

# LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS “SIN PAPELES”\*

PATRICIA LEANDRO VIEIRA DA COSTA \*\*

**Resumen:** la expulsión de los extranjeros irregulares en el ordenamiento jurídico español puede ser gubernativa, en virtud de la comisión de infracciones administrativas; o producirse en el marco de un proceso penal como sustitución de penas privativas de libertad o de medidas de seguridad. En ambos casos, nos encontramos ante manifestaciones de un verdadero Derecho penal del enemigo vinculado a la restrictiva política de extranjería gestionada por la Administración. Atendiendo a la importante función que cumplen los extranjeros en la economía española, en este Derecho penal del enemigo prima la faceta simbólica. En cualquiera caso, esta regulación resulta ilegítima y hay indicios de que carece de legitimación democrática.

**Palabras clave:** extranjeros, expulsión, enemigo, exclusión.

**Abstract:** The expulsion of illegal foreigners in the Spanish legal system can be governmental, under the commission of administrative offenses, or occur in connection with criminal proceedings as a substitute for prison sentences or security measures. In both cases, we face a real manifestation of the “enemy criminal law” related to restrictive aliens policy maintained by de Administration. Given the important role of foreigners in the Spanish economy, in this “enemy criminal law” the symbolic side prevails. In any case, this regulation is unlawful and there are indications that lacks democratic legitimacy.

**Keywords:** foreign, expulsion, enemy, exclusion.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS EXTRANJEROS, SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DE 1978; II. EL AUTÉNTICO SIGNIFICADO DE LA FIGURA DE LA EXPULSIÓN; 1. Significado formal: medida de seguridad. ¿Qué nos quiere decir el legislador?; 2. ¿Administrativización del Derecho penal?; 3. ¿Derecho penal del enemigo?; III. BREVE MENCIÓN DEL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL Y DE LA REFORMA DE LA LEY DE EXTRANJERÍA; IV. CONCLUSIÓN; V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN: EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS EXTRANJEROS, SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

En el Estado español, tras cuarenta años de dictadura, se publicó el día 29 de diciembre de 1978, la Constitución, indicadora de la transición democrática. En esta norma suprema

\* Fecha de recepción: 14 de diciembre de 2009.

Fecha de aprobación: 14 de abril de 2010.

\*\* Estudiante de segundo ciclo de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid.

desempeña un papel trascendental el concepto de dignidad humana (art. 10 CE) puesto que, desde un punto de vista jurídico, la Constitución no está llamada solamente a regular la estructura y competencia de las instituciones del Estado, sino que también pretende proteger de modo directo los derechos fundamentales y las libertades públicas. Así, desde un punto de vista político, la Constitución legitima a todo el sistema<sup>1</sup>.

No obstante, siguiendo el esquema de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de la Asamblea Nacional Francesa de 1789, la Constitución española también distingue entre “hombres”, titulares de los derechos de igualdad y libertad (derechos civiles) y “ciudadanos” (únicos titulares de los derechos de participación política)<sup>2 3</sup>. Partiendo de esta diferenciación, entre los derechos civiles hay que incluir los derechos personales a la igualdad ante la ley, la seguridad ante las detenciones gubernativas y las garantías penales<sup>4</sup>. No obstante, a diferencia de la Constitución de 1978, esta diferenciación entre hombres y ciudadanos presente en la Declaración de 1789 se produce en un contexto de sufragio censitario en el que sólo eran plenos ciudadanos aquellos que gozaban de independencia civil, lo que excluía al trabajador asalariado, al sirviente, a las mujeres y a los extranjeros<sup>5</sup>. En contraste, en la Constitución de 1978 todos los españoles son titulares de los derechos políticos (el art. 23.1 CE), de manera que la diferenciación entre hombres y ciudadanos solo se mantiene respecto de los extranjeros (art. 13.2 CE).

Aunque no son titulares de los derechos de participación política, a los extranjeros se les reconoce las libertades públicas del Título primero de la Constitución (art. 13.1 CE) precisamente por el imperativo de respeto a la dignidad humana. En consecuencia, en la STC 107/1984, de 23 de noviembre, el Tribunal Constitucional distingue entre los derechos inherentes a la dignidad humana, que pertenecen a españoles y extranjeros en igualdad de condiciones; los derechos reservados expresamente a los nacionales; y los que pueden ser extendidos a los extranjeros a través de la ley o de tratados internacionales<sup>6</sup>. No obstante, esta clasificación no ha impedido la contradictoria interpretación realizada por el Tribunal Constitucional acerca de las restricciones a la libertad personal de los extranjeros dispuestas en la Ley de extranjería de 1985 y que se mantienen en la actual Ley (Ley Orgánica 4/2000,

---

<sup>1</sup> MARTÍN REBOLLO, L., *Constitución Española, Edición Especial*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 31.

<sup>2</sup> SILVEIRA GORSKI, H.C., “La exclusión del otro extranjero y la democracia de las diferencias”, en VV AA., *En el límite de los Derechos*, 1ª ed., EUB, Barcelona, 1996, p. 156.

<sup>3</sup> Los derechos civiles son aquellos atribuidos al ser humano en cuanto tal, mientras que los derechos políticos solo se atribuyen a los hombres en cuanto ciudadanos.

<sup>4</sup> RUIZ MIGUEL, A., “La Democracia Constitucional”, en ARTETA, A., *El saber del ciudadano. Las nociones capitales de la democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 2008, p. 246.

<sup>5</sup> SILVEIRA GORSKI, H. C., “La exclusión del otro extranjero...”, ob. cit., p. 157.

<sup>6</sup> MARZAL YETANO, E., *El proceso de constitucionalización del Derecho de inmigración*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, p. 155.

de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social - LE)<sup>7 8</sup>.

El análisis anterior sirve de punto de partida para analizar la figura de la expulsión de los extranjeros y sus consecuencias, previstas tanto en la LE (arts. 57 y ss.) como en el Código Penal (arts. 108 y 89). Teniendo en cuenta el necesario respeto a la dignidad humana que se desprende de la Constitución, ¿es legítima la expulsión de los extranjeros irregulares, ya sea como medida predelictual o postdelictual? Hay que indicar que aunque la expulsión gubernativa puede imponerse en determinados casos a los extranjeros regulares cuando no reúnan las notas previstas en el art. 57.5 LE<sup>9</sup> y hayan cometido una infracción administrativa que permita su expulsión, son los extranjeros ilegales los que están en el punto de mira de esta regulación (los arts. 89 y 108 CP solo son aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España).

En cuanto a la regulación dispuesta en el Código Penal, la actual redacción de los arts. 89 y 108 CP procede de la LO 11/2003<sup>10</sup>, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. La posibilidad de sustitución de la pena impuesta al extranjero por la expulsión ya se conte-

<sup>7</sup> El Proyecto de Ley presentado por el Gobierno el 1 de julio de 2009, de reforma la citada ley, fue aprobado con modificaciones el pasado 26 de noviembre.

<sup>8</sup> STC 115/1987: el TC declaró constitucional las medidas de detención e internamiento de extranjeros establecidas en la Ley de Extranjería de 1985 basándose fundamentalmente en que estas medidas se admiten en el art. 5.1 f) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero sin aclarar si el derecho a la libertad personal del art. 17 CE es un derecho inherente a la dignidad humana. MARZAL YETANO, E., *El proceso de constitucionalización...*, ob. cit., p.157 y ss.

<sup>9</sup> Art. 57.5 LE: La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión en el término de un año de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: a. Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años. b. Los que tengan reconocida la residencia permanente. c. Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española. d. Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

<sup>10</sup> Art. 89 CP: 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.

nía en la LE de 1985, pasando posteriormente a integrarse en los arts. 89 y 108 del Código Penal de 1995. El art. 89, desde su regulación original, distingue entre las penas privativas de libertad inferiores y las iguales o superiores a seis años, mientras que el art. 108 no tiene en cuenta la duración de la medida de seguridad sustituida. En esta primera regulación, la sustitución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad por la expulsión se presentaba como una posibilidad que tenía el juez, quien además podía modular el plazo de prohibición de regreso atendiendo a la duración de la pena impuesta. Con la LO 11/2003, se trata de evitar que “la pena y su cumplimiento se conviertan en forma de permanencia en España” (según su Exposición de motivos), obstaculizando la expulsión gubernativa. Por esta razón, la característica más notable de esta reforma consiste en que la expulsión deja de ser una facultad del juez para convertirse en regla general, salvo cuando la naturaleza del delito, y no las circunstancias personales del penado, justifique el cumplimiento de la pena en España. Asimismo, el juez ya no puede modular el plazo de prohibición de regreso, sino que el mismo se establece en diez años (como mínimo, en el caso del art. 89 CP)<sup>11</sup>.

---

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 periodo 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, 517 y 518 del Código Penal.

Art. 108 CP. 1. Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, 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 en España.

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 medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión.

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.

<sup>11</sup> Para más detalles de la reforma llevada a cabo por la LO 11/2003, ver: TOMÉ GARCÍA, J.A., *Intervención del juez penal en la expulsión de extranjeros*, Colex, Madrid, 2006, p. 155 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 615 y ss.; MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, La Ley, Madrid, 2008, p. 141 y ss.

## II. EL AUTÉNTICO SIGNIFICADO DE LA FIGURA DE LA EXPULSIÓN

### 1. Significado formal: medida de seguridad. ¿Qué nos quiere decir el legislador?

Al establecer la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España como una consecuencia jurídico-penal, el legislador no la menciona en el listado de penas (art. 33 CP), sino en el listado de medidas de seguridad no privativas de libertad (art. 96.1.3.2ª CP). La mayoría de la doctrina no duda en descartar la calificación de esta figura como una verdadera medida de seguridad, considerando tal clasificación disparatada si atendemos a los fines que han de cumplir dichas medidas<sup>12</sup>: la expulsión no cumple el propósito de prevención especial propio de las medidas de seguridad porque no atiende a un pronóstico individualizado de peligrosidad que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos (art. 95.1.2ª CP). La automaticidad con la que se impone la expulsión, según los arts. 89 y 108 CP, excluye esta posibilidad<sup>13</sup>.

No obstante, considero que para conocer la verdadera naturaleza de la expulsión no podemos prescindir por completo de lo que plasmó el legislador en las páginas del Código Penal porque, aunque se trate de un “fraude de etiquetas”, la utilización fraudulenta de una u otra “etiqueta” tiene un significado en sí mismo<sup>14</sup>. Conceptualmente, las medidas de seguridad suponen una respuesta a la peligrosidad del sujeto y no al delito cometido (aunque sean medidas posdelictuales), a diferencia de las penas<sup>15</sup>, siendo su función genérica la prevención especial. Según MIR PUIG<sup>16</sup>, podemos distinguir tres clases de medidas de seguridad que vienen a cumplir tres tipos de funciones específicas: las medidas terapéuticas (como el internamiento en centro psiquiátrico), con una función de curación o mejora de la salud; las medidas educativas (como el sometimiento a programas de tipo formativo), que tienden a la reeducación; y las medidas puramente asegurativas (como la prohibición de residencia en determinados lugares). Como señala este autor, las medidas asegurativas tienen un carácter instrumental, de protección de la sociedad, al tiempo que la dos primeras, terapéuticas y educativas, aportan un beneficio al sujeto a ellas. En este sentido, formal-

<sup>12</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Protección y expulsión...*, ob. cit., pp. 629-630; FLORES MENDOZA, F., “La expulsión del extranjero en el Código penal español”, en LAURENZO COPELLO, P., *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 121; 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 LAURENZO COPELLO, P., *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 60.

<sup>13</sup> Por otro lado, tampoco habría un seguimiento y control de la ejecución de la medida de seguridad por parte del juez o tribunal sentenciador y del Juez de Vigilancia Penitenciaria (art. 97 CP).

<sup>14</sup> Esto es, no considero que haya una total aleatoriedad en la elección del legislador.

<sup>15</sup> MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 7º ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2006, p. 102.

<sup>16</sup> MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 103.

mente, la expulsión aparece en el art. 96 CP como una medida asegurativa pensada para los delincuentes muy peligrosos.

No obstante, todas las demás medidas asegurativas (salvo la obligación de residir en determinados lugares) también figuran como penas accesorias en los arts. 54 ss. y 57 CP, remitiéndose este último al art. 48 CP<sup>17</sup>. Esto significa que dichas medidas se pueden aplicar tanto a los delincuentes plenamente culpables como penas accesorias como a aquellos otros semiimputables o inimputables peligrosos, mediante las medidas de seguridad (art. 105 CP). ¿Por qué no se prevé la posibilidad de imposición de la expulsión como pena accesoria para los plenamente culpables? Aquí está la clave para entender la naturaleza de la medida de expulsión: debemos prestar atención al significado simbólico de la inclusión de la expulsión en el listado de medidas de seguridad.

En mi opinión, el legislador nos quiere decir que de todo inmigrante ilegal se deduce automáticamente (art. 89 y art. 108 CP) un pronóstico de comportamiento futuro que revela una probabilidad de comisión de nuevos delitos (art. 95.1.2ª CP), de ahí que se justifique la medida asegurativa de expulsión para proteger a la sociedad. En este sentido, en lugar de realizarse un pronóstico individualizado de peligrosidad a través de informes que el Juez o Tribunal estime convenientes (art. 95.1 CP), la ley establece una presunción *iuris et de iure* de que el inmigrante ilegal volverá a delinquir. Por lo tanto, aunque los inmigrantes ilegales pueden ser, en principio, plenamente culpables o no serlo (por esta razón existe la doble previsión de los arts. 89 CP y 108 CP) en cualquier caso recibirán el tratamiento correspondiente a los sujetos peligrosos que prevé el art. 95 CP.

En este sentido, la expulsión implica el tratamiento de estos sujetos como verdaderos enemigos al presumirse que han abandonado de modo duradero al Derecho. Como apunta

---

<sup>17</sup> Art. 57.1 CP: Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave;

Art. 48 CP: 1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. 2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena. 3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. 4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.

FEIJOO SÁNCHEZ<sup>18</sup>, “los enemigos son, en definitiva, autores susceptibles de culpabilidad que generan inseguridad”. En este caso, el fraude de etiquetas nos apunta a una dirección: el Derecho Penal del enemigo.

## 2. ¿Administrativización del Derecho penal?

La mayoría de la doctrina concibe la figura de la expulsión como una manifestación de la sumisión del Derecho penal a una política de inmigración restrictiva gestionada a través del Derecho administrativo<sup>19</sup>, lo que a su vez facilita la gestión de los centros penitenciarios<sup>20</sup>. En realidad, esta supuesta colaboración del Derecho penal con el Derecho administrativo parece deducirse de la misma Exposición de motivos de la LO 11/2003, que dispone que el establecimiento de la expulsión como regla general permite su mayor eficacia porque se lograría, tarde o temprano, por la vía administrativa, al tratarse de personas que no residen legalmente en España y que han delinquido. Pero, ¿estamos de hecho ante un supuesto de administrativización del Derecho penal?

Antes de entrar a contestar la cuestión precedente, considero importante hacer una sucinta mención de la distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Aunque esta cuestión no es pacífica<sup>21</sup>, parece más correcta la posición que distingue entre las infracciones y sanciones administrativas fijándose en su gravedad<sup>22</sup>. Sería, por tanto, una distinción cuantitativa. Esta sería la razón de por qué el art. 25.3 CE prohíbe a la Administración civil la imposición de sanciones que directa o subsidiariamente impliquen la privación de libertad (siendo sanciones obligatoriamente graves). En el mismo sentido, como apuntan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN<sup>23</sup>, la potestad sancionadora de la Administración no es autónoma sino que se trata de un poder delegado por los jueces y ma-

<sup>18</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho”, en CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer s.l., Madrid, 2006, vol. 1, p. 804.

<sup>19</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Protección y expulsión...*, ob. cit., p. 631, quien entiende que se trata de una verdadera sanción administrativa al responder a fines administrativos; ARIAS SENSO considera que la LO 11/2003 convirtió el Derecho Penal en un mero instrumento de la política de Extranjería, en ARIAS SENSO, M.A., “La expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004” [en línea], disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1050718>., *Revista jurídica española de doctrina. Jurisprudencia y bibliografía*, La Ley, 2005; TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina”, en RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., *Sistema Penal y exclusión de extranjeros*, Editorial Bozarmo, Albacete, 2006, p. 55; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Editorial B de f, Buenos Aires, 2008, p. 164.

<sup>20</sup> FLORES MENDOZA, F., ob. cit., p. 128; MAGRO SERVET, V., ob. cit., p. 154.

<sup>21</sup> COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 51 y ss.

<sup>22</sup> MIR PUIG, ob. cit., p. 50.

<sup>23</sup> COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., ob. cit., p. 54.

gistrados integrantes del poder judicial, quienes ostentan dicho poder con carácter originario (art. 117.3 CE). De este modo se justifica que la potestad sancionadora de la Administración esté sujeta al control judicial (art. 106.1 CE).

Ahora bien, la LE 4/2000 permite que el Subdelegado del Gobierno o, en su caso, el Delegado de Gobierno, imponga a los extranjeros las sanciones de multa o, en determinados casos, la sanción de expulsión por la comisión de ciertas infracciones administrativas (arts. 55.2 y 57.1 LE). Una de las posibles causas de expulsión es la de encontrarse irregularmente en territorio español (art. 53. a) LE). Asimismo, en determinados casos, el instructor del procedimiento sancionador puede solicitar al Juez de Instrucción competente el ingreso del extranjero en un centro de internamiento con carácter cautelar, mientras se realiza la tramitación del expediente sancionador (art. 62 LE). Según la mayoría de la doctrina y la Exposición de motivos de la LO 11/2003, las previsiones de los arts. 89 y 108 CP buscan facilitar la ejecución de esta expulsión administrativa, pieza esencial de la política de inmigración gestionada por la Administración.

En mi opinión, la misma Ley de Extranjería pone de manifiesto el carácter *materialmente* penal del procedimiento administrativo de expulsión al establecer la competencia de los Juzgados de Instrucción y no de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo para autorizar la medida cautelar de internamiento. El internamiento supone una privación del derecho fundamental del art. 17 CE (el derecho a la libertad personal), con carácter predelictual. Por lo tanto, la gravedad de esta “sanción” cautelar impone la necesidad de intervención del Juez de Instrucción. Análogamente, sería más coherente que el Juez de Instrucción también autorizara la expulsión misma. Es verdad que la LE dispone en su art. 5.1 que los extranjeros solo pueden ejercitar la libertad de circulación si se encuentran en situación regular, pero el sentido común apunta que la total negación de este derecho a través de la expulsión tiene entidad y gravedad suficiente como para que se justifique la intervención de los órganos jurisdiccionales penales. Por lo tanto, estaríamos ante una inadecuada delegación de la potestad sancionadora en manos de la autoridad gubernativa<sup>24</sup>. En definitiva, considero que se trata de otro “fraude de etiquetas”: las sanciones de expulsión y de internamiento son, en todo caso, verdaderas sanciones penales<sup>25</sup>.

¿Qué significa esto? Para SILVA SÁNCHEZ<sup>26</sup>, este Derecho Penal asume el modo de razonar del Derecho administrativo sancionador porque ya no protege bienes concretos ni sigue criterios de “lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto propio”, sino que atiende a consideraciones de afectación general o estadística, asumiendo la función del Derecho administrativo de “gestión ordinaria de grandes problemas sociales”<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Partiendo de la premisa de que la potestad sancionadora de la Administración no es autónoma, sino delegada.

<sup>25</sup> BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *Política criminal de la exclusión*, Comares, Granada, 2007, p. 137.

<sup>26</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., ob. cit., p. 137.

<sup>27</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., ob. cit., p. 142.



Por esta razón este autor considera que se está produciendo una “administrativización” del Derecho Penal.

En mi opinión no estamos ante una administrativización del Derecho penal sino, ante un Derecho penal que se caracteriza por la total ausencia de garantías jurisdiccionales y legales. En este sentido, las previsiones de los arts. 89 y 108 CP ratifican este Derecho penal “especial”. Como indica MIR PUIG<sup>28</sup>, la función del Derecho penal está relacionada con el modelo de Estado. En un Estado social, se justifica la intervención del Estado en la lucha contra la delincuencia (su misión de prevención de los delitos). Pero, en un Estado democrático de Derecho existen límites a esta función del Derecho penal en un Estado social. Lo que ocurre es que en los últimos años, con la aparición de nuevas amenazas, los Estados vienen adoptando medidas cada vez más severas para la prevención del delito que, en ocasiones, como en el caso de de la expulsión de los extranjeros ilegales, se sitúan al margen del Estado de Derecho. En suma, es evidente la relación existente entre la expulsión, tanto la administrativa como la penal, y la política de inmigración gestionada por la Administración<sup>29</sup>, pero no considero que se esté produciendo la administrativización del Derecho penal ni la sumisión o subordinación de éste a la política de extranjería, sino que estamos ante un Derecho penal distinto del que se aplica a los ciudadanos.

### 3. ¿Derecho penal del enemigo?

Gunther JAKOBS, teórico alemán del Derecho penal, es el autor de la elaboración doctrinal del Derecho penal del enemigo. Esta construcción dogmática permite diferenciar entre dos modelos de Derecho penal: el del ciudadano y el del enemigo. Las notas del este Derecho penal especial son: la anticipación de la punibilidad para evitar la comisión de hechos futuros; la desproporcionalidad de las penas; la restricción de garantías y derechos procesales; y determinadas regulaciones en la ejecución de la condena, como la limitación de los beneficios penitenciarios.<sup>30</sup>

El presupuesto del Derecho penal del enemigo consiste en que sus destinatarios no son considerados personas, sino enemigos. Así, no todo ser humano es considerado persona. Mientras que el “individuo” es algo natural, que existe en el estado de naturaleza, la “persona”, para JAKOBS, no es más que una construcción social que atribuye deberes a los

<sup>28</sup> MIR PUIG, ob. cit., p. 103 y ss.

<sup>29</sup> STC 242/1004, establece que la expulsión no se concibe como modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado sino como una medida que éste impone en el marco de una política criminal vinculada a una política de extranjería que le incumbe legítimamente diseñar.

<sup>30</sup> GRACIA MARTÍN, L. “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho penal del enemigo””, en CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Edisofer s.l., Madrid, 2006, vol. 1, p. 1056 y ss.; CANCIO MELIÁ, M. y MARAVÉR GÓMEZ, M., “El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en BACIGALUPO, S. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal y política trasnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 402.

individuos del grupo, de modo que la persona es aquella que actúa de modo vinculado al deber que está llamada a cumplir<sup>31</sup>. Los enemigos no son personas porque se presume que se han apartado definitivamente del Derecho (esto es, de los deberes que les incumbe en cuanto personas). Dicho de otro modo, aunque cumplan la pena correspondiente al delito que han cometido, seguirán delinquiendo. Por este motivo, las normas no tienen efectos sobre los enemigos y contra ellos es necesario utilizar la coacción para neutralizar el peligro que suponen para las personas. Incluso se justifica su neutralización preventiva y con carácter previo a la comisión de un hecho delictivo.

A primera vista, parece que este es el tratamiento que reciben los extranjeros irregulares<sup>32</sup>. Se presume que los inmigrantes ilegales seguirán delinquiendo aunque cumplan la pena correspondiente básicamente por la situación de precariedad en la que se encuentran. Por lo tanto, hablamos de delincuentes habituales que deben ser neutralizados a través de la expulsión<sup>33</sup>. Esta perspectiva del inmigrante ilegal que delinque está presente en el discurso de los dos partidos políticos mayoritarios en la política española<sup>34</sup>.

Como señala CANCIO MELIÁ<sup>35</sup>, el Derecho penal del enemigo no está relacionado con las dimensiones reales de una determinada amenaza, sino que se refiere a comportamientos que afectan, en un plano simbólico, a elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de una determinada sociedad. ¿Qué elementos especialmente vulnerables estarían en riesgo ante el comportamiento delictivo de los inmigrantes ilegales que justificase su tratamiento como enemigos? En mi opinión, se trata de salvaguardar el mantenimiento de la situación de explotación en la que se encuentran los “sin papeles”. Ellos realizan muchos de los trabajos que se caracterizan por la precariedad, sin recibir a cambio un salario digno. Y el mantenimiento de estos trabajadores en esta situación infrahumana es, evidentemente, vulnerable. En este sentido, la amenaza de la expulsión pesa sobre ellos para que no cometan

<sup>31</sup> GRACIA MARTÍN, L., ob. cit., p. 1062.

<sup>32</sup> CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”, en CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer s.l., Madrid, 2006, vol. 1, p. 361

<sup>33</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La política criminal en la encrucijada*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2007, p. 171.

<sup>34</sup> En cuanto al Partido Popular, no cabe duda de que asocia la inmigración ilegal a la delincuencia, según se desprende de los debates parlamentarios para la aprobación del Proyecto de Ley de reforma de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, realizados el día 29 de octubre de 2009. El diputado popular don Rafael HERNANDO afirmó sin titubear: “Nosotros creemos, y tengo que decirlo aquí, que existe una íntima conexión entre la inmigración ilegal y la delincuencia”. En: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw9&DOCS=1-1&FMT=PUWTXDTS.fmt&QUERY=\(CDP200910290118.CODI.\)#\(Página35\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw9&DOCS=1-1&FMT=PUWTXDTS.fmt&QUERY=(CDP200910290118.CODI.)#(Página35)).

Pero el discurso del enemigo también se manifiesta en los políticos del PSOE, aunque algo atenuado: en los debates para la aprobación del caducado Proyecto de Ley de 15 de enero de 2007, de modificación del Código Penal, el entonces Ministro de Justicia, Mariano FERNÁNDEZ BERMEJO, aunque se opuso al automatismo de la expulsión, no vaciló en afirmar que “es bueno que aquel que no se hace acreedor de la convivencia pueda ser expulsado”. En: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw8&DOCS=1-1&FMT=PUWTXDTS.fmt&QUERY=\(CDP200709130281.CODI.\)#\(Página13870\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw8&DOCS=1-1&FMT=PUWTXDTS.fmt&QUERY=(CDP200709130281.CODI.)#(Página13870))

<sup>35</sup> CANCIO MELIÁ, M., ob. cit., p. 369.

delitos y acepten su situación de marginación. Esto es, se trata de evitar que se rebelen ante su propia marginación. Así, el legislador es consciente de que muchas de estas personas se encuentran en mejor situación en España, aunque estén siendo sobreexplotados, que en su país de origen<sup>36</sup>. El hecho de que se expongan a la muerte en el desplazamiento a España es un importante indicador de su coyuntura en el país en el que les tocó nacer<sup>37</sup>.

Por su parte, no considero que el argumento económico de la masificación y el coste de las prisiones sea el que realmente impulse esta construcción social de los inmigrantes ilegales como enemigos, sino que comprende un mero argumento que persigue justificar esta construcción.

En coherencia, la sanción de expulsión que se impone a los extranjeros irregulares goza de las notas características del Derecho penal del enemigo:

- i. La anticipación de la punibilidad: como señalado anteriormente, el mero hecho de encontrarse en situación irregular ya es causa de expulsión gubernativa, la cual comprende materialmente una sanción penal, atendiendo a su gravedad. Aunque, como se verá enseguida, la expulsión tiene una naturaleza afflictiva ambivalente, supone una sanción grave en el sentido de que niega frontalmente la libertad de circulación en el territorio español. Y una sanción de tal envergadura es materialmente penal, siendo, además, predelictual<sup>38</sup>.
- ii. La desproporcionalidad de las penas: la sanción de expulsión prevista en los arts. 89 y 108 CP resulta aplicable cualquiera que fuere la duración de la pena o medida de seguridad impuesta, sin perjuicio de la distinción que realiza el art. 89 CP entre penas privativas de libertad inferiores e igual o superiores a seis años. Paralelamente, en el caso del art. 89, la prohibición de regreso a España se establece por un periodo mínimo de 10 años, que puede ser superior en el caso de que lo sea el periodo de prescripción de la pena. De modo similar, la prohibición de entrada en el caso del art. 108 CP se establece, en todo caso, por un periodo de 10 años. En definitiva, hay una completa ausencia de proporción<sup>39</sup>.
- iii. Restricción de las garantías y derechos procesales: la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha colmado algunas de las vulneraciones a los derechos procesales del penado que resultaban de la aplicación literal de los arts. 89 y 108 CP<sup>40</sup>. Es el caso de la exigencia de audiencia al penado, no prevista en el art. 89 CP, para la tutela de

---

<sup>36</sup> LÓPEZ, S., “Morir por miedo a ser expulsado”, *El País*, 26 de noviembre de 2009; MOLTÓ, E., “Dos “sin papeles” se lanzan al mar para evitar ser repatriados”, *El País*, 24 de noviembre de 2009.

<sup>37</sup> LUCAS, A., “Rescatada una patera de 13 inmigrantes tras una semana a la deriva”, *El País*, 6 de noviembre de 2009.

<sup>38</sup> Como destaca SILVEIRA GORSKI, nos encontramos ante una “política migratoria fundamentada en la gestión, perpetuación y criminalización de la inmigración irregular”, *ob. cit.*, p. 555.

<sup>39</sup> CANCIO MELIÁ, M. y MARAVER GÓMEZ, M., *ob. cit.*, p. 407.

<sup>40</sup> STS de 8 de julio de 2004. Aunque algunos autores han denunciado la doctrina del Tribunal Supremo plasmada en dicha sentencia como una verdadera extralimitación de sus funciones que produce inseguridad

los valores de la familia y el derecho a elegir la residencia. Al mismo tiempo, se dio entrada a la valoración de las circunstancias personales y familiares del extranjero irregular, mermando así la automaticidad de la expulsión prevista tanto en el art. 89 como en el art. 108 CP. Por su parte, el ATC de 4 de abril de 2006, a pesar de lo que aparentemente establece el art. 89.1 p. 3º CP, permite la aplicación a los extranjeros irregulares de la sustitución y de la suspensión de la penas privativas de libertad (arts. 80, 87 y 88 CP)<sup>41</sup>. Pero, la posibilidad de ser expulsado del territorio nacional por una decisión emanada de un órgano administrativo y no judicial implica, como es obvio, una notoria vulneración de las garantías procesales.

- iv. En cuanto a la ejecución de la condena, el art. 89.2 CP establece como regla general (aunque a instancia del Ministerio Fiscal) la expulsión del extranjero cuando acceda al tercer grado penitenciario o haya cumplido las tres cuartas partes de la condena, en el caso de las penas privativas de libertad igual o superiores a 6 años.<sup>42</sup> Al tratarse de un enemigo, la pena impuesta no tiene una finalidad resocializadora sino meramente retributiva.

Ahora bien, aunque la figura jurídico-penal analizada en este trabajo reúne las notas características del Derecho penal del enemigo, hay algo que no casa bien: su ambivalencia afflictiva *ex ante*. Existe un amplio consenso acerca de esta propiedad de la expulsión<sup>43</sup>. Esto es, esta medida puede suponer tanto un premio para el sujeto que la sufre, dado que si es expulsado no queda sujeto ni al *ius puniendi* español, ni al de su país de origen, a pesar de haber cometido un delito<sup>44</sup>; como una consecuencia desproporcionadamente gravosa si el extranjero ya no tiene vínculos materiales con el Estado de su nacionalidad y tiene arraigo en España o si su país de origen se encuentra en una situación especialmente difícil, etc. Por su parte, hay que señalar que aunque esta doble faceta de la expulsión es más palmaria en

---

jurídica, habiendo sido más correcto el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., ob. cit., p. 651 y ss.

<sup>41</sup> El TC entiende que la expresión “cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta”, referida al caso de que la expulsión no pueda verificarse, no obliga el ingreso en prisión. Asimismo, la exclusión de la aplicación de la suspensión y sustitución de la pena solo opera cuando la expulsión se vaya a llevar a efecto, según una interpretación literal del tercer párrafo del art. 89.1 CP (ATC 4 de abril de 2006).

<sup>42</sup> Como ya denunció ARIAS SENSO, la Administración penitenciaria determina el momento de la expulsión de modo que el tercer grado se instrumentaliza en este sentido y deja de tener como fin la reinserción y resocialización del penado, ob. cit.

<sup>43</sup> TOMÉ GARCÍA, J.A., *La intervención...*, ob. cit. 11, p. 163, alude a que la expulsión puede suponer un desproporcionado beneficio o un excesivo perjuicio; FLORES, F., ob. cit., p. 48, se refiere a las paradojas de la expulsión con el siguiente epígrafe: “¿trato de favor o mayor afflictividad?”; CANCIO MELIÁ, M. y MARAVER GÓMEZ, M., ob. cit., p. 392; MAGRO SERVET, V., ob. cit., p. 152.

Es muy ilustrativa la STC 242/1994 que hace referencia a la circunstancia de que el mismo afectado solicite la expulsión, lo que no es infrecuente. En estos casos “lo que se está planteando es la concesión de un beneficio consistente en evitar la privación de libertad personal”. Y continúa diciendo que no existe un “derecho fundamental a la aplicación de la sustitución de la pena por expulsión”.

<sup>44</sup> Lo que a su vez provoca un efecto llamada o criminógeno, dado que en el peor de los casos la sanción será la expulsión.

los supuestos del art. 89.1 CP, atendiendo a la automaticidad de la expulsión que en estos casos se deriva de la letra de la ley<sup>45</sup>, tampoco cabe excluirla de los supuestos del art. 89.2 CP, en los que la expulsión determina un acortamiento importante de la pena de prisión, no equiparable a la libertad condicional por tratarse de una cabal renuncia del *ius puniendi*.<sup>46</sup>

Por consiguiente, *ex ante*, no tenemos medios de saber si la expulsión supondrá un privilegio o un mal al extranjero irregular que delinque. ¿Es esto compatible con el Derecho penal del enemigo? CANCIO MELIÁ indica que este Derecho penal especial es el resultado de la unión del Derecho penal simbólico y del punitivismo<sup>47</sup>. El concepto de Derecho penal simbólico hace referencia a la utilización del Derecho penal para construir una determinada identidad social. En el caso de los inmigrantes ilegales, se consigue este fin a través de su “demonización”, como individuos necesariamente peligrosos y al margen del Derecho, que busca justificar la exclusión de estos seres humanos del círculo de “personas”.

Por otro lado, el punitivismo supone la aplicación “con decisión”<sup>48</sup> de las normas penales, a través de la creación de nuevas disposiciones penales que son efectivamente aplicadas o del endurecimiento de las penas ya existentes. Pero no parece que se consiga esta aplicación efectiva y positiva del Derecho penal a través de una norma que no solamente permite la deserción del *ius puniendi*, sino que la establece como regla general.

Sin embargo, en este caso, no podemos negar que el punitivismo tiene un valor simbólico: alegóricamente, la exclusión del individuo de la sociedad, como un ser no merecedor de la convivencia, respecto del cual el Estado abdica cualquier propósito resocializador, representa una sanción trascendental. De esta forma se manifiesta la nota del punitivismo en la expulsión, aunque sea de una manera meramente emblemática. Consecuentemente, estamos ante un Derecho penal del enemigo en el que prima el aspecto simbólico o de construcción de una determinada identidad social.

¿Pero por qué prima esta faceta simbólica? Básicamente porque, como apunta BRANDARIZ<sup>49</sup> estamos ante una segregación selectiva. En realidad, la expulsión no se aplicará efectivamente a todos los extranjeros irregulares que delinquen, aunque eso parece deducirse del sentido literal de la ley<sup>50</sup>. Y el legislador es consciente de ello. De este modo, como acertadamente advierte BRANDARIZ, falta la “voluntad política de extremar el rigor del sistema de expulsiones, lo cual podría generar el riesgo de acabar, o reducir drásticamente,

<sup>45</sup> Aunque no se derive de la praxis judicial, como se ha apuntado anteriormente, en la que se suele tener en cuenta las circunstancias personales del penado.

<sup>46</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., ob. cit., p. 629.

<sup>47</sup> CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo...”, ob. cit., p. 356.

<sup>48</sup> CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo...”, ob. cit., p. 349.

<sup>49</sup> BRANDARIZ, J.A., ob. cit., p. 139.

<sup>50</sup> Existen tanto razones jurídicas (ausencia de acuerdos de repatriación con determinados Estados), como fácticas (desconocimiento de la nacionalidad del migrante, imposibilidad de documentación), como materiales (falta de medios económicos para ejecutar todas las expulsiones) que impiden la aplicación efectiva de esta medida.

unos flujos migratorios irregulares que cumplen diversas funciones económicas y sociales de extraordinaria relevancia<sup>51</sup>. Aunque este autor identifica esta ausencia de voluntad política como una causa más que impide la expulsión efectiva, considero que este es el origen de las demás causas (fácticas, jurídicas y materiales). Esta ausencia de voluntad es el germen que determina el carácter simbólico de la expulsión. Dicho llanamente: el legislador conoce las ventajas económicas que proporcionan los inmigrantes ilegales y, por eso, no pretende que las posibles expulsiones que se lleven a cabo perjudiquen la función económica que están llamados a cumplir<sup>52 53</sup>.

Ahora bien, como indican la mayoría de los autores, la existencia de un Derecho penal del enemigo no es legítima. Ya sea por razones lógicas, dado que el Derecho penal del ciudadano no se dirige a las personas jurídicamente entendidas (en el sentido de JAKOBS) sino al ser humano o al hombre empírico porque es quien tiene el deber personalísimo de actuar conforme al Derecho y quien sufre la pena<sup>54</sup>. Como por razones conceptuales, que determinan que estamos ante un verdadero Derecho penal de autor que se dedica a identificar enemigos y no a definir y sancionar hechos culpables<sup>55</sup>. La sanción penal, en este caso, no reacciona frente al hecho sino frente a la condición del sujeto que lo comete, lo que no es admisible en el Derecho penal moderno. Asimismo, la exclusión jurídica que supone el Derecho penal del enemigo contradice el estatus mínimo de todo ser humano establecido en la Constitución<sup>56</sup>. Por lo tanto, aunque el Derecho penal del enemigo esté conformado por reglas, esto no significa que estemos ante un verdadero Derecho<sup>57</sup>.

La carencia de legitimidad del Derecho penal del enemigo es irrefutable, pero, ¿qué hay de su legitimación?<sup>58</sup> Por un lado, la sobrerrepresentación de la criminali-

<sup>51</sup> BRANDARIZ, J.A., ob. cit., p. 139.

<sup>52</sup> HIDALGO, S.; AYLLÓN, D.; JURADO, A.; y PÉREZ, G., “Si no estuvieran aquí los inmigrantes”, *Público*, 13 de septiembre de 2009.

<sup>53</sup> Por otro lado, el establecimiento de los inmigrantes ilegales como enemigos cumple la función simbólica de paliar la “crisis de los referentes identitarios clásicos” (BRANDARIZ, J.A., ob. cit., p. 127). Esto es, al excluir a otros de ciertos derechos y garantías, afirmamos nuestra condición de verdaderos ciudadanos titulares de dichos derechos y garantías, fomentándose así el erosionado sentimiento de partícipe de una comunidad política en un contexto de creciente individualismo.

<sup>54</sup> De modo que el Derecho debe respetar en todo caso la dignidad humana, entendida como la capacidad de distinguir y de elegir y de sociabilidad, aunque el ser humano en cuestión no actúe en cumplimiento de sus deberes como “persona jurídica”. GRACIA MARTÍN, L., ob. cit., p. 1068 y ss.

<sup>55</sup> CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo...”, ob. cit., p. 374.

<sup>56</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., ob. cit., p. 816.

<sup>57</sup> Así lo manifiesta GRACIA MARTÍN al destacar que el Derecho se distingue del mero ejercicio de la fuerza porque trata de obligar a personas responsables, de modo que es necesario que toda norma jurídica reconozca a sus destinatarios como persona. En otro caso, estamos ante la mera “coacción de un poder superior”. Ob. cit., p. 1065.

<sup>58</sup> Suelen confundirse los conceptos de legitimidad, legitimación y legalidad. Por legitimidad, hay que entender la propiedad de algo de atenerse a criterios morales o de justicia universal. Por otro lado, la legitimación hace referencia al grado de adhesión social de este algo, con total independencia de su bondad moral. Finalmente, por legalidad se entiende el mero ajustamiento a las leyes vigentes. VARGAS-MACHUCA, R. y

dad<sup>59</sup> de los inmigrantes ilegales en los medios de comunicación, derivada también de la concentración de los medios de actuación policial en su efectiva persecución, fomenta la aceptación social de que los inmigrantes ilegales son enemigos de la sociedad. Por otro lado, el régimen jurídico de los inmigrantes ilegales diseñado por el legislador, con una importante restricción de sus derechos fundamentales, con la posibilidad de expulsión y de internamiento por el mero hecho de encontrarse en situación irregular, también promueve la identificación de estos sujetos como individuos no-personas<sup>60</sup>. No obstante, no parece que los medios de comunicación y los poderes públicos estén logrando con éxito la legitimación del tratamiento de los extranjeros irregulares como enemigos. Resulta esclarecedora la noticia publicada en el periódico *El País* con fecha de 26 de noviembre de 2009, que apunta que el 73% de los andaluces consideran que los inmigrantes deberían votar en las elecciones municipales, que el 77,4% apoya la obtención de la nacionalidad por lo extranjeros y que el 86,5% entiende que los inmigrantes deberían tener acceso a la escuela y a la sanidad igual que los españoles<sup>61</sup>. En definitiva, esta encuesta revela que la abrumadora mayoría de los españoles encuestados prefieren la integración y no la exclusión de los extranjeros. Por lo tanto, el Derecho penal del enemigo resulta, en este caso, no solo contrario al Estado de Derecho sino al mismo Estado democrático.

### III. BREVE MENCIÓN DEL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL Y DE LA REFORMA DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

El día 19 de noviembre de 2009 el Gobierno presentó ante el Congreso de Diputado un Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código Penal, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 27 de noviembre de 2009. Sorprendentemente, no se proponen modificaciones del art. 108 CP, sino solamente del art. 89, cuya propuesta de redacción es la siguiente:

“1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas en la sentencia o en auto motivado posterior, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del penado, por su expulsión del territorio nacional. La expulsión será preferente salvo que el Juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

---

ARTETA, A., “La justificación de la democracia”, en ARTETA, A., *El saber del ciudadano. Las nociones capitales de la democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 2008, p. 116.

<sup>59</sup> BRANDARIZ, J.A., ob. cit., p. 145.

<sup>60</sup> En un sentido parecido, BRANDARIZ, J.A., ob. cit., p. 136.

<sup>61</sup> LUCAS, A., “Los andaluces quieren la integración de los inmigrantes”, *El País*, 26 de noviembre de 2009.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

5. Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado, podrán acordar en sentencia o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena.

6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa. En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código.

7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código.”

Como es posible apreciar, el Gobierno trata de eliminar la automaticidad de la aplicación de la expulsión establecida por la LO 11/2003, adecuando en parte la letra de la ley a la praxis judicial derivada de la mencionada jurisprudencia del Tribunal Supremo. No obstante, esta adecuación no es cabal porque aunque se concede expresamente audiencia al penado, se establece claramente que, en el caso de las penas privativas de libertad inferiores a seis años, la expulsión sigue siendo preferente, salvo que el juez considere motivadamente y atendiendo a la naturaleza del delito, que la pena deba cumplirse en España. No se mencionan las circunstancias personales del extranjero como posible motivo a tener en cuenta por el juez. Por lo tanto, aunque no derive de la literalidad de la ley el carácter imperativo de la expulsión, el Proyecto parece mantener esta medida como regla general (como preferente al cumplimiento de la pena en España).



El Gobierno tiene en cuenta el carácter ambivalente de la expulsión como una medida que puede suponer un privilegio o un agravio desproporcionado al que la sufre. Por esta razón, la modificación persigue “la búsqueda del imprescindible carácter preventivo a la par que disuasorio” de esa amenaza penal, según la Exposición de motivos del Proyecto de Ley. Por lo tanto, esta motivación pone de manifiesto que se trata de suprimir el efecto llamada que se desprende de la regulación actual, pero sin eliminar el tratamiento de los inmigrantes ilegales como enemigos, al mantenerse el carácter prioritario de la expulsión. En otras palabras, esta propuesta de modificación persigue proteger a la sociedad frente a los efectos criminógeno derivados de la presente normativa, pero no tiene ningún ánimo de promover el trato igualitario o la integración de los extranjeros irregulares. Solamente se permite tener en cuenta las circunstancias personales del penado para modular el periodo de prohibición de regreso, pero no para determinar la oportunidad de la expulsión misma.

Por otro lado, llama la atención la previsión contenida en el sexto apartado del art. 89, según la redacción propuesta en el Proyecto de Ley. Se prevé la posibilidad de que, una vez acordada la expulsión, si el extranjero no queda privado de libertad, el juez pueda acordar su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros en los términos y con los límites establecidos para la expulsión gubernativa. Esta proposición equipara el tratamiento de los extranjeros irregulares que delinquen con el de aquellos otros que cometen puras faltas administrativas, como puede ser el hecho mismo de encontrarse en situación irregular. De este modo, se evidencia que la expulsión gubernativa y el internamiento que se produce como medida cautelar en el marco de un proceso administrativo de expulsión son medidas materialmente penales, patentizando el fraude de etiquetas indicado previamente.

Por otro lado, este Proyecto de Reforma del Código Penal es coetáneo a la aprobación por las Cortes Generales de la Ley Orgánica que reforma de la LE 4/2000, de 11 de enero, producida el pasado 26 de noviembre. A los efectos de este trabajo, lo más relevante de esta reforma consiste en la ampliación del plazo máximo de estancia en los centros de internamiento de extranjeros de 40 a 60 días, agravando así el estatus de los extranjeros (art. 62.2 LE). Por otro lado, se introduce en el art. 62.1 LE una mención al principio de proporcionalidad, el cual debe tener en cuenta el Juez que autorice el ingreso del extranjero en un centro de internamiento. No obstante, esta disposición, en mi opinión, carece de contenido, dado que la privación de libertad en el marco de un procedimiento administrativo es, en sí misma, desproporcionada.

#### **IV. CONCLUSIÓN**

El tratamiento que reciben actualmente los extranjeros irregulares en el ordenamiento jurídico español contradice frontalmente el respeto a la dignidad de la persona, fundamento del orden público y de la paz social, según el art. 10.1 CE. En aras del mantenimiento de

su situación de marginación y exclusión social, el legislador hace uso de dos fraudes de etiquetas que sitúan al extranjero irregular al margen del Derecho:

- i. En primer lugar, califica como “administrativa” la imposición de sanciones materialmente penales, como la expulsión gubernativa y el internamiento.
- ii. En segundo lugar, clasifica como medida de seguridad la imposición de la expulsión en sustitución de penas o medidas de seguridad privativas de libertad.

Este segundo etiquetamiento fraudulento demuestra que los extranjeros irregulares que delinquen son considerados enemigos de la sociedad y, por tanto, no acreedores de las garantías propias del Derecho penal de los ciudadanos. No obstante, como he intentado demostrar en estas páginas, el establecimiento de este Derecho penal del enemigo se muestra carente de legitimidad y de legitimación. A pesar de ello, en el reciente Proyecto de Ley Orgánica que reforma el Código Penal, aunque se atenúan en cierto modo las incongruencias de la medida de expulsión como consecuencia jurídico-penal, se conserva el tratamiento excluyente y discriminatorio.

En resumidas cuentas: la expulsión, debido a su gravedad, debe ser calificada en todo caso como una sanción penal. No obstante, al tratarse de una medida que nos sitúa en el ámbito propio del Derecho penal del enemigo, es siempre ilegítima, a menos que tienda a la resocialización y reinserción social del extranjero irregular (lo que solo ocurrirá cuando éste consienta con la expulsión, aplicándose como sustitutivo de las penas cortas privativas de libertad).

No obstante, resulta fácil señalar al legislador como responsable de este régimen jurídico discriminatorio. Pero los últimos responsables de esta situación son los propios ciudadanos, apáticos, por lo general, a los asuntos colectivos y manipulables por los efectos simbólicos de las normas. El único modo de evitar que una élite gobierne en función de sus intereses económicos, vulnerando la dignidad de los más desprotegidos, es a través de la participación política de los ciudadanos vinculada a criterios de justicia universalizables y no a criterios interesados.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS SENSO, M.A., “La expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004” [en línea], disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1050718>, *Revista jurídica española de doctrina. Jurisprudencia y bibliografía*, La Ley, 2005
- 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 LAURENZO COPELLO, P., *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

- BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *Política criminal de la exclusión*, Comares, Granada, 2007.
- CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”, en CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer s.l., Madrid, 2006.
- CANCIO MELIÁ, M. y MARAVER GÓMEZ, M., “El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en BACIGALUPO, S. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal y política trasnacional*, Atelier, Barcelona.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La política criminal en la encrucijada*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2007.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., “El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho”, en CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer s.l., Madrid, 2006.
- FLORES MENDOZA, F., “La expulsión del extranjero en el Código penal español”, en LAURENZO COPELLO, P., *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- GRACIA MARTÍN, L. “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho penal del enemigo””, en CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Edisofer s.l., Madrid, 2006.
- LAURENZO COPELLO, P., “El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos”, en CANCIO MELIÁ, M. y POZUELO PÉREZ, L., *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- MAGRO SERVET, V. y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, La Ley, Madrid, 2008.
- MARTÍN REBOLLO, L., *Constitución Española, Edición Especial*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.
- MARZAL YETANO, E., *El proceso de constitucionalización del Derecho de inmigración*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 7º ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2006.
- RUIZ MIGUEL, A., “La Democracia Constitucional”, en ARTETA, A., *El saber del ciudadano. Las nociones capitales de la democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 2008.
- SILVA SANCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Editorial B de f, Buenos Aires, 2008.
- SILVEIRA GORSKI, H.C., “La exclusión del otro extranjero y la democracia de las diferencias”, en VV AA., *En el límite de los Derechos*, 1ª ed., EUB, Barcelona, 1996.
- “Inmigración y derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía”, en BERGALLI, R. y otros, *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2003.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina”, en RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., *Sistema Penal y exclusión de extranjeros*, Editorial Bozarmo, Albacete, 2006.

- TOMÉ GARCÍA, J.A., *Intervención del juez penal en la expulsión de extranjeros*, Colex, Madrid, 2006.
- VARGAS-MACHUCA, R. y ARTETA, A., “La justificación de la democracia”, en ARTETA, A, *El saber del ciudadano. Las nociones capitales de la democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 2008.