepción prevista en el artículo 89.4, el fundamento de la misma sí se condice con el espíritu presidido por las reformas de la Ley Orgánica 4/2000, cual es la introducción de medidas para la lucha contra el tráfico ilícito de seres humanos. En estos casos, se sostiene que tal previsión no debiera impedir el acceso, en su caso, al régimen general de alternativas<sup>49</sup>. Resalta, en todo caso, por incomprensible, el olvido del legislador de incluir en el catálogo el artículo 313.1 del Código Penal.

**4.** En cuanto al procedimiento de expulsión, en tanto se establece que ésta, en cualquiera de los casos, debe acordarse por los jueces o tribunales en sentencia, debe proceder del juez o tribunal sentenciadores.

En el caso de penas iguales o superiores a seis años, es necesario recalcar que la expulsión debe acordarse al momento de dictarse la sentencia condenatoria, si bien la efectividad de la expulsión se va a diferir necesariamente en el tiempo. Y esto, sin lugar a dudas, presenta serias objeciones, las cuales no permanecieron ocultas a la Fiscalía General del Estado cuando evacuó el informe preceptivo al Anteproyecto<sup>50</sup>: «El transcurso de ese tiempo, a veces dilatado, podría generar un distinto entendimiento de las circunstancias concurrentes, de forma que, llegado el acceso al tercer grado o cumplidas las tres cuartas partes de la condena, se considere procedente el cumplimiento en España de la pena, pese a la decisión de expulsión inicialmente acordada en sentencia»<sup>51</sup>.

Por último, de acuerdo con la Disposición Adicional 17.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la sentencia condenatoria donde se establece la expulsión debe ser comunicada a la autoridad gubernativa para que proceda a materializar la expulsión.

<sup>49</sup> FLORES MENDOZA, F., «La expulsión del extranjero en el Código Penal español», en P. LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración y Derecho penal*, cit., p. 118.

<sup>50</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, pp. 13 y 14.

<sup>51</sup> Si el presente trabajo tuviese una vocación distinta, orientada a la mera interpretación de la norma a fin de coadyuvar a la efectiva vigencia de la misma, podría plantear diversas alternativas. Pero como quiera que lo que propugno es la supresión del artículo 89, carece de sentido tal ejercicio.

Mientras ello tiene lugar, dispone la citada Disposición que por el juez o tribunal sentenciadores se proceda a ejecutar la pena privativa de libertad impuesta originariamente. En muchos casos, como se sabe, dada la imposibilidad de ejecución, entrará en juego lo previsto en el propio artículo 89.5, esto es, el cumplimiento efectivo de la pena en un centro penitenciario en España<sup>52</sup>.

La expulsión lleva aparejada la paralización de cualquier procedimiento administrativo de regularización, suscitando las objeciones ya apuntadas.

5. Respecto a la condición de no regreso, fijado el plazo de diez años, aquélla se supedita, en todo caso, a la prescripción de la pena. Si ésta es inferior a 6 años, habrá que diferenciar: Si la pena impuesta es superior a cinco e inferior a seis años, el plazo de prescripción es de quince años. Por lo tanto, en este caso no entra en juego el límite de los diez años, al ser el plazo de prescripción superior. Para el resto, es decir, para las penas inferiores a cinco años, el plazo máximo de prescripción es de diez años, según la pena, por lo que a partir de estas penas entra en juego el plazo de diez años del artículo 89. Cuando la pena es superior a 6 años, como el sujeto ha estado cumpliendo, entra en juego el límite de los 10 años. En todo caso, hay que tener en cuenta los posibles juegos de retroactividades<sup>53</sup> y lo establecido en el artículo 134 del Código Penal. Lo relevante es que en muchos casos, por no decir en todos, *el principio de proporcionalidad sale maltrecho*.

Además, en caso de quebrantamiento (es decir, que el sujeto intente o consiga entrar antes del plazo en territorio español), antes de hablaba de expulsión, y ahora de devolución, es decir, sin previa tramitación del correspondiente expediente administrativo de expulsión, con la «*expulsión*» de las garantías que esta medida conlleva. Otra vez vuelve a aparecer la acomodación mimética del Derecho penal a las previsiones de la legislación administrativa, pues el artículo 52.2 de la Ley Orgánica 4/2000 establece que no es necesario el expediente de expulsión en los casos de incumplimiento de la prohibición de entrada por quien ha sido expulsado.

En estos supuestos de quebrantamiento se comienza a computar de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad, con *clara vulneración, de nuevo, del principio de proporcionalidad*.

---

<sup>52</sup> Tal como acabo de apuntar en la nota anterior, no pretendo en este trabajo ofrecer consideraciones orientadas a la interpretación aplicativa del precepto, motivo por el cual carece de sentido ulteriores observaciones tampoco en este punto, orientadas al acceso del interno a los beneficios penitenciarios.

<sup>53</sup> Dadas las modificaciones operadas por la Ley Orgánica 15/2003.



Bien es verdad, para «tranquilidad» del extranjero, que no es de aplicación el delito de quebrantamiento de condena, porque el incumplimiento no es de la condena misma, sino de una condición aneja a la «pena». Además, no tendría ningún sentido la imputación de este delito cuando ahora el incumplimiento no lleva aparejado el cumplimiento de la pena sustituida, como estaba previsto en la redacción anterior, sino la devolución del extranjero.

### 3. Conclusión

Por todo lo dicho puede concluirse que, cuando el legislador le puso por título a la Ley Orgánica 11/2003, entre otras cosas, «de medidas concretas en materia de integración social de los extranjeros», en lo que posiblemente estaba pensando era, sólo y exclusivamente, en la integración social de los extranjeros «en su país de origen».

Como dice el refranero español, «aquellos barros traen estos lodos». Permitir la instrumentalización del Derecho penal en aras de la consecución de fines que le son ajenos y extraños, trae como consecuencia la abdicación del *Ius puniendi* ante necesidades políticas coyunturales. Se trata, pues, de una medida legislativa penal simbólica, en cuanto se encuentra totalmente ajena a los principios teleológicos que legitiman la sanción penal. En concreto, siguiendo la clasificación propuesta por Díez Ripollés, es: En función del objeto satisfecho, reactiva (pretendiendo poner de manifiesto la rapidez de reflejos del legislador frente a la aparición de nuevos problemas) e identificativa (buscando transmitir la identificación del legislador con las preocupaciones del ciudadano); y, en función del contenido de los efectos sociales producidos, activista (al aspirar a suscitar en la colectividad la impresión de que se está haciendo algo frente a un problema no resuelto) y autoritaria (buscando demostrar la capacidad coactiva de los poderes públicos)<sup>54</sup>.

Si a lo anterior se le añade el cercenamiento de derechos y garantías penales y procesales, conformando una clara manifestación de la consideración del extranjero «sin papeles» como «no-perso-

<sup>54</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, cit., pp. 124 y ss.. Sobre el Derecho penal simbólico vid., el precitado trabajo, así como las observaciones críticas vertidas a la concepción propuesta por DÍEZ RIPOLLÉS POR DÍAZ PITA, M. M.; FARALDO CABANA, P., «La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código Penal de 1995», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 7, 2002, pp. 119 y ss.

na», esto es, como manifestación del Derecho penal y procesal del «enemigo»<sup>55</sup>, abogar por la «expulsión» (nunca mejor dicho) del Código Penal del artículo 89 es un simple ejercicio de coherencia político-criminal y dogmática. Se trata, en definitiva, de poner coto a la vocación de expulsión del indeseable del sistema.

Por lo tanto, el artículo 89 del Código Penal es Derecho penal simbólico por los fines expresivo-integradores —ilegítimos— que pretende, a la par que una manifestación del Derecho penal del enemigo, en tanto esa finalidad ilegítima perseguida se materializa en la «expulsión» de la comunidad del extranjero «sin papeles».

Y conste, para terminar, que, francamente, no acabo de entender la contumaz persistencia en la exclusión cuando los datos son rabiosamente elocuentes. Así, son cada vez más insistentes las voces que advierten acerca de la incidencia en las sociedades europeas del descenso en la tasa de fertilidad, del desequilibrio entre el índice de natalidad y la tasa de reemplazamiento poblacional (encontrándose el primero por debajo de la segunda), así como del aumento de la esperanza de vida. Si se mantienen las tendencias actuales, en estas sociedades se va a hacer insostenible el Estado del bienestar. Sólo dos datos al respecto: según estima la OCDE, a mediados del siglo XXI, el producto nacional bruto per cápita de la Unión Europea será un dieciocho por ciento inferior al que resultaría de extrapolar las tendencias actuales de productividad si se mantuviera constante la tasa de dependencia, esto es, la proporción entre los mayores de sesenta y cinco años y la población en edad de trabajar; y según las proyecciones del Bureau of Census norteamericano, en Europa el volumen de inmigración requerido a fin de evitar la caída de la población se sitúa en casi el doble del registrado en la actualidad (en concreto, Europa necesitará, frente al millón actual, un flujo anual de inmigrantes no inferior a 1,8 millones. Y si se pretende evitar un deterioro de la citada tasa de dependencia, Europa debería casi cuadruplicar el flujo de inmigración actual hasta una cifra de, al menos, 3,6 millones de personas al año)<sup>56</sup>. Por ello, parece evidente que *la inmigración es uno de los grandes retos de Europa en el siglo XXI*.

<sup>55</sup> PORTILLA CONTRERAS, G., «El Derecho penal y procesal del «enemigo»...», cit., pp. 708 y ss., cita como ejemplo de esta manifestación, precisamente, a la legislación de extranjería (junto con la regulación legal del terrorismo y del tráfico de drogas). Vid., en el ámbito de la criminalidad organizada, FARALDO CABANA, P., «Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas», en la misma (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, cit., pp. 299 y ss.

<sup>56</sup> CÍRCULO DE EMPRESARIOS, *El fenómeno de la inmigración: aportación a un debate*, 2001. Vid., igualmente, OCDE, *Trends in International Migration*, 2001.

Naturalmente, lo anterior sólo tiene la vocación de poner nuevamente<sup>57</sup> de manifiesto una aparente contradicción interna entre los propios agentes que ven en los movimientos migratorios una tabla de salvación a las necesidades del mercado: parece que *la idea de «aldea global» sólo comprende a la libre circulación de mercancías y capitales, con exclusión de la mano de obra*. Hay, claro está, otras perspectivas, las cuales debieran entrar en el diálogo sobre inmigración y extranjería. Y esto requiere otros enfoques y otras medidas políticas que nada tienen que ver con el Derecho penal: por ejemplo, el problema de la inmigración ilegal se reducirá en términos altamente significativos cuando funcionen con racionalidad y eficacia los mecanismos de la inmigración legal; sin perder de vista, en ningún momento, que «mientras la inmigración responda a los profundos desequilibrios estructurales entre los distintos sectores de una economía globalizada, los flujos de mano de obra —que los economistas estiman progresivamente crecientes y determinados por necesidades objetivas [como acabo de apuntar]— no podrán ser evitados con meras medidas de policía»<sup>58</sup>. Abogar, pues, como se hace desde determinados sectores políticos, por las vías de cooperación al desarrollo, con inversiones en los países de origen, por un lado, e integración de los excluidos, articulando políticas de reequilibrio de las desigualdades, por otro, pueden ser adecuadas para *lograr evitar la emigración como imperiosa necesidad y transformarla en alternativa libre*.

#### 4. Bibliografía citada

- AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. SECCIÓN ESPAÑOLA, *Informe.—España: Los menores extranjeros no acompañados y sin papeles están en riesgo*, noviembre 2003 (en <http://www.es.amnesty.org/esp/actua.shtm>).
- ANTÓN PRIETO, J. I., «Inmigración y delito en el imaginario colectivo. Alternativas a una relación perversa», en F. PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- ARCE JIMÉNEZ, E., «Menores...pero no tanto», *Revista de Extranjería*, n.º 16, 2003 (en <http://www.extranjeria.info/inicio/index.htm>. Área Jurídica. Revista de Extranjería).
- ARIAS SENSO, M. A., «Expulsión de extranjeros imputados y condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS de 08.07.2004», *La Ley*, 2004.

<sup>57</sup> NAVARRO CARDOSO, F., «Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», *Revista Penal*, n.º 10, 2002, pp. 41 y ss.

<sup>58</sup> TERRADILLOS BASOCO, J., «Sistema penal e inmigración», cit., p. 1469.

- ARROYO ZAPATERO, L.; NEUMANN, U.; NIETO MARTÍN, A. (coord.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
- ASÚA BATARRITA, A., «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas de control de la inmigración», en P. LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración y Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- CANCIO MELIÁ, M., «¿“Derecho penal” de enemigos?», en G. JAKOBS; M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.
- CARRIÓ SAMPEDRO, A., «La actitud de la Fiscalía General del Estado ante la protección jurídica del menor extranjero. Consideración crítica de la Instrucción 3/2003», *La Ley*, n.º 6003, 2004.
- CÍRCULO DE EMPRESARIOS, *El fenómeno de la inmigración: aportación a un debate*, 2001.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, 2000.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, 2003.
- CUGAT MAURI, M., «La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del Derecho penal», *Derecho y proceso penal*, n.º 6, 2001.
- DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1996.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. J., «Garantías en la detención y expulsión de extranjeros», *La Ley*, n.º 4471, 1998.
- DÍAZ PITA, M. M.; FARALDO CABANA, P., «La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código Penal de 1995», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 7, 2002.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.
- ESER, A.; HASSEMER, W.; BURKHARDT, B. (coord. de la versión alemana); F. MUÑOZ CONDE (coord. de la versión española), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- FÁBREGA RUIZ, C. F., «Retorno de inmigrantes y emancipación de hecho», *La Ley*, n.º 5940, 2004.
- FARALDO CABANA, P. (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- FARALDO CABANA, P., «Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas», en la misma (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*.
- FLORES MENDOZA, F., «La expulsión del extranjero en el Código Penal espa-

- ñol», en P. Laurenzo Copello (coord.), *Inmigración y Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- GARCÍA ESPAÑA, E., *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
- GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, documentos 4, Grupo de Estudios de Política Criminal, Valencia, 1998.
- INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT Y ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (edit.), *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000.
- IZQUIERDO ESCUDERO, R., «Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el art. 89 del Código Penal. Comentario al Auto del TC 106/1997, de 17 de abril», *La Ley*, 1997.
- LUZÓN PEÑA, D. M., «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», en *Estudios penales*, PPU, Barcelona, 1991.
- MAPELLI CAFFARENA, B.; TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1996.
- MAQUEDA ABREU, M. L., «Políticas de seguridad y Estado de Derecho», en F. PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4.<sup>a</sup> ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2003.
- NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2001.
- NAVARRO CARDOSO, F., «Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», *Revista Penal*, n.º 10, 2002.
- NAVARRO CARDOSO, F., «El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador», en *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- OCDE, *Trends in International Migration*, 2001.
- PALOMO DEL ARCO, A., «La expulsión de extranjeros en el procedimiento penal», en *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal*, Manuales de Formación Continuada n.º 5, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- PÉREZ CEPEDA, A., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004.
- PORTILLA CONTRERAS, G., «El Derecho penal y procesal del «enemigo». Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos», en J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; J. M. ZUGALDÍA ESPINAR (coord.), *Dogmática y ley penal. Libro-homenaje a Enrique Bacigalupo*, V. I, Marcial Pons, Madrid, 2004 (una versión más reducida en *Jueces para la Democracia*, n.º 49, 2004).
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas

- acerca del Derecho penal en la sociedad actual», en P. FARALDO CABANA (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Terrorismo e intervención penal: la LO 7/2000 y los límites del *ius puniendi*», *Revista de Ciencias Penales*, n.º 4, 2001-2002.
- RODRÍGUEZ MESA, M. J., «El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina. Funciones instrumentales y simbólicas», en F. PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004
- TERRADILLOS BASOCO, J., «Sistema penal e inmigración», en F. PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.