

Algunas notas sobre la función del Derecho penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión *

EVA MARÍA SOUTO GARCÍA

Becaria FPU

Universidad de A Coruña

Sumario: I. Extranjeros e inmigrantes en Europa y España: aproximación a las políticas de extranjería e inmigración imperantes. II. El Estatuto jurídico del extranjero en España tras la Ley Orgánica 4/2000. 1. Aspectos más sobresalientes de la nueva regulación. 2. Valoraciones críticas. III. La aplicación de las normas penales sobre los extranjeros: especial referencia a las medidas de expulsión frente a los inmigrantes irregulares. 1. Aspectos más sobresalientes de la regulación penal. 2. Valoraciones críticas. IV. Conclusiones finales: ¿constituyen los arts. 89 y 108 del CP ejemplos del Derecho penal del enemigo?. V. Bibliografía citada.

**I. EXTRANJEROS E INMIGRANTES EN EUROPA Y ESPAÑA:
APROXIMACIÓN A LAS POLÍTICAS DE EXTRANJERÍA E
INMIGRACIÓN IMPERANTES**

En el año 2000 se aprobó en España la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, (en adelante LEX) destinada, según la intitulación que se le otorgó, a precisar y regular los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Sin embargo, a pesar de la terminología utilizada por el legislador, la normativa que entró en vigor en febrero de ese año, y que sigue vigente todavía a día de hoy, persigue unos objetivos muy diferentes. Lo cierto es que, junto al bienintencionado fin perseguido de la integración social, sobresalen como rasgos característicos de la LEX la búsqueda de un control de los flujos migratorios de procedencia extracomunitaria y su acomodo en el mercado laboral¹. En la normativa de extranjería española prima ante todo la protección del empleo del trabajador nacional y el sostenimiento del sistema de mercado establecido². Basta leer el art. 38. 1 de la LEX para comprobar esta afirmación. Según este artículo la concesión de permisos de trabajo por cuenta ajena está condicionada a la situación nacional de empleo. En este sentido, el puesto de trabajo para el que se solicita el permiso ha de ser publicado en las oficinas del INEM con la finalidad de que sea ocupado por un español. De esta forma, se concentra la mano de obra extranjera en los sectores del mercado laboral que no se cubre por los autóctonos, es decir, los trabajos no deseados por los españoles³. Contrariamente, cuando lo que se pretende por el

* Este trabajo ha sido posible gracias a la financiación concedida por el Ministerio de Educación y Ciencia al proyecto de I + D “Globalización económica y nuevos riesgos” (SEJ2004-07418 / JURI), dirigido por el prof. Dr. D. Carlos Martínez - Buján Pérez.

¹ GASCÓN ABELLAN, M., “Nosotros y los otros: el desafío de la inmigración”, en *Jueces para la democracia*, nº 40, 2001, p. 3 o también DE LUCAS, J., “El marco jurídico de la inmigración”, en *Jueces para la democracia*, nº 38, 2000, p. 3.

² TRINIDAD GARCÍA, M-L/ MARTÍN MARTÍN, J., *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, Lex Nova, Valladolid 2005, cit., p. 17.

³ GARCÍA ESPAÑA, E., *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001, p. 400. A juicio de la autora, esta reconducción de la mano de obra extranjera a determinados puestos de trabajo provoca importantes efectos negativos tales como la proliferación de la economía sumergida, la ocupación por los extranjeros de puestos de trabajo en condiciones de precariedad, inestabilidad y bajo salario.

extranjero es la obtención del permiso de trabajo por cuenta ajena se tendrá en cuenta la potencial creación de empleo –art. 37. La llegada del inmigrante será buena cuando suponga creación de empleo para el nacional, ya que éste tendrá preferencia para ocupar los puestos de trabajo que puedan generarse de la inversión del extranjero en España.

Con todo, la normativa española constituye un ejemplo más, al igual que países como Francia o Portugal, del tipo de políticas sobre extranjería e inmigración que imperan en Europa. Las políticas restrictivas no son ni mucho menos una creación exclusiva del legislador español. Lejos de ello, el caso español no es sino una muestra de las ideas que se han impuesto a lo largo y ancho de Europa. Desde el mismo momento en que se inicia en el continente europeo el proceso de supresión de las fronteras interiores y la construcción de una Europa única, se refuerzan, por contrapartida, las fronteras exteriores frente a los que comúnmente se ha convenido en llamar “Terceros Estados”. Paulatinamente se irá gestando lo que podría denominarse la “Fortaleza- Europea”, preocupada más por la protección a ultranza de sus “ciudadanos” que por la proclamación de la igualdad y la libertad de todos los individuos⁴. Las políticas de la Unión se caracterizan desde sus principios por el cierre de fronteras y la máxima de “inmigración cero”⁵.

Tras la elaboración del Acta Única Europea en 1987 y hasta el malogrado proyecto de Constitución Europea sometido a referéndum en 2005, la libre circulación de inmigrantes ha sido identificada como un foco latente de peligrosidad y amenaza contra la seguridad interior de los Estados⁶. A fecha de 31 de diciembre de 1992, la definitiva supresión de los controles fronterizos abrió las puertas a la libre circulación no sólo de mercancías, servicios, capitales y trabajadores sino también, y simultáneamente, de traficantes de drogas, terroristas e inmigrantes ilegales. Un claro ejemplo de la preocupación por este último aspecto y de la articulación de medios para paliar este efecto colateral indeseable es la firma del Acuerdo Schengen y la puesta en marcha del Sistema de Información de Schengen⁷. El SIS incluye, entre otros, un listado de extranjeros extracomunitarios peligrosos y no admisibles⁸. Si un determinado sujeto aparece incluido en esta lista sólo podrá obtener un permiso de residencia en los países componentes del territorio Shengen por motivos serios, especialmente de carácter humanitario o derivados de obligaciones internacionales -art. 25 Convenio Shengen-. En cierto modo, puede decirse que el Acuerdo Schengen supuso el punto de arranque para la construcción de una política represiva y de control policial de la inmigración en Europa.

⁴ MONCLÚS MASÓ, M., Tesis Doctoral: *La gestión penal de inmigración. El recurso al sistema penal para el control de flujos migratorios*, Barcelona 2005, p. 373. En el mismo sentido véase DAL LAGO, A., *Non- persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milán 2005, p. 24.

⁵ GIL ARAÚJO, S., “Muros alrededor de “el Muro”. Prácticas y discursos en torno a la inmigración en el proceso de construcción de la política migratoria comunitaria”, en MARTÍN PALOMO, M-T/ MIRANDA LOPEZ, M-J/ VEGA SOLÍS, C., (Ed), *Delitos y Fronteras. Mujeres extranjeras en prisión*, Ed. Complutense, Madrid 2005, pp. 113 y 117.

⁶ MONCLÚS MASÓ, M., Tesis Doctoral: *La gestión penal de inmigración. El recurso al sistema penal para el control de flujos migratorios*, cit., p. 365.

⁷ VILLANI, U., “La política dell'Unione europea in materia di migrazioni”, en DE FELICE, T., (a cura di), *Il Fenomeno della Inmigración Clandestina*, Cacucci, Bari 1997, pp. 61 y 62. Como expone el autor, la aprobación de Convenio supone un reforzamiento del control de las fronteras externas de los terceros estados. En este sentido, la razón primera que justifica la elaboración de este acuerdo no es sino la compensación del déficit de seguridad derivada de la liberación de la circulación intracomunitaria.

⁸ Ha de advertirse que está programada para 2006 la sustitución de este sistema por el SIS II, que permitirá el acceso de los nuevos miembros, el uso de nuevas tecnologías y la integración de nuevas funciones. Así por ejemplo, se creará una base de datos sobre visados aceptados y denegados. En las bases de datos se incluirán fotografías, ADN e identificación del iris.

El extranjero, y en concreto el extranjero inmigrante extracomunitario⁹, es identificado comúnmente como un delincuente en potencia desde el instante que atraviesa las fronteras externas de Europa. La inmigración es vista como un fenómeno que preocupa a los Estados y mucho más cuando se trata de inmigración ilegal. Para solucionar este problema se ha optado generalmente por la utilización de las sanciones de expulsión del extranjero ilegal y la limitación del acceso de estas personas a gran parte de los derechos básicos. Tal y como expone RODRÍGUEZ MESA, la política migratoria que se ha elaborado en la Unión Europea no está tan preocupada por la situación de marginación del inmigrante ilegal y los posibles abusos de los que puede ser objeto, sino por la perturbación social y económica que puede provocar la movilidad no controlada de personas¹⁰. Tanto es así, que la medida de expulsión fue incluida en el proyecto de Constitución Europea, constitucionalizándose de esta forma la tendencia defensiva de la Unión frente al ciudadano no europeo y, con especial virulencia, frente al inmigrante irregular.

Situados en este escenario, en España ha sucedido lo que tantas otras veces desde la ya casi olvidada Ley de extranjería de 1985, de 1 de julio, esto es, se ha hecho política con la inmigración, en lugar de política de inmigración¹¹. Puede decirse que, de alguna forma, la inmigración se ha “construido” como un problema¹². Tal y como acostumbra a ocurrir en los últimos tiempos, una de las formas más seguras de recabar

⁹ Los conceptos de extranjero e inmigrante han de ser diferenciados porque no son términos sinónimos. Extranjero es todo aquel que no es nacional. La falta de nacionalidad es el criterio básico que caracteriza la condición de extranjero. A su vez, ha de diferenciarse entre extranjero comunitario y extracomunitario. Según el Acuerdo Shengen se entiende por extranjero “toda persona que no sea nacional de los Estados miembros de las Comunidades Europeas”. Por su parte, el inmigrante es uno de los componentes específicos del género extranjero, caracterizado por el desplazamiento laboral. Según el Diccionario de la Real Academia inmigrarse se define como “Dicho del natural de un país: Llegar a otro para establecerse en él, especialmente con idea de formar nuevas colonias o domiciliarse en las ya formadas”. De esta definición deben excluirse a los extranjeros cuya transitoriedad en el país no permite su domiciliación. Es el caso de los transeúntes, turistas y trabajadores fronterizos. Ahora bien, la normativa de extranjería se aplica únicamente cuando concurra la característica de transnacionalidad, por lo que es necesario un cruce de fronteras. Teniendo este dato en cuenta, los nacionales de los países miembros de la Unión Europea no pueden considerarse inmigrantes porque no cruzan frontera alguna. Tanto es así, que a los extranjeros comunitarios no se les aplica la Ley de Extranjería. Véase sobre estas cuestiones, GARCÍA ESPAÑA, E., *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, cit., pp. 133 y ss. Esta última va más allá y matiza que incluso entre los extranjeros extracomunitarios es posible hacer una nueva subdivisión. Por un lado estarían los “extranjeros con privilegios”, que obtienen trato favorable por las concesiones admitidas para ciertos países. Por el otro estarían los “extranjeros desfavorecidos”, cuya entrada en los países comunitarios está restringida y limitada. Tras lo dicho ha de aclararse que en el presente trabajo se hace mención a los extranjeros, inmigrantes y a la Ley de extranjería, pero no ha de perderse de vista que el punto central que se somete a análisis es el control de los flujos migratorios, es decir, de los extranjeros inmigrantes extracomunitarios y, en especial, la situación de los ilegales. Estos pertenecerían al grupo de los extranjeros extracomunitarios desfavorecidos.

¹⁰ RODRÍGUEZ MESA, M-J., “El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Aquilafuente, Salamanca 2004, p. 807.

¹¹ DE LUCAS, J., “El marco jurídico de la inmigración”, cit., p. 4. La Ley de extranjería de 1985 se caracterizaba también por ser restrictiva. Sobre sus rasgos más sobresalientes puede verse GARCÍA ESPAÑA, E., *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, cit., pp. 35 y ss. Destaca la autora que aunque el Preámbulo de la Ley mostraba un pretendido talante abierto, generoso y respetuoso con los derechos de las personas la realidad plasmada en la ley fue radicalmente contraria. A los extranjeros ilegales se les aplicaban medidas policiales represoras y excluyentes, a la vez que se abría la puerta a la discrecionalidad administrativa. Su clara tendencia represora contribuía a crear una imagen del inmigrante como sinónimo de delincuente. La vulneración de derechos presentaba un calibre tal que incluso el Defensor del Pueblo interpuso recurso de inconstitucionalidad contra ella.

¹² RIVERA BEIRAS, I., (Coord), *El populismo punitivo. Análisis de las reformas y contrarreformas del Sistema Penal en España*, Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans, Barcelona 2005, p. 38.

el voto de los ciudadanos es la promesa de reducir la inseguridad ciudadana, siendo uno de los frentes abiertos la delincuencia generada por la llegada de inmigrantes y, especialmente, de inmigrantes irregulares. Estos últimos son reflejados en la mayoría de las legislaciones de extranjería y también en los Códigos penales como una suerte de “inmigrantes malos” u “hostiles”¹³. Estos sujetos no deben ser integrados sino, por el contrario, ser expulsados con la mayor premura posible¹⁴. El “inmigrante malo” o “no deseable” es aquel que más se diferencia culturalmente de los ciudadanos del país de recepción y no encaja en el mundo laboral¹⁵. En definitiva y en términos utilitaristas, se trata de un sujeto que no sirve a los intereses del país receptor de la inmigración y se muestra aparentemente más distante debido a su concepción de la vida, familia o religión. Así entendido, se produciría inevitablemente un efecto perverso, esto es, la víctima se convierte en autor del crimen, por ser ellos, los irregulares, el objeto con el que unos negocian y luego otros, quienes crean y aplican las normas, reaccionan sin contemplaciones.

Esta supuesta “invasión” de inmigrantes se caracteriza por ser una avalancha de inmigrantes pobres. La pobreza, las guerras, los desastres naturales y las economías en declive suelen ser las motivaciones principales por las que los extranjeros abandonan su país de origen. El mundo rico se muestra como el escaparate del bienestar, de las oportunidades de trabajo y del progreso¹⁶. Por todo ello, no resulta sorprendente el hecho de que estas personas colijan que la única solución a su insostenible situación sea la huida a los países de su entorno. Movidos por el ansia de salir de esta situación, los extranjeros inmigrantes inician un difícil viaje hacia otros territorios, cuyos gobiernos y ciudadanos posiblemente no les acepten. Se trata en definitiva, y más adelante se comprobará, de una “inmigración de expulsión” tanto de su país de origen como del receptor¹⁷.

El panorama con el que estos sujetos se encuentran a su llegada a los Estados de recepción es desolador, ya que bajo el inicial discurso de solidaridad y altruismo que profesan estos países se esconde una verdad radicalmente distinta. En este sentido, lo

¹³ PIZARRO BELEZA, T., “Hostilidades. Sobre a pena acessória de expulsao de estrangeiros do territorio nacional”, en DE FIGUEIREDO DIAS, J/ CABRAL BARRETO, I/ PIZARRO BELEZA, T/ PAZ FERREIRA, E., (Coord), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra 2001, p. 140.

¹⁴ DE LUCAS, J., “El marco jurídico de la inmigración”, cit., p. 8.

¹⁵ DAL LAGO, A., *Non- persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, cit., p. 46 que éstos son representados cotidianamente como enemigos por constituir una amenaza para la estabilidad demográfica, el trabajo de los hijos de los autóctonos, la seguridad de las ciudades y a la homogeneidad cultural y a los valores establecidos. Respecto de este último punto, explica ESPINA BARRIO, A-B., “La difícil integración cultural de los emigrantes”, en FERNÁNDEZ DE ROTA MONTER, J-A. (Ed), *Integración social y cultural*, A Coruña 2002, p. 183 que uno de los factores que comúnmente dificulta y entorpece la integración son las resistencias para mantener la pureza, las tradiciones inalteradas, la autoctonía.

¹⁶ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Inmigración ilegal y tráfico de seres humanos para su explotación laboral o sexual”, en DIEGO DÍAZ-SANTOS/ FABIÁN CAPARRÓS, E-A., *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Colex, Madrid 2003, p. 116.

¹⁷ DAVIDSON, A., “Ciudadanía y migración: ¿derechos para aquellos sin pertenencia?”, en *Ciudadanía e inmigración*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 37, Granada 2003, p. 37. Extraigo el término “migración de expulsión” de este autor; no obstante, éste sólo lo utiliza desde la perspectiva del país de origen. En el texto, sin embargo, pretendo mostrar las dos facetas, es decir, la expulsión se produce tanto por el país de origen como por el de destino. Como expone BERISTAIN, A., “Minorías (inmigrantes) como agentes sociales en la evolución jurídica, criminológica y victimológica”, en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, CARBONELL, J-C/ DEL ROLSAL, B/ MORILLAS CUEVA, L/ ORTS, E/ QUINTANAR, M., (Coord), Dykinson, Madrid 2005, p. 107, “los inmigrantes han sido y son arrojados de su país y del país al que intentan arribar”.

que realmente subyace bajo el velo de la tolerancia no es sino un interés desmedido por el control de los flujos migratorios y la selección de personas aptas para servir al sistema económico imperante. En cierto modo, el extranjero inmigrante es una mercancía con la que comerciar en los mercados de los países más desarrollados. No obstante, el problema surge cuando el número de inmigrantes supera la demanda laboral de los países importadores, es decir, se generan “excedentes”¹⁸. El funcionamiento de los mercados y el mantenimiento de los sistemas económicos guían, de esta forma, la voluntad de los gobiernos hacia políticas de inmigración restrictivas y selectivas. La posición y valoración del inmigrante varía según el momento económico que se viva. Será positivo cuando la economía se expanda y negativo en las crisis y recesiones¹⁹. Como claramente afirma ANTÓN PRIETO, en la actual dinámica discursiva sobre la inmigración se manifiesta solidaridad cuando realmente se quiere decir conveniencia²⁰. Ni siquiera entonces, otros factores como las bajas tasas de natalidad de los países europeos son argumentos suficientes para justificar la recepción de una mayor mano de obra²¹.

Cabe ahora preguntarse si existiría alguna solución viable a tan complejo problema. En esta línea, autores como DE LUCAS ponen sobre la mesa algunos aspectos que deberían ser revisados. Toda ley, apunta, es una herramienta necesaria pero insuficiente²². Ante todo, el legislador ha de tener presente que la inmigración no cesa sino que, ante leyes restrictivas, se transforma en inmigración ilegal. Toda política de inmigración debe ir, por tanto, dirigida a no fomentar ese tipo de inmigración²³. Al mismo tiempo, la previsión normativa debe ser completada con la consecución de otros objetivos como la ayuda a los países que generan la inmigración, la aceptación de la pluralidad y el abandono del modelo de Estado paternalista. No bastan para ello los cambios legislativos, sino que éstos deben de ir acompañados también de cambios de sensibilidad en todos los colectivos implicados, agentes sociales y medios de comunicación²⁴. Se trataría por tanto de transformar la, a día de hoy, ilusoria integración social en una realidad plausible.

Como se ha podido observar, hasta el momento se han expuesto ideas abstractas y generales que necesitan ser justificadas mediante hechos. En este sentido, las notas apuntadas no son sino indicios de lo que se ha hecho en la legislación española en los

¹⁸ RODRÍGUEZ MESA, M-J., “El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina”, cit., p. 848.

¹⁹ PAZ RUBIO, J-M., “Expulsión de extranjeros”, en *Extranjeros y Derecho penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004, p. 85, el paro en el país receptor de la inmigración es una de las cuestiones que laten en las leyes de extranjería. Sino hay trabajo para todos, primero está el nacional y el extranjero es aceptado sólo si entra en el país como turista. Como expone GARCÍA ESPAÑA, E., *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, cit., p. 55, si se necesita mano de obra se suprimen las barreras jurídicas, mientras que si los puestos de trabajo escasean las trabas jurídicas imposibilitan el acceso legal del inmigrante.

²⁰ ANTÓN PRIETO, J-I., “Inmigración y delito en el imaginario colectivo. Alternativas a una relación perversa”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Aquilafuente, Salamanca 2004, p. 261. Esta misma idea la comparte DE LUCAS, J., “Inmigración y ciudadanía: visibilidad, presencia, pertenencia”, en *Ciudadanía e inmigración*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 37, Granada 2003, pp. 82 y 84, cuando afirma que las políticas de inmigración de la Unión Europea obedecen a un “cinismo instrumental”.

²¹ GASCÓN ABELLAN, M., “Nosotros y los otros: el desafío de la inmigración”, cit., p. 4.

²² DE LUCAS, J., “El marco jurídico de la inmigración”, cit., p. 9. De la misma opinión puede verse CONTENTO, G., “Il fenomeno della immigrazione clandestina: aspetti penali e di prevenzione criminale”, en DE FELICE, T., (a cura di), *Il Fenomeno della Immigrazione Clandestina*, Cacucci, Bari 1997, p. 114.

²³ GARCÍA ESPAÑA, E., *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, cit., p. 55.

²⁴ GARCÍA ESPAÑA, E., “La delincuencia de inmigrantes en España”, en LAURENZO COPELLO, P., (Coord), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 159.

últimos años. Señaladamente, se podrá comprobar cómo triunfa en el ordenamiento jurídico español la máxima de rechazo a los inmigrantes extranjeros irregulares. Contra estos sujetos se ha elaborado una normativa administrativa sancionadora y penal de manifiesta dureza, cimentada sobre la medida de expulsión del irregular y la institución de los centros de internamiento para extranjeros.

II. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EXTRANJERO EN ESPAÑA TRAS LA LEY ORGÁNICA 4/2000

1. Aspectos más sobresalientes de la nueva regulación

Como se adelantó en el epígrafe introductorio, el estatuto jurídico del extranjero se establece actualmente en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. A su vez, dicha norma fue reformada inmediatamente después por la también Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. En línea de principio, esta última Ley pretendía ser una reforma de la primera, pero han sido tantos los artículos modificados que, más allá de lo puramente formal, se trata en realidad de una ley nueva. De la reforma debe destacarse que supuso un cambio total respecto de la Ley reformada la cual, como se analizará seguidamente, fue elogiada por ser una norma más preocupada por la integración de los inmigrantes que por el orden público y el control policial de la inmigración.

La Ley 4/2000 predicaba ante todo la búsqueda de la integración social de los extranjeros. Se partía de la idea de que el único principio posible para alcanzar este fin era el reconocimiento de derechos. En este sentido, el hecho de estar empadronado en un municipio habilitaba a tal reconocimiento, añadiéndose además la posibilidad de regularizar a los ilegales en el caso de que esa inscripción en un padrón se extendiese más allá de dos años -antiguo art. 29.3-. Conjuntamente con estas medidas se produjo una suavización del régimen sancionador, eliminándose la sanción de expulsión en aquellas situaciones en que el extranjero se encontrase en territorio español sin permiso de residencia o, si estuviese trabajando, sin el pertinente permiso de trabajo.

Si bien esta Ley fue alabada y recibida entre aplausos por unos, contó con la oposición de un sector demasiado poderoso, a saber, el propio gobierno. La vida de la Ley 4/2000 tal y como se aprobó duró poco, pues el Partido Popular consiguió su completa transformación con la entrada en vigor de la Ley de reforma 8/2000²⁵. Se produce con la “contrarreforma” un nuevo giro de 180 grados, que supone el retorno a las políticas restrictivas en detrimento de la integración social y la continuidad de la “tolerancia cero” en materia de inmigración²⁶.

²⁵ Ha de indicarse que la necesidad de reforma de la Ley 4/2000 no fue compartida por la mayor parte de los partidos políticos. En concreto, PSOE, IU, CIU apostaron en principio por su continuidad. La reforma siguió adelante como consecuencia de la mayoría absoluta con la que el Partido Popular gobernaba. Véase extensamente MÁRQUEZ LEPE, E., “La construcción retórica del extranjero inmigrante en el discurso político español”, en MARTÍN PALOMO, M-T/ MIRANDA LOPEZ, M-J/ VEGA SOLÍS, C., (Ed), *Delitos y Fronteras. Mujeres extranjeras en prisión*, Ed. Complutense, Madrid 2005, pp. 197 a 200.

²⁶ SILVEIRA, H-C., “Inmigración y Derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía”, en BERGALLI, R., (Coord), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, p. 544. No sólo en España los partidos políticos de derechas han sido los más proclives a elaborar políticas de extranjería e inmigración restrictivas. Otro claro ejemplo de la tendencia excluyente por parte de los partidos de la derecha es el caso de Italia. No obstante, ello no significa que los partidos de izquierda no se hayan adherido a este posicionamiento a lo largo de los años. Sobre esta cuestión puede verse DAL LAGO, A., *Non- persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, cit., pp. 26 y 130.

Por un lado, se recupera la medida de expulsión para los casos en que el extranjero se encuentre en situación irregular en territorio español, esté trabajando sin permiso para ello o haya sido condenado, dentro o fuera de España, por un delito doloso sancionado en el Código penal con pena privativa de libertad superior a un año -art. 57-.

Al mismo tiempo, se limita el reconocimiento de los derechos del extranjero, señaladamente cuando se trata de ilegales²⁷. Tal y como apunta DE MATEO MENÉNDEZ, es significativo el cambio de dicción que se produce entre el art. 3 de la Ley 4/2000 y el mismo artículo tras la reforma. De lo que en la primera norma se denominaba “Igualdad con los españoles e interpretación de las normas” se cambia a un título completamente distinto, a saber, “Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas”²⁸. Aunque en la Ley de reforma se reconocen a todo extranjero los derechos de documentación, acceso a la educación obligatoria o a la libre circulación, otros muchos como el derecho de sindicación o huelga se supeditan a la exigencia de la residencia legal²⁹. Sobre esta limitación de derechos puede decirse que si algo favorece no es precisamente la integración social sino todo lo contrario³⁰. En este sentido, el reconocimiento de derechos es uno de los medios idóneos para alcanzar la integración, de forma que su recorte y limitación la obstaculiza notablemente³¹. El gobierno parece temeroso de que los extranjeros gocen de un estatuto jurídico similar al de los nacionales y que quieran quedarse para formar parte de la sociedad española.

El argumento dado por el gobierno para introducir estas medidas restrictivas ha sido desde el inicio el, a su modo de ver, indeseable “efecto llamada” que acompañaba a la Ley 4/2000. Convencidos de este hecho y con el fin de evitar la entrada masiva de inmigrantes ilegales – teóricamente estimulada por la permisividad de la nueva Ley- se afirmó por el partido gobernante la necesidad de volver a las viejas tendencias de control de los flujos migratorios. Se partió de la idea de que el reconocimiento de derechos y el intento de la consecución de la integración social fomentaban la entrada

²⁷ Precisamente, uno de los argumentos por los que el Partido Socialista se posicionó en contra de la reforma fue la falta de reconocimiento de determinados derechos civiles a los inmigrantes irregulares. Concretamente se restringían a este colectivo los derechos de reunión, manifestación, asociación, huelga y sindicación. Véase MÁRQUEZ LEPE, E., “La construcción retórica del extranjero inmigrante en el discurso político español”, cit., pp. 205 y 214. A juicio de la autora, aunque en principio el discurso del PSOE parecía más integrador y tolerante que el de su oponente, coincidían ambos en un punto esencial, esto es, en la visión de la inmigración como un problema y en la consecución de fines electorales a través de las políticas de extranjería e inmigración.

²⁸ DE MATEO MENÉNDEZ, F., “Una aproximación a la nueva Ley de Extranjería”, en *Jueces para la democracia*, nº 40, 2001, p. 9.

²⁹ Incluso en los derechos reconocidos, cuando se trata de extranjeros no residentes las limitaciones son importantes. Así por ejemplo, en el derecho a la educación sólo se incluye la obligatoria para casos de extranjeros no residentes – art. 9.3 de la LEX-. A su vez, a los no residentes se les reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo.

³⁰ Como ejemplificadoramente afirma MUÑAGORRI, la previsión de la medida de expulsión y la paulatina reducción de derechos de los extranjeros e inmigrantes implica la “construcción de un mundo al revés”. Véase MUÑAGORRI LUGUÍA, I., “Derecho penal intercultural y crisis del principio de soberanía”, en *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid 2005, p. 193.

³¹ GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, p. 89. Sobre la importancia del reconocimiento de derechos como medio de integración y su papel en las políticas de inmigración puede verse DE ASÍS, R., “Algunas reflexiones sobre el fenómeno migratorio y los derechos humanos”, en ZAPATERO, V., (Ed), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Tomo I, Universidad de Alcalá 2002, p. 545. Asimismo, DE LUCAS, J., “Inmigración y ciudadanía: visibilidad, presencia, pertenencia”, cit., pp. 96 a 99.

de ilegales. A juicio del gobierno, las normas restrictivas favorecían el respeto a la legalidad y no a la inversa.

Con todo, y siendo evidente la intención del partido en el poder de reprimir la entrada de inmigrantes –principalmente ilegales-, el giro de tuerca definitivo viene dado por la aprobación de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Esta reforma de la reforma pone al descubierto la intención última de aquel gobierno, esto es, la clara voluntad de poner solución a la inmigración ilegal mediante la medida de expulsión³². Tanto es así, que sus fines casi exclusivos son la dotación de la mayor efectividad posible a las expulsiones y devoluciones de los extranjeros. Sobresale como novedad la instauración de la obligación de las compañías de transporte de conocer la situación de los pasajeros que vayan a ser trasladados a España antes de la salida del país de origen –art.66 de la LEX-. Se incrementan notablemente las obligaciones y sanciones a los transportistas y compañías de transporte, que deberán además controlar si el pasajero regresa o no a su país de origen. Ello supone la traslación de la competencia pública sobre el control de fronteras a sujetos privados³³ y contribuye a la interiorización de la idea de peligrosidad de los extranjeros.

Con el cambio de gobierno en marzo de 2004 la situación se ha suavizado relativamente, pues se ha intentado abrir nuevas vías para la regularización de los inmigrantes ilegales. Muestra de ello es la aprobación del Reglamento de desarrollo de la Ley 4/2000 mediante el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que prevé la regularización siempre que el inmigrante consiga un contrato de trabajo. No obstante, y más allá de esta novedad, sigue manteniéndose en el Reglamento la expulsión en caso de estancia irregular -art. 138- y el internamiento en centros para extranjeros -art. 153-.

Como se deduce de lo expuesto, la expulsión es la institución sobre la que gira toda la política de extranjería e inmigración en España. La expulsión está prevista en la LEX como un sustitutivo de las sanciones de multa aparejadas a las infracciones graves o muy graves. Esta medida se aplica tanto en caso de infracciones administrativas como en supuestos en los que la conducta del extranjero implica cierto grado de peligrosidad. Así por ejemplo, será expulsado tanto el extranjero que se encuentre en territorio español de forma irregular por carecer de autorización de residencia, como aquel que esté implicado en actividades contrarias al orden público previstas como graves o muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, o el hecho de tener antecedentes penales no cancelados.

Sea cual sea la causa que de lugar a la expulsión, ésta puede tramitarse por dos procedimientos distintos previstos en la Ley 4/2000, a saber, el ordinario -art. 57.9- y el preferente -art.63-. En ambos se permite al expedientado realizar alegaciones y presentar las pruebas que considere pertinentes, sin embargo, como su propio nombre indica, el procedimiento preferente cuenta con plazos notablemente más reducidos.

Si bien no puede rebatirse el papel central que el expediente de expulsión ocupa en toda la normativa de extranjería e inmigración, no debe olvidarse que este no es el único instrumento que se ha utilizado para controlar la entrada de extranjeros en territorio español. Son igualmente medidas de control migratorio la denegación de entrada y la devolución. Ni una ni otra institución requieren para su aplicación un expediente administrativo, por lo que la merma de garantías jurídicas es aún mayor.

³² MONCLÚS MASÓ, M., Tesis Doctoral: *La gestión penal de inmigración. El recurso al sistema penal para el control de flujos migratorios*, cit., p. 390.

³³ RIVERA BEIRAS, I., (Coord), *El populismo punitivo. Análisis de las reformas y contrarreformas del Sistema Penal en España*, cit., p. 137.

Según los artículos 25 y 26 de la LEX, la entrada debe efectuarse por los puestos habilitados para ello, el extranjero debe portar la documentación adecuada al caso, estar en posesión del visado y no estar sujeto a las prohibiciones que el art. 10 del nuevo Reglamento prevé. Cumplidos estos requisitos objetivos, el extranjero debe acreditar además que dispone de medios para subsistir en territorio español y que la estancia en el país está justificada. A ello se une la exigencia de que su entrada no suponga un peligro para la salud pública, el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de España o de otros Estados con los que España tenga convenio en ese sentido -art. 4.1.g del Reglamento-. Estas últimas exigencias deben ser valoradas por las autoridades fronterizas, por lo que, para evitar posibles situaciones de discrecionalidad o arbitrariedad, es preceptivo motivar la denegación de entrada, reconociéndose además el derecho de asistencia jurídica gratuita al afectado por la denegación. En caso de que se quebrante la orden de no-entrada el cómputo de la prohibición originaria vuelve a partir de cero.

Por su parte, el art. 58.2 de la LEX prevé la institución de la devolución para dos supuestos específicos: intento de entrada ilegal por lugares no habilitados para ello y contravención de la prohibición de entrada en el país tras un previo expediente de expulsión. Si bien en el último supuesto ha existido al menos un expediente administrativo que limita en cierto modo la posibilidad de actuaciones arbitrarias por parte de la autoridad gubernativa competente, en el primero sí se plantean problemas de esta índole, ya que el concepto de entrada ilegal es excesivamente amplio. Por esta razón y para evitar que se produzcan expulsiones encubiertas sin las garantías debidas, el Reglamento de Extranjería precisa que se ha de practicar la devolución cuando el extranjero sea interceptado en la frontera o en sus inmediaciones. Así, una vez que el extranjero ha penetrado en el país de forma ilegal la solución que ha de aplicarse es la tramitación del expediente de expulsión.

Finalmente, y porque lo que pretende ponerse de manifiesto es que la legislación de extranjería incide duramente sobre el disfrute de los derechos y libertades de los extranjeros, es al menos obligada una breve referencia a la detención de extranjeros y a los centros de internamiento. Según se expone en el art. 61.1. d) de la LEX, la autoridad gubernativa o sus agentes pueden detener por un máximo de 72 horas a los extranjeros que pretendan entrar o permanecer irregularmente en España, incumplan alguna obligación legal o cometan alguna de las infracciones que se describen en la Ley.

Esta privación de libertad está íntimamente ligada a los casos de denegación de entrada y devolución, ya que no en todos los supuestos es posible el retorno del extranjero de forma inmediata. De ser así, la única vía posible que asegure la no entrada y la devolución es la detención del extranjero. Si la detención tuviese una duración superior al límite de las 72 horas, el detenido ha de ser puesto a disposición judicial para su internamiento.

El internamiento puede también adoptarse en el seno de un expediente administrativo de expulsión. La privación de libertad será autorizada mediante auto motivado del juez competente como medida cautelar para asegurar la efectividad de la resolución de expulsión, que puede haberse dictado o no en el momento de dictaminar el internamiento. Por lo tanto, y teniendo presente las causas que pueden motivar la expulsión, el internamiento puede producirse en casos de mero incumplimiento de requisitos administrativos, por considerar que el extranjero es “peligroso” o por tener antecedentes penales no cancelados.

Sea cual sea la situación que ha permitido la adopción del internamiento, éste no puede nunca extenderse más allá de los 40 días y su duración debe ser motivada, prohibiendo además la posibilidad de acordarse un nuevo internamiento por cualquiera

de las causas previstas en un mismo expediente -art. 62 LEX-. Lo que sí podría suceder es que tras la salida del extranjero para su expulsión ésta no pueda hacerse efectiva, en cuyo caso es viable el reingreso del sujeto en el centro de internamiento. En este último caso no es necesaria una nueva autorización judicial. Es suficiente con informar a la autoridad judicial del reingreso.

2. Valoraciones críticas

A lo largo del estudio descriptivo de los aspectos más destacables de la normativa de extranjería se fueron apuntando alguno de sus rasgos más característicos. Como se puso de manifiesto al analizar el expediente administrativo de expulsión, la imposición de la sanción de expulsión o internamiento en casos de mero incumplimiento administrativo no puede sino calificarse como desproporcionada³⁴.

Al mismo tiempo, el recurso a términos ambiguos y excesivamente amplios ha dado paso a posibles actuaciones arbitrarias o discrecionales por parte de las autoridades gubernamentales. El hecho de supeditar la autorización de entrada en el país a que ésta no suponga un peligro para la salud pública o el orden público, concede a las autoridades fronterizas capacidad plena de decisión sobre esa entrada. Si esto es así, esta capacidad decisoria podría convertirse en último término en un medio de control de los flujos migratorios.

La misma crítica puede sostenerse frente a la posibilidad de sustituir la sanción de multa por la expulsión en los casos fijados por la LEX. Esta novedad fue introducida por la Ley 4/2000 y mantenida posteriormente por la Ley de reforma 8/2000 la cual, a su vez, amplió notablemente el número de supuestos que pueden dar lugar a la sustitución. Lo criticable no es que el art. 57. 1 de la Ley 4/2000 permita sustituir la multa por la sanción de expulsión en determinados supuestos, sino el hecho de que en ningún momento especifique cuales son los criterios que han de tenerse en cuenta para disponer tal sustitución³⁵. Al no existir tales criterios, podría darse paso a una utilización poco recomendable de la expulsión, convirtiéndose esta medida en la sanción de preferente aplicación³⁶. De ser así, se intercambiaría la naturaleza de una y otra sanción, de forma que la sanción principal pasaría a ser subsidiaria y a la inversa. Se generaría entonces una inseguridad jurídica que permitiría utilizar esta posible sustitución como un medio de control y restricción de los movimientos migratorios. Con el fin de evitar este efecto perverso, una de las opciones propuestas de la doctrina sería permitir la renuncia al proceso únicamente en las infracciones de menor gravedad como las faltas³⁷.

³⁴ GARCÍA ESPAÑA, E., “La delincuencia de inmigrantes en España”, cit., p. 158. Asimismo, MONCLÚS MASÓ, M., “La expulsión del extranjero como cuestión de orden público. Un ejemplo de la pervivencia histórica del concepto de orden público”, en MUÑAGORRI, I/ PEGORARO, J., (Coord), *La relación seguridad-inseguridad en centros urbanos de Europa y América Latina*, Dykinson, Madrid 2004, pp. 424 y 425.

³⁵ La indeterminación de estos criterios conlleva una falta de seguridad jurídica que puede llevar a casos extremos. Por ejemplo, en Portugal se puede expulsar a un extranjero que haya realizado actos que, “si fuesen conocidos por las autoridades portuguesas, les impedirían su entrada en el país”, sin embargo nada se especifica sobre lo que ha de entenderse por tales actos. Véase MARTÍNEZ CUEVAS, M-D., “La expulsión del extranjero residente y de sus familiares reagrupados en España”, en *El Derecho y las Minorías*, Revista de la Facultad de Derecho de Granada, 3ª Época, nº 5, 2002, p. 161.

³⁶ RODRÍGUEZ MESA, M-J., “El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina”, cit., p. 856.

³⁷ 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., (Coord), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 96.

Con todo, y a pesar de que las críticas vertidas en el párrafo anterior no son en modo alguno desdeñables, más sorprendente resulta la lectura del art. 57 de la LEX en sus apartados 2º y 7º. Respecto del art. 57. 2º señalarse que su adecuación a los principios constitucionales no está del todo claro. Como se expuso *supra*, el hecho de haber cometido dentro o fuera de España un delito sancionado con pena de prisión superior a un año conlleva la expulsión del extranjero. Esta previsión bordea los límites del principio *non bis in idem* por la imposición de una doble sanción, esto es, de la pena privativa de libertad y la expulsión³⁸. Ha de indicarse además, que en este caso se realiza un juicio de peligrosidad, de forma que el hecho de haber cometido un delito transforma al infractor en un sujeto indoneo para permanecer en el país.

Por su parte, el art. 57.7º prevé que cuando un extranjero esté inmerso en un procedimiento penal por delito o falta sancionado con 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, las autoridades gubernativas pueden solicitar al juez que, mediante una resolución motivada, dictamine la expulsión en un plazo no superior a tres días.

Ante todo, debe dejarse claro qué naturaleza presenta esta medida para no incurrir en errores a la hora de sopesar las consecuencias que de ella se derivan. Así, esta decisión del juez penal no es una orden de expulsión, ni una pena, sino una autorización para que la expulsión sea ejecutada por vía administrativa. Se trata, en definitiva, de la homologación judicial de la aptitud del acto administrativo para sustituir el proceso penal y provocar su conclusión anticipada³⁹. El único límite que se ha fijado es aquel por el que la sustitución no es operativa cuando los delitos que se imputan son los tipificados en los arts. 312, 318.bis, 515.6º, 571 y 518 del CP. En principio, esta autorización no tiene contenido punitivo o sancionador. Con base en esta última premisa, algunos autores han defendido el buen criterio del legislador al habilitar al juez penal para sustituir el procedimiento penal por la expulsión en vía administrativa. La existencia de este artículo 57.7º, evita que los extranjeros ilegales que van a ser expulsados tras el remate de un expediente administrativo correspondiente, delincan durante su tramitación para alargar su permanencia en el territorio español. Así, algunos autores entienden que se trata de una buena medida por cuanto el citado artículo sirve al fin de alzar la traba que el proceso penal pudiese representar para la ejecutividad de la sanción administrativa⁴⁰.

Ahora bien, sea o no esta la intención que perseguía el legislador, lo cierto es que mediante la aplicación de este artículo es posible expulsar a un extranjero que se encuentre incurso en un procedimiento penal, sin que haya existido sentencia alguna. A este respecto debe tenerse en cuenta que la autorización del juez para paralizar el proceso penal puede efectuarse en cualquier momento del proceso penal, anterior al enjuiciamiento y posterior a la recepción de la declaración del extranjero en calidad de imputado. En consecuencia, y en contra de los intereses del extranjero procesado, se pone en peligro el derecho del acusado a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, al mismo tiempo que se pone en tela de juicio el respeto al principio de

³⁸ SILVEIRA, H-C., “Inmigración y Derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía”, cit., p. 549. Asimismo, SANZ MULAS, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Colex, Madrid 2002, p. 364.

³⁹ PAZ RUBIO, J-M., “Expulsión de extranjeros”, cit., p. 155.

⁴⁰ CONDE-PUMPIDO, C/ CÓRDOBA, D/ DE MATEO, F/ SANZ, J-D., *Tratado Práctico de los procesos de extranjería*, Bosch, Barcelona 2002, p. 2406. Junto a esta intención, añade GARCÍA ESPAÑA, E., *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, cit., p. 451, el ahorro económico que se deriva de la paralización del proceso penal.

inocencia⁴¹. Este es, por tanto, un claro ejemplo de la supeditación que realiza el legislador de los derechos de los extranjeros frente a los intereses del Estado. Serán los jueces los encargados de salvaguardar los derechos de los ciudadanos extranjeros, ponderando las circunstancias de cada caso y comprobando que la expulsión no agrede el principio de justicia material. Habrá por tanto que confiar en su criterio.

Finalmente, debe destacarse el hecho de que la normativa administrativa de extranjería prevea la adopción de medidas que, en principio, se circunscriben únicamente al ámbito del Derecho penal. Así sucede con el internamiento de extranjeros que presuponen una privación de libertad del sujeto internado. Ciertamente es que la medida de internamiento es vista en la LEX como medida cautelar, pero ello no disculpa o justifica el quebrantamiento de la prohibición constitucional -art. 25- por la que las normas administrativas no pueden imponer sanciones que impliquen la privación de libertad. El internamiento es, a todas luces, una medida cautelar penal que ha sido extrapolada a la legislación administrativa, y ello a pesar de la previa autorización judicial, que se ha convertido en una simple homologación judicial formal de una medida administrativa privativa de libertad⁴². El internamiento se configura así como una especie de prisión preventiva y constituye una privación de libertad que no se sustenta en la comisión de un ilícito penal sino en la aplicación de normas administrativas⁴³.

III. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS PENALES SOBRE LOS EXTRANJEROS: LA MEDIDA DE EXPULSIÓN FRENTE A LOS INMIGRANTES IRREGULARES

1. Aspectos más sobresalientes de la regulación penal

Si en el marco de la normativa administrativa la Ley Orgánica 8/2000 es el ejemplo claro de las pretensiones del legislador de controlar y restringir los flujos migratorios, en el ámbito penal esa intención queda plasmada en la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social. Como se verá a continuación, esta Ley introdujo una serie de cambios que comportaron un claro endurecimiento de la respuesta penal frente a los extranjeros ilegales.

En primer lugar, se introduce la preceptiva sustitución de las penas por la expulsión de los extranjeros no residentes legalmente en España que cometan un delito castigado con pena privativa de libertad inferior a 6 años -art. 89.1 CP-. La novedad reside en que con anterioridad a la reforma la medida de expulsión era una alternativa a la pena privativa de libertad, pero no la única posibilidad. En el antiguo art. 89 del CP se decía que las penas de prisión inferiores a seis años “podrán ser sustituidas” por las alternativas a la pena de prisión. En este sentido, con la vieja redacción “podía” acordarse cualquiera de las demás medidas alternativas a la pena de prisión previstas en el Código penal. Tras la reforma se impone la aplicación de la expulsión mediante la utilización de la expresión “serán sustituidas”. En consonancia con esta realidad, puede

⁴¹ RODRÍGUEZ MESA, M-J., “El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina”, cit., p. 859. Asimismo, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Navarra 2005, p. 128.

⁴² MONCLÚS MASÓ, M., Tesis Doctoral: *La gestión penal de inmigración. El recurso al sistema penal para el control de flujos migratorios*, cit., p. 498.

⁴³ BRANDARIZ GARCÍA, B., “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, FARALDO CABANA, P., (Dir), Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pp. 46 y 47.

afirmarse que la idea principal que subyace en el reformado art. 89 del CP es la eliminación de la discrecionalidad del juez de lo penal y la aplicación automática de la expulsión. Sólo excepcionalmente y de forma motivada, el juez o tribunal puede dictaminar el cumplimiento de la pena en España y ello atendiendo a la naturaleza del delito cometido y no a las circunstancias personales del reo.

En segundo lugar, la medida de expulsión se aplica en casos de cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena o alcance del tercer grado de ejecución penitenciaria cuando el delito cometido lleve aparejada pena de prisión igual o superior a seis años. Se trata nuevamente de un recorte del campo de actuación de los jueces y una automatización de la medida de expulsión. Mas allá de esta crítica, se plantean además importantes problemas de vulneración del principio *non bis in idem*, puesto que el extranjero cumple una pena de prisión de considerable duración y seguidamente se le expulsa del país con la prohibición de entrada por 10 años⁴⁴. La expulsión se acumula a la pena de prisión.

En ambos supuestos la imposición de la expulsión lleva aparejada la colateral paralización de cualquier procedimiento administrativo conducente a la obtención de la autorización de residencia o permiso de trabajo. Asimismo, si la expulsión no pudiese llevarse a cabo, la forma de cumplimiento de la condena será la pena privativa de libertad, debido a la imposibilidad de su sustitución por otras medidas alternativas -art. 89.1-.

Finalmente, no puede faltar una referencia al art. 108 del CP y a la aplicación de la expulsión como medida de seguridad substitutiva de otras medidas de seguridad que impliquen pérdida de libertad. Según se expresa en el citado artículo, en el caso de que el sujeto al que se dirijan las medidas de seguridad sea un extranjero no residente legalmente en España, éstas serán obligatoriamente substituidas por la medida de expulsión. Por tanto, salvo que el juez de forma motivada estime lo contrario, la única medida de seguridad aplicable a un extranjero irregular es la expulsión del país por 10 años. Nuevamente, se impone la automaticidad de la medida de expulsión y sólo excepcional y marginalmente es posible aplicar las restantes medidas de seguridad recogidas en el art. 96 del CP. Al mismo tiempo y a diferencia del art. 89, en este caso no se establece el límite de los 6 años de privación de libertad para disponer la substitución, por lo que cualquier extranjero que reúna las condiciones para ser destinatario de las medidas de seguridad será expulsado del territorio español.

2. Valoraciones críticas

Han sido muchas y muy variadas las críticas que se han realizado contra el legislador penal por el modo en que ha afrontado la cuestión de la delincuencia de los extranjeros irregulares. El inmigrante –señaladamente el inmigrante ilegal- aparece representado como más delincuente que el criminal autóctono, como más causante de peligrosidad pública y de la inseguridad ciudadana que ningún otro sujeto⁴⁵. Las normas

⁴⁴ RODRÍGUEZ MESA, M-J., “El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina”, cit., p. 863 y GARCÍA ESPAÑA, E., *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, cit., p. 477.

⁴⁵ BERISTAIN, A., “Minorías (inmigrantes) como agentes sociales en la evolución jurídica, criminológica y victimológica”, cit., p. 109. Señala el autor que el Derecho penal, más allá de las aportaciones positivas que nadie pone en duda, se caracteriza por ser un Derecho que ampara la victimización secundaria, que interpreta exageradamente los fines de la pena y que se compone de leyes injustas. Ejemplo de esta última realidad sería precisamente la regulación penal que frente al delincuente inmigrante ilegal se ha desarrollado la mayor parte del mundo. A su juicio, la mayoría de las legislaciones penales obvian la teoría y la dogmática penal convirtiendo a los inmigrantes en víctimas de la xenofobia

penales contribuyen de esta forma a la estigmatización de los inmigrantes como delincuentes de alto riesgo.

Para empezar y si se tiene presente que la medida de expulsión sólo es aplicable a los extranjeros irregulares que delincan, puede afirmarse que se trata de un régimen penal específico caracterizado principalmente por los sujetos a los que se dirige y el tipo de sanciones que prevé. Como se pondrá en evidencia a continuación, la regulación establecida en el Código penal conculca la mayoría de los principios que deben regir en la legislación penal.

De entrada, el hecho de que se haya creado esta sanción específica implica ya de entrada una seria e ilegítima conculcación del principio de igualdad. Por un lado, los nacionales españoles y los extranjeros con residencia legal pueden verse discriminados frente a los extranjeros ilegales por considerar que ante la comisión del mismo delito los primeros podrían cumplir pena de prisión y los segundos no. Por otro lado, los extranjeros irregulares podrían considerar que la expulsión es una medida más gravosa o desfavorable que la que les correspondería si fuesen españoles o residentes legales. La carga aflictiva de la expulsión no es uniforme, sino que se ve condicionada por factores como el delito cometido y la pena a imponer o las circunstancias personales del condenado⁴⁶. Si se tiene en cuenta que la expulsión se proyecta sobre el extranjero ilegal, éste podría preferir entrar en prisión que volver a un país que no tiene nada que ofrecerle. Así parece haberlo pensado el legislador ya que en la Exposición de Motivos de la Ley 11/2003 se precisa que la expulsión evita que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España⁴⁷.

Con todo, y como exponen CANCIO / MARAVER, quienes sostienen la argumentación de la expulsión como forma de evitar la comisión de delitos con la finalidad de permanecer en el país deberían probar con datos empíricos y serios que efectivamente esta realidad existe de hecho⁴⁸. En este sentido, para justificar que la expulsión evita la comisión de delitos con la intención de la permanecer en España, primero habrá que probar que efectivamente esta práctica se viene llevando a cabo por parte del colectivo de extranjeros, en este caso, los ilegales.

Al mismo tiempo, resulta palmaria la vulneración del principio de proporcionalidad de las penas. Así lo demuestra el hecho de que para delitos de muy diferente gravedad se imponga la misma medida de expulsión o que tras la expulsión se prohíba la entrada durante un período de 10 años en todo el territorio Schengen⁴⁹. Y, a su vez, si se quebranta la prohibición de entrada se procederá nuevamente a la expulsión computándose de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad. A este

de la sociedad. Por todo ello, sería aconsejable recobrar, entre otros, los principios de proporcionalidad y de garantías procesales para frenar los abusos que soportan las minorías.

⁴⁶ 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”, cit., p. 48.

⁴⁷ Esta idea parece compartirla GONZÁLEZ, J-I., “Política de extranjería”, en *Extranjeros y Derecho penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004, p. 32. Según el autor, la expulsión trata de evitar la extendida práctica de algunos inmigrantes que reiteradamente comenten delitos para garantizarse la permanencia en España.

⁴⁸ CANCIO MELIÁ, M/ MARAVER GÓMEZ, M., “El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en BACIGALUPO, S/ CANCIO MELIÁ, M., (Coords), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona 2005, p. 386.

⁴⁹ MONCLÚS MASÓ, M., Tesis Doctoral: *La gestión penal de inmigración. El recurso al sistema penal para el control de flujos migratorios*, cit., p. 431. Como exponen CANCIO MELIÁ, M/ MARAVER GÓMEZ, M., “El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, cit., p. 394, la expulsión es indiscriminada y preceptiva para todo el colectivo, desde el infractor de tráfico primerizo que vive y trabaja en España desde hace años, hasta el profesional de la delincuencia organizada en un breve viaje “laboral” en Europa.

respecto señala MAPELLI lo curiosa que resulta esta previsión normativa, ya que de quebrantarse la condena no se aplica el delito de quebrantamiento de condena sino que se le expulsa nuevamente al extranjero sin mediar la intervención judicial. Por este motivo, la nueva expulsión se asemeja más a una infracción administrativa que a una conducta constitutiva de un ilícito penal, tal y como sería lo normal⁵⁰. Por lo demás, ha de advertirse que el período de tiempo que el extranjero hubiese estado fuera de España no se resta, por lo que el quebrantamiento de la prohibición se sanciona con el aumento del tiempo de expulsión.

Debe tenerse en cuenta también, que con la adopción de la expulsión tampoco se produce una individualización de la pena, ya que al tratarse de una medida automática no se tienen en cuenta las circunstancias personales del reo. Esta prohibición de la utilización de medidas alternativas a la pena de prisión conlleva inexcusablemente la expulsión del extranjero del país sea cual sea su situación de arraigo en España. Como ha señalado recientemente CANCIO, el importe de la medida de expulsión en moneda de dolor penal puede ser divergente, de forma que unas veces será un desastre vital para el sujeto y otras un verdadero premio⁵¹.

Ni siquiera en el caso excepcional de posible cumplimiento de la pena en un centro penitenciario español por decisión motivada del juez o tribunal se tienen en consideración las circunstancias personales del reo. Tal y como se expresa el art. 89 y como se expuso anteriormente, es la naturaleza del delito lo que ha de tenerse presente para la inaplicación de la expulsión. Si la situación personal y familiar del reo o su arraigo en el país no son los fundamentos de la viabilidad de la excepción del art. 89 del CP, entonces habrá que entender que la citada excepción está basada en este caso en fines punitivistas⁵².

A todo ello se une el hecho de que la sanción de expulsión no cumple en modo alguno con los fines de la pena aceptados en nuestro ordenamiento jurídico. Ni resocializa ni sirve a la prevención general y especial⁵³, por lo que cabe concluir que lo que se persigue con su previsión es algo distinto que no pertenece al ámbito de lo penal⁵⁴. Por otro lado, y como ya se expuso, ha de advertirse que esta sustitución sólo es aplicable a los extranjeros no residentes en España. Esta restricción de la aplicación de la medida de expulsión en relación con el sujeto a la que va dirigida acentúa todavía más el rechazo frente a este determinado grupo de personas. El término expulsión se manifiesta en el ámbito penal en su acepción negativa, es decir, expulsión entendida como acción de echar a alguien de un lugar⁵⁵, o lo que es lo mismo, echar a quien no se

⁵⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 131.

⁵¹ CANCIO MELIÁ, M., “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89)”, en BAJO FERNÁNDEZ, M/ JORGE BARREIRO, A/ SUÁREZ GONZÁLEZ, C., (Ed), *Libro Homenaje a G. Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid 2005, p. 202. En el mismo sentido, PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, Edersa, Madrid 2000, p. 291.

⁵² TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Edisofer, Madrid 2005, p. 184.

⁵³ NAVARRO VILLANUEVA, M-C., *Suspensión y modificación de la condena penal*, Bosch, Barcelona 2002, p. 212.

⁵⁴ PAZ RUBIO, J-M., “Expulsión de extranjeros”, cit., p. 157. A este respecto argumenta MAPELLI que el fundamento de la medida de expulsión responde no a las necesidades preventivas especiales del condenado sino a los movimientos y preocupaciones nacionalistas que recorren Europa en la actualidad. La expulsión se ha de entender como una medida de selección de la calidad de los extranjeros que se establezcan en el país. Véase MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 127.

⁵⁵ Véase en el Diccionario de la Real Academia Española la definición de expulsar y expulsión.

acepta, no se quiere y se desea mantener apartado⁵⁶. Si además se tiene presente que la expulsión carece de efectos resocializadores o preventivos, ha de suponerse que el legislador considera que quienes pueden ser objeto de ésta ni pueden resocializarse ni surte efecto en ellos la idea de prevención. Y, aún no siendo de este modo, es decir, aún considerando que el legislador no prejuzga la capacidad de los extranjeros ilegales para resocializarse, es evidente que tal posibilidad se les niega. Frente a esta opinión mayoritaria en la doctrina, un sector minoritario sostiene, sin embargo, el carácter positivo y disuasorio de la expulsión como sanción penal. CONDE-PUMPIDO, CÓRDOBA, DE MATEO, SANZ entienden que para quienes arriesgan su vida para acceder a territorio español, la amenaza de la expulsión tiene un contenido sustancialmente más gravoso que el cumplimiento de una pena privativa de libertad⁵⁷.

Debe advertirse, además, que la imposibilidad de aplicar una medida sustitutiva en caso de expulsión infructuosa implica la automática entrada en prisión de los extranjeros ilegales. Esta previsión hace aumentar los porcentajes de extranjeros ilegales en prisión de forma que se falsean las estadísticas sobre la población penitenciaria. Si se tiene en cuenta la poca efectividad en la práctica de las expulsiones y la posibilidad de sustitución de la pena de prisión cuando el autor del delito sea un español o extranjero legalmente residente, no será extraño que ante un mismo delito las estadísticas reflejen una mayor presencia en prisión por parte de los inmigrantes ilegales. No se trata por tanto de que los extranjeros ilegales delinca menos, sino que entran con mayor facilidad en las prisiones por la imposibilidad de sustituirles esta pena.

Llegados a este punto cabe preguntarse cuál es el motivo que ha llevado al legislador penal a adoptar medidas tan agresivas y tan poco respetuosas con los principios fundamentales del Derecho penal. Para ello basta echar un vistazo a las alarmantes noticias que cada día se transmiten en los medios de comunicación acerca de la llegada masiva de inmigrantes y de la tasa de criminalidad que generan⁵⁸. A la sociedad se le inculca reiteradamente que los inmigrantes son un foco de delincuencia y que frente a ellos debe reaccionarse con todas las armas posibles. Como se expuso en el epígrafe introductorio, se ha creado una imagen de “inmigrante malo” que no encaja en la sociedad y no puede ser absorbido por la concreta oferta de mano de obra existente⁵⁹. La lucha frente al “inmigrante indeseable” se ha convertido así en uno de los pilares básicos que justifican las políticas de “ley y orden” y “tolerancia cero”.

Las modificaciones que la Ley Orgánica 11/2003 no dejan lugar a dudas respecto de esta visión criminológica que del extranjero se tiene por parte del

⁵⁶ PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, cit., p. 291. Como expone la autora, terminológicamente “expulsión” es opuesto a “reinserción”.

⁵⁷ CONDE-PUMPIDO, C/ CÓRDOBA, D/ DE MATEO, F/ SANZ, J-D., *Tratado Práctico de los procesos de extranjería*, cit., p. 2468.

⁵⁸ TERRADILLOS BASOCO, J-M., “Sistema penal e inmigración”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Aquilafuente, Salamanca 2004, p. 1476. Como expone TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, cit., p. 55, en la actualidad los medios de comunicación contribuyen a crear una sociedad del miedo, donde la vivencia subjetiva del riesgo es claramente superior a la propia existencia del riesgo.

⁵⁹ RODRÍGUEZ MESA, M-J., “El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina”, cit., p. 848. Para percibir esta realidad con datos estadísticos puede verse ANTÓN PRIETO, J-I., “Inmigración y delito en el imaginario colectivo. Alternativas a una relación perversa”, cit., pp. 248 a 260. Es interesante comprobar como la mayor parte de los españoles que muestran un mayor rechazo ante el inmigrante y aboga por la exclusión son las personas menos cualificadas o con formación técnica. Al mismo tiempo puede destacarse que un elevado número de encuestados no partidarios de la integración son personas que han tenido un contacto mínimo con inmigrantes. Se resalta además que el 75% de las noticias relacionadas con la inmigración y su contexto presentan un carácter negativo. Se trata comúnmente de informaciones sobre accidentes, delincuencia, desamparo y desarraigo.

legislador⁶⁰. El Derecho penal se ha puesto al servicio de las políticas migratorias restrictivas y coopera con el Derecho administrativo en la tarea de obstaculizar la entrada y permanencia de los extranjeros en territorio español. La figura del juez penal se desdibuja y abandona las funciones jurisdiccionales para asumir funciones de policía⁶¹. Tanto es así, que algunos autores han identificado en el art. 89 del CP una renuncia o suspensión de la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado⁶².

Por lo que se refiere a la sustitución de las medidas de seguridad por la expulsión, debe apuntarse que esta sustitución desnaturaliza el fin perseguido con la imposición de las medidas de seguridad. En realidad, la expulsión no responde a la filosofía que justifica la existencia de las medidas de seguridad. Si se parte de la idea de que las medidas de seguridad encuentran su único fundamento en la peligrosidad del sujeto y tienen por finalidad evitar que se vuelva a delinquir⁶³, resulta claro que la expulsión no encaja en absoluto en esta categoría, ni sirve a sus fines principales⁶⁴. En su lugar, la expulsión entraña el desplazamiento del problema criminológico al país de origen del extranjero autor del delito y, en este sentido, la expulsión simplemente evita que el sujeto en cuestión delinca en España. Una vez más, los intereses políticos se imponen a los principios generales del Derecho penal, abandonándose en este la función resocializadora que sustentan la existencia de las medidas de seguridad⁶⁵. En opinión de ASÚA BATARRITA, esta pretendida sustitución de una medida de seguridad por otra implica una clara dejación por parte de la Administración de justicia en su cometido de tutela de bienes jurídicos básicos. A su juicio, se trataría de un claro ejemplo de “fraude de etiquetas”⁶⁶.

IV. CONCLUSIONES FINALES: ¿CONSTITUYEN LOS ARTS. 89 Y 108 DEL CP EJEMPLOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO?

Teniendo presentes todas las críticas que se han expuesto, algunos autores han llegado a incluir esta regulación en el concepto, tan en auge en los últimos años, del “Derecho penal del enemigo”⁶⁷. Para responder al interrogante propuesto en el encabezamiento de este epígrafe es obligada, aunque sea sucintamente, una aproximación a este concepto.

⁶⁰ TRINIDAD GARCÍA, M-L/ MARTÍN MARTÍN, J., *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, cit., p. 219.

⁶¹ TERRADILLOS BASOCO, J-M., “Sistema penal e inmigración”, cit., p. 1478.

⁶² RODRÍGUEZ MESA, M-J., “El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina”, cit., p. 861.

⁶³ SANZ MORÁN, A-J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Lex Nova, Valladolid 2003, p. 709.

⁶⁴ PAZ RUBIO, J-M., “Expulsión de extranjeros”, cit., p. 163.

⁶⁵ PÉREZ PÉREZ, J., “La expulsión del extranjero en Derecho penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº XXXVI, 1994, p. 528. También RODRÍGUEZ MESA, M-J., “El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina”, cit., p. 864.

⁶⁶ 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”, cit., p. 93. Asimismo, TERRADILLOS BASOCO, J-M., “Sistema penal e inmigración”, cit., p. 1480.

⁶⁷ CANCIO MELIÁ, M., “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89)”, cit., p. 189. El concepto de Derecho penal del enemigo empieza a construirse a partir de las ideas expuestas por el autor alemán G. JAKOBS. No obstante, en España SILVA SÁNCHEZ ha elaborado una tesis semejante, aunque con matices, conocida como el Derecho penal de tercera velocidad. Sobre la teoría de este último puede verse SILVA SÁNCHEZ, J-M., *La expansión del Derecho penal*, Civitas, Madrid 2001, pp. 163 y ss. Sobre las principales diferencias con la teoría de JAKOBS véase DÍEZ RIPOLLÉS, J-L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en BACIGALUPO, S/ CANCIO MELIÁ, M., (Coords), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona 2005, p. 269.

Frente al “Derecho penal del ciudadano”, el “Derecho penal del enemigo” se caracteriza por suponer un adelantamiento de la punibilidad, por prever penas desproporcionadamente altas⁶⁸, por la relativización de las garantías procesales⁶⁹ y por la identificación de una categoría de sujetos como enemigos –v.gr. terroristas, inmigrantes, miembros de organizaciones criminales-⁷⁰. Así las cosas, para los destinatarios del “Derecho penal del enemigo” no estarían vigentes los principios de Estado de Derecho, igualdad ante la ley, seguridad jurídica, presunción de inocencia y tutela judicial efectiva. Se trata por tanto de un Derecho penal de guerra cuyo fin principal consiste en neutralizar e inocular al enemigo para proteger a la sociedad, al Estado y sus instituciones⁷¹. El “Derecho penal del enemigo” supone una transición del Derecho penal hacia una legislación de lucha que implica principalmente una reducción y minimización de las garantías procesales⁷². En palabras de JAKOBS, “el Estado no habla con sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos”⁷³.

Por todo ello cabe extraer como conclusión que desde el “Derecho penal del enemigo” se pueden legitimar aquellas legislaciones de excepción que desde el Derecho penal democrático se han proscrito. Tanto es así, que el “Derecho penal del enemigo” puede calificarse como un Derecho penal de autor en el que “ser uno de ellos” es suficiente⁷⁴. El concepto de Derecho penal se transforma radicalmente para convertirse en el Derecho penal de la peligrosidad, de la prevención y del estigma⁷⁵.

En opinión de un sector de la doctrina, es posible identificar estos rasgos característicos en la regulación del Código penal de 1995 tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003. En este sentido, tal y como se expuso al inicio de este epígrafe, la sanción de expulsión puede ser definida como una medida desproporcionada, en la que el derecho a la tutela judicial efectiva no se respeta siempre y dirigida a un grupo

⁶⁸ Como indica 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 *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, FARALDO CABANA, P., (Dir), Tirant lo Blanch, Valencia 2004, p. 307, en el “Derecho penal del enemigo” se adelantan las barreras punitivas sin que se produzca una rebaja de la pena, lo que provoca la aplicación de penas desproporcionadas.

⁶⁹ CANCIO MELIÁ, M., “¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS, G/ CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid 2003, pp. 80 y 81.

⁷⁰ CANCIO MELIÁ, M/ MARAVER GÓMEZ, M., “El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, cit., p. 406. JAKOBS, G/ CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, cit., p. 87. Como explica el autor, determinados colectivos son demonizados y representados como sujetos perversos.

⁷¹ JAKOBS, G., “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 20, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2000, p. 140.

⁷² DE LUCAS, J., “Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho frente a los inmigrantes” en PORTILLA CONTRERAS, G (Coord), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid 2005, pp. 208 y 211.

⁷³ JAKOBS, G., “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, cit., p. 139. Asimismo también, CANCIO MELIÁ, M., “¿Derecho penal del enemigo?”, cit., p. 87. Como explica el autor, determinados colectivos son demonizados y representados como sujetos perversos. El Derecho penal del enemigo se ha convertido en una “cruzada contra malhechores archimalvados”.

⁷⁴ CANCIO MELIÁ, M., “¿Derecho penal del enemigo?”, cit., p. 102 y DONINI, M., “Il diritto penale di fronte al nemico”, en prensa. Como apunta GIL ARAÚJO, S., “Muros alrededor de “el Muro”. Prácticas y discursos en torno a la inmigración en el proceso de construcción de la política migratoria comunitaria”, cit., p. 134, “la inmigración es el delito anterior a cualquier delito que un inmigrante pueda cometer. La presencia del inmigrante es una presencia culpable en sí misma”.

⁷⁵ DONINI, M., “Il diritto penale di fronte al nemico”, en prensa.

social concreto, a un enemigo de la comunidad, al inmigrante irregular⁷⁶. El inmigrante irregular ha sido estigmatizado como el “Otro”⁷⁷, el que se diferencia sin dificultades del nacional, el sujeto perfecto sobre el que descargar todos los males. El inmigrante irregular como enemigo se ha convertido rápidamente en la respuesta a la supuesta inseguridad ciudadana. Por un lado, los ciudadanos se sienten tranquilos porque se ha identificado al temido enemigo, al mismo tiempo que se consideran mejores porque se libran de toda culpa. Por el otro, el enemigo se ha convertido en la coartada perfecta para el recorte de derechos y libertades⁷⁸ y la imposición de políticas tendentes al control social. Al parecer, en la dialéctica “nosotros” y “ellos” cuesta menos responsabilizar y sacrificar a los segundos a favor de los primeros, o si se prefiere, duele menos. Por todo ello, el extranjero irregular, el inmigrante ilegal o “sin papeles” se ha convertido en el extraño a la comunidad para el que ya no valen las reglas del Estado de Derecho⁷⁹.

En esta línea, CANCIO MELIÁ opina que la medida de expulsión es una causa de levantamiento de la pena cuya finalidad es excluir del sistema jurídico a una categoría de personas⁸⁰. En aras de terminar con esta regulación ilegítima desde los principios básicos del Derecho penal y para dar una ubicación adecuada a la medida de expulsión, su propuesta pasa por mantener la expulsión únicamente como sustitutivo de la pena en determinados supuestos en los que tal medida sirva a la resocialización y para delitos de poca relevancia⁸¹.

Al mismo tiempo, la previsión del art. 108 del CP imposibilitando la aplicación de medidas alternativas a la pena de prisión puede entenderse como una forma más de exclusión. En este sentido, el inmigrante ilegal como “enemigo” no merece beneficio alguno. O bien debe abandonar el país o entrar en prisión. En ningún caso este sujeto debe mezclarse con la sociedad y, por supuesto, no es pensable que el Estado le brinde una nueva oportunidad. El trato menos duro está reservado únicamente para el ciudadano, en este caso, para el nacional y el comunitario. El inmigrante irregular como “enemigo” no se resocializa, nunca dejará de ser enemigo o, al menos, no dejará de serlo para el legislador penal.

Se participe o no de esta última opinión, lo cierto es que en la regulación actual se aprecia una clara orientación del legislador al sometimiento de las normas penales a las políticas migratorias restrictivas y al mismo tiempo, sea dicho de paso, a las políticas

⁷⁶ MUÑAGORRI LUGUÍA, I., “Derecho penal intercultural y crisis del principio de soberanía”, cit., pp. 191 y 198. Según el autor, el total de las reformas operadas en torno al Estatuto jurídico del extranjero y la reducción de derechos y garantías han provocado su reducción a la categoría de no- personas.

⁷⁷ BRANDARIZ GARCÍA, B., “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, cit., pp. 48 y 49. El autor aporta varias razones que sustentan la construcción del inmigrante irregular como “enemigo interior”. Junto a la facilidad de identificación del extranjero inmigrante como individuo diferente al autóctono, señala además el autor el también fácil descubrimiento de las infracciones que cometen o las altas probabilidades de aplicación de la prisión provisional derivada de la escasa confianza que se les otorga.

⁷⁸ RAMOS VÁZQUEZ, J-A., “El nuevo Elías: La teoría del Derecho penal del enemigo de Günther Jakobs”, en *Panóptico*, nº 6. Nueva Época. 2º semestre 2003, p. 149.

⁷⁹ DE LUCAS, J., “Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho frente a los inmigrantes”, cit., p. 215 o del mismo autor, “Inmigración y ciudadanía: visibilidad, presencia, pertenencia”, cit., p. 86. En este mismo sentido puede verse PIZARRO BELEZA, T., “Hostilidades. Sobre a pena acessória de expulsao de estrangeiros do territorio nacional”, cit., p. 149, para quien la división entre ciudadanos y hostiles conlleva la transformación del principio de universalidad de los derechos humanos en “una piadosa declaración de intenciones o en una trágica farsa”.

⁸⁰ CANCIO MELIÁ, M/ MARAVER GÓMEZ, M., “El Derecho penal Español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, cit., p. 414.

⁸¹ CANCIO MELIÁ, M., “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89)”, cit., p. 215.

de descongestión penitenciaria⁸². Si se aceptan estas afirmaciones ha de asumirse igualmente que el Derecho penal sigue siendo un “arma política” al servicio de la búsqueda de la seguridad, el orden, la estabilidad, y paliación de la inquietud y el temor que teóricamente asola a la sociedad⁸³. En la “nueva cultura del control” y la época del “populismo punitivo” el principio de resocialización se ha sustituido por el principio de defensa frente al delincuente⁸⁴. El Derecho penal adopta así funciones que no le corresponden y se transforma en algo distinto.

Es cierto que la inmigración clandestina es, frente a la inmigración regular, la que mayor criminalidad genera. Sin embargo, la solución a la criminalidad de los inmigrantes ilegales no pasa tanto por aplicar más Derecho penal sino por facilitar la regularización de los irregulares. Si la condición de clandestinidad y marginalidad facilitan el ingreso en el circuito criminal, parece obvio que la minimización de las posibles situaciones de clandestinidad reduciría a su vez la tasa de criminalidad de este sector de la población⁸⁵. La solución ha de buscarse en la consecución de la regularización e igualdad y, si ello no fuese posible- y al parecer ni es posible, ni se quiere hacer posible- la política criminal no debería potenciar la desigualdad entre los sujetos acudiendo indiscriminadamente a la expulsión⁸⁶. El Derecho penal no debe(ría) contribuir a la “construcción de enemigos” a través de medidas excluyentes y diferenciadas frente al resto de sujetos.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ANTÓN PRIETO, J-I., “Inmigración y delito en el imaginario colectivo. Alternativas a una relación perversa”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Aquilafuente, Salamanca 2004.

DE ASÍS, R., “Algunas reflexiones sobre el fenómeno migratorio y los derechos humanos”, en ZAPATERO, V., (Ed), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Tomo I, Universidad de Alcalá 2002.

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., (Coord), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

BERISTAIN, A., “Minorías (inmigrantes) como agentes sociales en la evolución jurídica, criminológica y victimológica”, en CARBONELL, J-C/ DEL ROLSAL, B/

⁸² FLORES MENDOZA, F., “La expulsión del extranjero en el Código penal español”, en LAURENZO COPELLO, P., (Coord), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 57. De la misma opinión puede verse, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 109. Los intentos de descongestionar los centros penitenciarios mediante la excarcelación de los presos extranjeros data ya de 1993. La Circular de 13 de enero de 1993 de la Secretaria de Instituciones Penitenciarias pretendió en su momento liberar las cárceles a través de la excarcelación de presos extranjeros y su traslado a los países de origen. Le siguieron la Circular 1/1994 y la Instrucción 25/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

⁸³ MAQUEDA ABREU, M-L., “Políticas de seguridad y estado de Derecho”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Aquilafuente, Salamanca 2004, p. 1288.

⁸⁴ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, cit., p. 53.

⁸⁵ CONTENTO, G., “Il fenomeno della immigrazione clandestina: aspetti penali e di prevenzione criminale”, cit., p. 114. y GARCÍA ESPAÑA, E., *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, cit., p. 491. Como explica esta última, el inmigrante con permiso de trabajo y residencia, debido a su mayor integración y vinculación con el país que le acoge, delinque menos.

⁸⁶ TERRADILLOS BASOCO, J-M., “Sistema penal e inmigración”, cit., p. 1481.

MORILLAS CUEVA, L/ ORTS, E/ QUINTANAR, M., (Coord), *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid 2005.

BRANDARIZ GARCÍA, B., “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, FARALDO CABANA, P., (Dir), Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

CANCIO MELIÁ, M., “¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS, G/ CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid 2003.

-“La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89)”, en BAJO FERNÁNDEZ, M/ JORGE BARREIRO, A/ SUÁREZ GONZÁLEZ, C., (Ed), *Libro Homenaje a G. Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid 2005.

CANCIO MELIÁ, M/ MARAVER GÓMEZ, M., “El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en BACIGALUPO, S/ CANCIO MELIÁ, M., (Coords), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona 2005.

CONDE-PUMPIDO, C/ CÓRDOBA, D/ DE MATEO, F/ SANZ, J-D., *Tratado Práctico de los procesos de extranjería*, Bosch, Barcelona 2002.

CONTENTO, G., “Il fenomeno della immigrazione clandestina: aspetti penali e di prevenzione criminale”, en DE FELICE, T., (a cura di), *Il Fenomeno della Immigrazione Clandestina*, Cacucci, Bari 1997.

DAVIDSON, A., “Ciudadanía y migración: ¿derechos para aquellos sin pertenencia?”, en *Ciudadanía e inmigración*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 37, Granada 2003, p. 37.

DÍEZ RIPOLLÉS, J-L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en BACIGALUPO, S/ CANCIO MELIÁ, M., (Coords), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona 2005.

DONINI, M., “Il diritto penale di fronte al nemico”, en prensa.

ESPINA BARRIO, A-B., “La difícil integración cultural de los emigrantes”, en FERNÁNDEZ DE ROTA MONTER, J-A. (Ed), *Integración social y cultural*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de A Coruña, A Coruña 2002.

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 *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, FARALDO CABANA, P., (Dir), Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

FLORES MENDOZA, F., “La expulsión del extranjero en el Código penal español”, en LAURENZO COPELLO, P., (Coord), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

GARCÍA ESPAÑA, E., *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001.

-“La delincuencia de inmigrantes en España”, en LAURENZO COPELLO, P., (Coord), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

GASCÓN ABELLAN, M., “Nosotros y los otros: el desafío de la inmigración”, en *Jueces para la democracia*, nº 40, 2001.

GIL ARAÚJO, S., “Muros alrededor de “el Muro”. Prácticas y discursos en torno a la inmigración en el proceso de construcción de la política migratoria comunitaria”, en MARTÍN PALOMO, M-T/ MIRANDA LOPEZ, M-J/ VEGA SOLÍS, C., (Ed), *Delitos y Fronteras. Mujeres extranjeras en prisión*, Ed. Complutense, Madrid 2005.

GONZÁLEZ, J-I., “Política de extranjería”, en *Extranjeros y Derecho penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004.

JAKOBS, G., “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 20, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2000.

-“Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid 2003.

DAL LAGO, A., *Non- persone. L’esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milán 2005.

DE LUCAS, J., “El marco jurídico de la inmigración”, en *Jueces para la democracia*, nº 38, 2000.

-“Inmigración y ciudadanía: visibilidad, presencia, pertenencia”, en *Ciudadanía e inmigración*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 37, Granada 2003.

-“Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho frente a los inmigrantes” en PORTILLA CONTRERAS, G., (Coord), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid 2005.

MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Navarra 2005.

MAQUEDA ABREU, M-L., “Políticas de seguridad y estado de Derecho”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Aquilafuente, Salamanca 2004.

MÁRQUEZ LEPE, E., “La construcción retórica del extranjero inmigrante en el discurso político español”, en MARTÍN PALOMO, M-T/ MIRANDA LOPEZ, M-J/ VEGA SOLÍS, C., (Ed), *Delitos y Fronteras. Mujeres extranjeras en prisión*, Ed. Complutense, Madrid 2005.

MARTÍNEZ CUEVAS, M-D., “La expulsión del extranjero residente y de sus familiares reagrupados en España”, en *El Derecho y las Minorías*, Revista de la Facultad de Derecho de Granada, 3ª Época, nº 5, 2002.

DE MATEO MENÉNDEZ, F., “Una aproximación a la nueva Ley de Extranjería”, en *Jueces para la democracia*, nº 40, 2001.

MONCLÚS MASÓ, M., “La expulsión del extranjero como cuestión de orden público. Un ejemplo de la pervivencia histórica del concepto de orden público”, en MUÑAGORRI, I/ PEGORARO, J., (Coord), *La relación seguridad-inseguridad en centros urbanos de Europa y América Latina*, Dykinson, Madrid 2004.

MONCLÚS MASÓ, M., Tesis Doctoral: *La gestión penal de inmigración. El recurso al sistema penal para el control de flujos migratorios*, Barcelona 2005.

MUÑAGORRI LUGUÍA, I., “Derecho penal intercultural y crisis del principio de soberanía”, en *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid 2005.

NAVARRO VILLANUEVA, M-C., *Suspensión y modificación de la condena penal*, Bosch, Barcelona 2002.

PAZ RUBIO, J-M., “Expulsión de extranjeros”, en *Extranjeros y Derecho penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004.

PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, Edersa, Madrid 2000.

PÉREZ PÉREZ, J., “La expulsión del extranjero en Derecho penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº XXXVI, 1994.

PIZARRO BELEZA, T., “Hostilidades. Sobre a pena acessória de expulsao de estrangeiros do territorio nacional”, en DE FIGUEIREDO DIAS, J/ CABRAL BARRETO, I/ PIZARRO BELEZA, T/ PAZ FERREIRA, E., (Coord), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra 2001.

RAMOS VÁZQUEZ, J-A., “El nuevo Elías: La teoría del Derecho penal del enemigo de Günther Jakobs”, en *Panóptico*, nº 6. Nueva Época. 2º semestre 2003.

RIVERA BEIRAS, I., (Coord), *El populismo punitivo. Análisis de las reformas y contrarreformas del Sistema Penal en España*, Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans, Barcelona 2005.

RODRÍGUEZ MESA, M-J., “El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Aquilafuente, Salamanca 2004.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Inmigración ilegal y tráfico de seres humanos para su explotación laboral o sexual”, en DIEGO DÍAZ-SANTOS/ FABIÁN CAPARRÓS, E-A., *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Colex, Madrid 2003.

SANZ MORÁN, A-J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Lex Nova, Valladolid 2003.

SANZ MULAS, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Colex, Madrid 2002.

SILVA SÁNCHEZ, J-M., *La expansión del Derecho penal*, Civitas, Madrid 2001.

SILVEIRA. H-C., “Inmigración y Derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía”, en BERGALLI, R., (Coord), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Edisofer, Madrid 2005.

TERRADILLOS BASOCO, J-M., “Sistema penal e inmigración”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Aquilafuente, Salamanca 2004.

TRINIDAD GARCÍA, M-L/ MARTÍN MARTÍN, J., *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, Lex Nova, Valladolid 2005.

VILLANI, U., “La politica dell’Unione europea in materia di imigrazioni”, en DE FELICE, T., (a cura di), *Il Fenomeno della Inmigrazione Clandestina*, Cacucci, Bari 1997.