

INCLUSIÓN, RESOCIALIZACIÓN E INFRACTORES MIGRANTES

Reflexiones desde el sistema penal español

José Ángel Brandariz García¹

Resumen: La ya clásica crisis del paradigma resocializador halla un nuevo sentido a la luz de la creciente presencia en el sistema penal de sujetos migrantes, en relación con los cuales la perspectiva rehabilitadora es marginada no sólo de las prácticas, sino también del diseño normativo del modelo de persecución y sanción del delito. El texto analiza las principales expresiones de ese abandono del ideal de reinserción, y sugiere algunas claves para repensar el tratamiento punitivo de los migrantes en un marco menos excluyente y, por tanto, más consonante con el Estado de Derecho.

Palabras Clave: inclusión, resocialización, migrantes, extranjeros, crisis, expulsión

Abstract: Already the classic crisis of the rehabilitation paradigm finds a new sense to the light of the increasing presence in the penal system of migrantes subjects, in relation to which the rehabilitation perspective is marginalized not only of the practices, but also of the normative design of the model of prosecution and punishment. The text analyzes the main expressions of that abandonment of the reintegration ideal, and suggests some keys to rethink the punitive treatment of the migrantes in a frame less exclusive and, therefore, more consonant with the rule of law.

Key words: Inclusion, rehabilitation, migrants, foreigners, crisis, expulsion

1. Introducción. La crisis de la inclusión y su incidencia sobre el sistema penal

Con singular lucidez, Garland (2005, 102 s.) ha señalado que una de las condiciones históricas que permitieron la afirmación de lo que él denomina *welfarismo penal*, específica forma hitórica de gestión de los fenómenos

¹ José Ángel Brandariz García es doctor en Derecho y profesor titular de Derecho penal de la Universidad de A Coruña (España). El autor agradece las interesantes sugerencias realizadas para la elaboración de este artículo por Agustina Iglesias Skulj, investigadora de la Universidad de Salamanca (España). El presente texto se enmarca en el desarrollo del proyecto investigador "Espacio y Derecho Penal", realizado por el grupo de investigación del área de Derecho penal de la Universidad de A Coruña (España) y subvencionado por la Secretaría de Estado de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación español (2008-2011; -nº referencia DER2008-01523-).

delictivos, fue la consolidación de la narrativa cívica de la inclusión (Young, 2003, 16, 103 ss.). En efecto, esa específica narrativa, vinculada a ideas como la integración social y la ciudadanía universal, configuró de forma nuclear las relaciones entre instituciones y conjunto social, llegando a su momento álgido en la etapa del Estado Social y de su correlato, el Estado del Bienestar, y dando lugar a políticas de minimización de los factores de exclusión de determinados individuos o sectores del cuerpo social. La narrativa de la inclusión tuvo también incidencia sobre la política criminal, elevando la lógica rehabilitadora a función nuclear del sistema penal, hasta el punto de su consagración expresa en diversos textos constitucionales, como el español o el italiano.

Si bien esto es cierto, no lo es menos que la racionalidad incluyente hace tiempo que ha comenzado a ser marginada de las lógicas que rigen la vida social y las relaciones políticas. Como ha puesto de manifiesto una inabarcable literatura (Balibar, 2001, 197 s.; Bauman, 2005, 104; De Giorgi, 2002, 75 ss.), la etapa presente se caracteriza no sólo por la constatación de la pervivencia de la exclusión social y de su inviable erradicación, sino incluso por la aceptación, más o menos confesada, de la necesidad de tal fenómeno para el buen funcionamiento social.

Este cambio de paradigma no podía dejar de afectar al específico campo de las políticas públicas que se proyecta sobre el sistema penal. Es probable que la mutación más relevante que experimenta la política criminal en las últimas décadas sea la crisis del modelo correccional, que se manifiesta tanto en el descrédito de sus fundamentos teóricos –entre otros, el discurso de la criminología etiológica- cuanto en la deslegitimación de las finalidades perseguidas -esto es, la reinserción mediante la remoción de las causas de la delincuencia-, y de los instrumentos a ellos preordenados (Garland 2005, 121; De Giorgi 2000, 30 s., 40, 46 s.). De este modo, los paradigmas político-criminales van construyéndose sobre una doble ausencia de las funciones de corrección y normalización (Brossat, 2003, 50 s.; De Giorgi, 2002, 121, 125 ss.; Portilla Contreras, 2007, 35 s., 40; Re, 2006, 14 s., 159 ss.). Por una parte, se asume la imposibilidad de lograr la rehabilitación de los sujetos tendencialmente excluidos, en este caso concreto de aquellos que entran en los circuitos del sistema penal. Por otra parte, va consolidándose la idea de que

tal reintegración no es necesaria para el funcionamiento del sistema social, sino que incluso podría resultar contraproducente².

Se presencia, en suma, el paso de una lógica de castigo sustentada sobre la reintegración a otra ocupada de la gestión de una exclusión tendencialmente permanente. Algo que no se produce sólo por las inconsistencias epistemológicas del paradigma resocializador clásico, que han sido objeto de análisis exhaustivo por la ciencia penal (Brandariz García, 2007, 14 ss.), ni por la difusión del escepticismo en relación con la corrección de dichos postulados, sino especialmente por la incapacidad de tal construcción teórica para adaptarse a las nuevas racionalidades políticas, sociales y productivas (De Giorgi, 2002, 33).

Todo ello produce, como es especialmente habitual en etapas de transición, un hiato de considerables dimensiones entre las lógicas subyacentes a las regulaciones normativas y una realidad aplicativa que cada vez diverge más del paradigma rehabilitador. No obstante, nada permite intuir que un hiato de tal entidad vaya a ser perenne; por el contrario, la propia evolución normativa va mostrando, de forma implícita o explícita, el distanciamiento del planteamiento resocializador. Una expresión singularmente reveladora de ello se halla en el caso español en la Ley Orgánica –L.O.- 7/2003, de 30/VI, de *medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, que consagra un endurecimiento generalizado de la respuesta sancionadora de nuestro sistema punitivo, en la cual el centro de gravedad de las expectativas preventivo-especiales se desplaza de la vertiente positiva a la negativa de la incapacitación o inocuización de los reclusos (Brandariz García, 2007, 98 ss.).

² Las razones por las que se produce tal valoración de la idoneidad de la reintegración constituyen un ámbito de investigación altamente sugerente, en el que se presentan diversas hipótesis. Por una parte, se intuye que el mantenimiento de ámbitos de exclusión y excedencia social puede ser necesario, en una etapa de elevada inestabilidad, para la reafirmación de identidades sociales y comunitarias, así como para la relegitimación institucional en el terreno de la salvaguarda de la seguridad (en esta línea apuntaría la tan conocida tesis del *Derecho penal del enemigo*). Por otra parte, se sugiere que la normalización deja de ser funcional en términos económicos y productivos, ya que el modelo de acumulación capitalista del presente se sustenta sobre el aprovechamiento de la creatividad social cooperativa, mejor garantizada si se flexibilizan los mecanismos de control que si se mantienen orientados por un rígido esquema disciplinario. Por último, en una tesis no alejada de la anterior, se señala que el paso de una sociedad de productores a otra de consumidores impide mantener lógicas de control y sanción sustentadas sobre el paradigma correccionalista de la reintegración, que tiende a producir sujetos pasivos. Para una somera aproximación a este debate, vid., por todos, Bauman, 2005, 45, 51 s., 55, 139; Ciccarelli, 2007, 68; Lewkowicz, 2006, 143 ss.; Negri/Hardt, 2002, 304.

Otro ámbito prioritario de superación del mencionado hiato es el que constituye el objeto fundamental de este texto: el del tratamiento punitivo de los migrantes. No en vano, del mismo modo que ha podido afirmarse que el migrante es el sujeto en el que se acrisolan las crisis de buena parte de los paradigmas con los que hemos venido comprendiendo colectivamente nuestra realidad político-social (Gil Araújo, 2005, 118 s., 130, 134; Mezzadra, 2005, 93), tampoco parece desnortado intuir que el control y sanción de los migrantes está constituyendo un verdadero laboratorio de prueba de las racionalidades político-criminales (-sancionadoras) del inmediato futuro (Bietlot, 2003, 61 ss.; De Giorgi, 2000, 17 ss.; 2002, 114 s., 131; Rodríguez, 2003, 131 s.).

Sin duda, el migrante presenta en cuanto sujeto algunas características que lo hacen especialmente idóneo para experimentar el tránsito más allá del paradigma reintegrador. En cuanto extranjero, le alcanzan todas las dudas que han recorrido la modernidad sobre su potencial integración en el ámbito de aplicación de la lógica incluyente³. En cuanto *alien* (extraño), continúa constituyendo un destinatario propicio de las lógicas y las narrativas del enemigo (Anitua, 2006, 140, 145, 147; Balibar, 2001, 193, 310; Maneri, 2009, 71 s.; Palidda, 2008, 110, 118 s.; Santoro, 2004, 129 s., 134). De estos puntos pretende partir el presente análisis, enderezado a indagar de qué modo el tratamiento punitivo de los migrantes muestra una superación de la pretensión resocializadora no sólo en el ámbito de las realidades aplicativas del sistema penal, sino en el de las propias lógicas normativas, lastradas por un inveterado sustento en la figura unidimensional del ciudadano (nacional).

2. Abandono del binomio inclusión-resocialización en el tratamiento punitivo de los migrantes

Antes de poder esbozar alguna alternativa al distanciamiento de la lógica resocializadora en el caso del tratamiento punitivo de los migrantes, y de indagar qué puede significar un modelo reintegrador en relación con tales

³ Para una aproximación al debate sobre en qué medida los derechos fundamentales, pilar básico del Estado de Derecho moderno, pertenecen al conjunto de los seres humanos o han de ser -parcialmente- reservados para los sujetos que reúnen la condición de ciudadanos (nacionales), vid. Ferrajoli, 2000, 235 ss.; 2001, 19 ss.; Portilla Contreras, 2007, 115 ss.; Rigo, 2007, 52 s.; Vitale, 2005, 469 ss.

sujetos, procede ver en qué extremos ya la propia normativa penal resulta excluyente, y a qué se debe esa orientación.

No debería resultar polémico entender que el primer momento en que el sistema penal se proyecta sobre los migrantes desde una perspectiva estigmatizadora es el de la intervención policial⁴. En efecto, los migrantes son objeto de un desproporcionado control por parte de las fuerzas policiales, que redundan en una mayor inserción en el sistema penal⁵ (Angel-Ajani, 2003, 441; De la Cuesta, 2007, 758; Daunis Rodríguez, 2008, 135; Delsol/Shiner, 2006, 247 ss.; Fernández Bessa, 2008, 157; Fernández Bessa/Ortuño Aix/Manavella Suárez, 2008, 251; García España, 2007, 107 s.; Gilroy, 1987/2008, 121; Hallsworth, 2006, 301 y s.; Harcourt, 2007a, 156; Melossi, 2003, 386; Monclús Masó, 2006, 170 ss.; 2008, 194 ss.; Open Society Justice Initiative, 2009b, 28 ss.; Wagman 2006, 29; Wagman, en Colectivo Ioé, 2008, 96); ello puede fácilmente intuirse con una mera revisión de las estadísticas sobre detenciones existentes en nuestro país⁶.

Las razones de esta priorización del control de migrantes en la actividad policial son variadas. Por una parte, es probable que exista una elevada implicación de migrantes en el género de actividades delictivas que con mayor frecuencia y atención son objeto de persecución policial (Monclús Masó, 2006,

⁴ No obstante, la perspectiva selectiva, etiquetadora, con la que la instancia policial dirige sus actividades sobre los migrantes no halla en este caso su sustento prioritario en regulaciones normativas, sino en la propia discrecionalidad inherente a su actividad. Con todo, no resulta ocioso recordar que en el ordenamiento español el art. 5.1.b L.O. 2/1986, de 13/III, de *Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, establece como principio básico de actuación que las fuerzas policiales han de “actuar, en el cumplimiento de sus funciones, con absoluta neutralidad política e imparcialidad y, en consecuencia, sin discriminación alguna por razón de raza, religión u opinión”.

⁵ Sobre ello, vid. además la opinión del Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Thomas Hammarberg, expresada en julio de 2009 (<http://www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/090720_en.asp>).

⁶ El *Anuario estadístico del Ministerio del Interior* español ha dejado de publicar los datos sobre detenciones en sus ediciones correspondientes a 2007 y 2008. En consecuencia, de acuerdo con los últimos datos disponibles, se observa que de las 260500 personas detenidas en España en 2006, el 34'1% (88820) eran de nacionalidad extranjera (Ministerio del Interior, 2007, 288; Monclús Masó, 2008, 278). Estas cifras suponen que la tasa de detenciones en el caso de los españoles era de 426/100000 habitantes, mientras que en el de los extranjeros ascendía a 1981/100000, es decir, 4'7 veces mayor. Esa desproporción era aún mayor en el caso de las faltas, y de los delitos de falsedades, contra la libertad sexual y de tráfico de drogas. Teniendo en cuenta los datos por nacionalidades, se pone de manifiesto que los argelinos, los marroquíes y los rumanos superan la tasa media de detenciones de extranjeros. No obstante, destaca el hecho de que las comentadas desproporciones se redujeron de forma muy notable en relación con años anteriores (vid. Monclús Masó, 2008, 279 y ss.).

Otros datos sobre el volumen de detenciones de extranjeros pueden verse en Daunis Rodríguez, 2008, 131, 133; García España, 2007, 107; Monclús Masó, 2008, 259 s.; Wagman, 2005, 90.

197; Mucchielli/Nevanen, 2009, 98 s.); ese tipo de hechos, más o menos englobables en lo que podría denominarse *delincuencia callejera*, se caracteriza igualmente por una particular facilidad de descubrimiento, investigación y prueba (Monclús Masó, 2006, 170; 2008, 342; Palidda, 2008, 126). Por otra parte, la atribución conjunta a la policía del control no sólo de los delitos, sino de las infracciones administrativas en materia de extranjería, fundamenta la atención prioritaria a los migrantes (Monclús Masó, 2008, 494), del mismo modo que lo hace la elevada visibilidad social de tales sujetos, derivada no sólo de razones fenotípicas o estéticas, sino de su frecuente presencia en espacios públicos (Angel-Ajani, 2003, 435; Monclús Masó, 2008, 203; Mucchielli/Nevanen, 2009, 110). A todo ello se añade el hecho de que los migrantes tienen un mayor riesgo de ser objeto de denuncia, como consecuencia de la menor tolerancia social de su comportamiento (Dünkel/Gensing/Morgestern, 2007, 356; Monclús Masó, 2008, 198 s.). Por último, el desproporcionado control se deriva de la operatividad de estereotipos policiales (Cavadino/Dignan, 2007, 350 s., 366 s.; Harris, 2006, 217 s.; Melossi 2002, 267, 289 ss.; Monclús Masó, 2006, 161 s.; 2008, 193 ss., 280; Open Society Justice Initiative, 2007, 18 s., 41, 45 s., 57 s.)⁷, frecuentemente preñados de tintes xenófobos, y en cierta medida compartidos por un determinado *sentido común* general, que tiende con facilidad a identificar inmigración con alteridad, ilegalidad y criminalidad (García España, 2001, 496; Melossi, 2002, 279 ss.; Paradell, 2005, 15 s.)⁸.

⁷ Sin perjuicio de lo afirmado en el texto, Harris, 2006, 218, 226 s., señala con razón que la selección *étnica* de los controles policiales es una práctica institucionalizada, que no depende únicamente de los prejuicios xenófobos de agentes concretos, sino que se sustenta en la convicción generalizada de que es una buena forma de hacer efectiva la labor de descubrimiento de infracciones. En el mismo sentido, vid. Gilroy, 1987/2008, 120; Hallsworth, 2006, 303, 307; Monclús Masó, 2008, 193 s.

⁸ Como muestra de la solidez de ese *sentido común*, diversos instrumentos demoscópicos de entes españoles y europeos (*European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia* -2000-; Centro de Investigaciones Sociológicas -1996, 2000, 2005-; Eurobarómetro -2006-; Instituto de la Juventud -2008-) evidencian la relación directa que elevados porcentajes de población establecen entre migración y criminalidad. Para una aproximación a tales estudios, vid. Colectivo Ioé, 2008, 102 ss.; Daunis Rodríguez, 2008, 115 ss.; Fernández Bessa/Ortuño Aix/Manavella Suárez 2008, 236 ss.

Sobre la difusión de ese *sentido común* a otras instancias del sistema penal (jueces, abogados, fiscales, funcionarios penitenciarios, servicios sociales penitenciarios), en forma de estereotipos negativos que inciden en prácticas discriminatorias, vid. Hood 1992/2008, 54 ss.; Monclús Masó, 2008, 203 ss., 214; Tonry, 2004, 209 s.; Wagman, 2005, 95. Una expresión de la pervivencia de esos estereotipos en el ámbito jurisdiccional español, y de la correspondientes desigualdades de trato que generan, puede apreciarse en el estudio Calvo/Gascón/Gracia 2004, 198 ss., que analiza varios miles de resoluciones del orden penal emitidas en 2002 en las que aparecen migrantes, bien como denunciados, bien como

No obstante, en el ámbito de los estereotipos policiales va consolidándose una práctica en la que discrecionalidad y normatividad tienden de forma creciente a hibridarse: el *profiling* “étnico”. Por *profiling* se entiende una cierta orientación de la actividad policial, que pretende economizar los recursos empleados en dicha tarea mediante el diseño de perfiles tipo de personas que deben ser objeto de atención y control prioritarios; tal orientación se califica como “étnica” cuando los perfiles que guían la actividad se sustentan en características que, de modo directo o indirecto, remiten a un origen no autóctono: v. gr., color de la piel, aspecto físico, forma de vestir, presencia en determinados lugares con alta concentración de migrantes, empleo de determinadas lenguas, etc. (Mucchielli/Nevanen, 2009, 95; Palidda, 2009a, 9)⁹. Si bien el *profiling* es una forma de funcionamiento policial en cierta medida asentada desde antiguo en su cultura profesional propia (Monclús Masó, 2008, 194), en una etapa en la que prima una orientación gerencialista de dichas labores tal práctica tiende de forma creciente a normativizarse. De este modo, comienzan a surgir instrucciones emanadas de la jerarquía policial que ordenan el seguimiento de criterios *étnicos* de persecución, con el objetivo de lograr objetivos cuantitativos de rendimiento de la actividad policial (Mucchielli, 2008, 15; Mucchielli/Nevanen, 2009, 98; Slama, 2008, 71 s.)¹⁰. Existen ya indicios de que tal normativización de la práctica del *profiling* *étnico* comienza a asentarse también en la Administración española¹¹.

denunciantes.

⁹ Para una historia del *profiling* *étnico* en el caso estadounidense, así como de su tratamiento jurisprudencial, vid. Harcourt, 2009, 231 ss.; Harris, 2006, 213 ss.

¹⁰ Sobre las graves consecuencias que tiene la concentración de recursos policiales en determinados perfiles de infractores, vid., por todos, Harcourt 2007a, 29, 160 ss., 188, 214. El autor (122 ss.) demuestra, con argumentos de extraordinaria solidez, la inidoneidad de tal práctica en relación con el objetivo de reducción de la criminalidad. Sobre ello, vid. asimismo Harris, 2006, 222 ss., 235 s.; Open Society Justice Initiative, 2009a, 48 ss. El carácter contraproducente de los efectos del *profiling* *étnico* en relación con la persecución de la criminalidad ha sido también destacado, en julio de 2009, por el Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Thomas Hammarberg (<http://www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/090720_en.asp>). En contra del empleo del *profiling* *étnico* en la actividad policial se ha pronunciado también la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (vid. European Commission against Racism and Intolerance, 2006; 2007).

¹¹ En la jefatura superior de policía de Madrid se establecieron en noviembre de 2008 cupos semanales de migrantes irregulares detenidos que debían ser cubiertos, incluso operando fuera del ámbito territorial de la correspondiente comisaría de distrito. En dicha instrucción se recomendaba centrarse en la detención de marroquíes, por las facilidades burocráticas y financieras de su procedimiento de expulsión. Ante el conocimiento público de dicha instrucción, el Ministerio del Interior español dictó otra en febrero de 2009 que, si bien defiende la idoneidad de operar con objetivos cuantitativos para la persecución de delitos, reserva únicamente objetivos cualitativos para las infracciones de la L.O. 4/2000, de 11/I, sobre

Más allá de ello, no puede perderse de vista que en el caso de las detenciones policiales en el ordenamiento español existe un factor normativo que opera de manera discriminatoria en relación con los migrantes. El art. 495 Ley de Enjuiciamiento Criminal –LECrim–, que regula la detención en materia de faltas, establece que la proscripción de tal medida para las infracciones penales leves no opera cuando el sujeto no tenga domicilio conocido ni ofrezca fianza bastante¹². De este modo, la precariedad económica y de vivienda de los migrantes determina que una regulación prevista en abstracto y con carácter general resulte aplicable casi exclusivamente a estos sujetos (Díez Ripollés, 2007, 23; Monclús Masó, 2008, 280)¹³.

No cabe duda de que el desproporcionado control policial incrementa de forma desmesurada la cuota de migrantes en las detenciones, condenas y encarcelamientos (Harcourt, 2007a, 148 s.; 2007b, 89, 96 ss.; Monclús Masó, 2008, 194; Mucchielli/Nevenen, 2009, 110 s.; Palidda, 2009a, 13 s.), por mucho que los excesos de esa instancia de persecución puedan ser parcialmente atenuados en las posteriores¹⁴. No puede ser de otro modo, si se tiene en cuenta que la policía es la principal puerta de entrada al sistema penal, que inevitablemente condiciona los resultados de las intervenciones de las demás instancias (Goodey, 2006, 207; Monclús Masó, 2006, 194; 2008, 193, 260).

No obstante, los problemas de discriminación indirecta de los migrantes en el plano normativo se incrementan en el sistema penal español al acceder a la siguiente fase de persecución del delito. En efecto, las estadísticas disponibles, en nuestro país y en otros, muestran una frecuente aplicación de la prisión provisional en el caso de imputados migrantes, con un empleo de tal medida cautelar muy superior a lo que sucede en el caso de los autóctonos

derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social –LOEx–. No obstante, los sindicatos policiales han indicado que ese género de instrucciones existían en relación con todo el territorio estatal, y las organizaciones de extranjeros han apuntado que tales órdenes han incrementado las redadas policiales y los malos tratos a los migrantes. Sobre ello, vid. el diario *Público* de 15/II/2009, 16/II/2009, 10/III/2009 y 5/VIII/2009.

¹² El artículo 495 LECrim establece: “no se podrá detener por simples faltas, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle”.

¹³ Wagman, en Colectivo Ióé, 2008: 94, n. 89, señala que de las 14.212 personas detenidas por faltas en 2003, 8333 eran migrantes.

¹⁴ Vid., sobre ello, Angel-Ajani, 2003, 436; Daunis Rodríguez, 2008, 135 s.; European Commission against Racism and Intolerance, 2006, 11; Monclús Masó, 2006, 177, 179, 195; 2008, 205 s., 293 ss., 343 s.; Wagman, 2005, 90 s., 95; Wagman, en Colectivo Ióé, 2008, 96, que ponen de relieve que la tasa de migrantes en los datos de condenas tiende a ser claramente menor que en las cifras de detenciones.

(AA.VV., 2004, 126, 128; Cervelló Donderis, 2006, 280; De la Cuesta, 2007, 758; Fernández Teruelo, 2007, 240; García España, 2007, 108 s.; Monclús Masó, 2008, 300, 314; Palidda 2009b, 167 s.; Wagman, 2005, 83, 90 s.)¹⁵. No cabe hallar las razones de estas diferencias de trato únicamente en eventuales prejuicios xenófobos que puedan manifestarse en la práctica del foro, pues la propia regulación normativa de los presupuestos de aplicación de la prisión preventiva establece condiciones que perjudican de forma indirecta a los migrantes imputados¹⁶. El art. 503.1.3.a LECrim establece como uno de los fines que permite decretar la prisión provisional el aseguramiento de la presencia del imputado en el proceso, cuando pueda presuponerse riesgo de fuga, y añade entre las circunstancias que deben ser consideradas para valorar la existencia de dicho peligro “*la situación familiar, laboral y económica*” del imputado¹⁷. Este marco normativo prefigura la frecuente aplicación de la medida cautelar a sujetos con limitados vínculos familiares o sociales, o con una situación laboral y económica que se considere anómala (carencia de renta, puesto de trabajo o vivienda formalizados), como sucede de forma habitual en el caso de los migrantes, especialmente de los irregulares (AA.VV., 2004, 128; Cervelló Donderis, 2006, 280; De la Cuesta, 2007, 758; Fernández Teruelo, 2007, 240; Monclús Masó, 2008, 300; Ruiz Rodríguez, 2006, 188 s.;

¹⁵ A modo de referencia, a 1/IX/2007 el porcentaje de reclusos migrantes que se encontraban en situación preventiva en las prisiones españolas era de 38'2%, mientras que dicha cifra era del 24'9% para el conjunto de los reclusos, y del 16'4% en el caso de los autóctonos. De forma no menos significativa, en aquel momento el 53'9% de los reclusos preventivos era de nacionalidad extranjera, mientras que dicha variable representaba el 33'4% del conjunto de los reclusos (27'1%, si se consideran únicamente los reclusos condenados). Elaboración propia, partiendo de los datos de Aebi/Delgrande, 2009, 47, 49, 53.

¹⁶ Al margen de lo que se afirma a continuación en el texto, no cabe perder de vista la mayor alarma social que suelen generar, previa reconstrucción mediática, los ilícitos cometidos por migrantes; esa conmoción pública era contemplada en el art. 503.2 LECrim, con anterioridad a la reforma operada por la L.O. 13/2003, de 24/X, de *reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional*, como circunstancia fundamentadora de la imposición de la privación de libertad cautelar. Si bien se trata de un precepto ya derogado, no pueden desconsiderarse los efectos de inercia que regulaciones de este género, mantenidas durante considerables lapsos de tiempo, comportan. Sobre todo ello, cfr. Ruiz Rodríguez, 2009, 201.

¹⁷ El art. 503.1.3.a LECrim establece: “1. *La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos:*

[...] 3. Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines:

a. Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el [título III del libro IV de esta Ley](#)...”

2009, 201 s.). Por si la disposición normativa no resultase suficientemente clara, la Circular 3/2001, de 21/XII, de la Fiscalía General del Estado española, *sobre actuación del ministerio fiscal en materia de extranjería*, dio comienzo a la práctica de solicitar prisión provisional por parte del ministerio público en todos los casos en que el imputado sea un migrante irregular, incluidos los supuestos de infracciones de menor gravedad (Fernández Teruelo, 2006, 165; 2007, 233; Iglesias Río, 2008, 629; Monclús Masó, 2008, 334; Terradillos Basoco, 2006, 126)¹⁸.

Las consecuencias de esa discriminación en el recurso a la prisión provisional no son menores, ya que la aplicación de dicha medida cautelar incrementa las posibilidades de condena y de imposición de una pena privativa de libertad (Décarpes, 2007, 319; Dünkel/Gensing/Morgestern, 2007, 357; Tonry, 2004, 225; Monclús Masó, 2008, 301). Entre las razones que explican esta circunstancia podrían considerarse las dificultades para la preparación de la defensa que supone el encarcelamiento, y -sobre todo- el hecho de que el sistema penal, en tanto que institución, tiende a autovalidar sus decisiones previas (Mucchielli/Nevenen, 2009, 103; Monclús Masó, 2008, 205, 301).

La frecuente imposición previa de prisión provisional, unida a las dificultades para gozar de una adecuada defensa (De la Cuesta, 2007, 765; Matthews, 2003, 291; Wagman, 2005, 93, 95), así como, de nuevo, a la escasa confianza que genera un contexto vital considerado como anómalo, perjudican al migrante en el momento de condena, a los efectos de una posible aplicación de penas alternativas o mecanismos de suspensión o sustitución de la privación de libertad (García España, 2007, 108; Van Kalmthout/Hofstee-van der Meulen/Dünkel, 2007, 9; Monclús Masó, 2008, 206; Mucchielli/Nevenen, 2009, 102 s.)¹⁹.

¹⁸ Sobre la existencia de una práctica semejante en el caso francés, vid. Mucchielli/Nevenen, 2009, 103.

La Circular 3/2001 de la FGE, en relación con los supuestos en los que no se verifique la expulsión administrativa del migrante irregular acusado o imputado, en virtud del art. 57.7 LOEx, señala que *“cuando se opte por la continuación del proceso deberá considerarse con cierto rigor la situación personal del imputado e instarse la adopción de la medida cautelar de prisión provisional si se constata la existencia de riesgo de fuga o de nueva comisión de delitos y se estima necesaria la adopción de tal medida para evitar que la permanencia del extranjero en el país pueda convertirse en factor criminógeno”*.

¹⁹ Melossi, 2002, 267, 274 ss.; 2003, 381, señala en relación con esta cuestión que se está consolidando en los sistemas penales europeos una política criminal bifurcatoria, en la que la prisión (y la expulsión, habría que añadir) es preferente para los migrantes, mientras que las alternativas a ella lo son para los autóctonos. Una opinión próxima sostiene Monclús Masó, 2008, 331 y s.

No obstante, en este punto concurre una discriminación directa, ya que el art. 89 Código Penal –CP- español establece de forma expresa que al migrante irregular condenado a pena de prisión no le serán de aplicación los regímenes *generales* de suspensión condicional (arts. 80 y ss. CP) y sustitución (art. 88 CP) de la privación de libertad. En detrimento de ellos, la prisión impuesta al migrante irregular sólo podrá ser sustituida, total o parcialmente, por la expulsión del territorio español²⁰. Si bien el Tribunal Constitucional –TC-, mediante auto –ATC- 132/2006, de 4/IV, ha dispuesto que en los casos en que la expulsión no se lleva a efecto, también el migrante irregular podrá acceder a la suspensión condicional y a la modalidad *general* de sustitución de la pena de prisión²¹, y con independencia de las dificultades en la práctica para hacer efectiva tal exégesis²², no puede desconocerse la severa

²⁰ El vigente art. 89 CP español establece: “1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

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

La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal.

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

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

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

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

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

²¹ El juzgado de lo penal nº 3 de Alicante presentó una cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 89 CP, sustentada en el art. 14 Constitución Española –CE- en su conexión con el art. 17.1 CE, señalando que en los casos en que la expulsión no es posible, queda vedado a los migrantes el acceso a los regímenes generales de suspensión y sustitución de la pena. El ATC 132/2006 inadmitió la cuestión, señalando que en dichos casos en absoluto se proscriben la aplicación de tales regímenes generales. Vid. sobre ello Cervelló Donderis, 2006, 286 s.; Díaz y García Conlledo (dir.), 2007, 676 ss.; García España, 2007, 125.

²² Cabe intuir que en buena parte de los casos en que no se acuerda la expulsión por el órgano jurisdiccional ello es debido a consideraciones preventivo-generales, integradas en la excepción relativa a la “naturaleza del delito” que el art. 89 CP establece expresamente; siendo así, es dudoso que tales supuestos permitan aplicar la suspensión condicional o el régimen *general* de sustitución, ante todo por la probable gravedad de las penas en presencia, que

discriminación que desde la perspectiva de la racionalidad rehabilitadora introduce la penalidad *alternativa* del art. 89 CP. Dicha norma excluye a los migrantes irregulares, es decir, a un porcentaje muy relevante de los condenados, de unas consecuencias jurídicas del delito pensadas en clave básicamente preventivo-especial, y les reserva una sanción que, como ha señalado la literatura, desconoce cualquier orientación rehabilitadora²³.

Si al penado migrante no se le impone la sustitución de la privación de libertad por expulsión, en el marco de la ejecución penitenciaria el extrañamiento de tal sujeto de la lógica resocializadora se muestra de forma todavía más clara, y, de nuevo, no sólo como consecuencia inevitable de un conjunto de prácticas, sino como efecto de una normativa rehabilitadora incapaz de adaptarse a sus circunstancias, y que produce discriminaciones tanto directas como indirectas²⁴.

En primer lugar, la supuesta escasez y *anomalía* de los vínculos sociales del migrante tienden a impedir su acceso a permisos ordinarios de salida de la

excede los límites de duración de la prisión que contemplan aquellas instituciones de renuncia a la ejecución de la privación de libertad. Sobre ello, cfr. también Díaz y García Conlledo (dir.), 2007, 680; Leganés Gómez, 2009, 221, 533 s.

²³ La morfología y contenido de la expulsión no se orienta a la resocialización, sino todo lo contrario; en efecto, la deportación coactiva le genera al penado todo un conjunto de perjuicios, frecuentemente graves, que en nada contribuyen al desarrollo futuro de una vida sin delitos. A mayor abundamiento, la regulación del art. 89 CP introducida por la L.O. 11/2003, de 29/IX, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, presenta algunas características que evidencian la desatención de los postulados de prevención especial positiva. Ante todo, la voluntad de generalización de la sustitución, sólo excepcionada por la “naturaleza del delito”, muestra que su aplicación margina cualquier consideración rehabilitadora; en este sentido apunta que no sean motivos para denegar la expulsión los vínculos sociales, familiares o laborales que el sujeto pueda tener en el lugar de residencia, o los riesgos que pueda suponerle el retorno coactivo. A mayor abundamiento, la falta de toma en consideración de la voluntad del migrante, expresada con claridad por la supresión del trámite de audiencia del penado –trámite que, sin embargo, está presente en la expulsión administrativa–, pone de relieve la ajenidad a los postulados preventivo-especiales positivos; en el mismo sentido apunta, como se ha señalado, la intención de evitar la aplicación de los regímenes *generales* de suspensión condicional y sustitución. Sobre todo ello, cfr. Acale Sánchez, 2007, 271 s.; Asúa Batarrita, 2002, 20 s., 47, 55; Cancio Meliá, 2005, 195 ss., 214; Cancio Meliá/Maraver Gómez, 2005, 389 ss., 411; Cervelló Donderis, 2006, 295, 299, 302; Iglesias Río, 2008, 643 s.; Monclús Masó, 2008, 328, 431 s.; Rodríguez Mesa, 2004, 862 s.; Souto García, 2007, 311 s.; Terradillos Basoco, 2007, 279. También el TC ha negado la finalidad resocializadora de la sanción de expulsión (ATC 106/1997, de 17/IV; sentencia –STC– 24/2000, de 21/I).

Marginando la hipótesis de la perspectiva rehabilitadora, parece asumible que la orientación teleológica de la medida del art. 89 CP es en sustancia la incapacitación o inocuidad del migrante condenado. Sobre ello vid., entre otros, Brandariz García, 2007, 125; Fernández Teruelo, 2006, 168; 2007, 235, 241; Lorenzo Copello, 2004, 30 s.; Maqueda Abreu, 2001, 514; Monclús Masó, 2008, 504; Terradillos Basoco, 2007, 276.

²⁴ En atención a las claras diferencias de severidad, Matthews, 2003, 290 s., 300; Re, 2006, 130 ss., llegan incluso a hablar de un sistema dual de encarcelamiento en Europa, que diferencia entre extranjeros y ciudadanos autóctonos. Cfr. asimismo Santoro, 2004, 139.

prisión, con las notables consecuencias que ello tiene tanto en el plano abstracto de la humanización de la pena cuanto en el más concreto de la progresión penitenciaria²⁵. Por si cupiese alguna duda en este punto, la Instrucción 22/1996 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias – DGIP- española, que establece la tabla de variables de riesgo que deben ser consideradas para conceder o denegar un permiso de salida, contempla entre ellas la condición de extranjería, con varios niveles, de los cuales el menos favorable es el extracomunitario con carencia de vinculación y tutela en el exterior (Cervelló Donderis, 2006, 291; De la Cuesta, 2007, 758, 768 s.; Fernández Teruelo, 2007, 240; García España, 2002, 175 ss.; Leganés Gómez, 2009, 543 ss.; Monclús Masó, 2008, 325; Ruiz Rodríguez, 2006, 189 s.)²⁶. Por lo demás, esta circunstancia se valora con cierta estrechez de miras, sin tener en cuenta la existencia de otras redes sociales, económicas o laborales diferentes a aquellas en las que de forma más frecuente se insertan los autóctonos (Almeida Herrero, 2006, 318; Bodelón González, 2006, 221; Ruiz Rodríguez, 2009, 204)²⁷.

De este modo, lo que bloquea el acceso de los reclusos migrantes a un elemento tan nuclear de la lógica resocializadora penitenciaria no es el análisis de la específica peligrosidad del sujeto concreto, sino la discriminación directa que comporta la previsión de la condición de extranjería en un instrumento estandarizado de variables de riesgo, en el cual se incluye sin un sustento en estudios empíricos (Cervelló Donderis, 2006, 292; Ruiz Rodríguez, 2009, 203 s.). Sin perjuicio de todo ello, de nuevo en este caso la pendencia de una ulterior expulsión seguramente pesa en las decisiones de denegación de

²⁵ No en vano, las graves dificultades para acceder a permisos de salida disminuyen la disposición de los reclusos migrantes para implicarse en el tratamiento penitenciario, ya escasa en el supuesto de aquellos que tienen pendiente una expulsión (sobre ello, cfr. Almeida Herrero, 2006, 323 s.; Etxeberria Zudaire, 2008, 812).

²⁶ Sobre la existencia en otros ordenamientos penitenciarios de escollos normativos semejantes, que tienden a impedir el acceso de los reclusos migrantes a permisos de salida, vid. AA.VV., 2004, 46; Décarpes, 2007, 319, 330; Dünkel/Gensing/Morgestern, 2007, 359, 369, 372; Van Kalmthout/Hofstee-van der Meulen/Dünkel, 2007, 13, 40 s.

²⁷ En ocasiones, la carencia de esos vínculos sociales admisibles para la Administración penitenciaria se suple en el contexto español mediante la actividad de organizaciones no gubernamentales. No obstante, sobre las dificultades prácticas para que dichos organismos cumplan la función de acogida y control de los reclusos migrantes durante los permisos de salida, vid. Almeida Herrero, 2006, 323; Bodelón González, 2006, 221; 2007, 120 s., 127 s.; De la Cuesta, 2007, 756, 769; García España, 2007, 108.

permisos, incluso más allá de lo establecido en la tabla de variables de riesgo (Ruiz Rodríguez, 2006, 189 s.)²⁸.

En segundo lugar, esa dificultad de los reclusos migrantes para seguir el recorrido de la progresión rehabilitadora que se manifiesta en los permisos, opera también en el sistema penitenciario español en el acceso al tercer grado (régimen de semilibertad) y a la libertad condicional²⁹, lo que en la práctica tiende a redundar en un tiempo de prisión efectiva superior al correspondiente a los reclusos autóctonos (De la Cuesta, 2007, 758 s.; Monclús Masó, 2008, 326, 329; Ruiz Rodríguez, 2009, 202 s.; Wagman, en Colectivo Ioé, 2008, 97 s.)³⁰. No obstante, de nuevo en este punto aparece la discriminación directa que supone en nuestro ordenamiento el art. 89 CP, en la medida en que prescribe que los migrantes irregulares condenados a penas de prisión iguales o superiores a 6 años no pueden progresar al régimen de semilibertad o a la libertad condicional, sino que verán sustituidas estas fases últimas de la ejecución penitenciaria por la expulsión del territorio español; esta norma no implica sino desnaturalizar el modelo de progresión penitenciaria, y subordinarlo a las necesidades de la política general de expulsiones (Leganés Gómez, 2009, 216, 383 s., 536 s.; Cervelló Donderis, 2006, 298). De nuevo en este punto se manifiesta una desatención absoluta de la lógica resocializadora,

²⁸ Para un análisis de cómo opera la expectativa de una expulsión ulterior en el acceso de los migrantes a permisos de salida en los diversos ordenamientos penitenciarios europeos, vid. Van Kalmthout/Hofstee-van der Meulen/Dünkel, 2007, 40 s.

²⁹ Como muestra de ello, con datos de las prisiones de Catalunya (comunidad autónoma española que tiene un sistema penitenciario propio) relativos a 2003, es decir, previos a la pretendida automaticidad de la expulsión sustitutiva del actual art. 89 CP, Wagman, 2005, 92 s., señala que entonces el 27'2% de los reclusos españoles condenados estaba en 3º grado, frente al 21'5% de los extranjeros, y que en 2002 el 11'4% de los reclusos españoles alcanzaron la libertad condicional, frente al 7'5% de los extranjeros. Por ello, en 2002 el 57% de los reclusos extranjeros de las cárceles catalanas cumplieron íntegramente la pena, mientras que en el caso de los españoles ese porcentaje descendió al 25'5%. Monclús Masó, 2008, 320, por su parte, indica que en diciembre de 2006 en las prisiones catalanas estaba clasificado en tercer grado el 22'3% de los reclusos autóctonos, cifra que descendía al 14% en el caso de los migrantes.

³⁰ Ello viene a sumarse al hecho de que en general las condenas suelen ser más largas en el caso de los penados migrantes, como consecuencia -sobre todo- del elevado porcentaje de tal colectivo que es sentenciado por tráfico de drogas (sobre ello, vid. Cervelló Donderis, 2006, 280; García García, 2006, 254; Monclús Masó, 2006, 181; 2008, 344; Wagman, en Colectivo Ioé, 2008, 97 s.). Como dato revelador de la especial severidad de las condenas en el caso de tráfico de drogas, puede comprobarse que si en 2006 sólo el 6'6% de las detenciones realizadas en España por delito correspondió a dicha familia de infracciones (datos de Ministerio del Interior, 2007), a 31/XII/2006 el 27'2% de los reclusos con condena firme en centros penitenciarios españoles habían sido sentenciados por ilícitos relativos a estupefacientes (datos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, tomados de <www.mir.es/INSTPEN/INSTPENI/>).

ya que en vez del paso a regímenes de ejecución de la pena dotados de pleno sentido rehabilitador, se impone una deportación que carece de lógica preventivo-especial alguna.

No obstante, al margen de la discriminación del art. 89 CP, es muy posible que, por diversas razones fácticas o normativas, el recluso migrante no sea objeto de expulsión penal. En esos casos, una vez más sus condiciones vitales específicas (precariedad laboral y económica, singularidad de los vínculos familiares y sociales, condición de irregularidad, carencia de vivienda formalizada) se mostrarán difícilmente compatibles con la racionalidad de la progresión penitenciaria, dificultando el paso al tercer grado y a la ulterior libertad condicional (AA.VV., 2004, 128; De la Cuesta, 2007, 768 s.; Leganés Gómez, 2009, 214, 536; Monclús Masó, 2006, 191 s.; Ruiz Rodríguez, 2006, 187, 189 s.; Wagman 2005, 90)³¹. En particular, en el sistema penitenciario español la carencia de permiso de trabajo ha venido siendo un escollo no menor para el acceso a la semilibertad –cuando menos en su modalidad ordinaria-, del mismo modo que tal circunstancia, unida a la falta de permiso de residencia, complican sobremanera el pronóstico individualizado favorable de reinserción requerido por el art. 90.1 CP para la concesión de libertad condicional (Cervelló Donderis, 2006, 293; De la Cuesta, 2007, 761; García España, 2002, 177 ss.; Leganés Gómez, 2009, 214, 510; Monclús Masó, 2008, 326 s.). En relación con la carencia de permiso de trabajo a los efectos del tercer grado, un acuerdo del Consejo de Ministros de 1/VII/2005, posteriormente plasmado en la Instrucción 18/2005 de la DGIP, de 21/XII, de *normas generales sobre internos extranjeros*, ha establecido un régimen de concesión de una autorización laboral especial (Almeida Herrero, 2006, 325 ss.; García España, 2007, 132 ss.; García García, 2006, 263 s.)³²; no obstante, la práctica ha mostrado la insuficiencia y el carácter excesivamente restrictivo de tal medida (Almeida Herrero, 2006, 325; De la Cuesta, 2007, 763, 770).

³¹ Sobre la verificación de circunstancias semejantes en otros ordenamientos europeos, vid. AA.VV., 2004, 38, 43; Décarpes, 2007, 319, 321, 330; Dünkel/Gensing/Morgestern, 2007, 358, 369, 372; Van Kalmthout/Hofstee-van der Meulen/Dünkel, 2007, 13, 16 ss., 39, 41, 44.

³² La citada Instrucción 18/2005 también establece que toda resolución que ordene la entrada en prisión de un extranjero tiene validez de autorización de trabajo para los talleres penitenciarios. Sobre ello, cfr. Cervelló Donderis, 2006, 289; Etxeberria Zudaire, 2008, 814; Leganés Gómez, 2009, 546.

En tercer lugar, no sólo los permisos o la progresión de grado muestran en el contexto español la inidoneidad rehabilitadora de la experiencia penitenciaria del recluso migrante, sino que otros aspectos menos formales del cumplimiento de la prisión resultan en su caso claramente más gravosos que en el supuesto de los penados autóctonos. No pueden desconocerse, en primer lugar, las consecuencias de un limitado dominio de las lenguas oficiales (Almeida Herrero, 2006, 311, 313 s.; García España, 2007, 117 s.; Monclús Masó, 2008, 323)³³, que contribuye a la sensación de aislamiento y vulnerabilidad que ya de por sí produce el escaso conocimiento de las normativas, de los procedimientos y de su propia situación penitenciaria (Almeida Herrero, 2006, 315 ss.; De la Cuesta, 2007, 762, 765; Monclús Masó, 2008, 324); a mayor abundamiento, las carencias idiomáticas dificultan la participación en las actividades de tratamiento existentes y la defensa de los derechos penitenciarios (AA.VV., 2004, 130; García España, 2002, 172 ss.; 2007, 117 s.; García García, 2006, 252)³⁴. En segundo lugar, la mayor severidad de la experiencia carcelaria se manifiesta en las dificultades para el disfrute normalizado de comunicaciones y visitas³⁵, consecuencia tanto de los limitados vínculos familiares y sociales en el país cuanto de los frecuentes traslados a centros muy alejados del lugar de residencia, y, en fin, de las propias carencias económicas (Bodelón González, 2006, 224; Cervelló Donderis, 2006, 285 s.; De la Cuesta, 2007, 760 s., 765 s.; García España, 2007, 114)³⁶. En este apartado de apoyo externo, el art. 41.7 Reglamento

³³ García García, 2006, 256, indica que de un cuestionario realizado por la Administración penitenciaria en 2005 a 382 reclusos migrantes resultó que el 15% no entendía español, y que el 30% lo entendía pero no lo hablaba.

³⁴ Van Kalmthout/Hofstee-van der Meulen/Dünkel 2007, 23 s., 39, en un análisis transversal al conjunto de los ordenamientos penitenciarios europeos, señalan que el desconocimiento del idioma oficial frecuentemente determina la exclusión de los reclusos migrantes de los trabajos penitenciarios. De la Cuesta, 2007, 763, en cambio, señala que en el caso español la especial necesidad de dinero, así como la no condición de toxicómanos, determina en la práctica un amplio acceso al trabajo carcelario por parte de los reclusos migrantes (sobre ello, vid. asimismo Álvarez, 2009, 179; Hammond, 2007, 833).

³⁵ García García, 2006, 256, señala que del cuestionario realizado por la Administración penitenciaria española en 2005 a 382 reclusos migrantes resultó que el 59% de ellos no tenía vinculación familiar, y que el 67% no recibían visitas.

³⁶ De la Cuesta, 2007, 767; Décarpes, 2007, 329; Van Kalmthout/Hofstee-van der Meulen/Dünkel, 2007, 36, señalan que las visitas también se ven dificultadas por la escasa disposición al encuentro que pueden tener familiares con estatuto de irregularidad.

Cervelló Donderis, 2006, 285, por su parte, resalta la frecuencia con la que los extranjeros son sometidos a traslados de cárcel en el sistema penitenciario español, partiendo seguramente del erróneo convencimiento de que su falta de arraigo les genera menos perjuicios en el momento del desplazamiento. La autora añade que la mayor parte de los extranjeros tienden a concentrarse en unos pocos centros penitenciarios, lo que supone la

Penitenciario –RP- establece que comunicaciones y visitas han de organizarse de un modo adecuado a las especiales necesidades de los reclusos migrantes; sin embargo, ello, amén de resultar insuficiente, puede depender de la flexibilidad del correspondiente establecimiento penitenciario³⁷.

De forma especialmente palmaria, se muestran en todo ello las graves dificultades para dotar a la ejecución penitenciaria de lógica resocializadora en el caso de los migrantes (García España, 2007, 120, 134; Monclús Masó, 2006, 192; Re, 2006, 130 s., 133; Rodríguez Mesa, 2004, 863)³⁸, incluidos aquellos que en el momento de ingreso penitenciario son regulares, dada la expectativa de una ulterior expulsión administrativa como consecuencia de los antecedentes penales, de acuerdo con lo previsto en el art. 57.2 LOEx (Monclús Masó, 2008, 329). Parece fuera de duda que esta inviable orientación rehabilitadora no es una cuestión baladí, y no sólo por su incompatibilidad con los postulados humanizadores del sistema penal. Sin esa teleología, el tiempo de cumplimiento de pena tiende a devenir, en el mejor de los casos, inútil; en el peor, resultará perjudicial, no sólo para el recluso que ha de sufrirlo, sino para el conjunto social, en términos de eventual riesgo de reincidencia de penados que seguramente no van a ser objeto de expulsión (Ruiz Rodríguez, 2009, 203).

La desatención del objetivo resocializador, evidenciada en múltiples extremos durante la ejecución penitenciaria, se muestra también en el momento de excarcelación. Desde un punto de vista de utilitarismo pragmático, podría pretenderse la justificación del abandono de la racionalidad rehabilitadora invocando la previsible expulsión del migrante condenado (Ruiz Rodríguez, 2009, 198, 205)³⁹. En efecto, como se ha señalado, aquellos que no

construcción de un verdadero gueto en prisión, con consecuencias en materia de disfrute de permisos de salida y de comunicaciones con sus familiares y allegados. Sobre ello, vid. asimismo De la Cuesta, 2007, 755; Etxeberria Zudaire, 2008, 813; Van Kalmthout/Hofstee-van der Meulen/Dünkel, 2007, 19.

³⁷ Cfr., sustancialmente en este sentido, De la Cuesta, 2007, 767, quien considera que a estos efectos puede ser muy útil la labor de ONG's, aportando medios económicos, mediando entre familiares y reclusos, o dando garantías de la condición familiar de los sujetos que vayan a realizar las visitas.

³⁸ Sin perjuicio de lo afirmado, la Instrucción 18/2005 de la DGIP ha planteado un programa específico de intervención penitenciaria con reclusos extranjeros, sustentado en tres pilares: programa de idioma y de educación primaria, programa de formación multicultural y en derechos humanos y programa de educación en valores y en habilidades cognitivas. Sobre ello, vid. García España, 2007, 119 s.; García García, 2006, 266 ss.

³⁹ Dünkel/Gensing/Morgestern, 2007, 369, por su parte, señalan que en Alemania se ha planteado que la finalidad rehabilitadora de la ejecución penitenciaria se encuentra en un

hayan sido objeto de regreso coactivo durante la ejecución, todavía se encuentran incursos en el supuesto de expulsión administrativa del art. 57.2 LOEx. De este modo, el tratamiento de reinserción perdería sentido, ya que estaría planteado en relación con una sociedad en la que el migrante penado no va a permanecer. Por otra parte, podría incluso existir la tentación de invocar un argumento economicista para desaconsejar el empleo de recursos en la actividad de rehabilitación de dichos sujetos⁴⁰.

Este planteamiento podría quizás sostenerse si se marginase un debate de trascendencia aún mayor, cual es el relativo a si la orientación resocializadora que consagra nuestra Constitución en el art. 25.2 –y que constituye la finalidad medular del conjunto de la normativa penitenciaria– puede legítimamente entenderse reservada para los ciudadanos españoles, de manera que esa vertiente del Estado de Derecho excluiría a los migrantes⁴¹. No obstante, el planteamiento utilitarista que desatiende la rehabilitación por la expectativa de expulsión presenta otro problema adicional, a saber, que, como si de un ejercicio de falacia normativista se tratase, no supera la confrontación con la realidad empírica. En efecto, la expectativa de ulterior expulsión no puede servir para sustentar el abandono de la lógica rehabilitadora porque, más allá de lo que establece la normativa de extranjería, la mayor parte de los migrantes penados ni son deportados durante la ejecución ni con posterioridad⁴².

En consecuencia, en relación con esos exreclusos se muestra del modo más descarnado la inidoneidad rehabilitadora del modelo de ejecución penitenciaria aplicado a los migrantes. El penado que extingue su responsabilidad se encuentra en las peores condiciones para la reinserción, si se entiende que la capacidad de satisfacción de sus necesidades y la garantía

conflicto irresoluble con las normas que determinan la expulsión del recluso migrante. En un sentido semejante se expresa, en referencia al ordenamiento penitenciario francés, Álvarez, 2009, 180 s.

⁴⁰ En una reflexión genérica sobre el conjunto de los ordenamientos penitenciarios europeos, Van Kalmthout/Hofstee-van der Meulen/Dünkel, 2007, 39, señalan que en las actividades de tratamiento los reclusos migrantes se ven relegados a una posición subordinada, ya que, ante una carencia relativa de plazas, su presumible expulsión ulterior los hace inadecuados para acceder a dichos recursos escasos.

⁴¹ Ruiz Rodríguez, 2009, 208, sostiene a estos efectos que no sería aceptable una interpretación que considerase que el postulado de reinserción no resulta aplicable a los reclusos extranjeros.

⁴² Silveira Gorski, 2006, 72, calcula que en el ordenamiento español entre 2001-2005 122000 migrantes se han encontrado en esa situación, con una orden de expulsión sin ejecutar.

de un conjunto de derechos deben ser el sustrato del retorno a la sociedad extracarcelaria. La *reinserción* del exrecluso migrante se caracteriza fundamentalmente por la imposibilidad de regularización de su situación, al menos mientras no caduquen sus antecedentes delictivos, con las graves consecuencias que ello supone, ante todo la permanente amenaza de expulsión y la necesidad de procurar medios de vida al margen del trabajo asalariado regular (AA.VV., 2004, 123; De la Cuesta, 2007, 772 s.; García España, 2007, 129 ss.; Monclús Masó, 2008, 404, 438; Silveira Gorski, 2006, 72; Wagman, 2005, 86, 89)⁴³. Al margen de otras consideraciones, la urgente necesidad de solucionar esta situación de “alegalidad” administrativa aconsejaría atender las solicitudes de diversas instituciones, que han reclamado el otorgamiento a los exreclusos migrantes de la documentación que les permita desarrollar una actividad laboral regular⁴⁴.

3. Hacia un sistema punitivo reintegrador para los migrantes

La somera revisión de la respuesta que el sistema punitivo español otorga a la *criminalidad de los migrantes* muestra, como se había adelantado, la absoluta desatención de los postulados resocializadores que consagra el art. 25.2 CE.

Podría existir la tentación de entender que no hay nada nuevo en ello, ya que la lógica rehabilitadora, al margen de lo que establezca la constitución *formal*, ha dejado hace tiempo de ser la guía nuclear de la respuesta estatal a los fenómenos considerados como delitos, también para los infractores autóctonos. Sin embargo, en este caso la cuestión va más allá de la manida crisis de la resocialización. No se trata en el supuesto de los migrantes de la consolidación de prácticas que marginan de forma definitiva la racionalidad

⁴³ Sobre la existencia de este género de situaciones postpenitenciarias en otros países europeos, vid. Van Kalmthout/Hofstee-van der Meulen/Dünkel, 2007, 43, 60.

AA.VV., 2004, 132; García España 2007, 134, destacan la paradoja que supone que esos reclusos van a poder trabajar legalmente antes de su salida de prisión, pero no con posterioridad. Wagman, 2005, 94, añade a ello que los reclusos migrantes no tienen derecho a los subsidios de excarcelación, a los cursos del Instituto Nacional de Empleo o a otras ayudas sociales en el momento de salir de prisión.

⁴⁴ El Senado y el Defensor del Pueblo españoles han expresado esa solicitud, el segundo de ellos de forma reiterada (sobre ello, vid. De la Cuesta, 2007, 773; así como el diario *El País* de 24/IX/2007).

rehabilitadora, ni siquiera de que la longevidad y la normalidad de esas prácticas hayan ido conformando una racionalidad alternativa, incluso una suerte de *deber ser* informal. En este caso el abandono del postulado resocializador alcanza cotas normativas, ya que, como se ha visto, existen diversos preceptos que establecen una discriminación directa –e indirecta– del infractor migrante, que hace inviable el tratamiento corrector. Este es el verdadero punto de innovación, y lo que permite sugerir, como se ha adelantado, que el tratamiento punitivo de los migrantes, con su innegable relevancia cuantitativa, puede estar constituyendo un laboratorio de ensayo de racionalidades postrehabilitadoras del sistema punitivo.

Para justificar esta situación podría acogerse la lógica subyacente al actual modelo normativo: el tratamiento penal y penitenciario de los migrantes no puede sino abandonar la perspectiva resocializadora, toda vez que es apenas un componente, y no necesariamente de primer orden, de la política estatal de extranjería⁴⁵, en la que la expulsión constituye la pieza fundamental, con lo que está ausente cualquier atisbo de prevención especial positiva. Una racionalidad jurídica de carácter desprejuiciadamente economicista contribuiría a acoger esta perspectiva (Monclús Masó, 2008, 503 s.; Navarro Cardoso, 2006, 156).

No obstante, tal operación justificadora sólo podría mantenerse tras superar dos escollos de considerable magnitud. El primero de ellos sería hallar una nueva racionalidad intrasistemática para el ordenamiento jurídico en su conjunto. En efecto, desde la razón jurídica moderna es claramente heterodoxo subordinar la respuesta penal a la criminalidad a las necesidades del subsistema sancionador administrativo, entre otras razones porque debe ser pacífico entender que la Administración, en todas las facetas de su labor, persigue intereses generales, y la garantía de la seguridad (personal) frente a las más graves interrupciones a la misma, que denominamos delitos, es uno de los más fundamentales (Navarro Cardoso, 2006, 154 s.), seguramente no de

⁴⁵ Sobre la subordinación del tratamiento punitivo de los migrantes a la política general de extranjería, y las consecuencias que ello acarrea, vid. AA.VV., 2004, 123; Asúa Batarrita, 2002, 26 s., 33, 46 s., 67; Baucells i Lladós, 2005, 60 s.; Cancio Meliá/Maraver Gómez, 2005, 395; Daunis Rodríguez, 2007, 144, 146 s.; Díaz y García Conlledo (dir.), 2007, 692; Fernández Teruelo, 2007, 236; García España, 2007, 101 s.; García García, 2006, 251 s.; Iglesias Río, 2008, 642 s.; Lorenzo Copello, 2004, 30; Maqueda Abreu, 2008, 460 s.; Monclús Masó, 2006, 193; 2008, 432, 444, 492 ss.; Navarro Cardoso, 2006, 154 ss.; Rodríguez Mesa, 2004, 859 s., 863, 866 s.; Souto García, 2007, 313, 318; Terradillos Basoco, 2007, 276, 285; 2008, 207 s.

menor relevancia que la afirmación de la soberanía estatal en materia de fronteras. De este modo, admitir la subordinación de la política penal en este ámbito supondría acoger un nuevo esquema jurídico, cuya incardinación en un (renovado) modelo de Estado de Derecho dista de estar clara.

El segundo escollo se deriva de que la mencionada subordinación a la política de extranjería supone, como se ha apuntado con anterioridad, en gran medida una quimera. Carece de sentido hacer girar todo el sistema normativo de respuesta a la inmigración irregular sobre la generalización de la expulsión, subordinando cualquier otra teleología eventualmente concurrente, como la rehabilitadora en materia de sanción. Y ello por algo hoy obvio: la generalización de la expulsión es una falacia, ya que nunca se ha venido dando, ni hay disposición ni voluntad de que sea una realidad en el futuro (Brandariz García, 2007, 139). Frente a ello podría argumentarse que la política (sancionadora) en materia de extranjería, si bien no cumple las funciones instrumentales declaradas, está orientada al logro de funciones simbólicas de extraordinaria relevancia en materia de estabilización social⁴⁶. Siendo ello cierto, falta por ver que como consecuencia de la persecución de esas funciones simbólicas el sistema penal haya de abandonar el conjunto de sus racionalidades propias, o, si se quiere, que no pueda enderezarse a ellas de forma colateral, es decir, sin necesidad de mutar sus postulados basilares, consolidados con la evolución del Estado de Derecho moderno (Navarro Cardoso, 2006, 177 s.).

En suma, la respuesta punitiva a los hechos delictivos protagonizados por migrantes no puede quedar subordinada de forma prosaica a la política estatal de extranjería y, en consecuencia, no es legítimo –ni seguramente útil– que desatienda los postulados rehabilitadores que consagra la Constitución, sin distinción de nacionalidad.

⁴⁶ Algunas de las funciones básicas que cumple el actual modelo de política de control de las migraciones son: la cohesión social de los *includidos* en una etapa de identidades en crisis, la legitimación de las funciones de las élites gobernantes -incluidas las correspondientes a las fuerzas policiales-, el apaciguamiento de las demandas colectivas de seguridad, la obtención de beneficios electorales, la distensión de otros problemas sociales, o el utópico reforzamiento de la soberanía. Sobre todo ello, vid., entre otros, Balibar, 2001, 316; Bauman, 2002, 118, 183; 2005, 105, 113 s.; Calavita, 2003, 402; Fernández Bessa, 2008, 158; Fernández Bessa/Ortuño Aix/Manavella Suárez, 2008, 226, 253; Gilroy, 1987/2008, 114; Dal Lago, 2004, 46 s.; Maneri, 2009, 74; Melossi, 2002, 67; Palidda, 2008, 2, 110; 2009b, *pássim*; Santoro, 2004, 129 s., 134; Sayad, 1999, 412; Silveira Gorski, 2000, 15; Terradillos Basoco, 2007, 281; Tsoukala, 2002, 75 ss.; Valluy, 2009, 53.

Este planteamiento aboca a un segundo plano de reflexión, cual es el de ver por qué razón el modelo penal y penitenciario vigente resulta excesivamente estrecho para hacer viable una expectativa resocializadora en el caso de los migrantes. Después de todo lo afirmado a lo largo del texto, parece evidente que la primera circunstancia determinante es la relevante existencia de discriminaciones directas en razón de la nacionalidad, como el art. 89 CP o la tabla de variables de riesgo a los efectos de permisos de salida prevista en la Instrucción 22/1996 (Monclús Masó, 2008, 330). No será posible diseñar un verdadero modelo rehabilitador para los migrantes si tales discriminaciones directas perviven⁴⁷.

No obstante, más allá de ellas, es necesario tomar en consideración la pluralidad de discriminaciones indirectas que subyacen a nuestra normativa, penitenciaria, pero no sólo (Monclús Masó, 2008, 205, 248, 322 s., 329 s.; Ruiz Rodríguez, 2009, 194, 201 s., 205, 208). La mera proclamación del principio de no discriminación (arts. 3 Ley Orgánica General Penitenciaria –LOGP–, 4.1 RP), o la consagración de derechos penitenciarios no es suficiente para garantizar una equidad de trato, ante todo porque el diseño del modelo carcelario está pensado desde una unidimensionalidad del sujeto, inadecuada para dar respuesta a las necesidades de un ser humano con atributos específicos, en este caso el migrante (De la Cuesta, 2007, 760, 769; Monclús Masó, 2008, 248; Ruiz Rodríguez, 2009, 195, 208)⁴⁸. Una vez más, el sistema penal y penitenciario ha de ser convocado, cuando menos en el plano normativo, a atenuar las consecuencias de la discriminación estructural que la sociedad genera a diversos sujetos, no por azar los segmentos poblacionales que conforman de modo prioritario su clientela⁴⁹.

⁴⁷ Del mismo modo que no lo será si se mantiene la práctica de recomendar a las fuerzas policiales el control intensivo de los migrantes. Una alternativa a ello, ya emprendida en el caso británico, sería imponer la obligación de fundamentar con detenimiento las operaciones policiales que tengan por objetivo prioritario a los migrantes. En un sentido próximo, cfr. Wagman, 2005, 96.

⁴⁸ Ruiz Rodríguez, 2009, 209, señala que el art. 59 LOGP diseña la estructura del tratamiento penitenciario a partir de la consideración de los reclusos tipo de los años 70 y 80, pero este planteamiento no es idóneo para sujetos como los migrantes, que no han sido objeto de atención específica por parte de la legislación penitenciaria.

⁴⁹ Monclús Masó, 2008, 249, recuerda de forma oportuna que incluso un sistema penal igualitario, aplicado en una realidad estructuralmente desigual, produciría un resultado de desigualdad, con lo que reproduciría y amplificaría la situación de discriminación estructural que existe en el plano social. Cfr. asimismo De la Cuesta, 2007, 769.

La solución a esta problemática no es sencilla, como muestra la contradictoria experiencia vivida en otros ordenamientos, señaladamente anglosajonas (Monclús Masó, 2008, 231 ss.)⁵⁰. No obstante, un paso positivo sería tomar en consideración las circunstancias específicas de los infractores migrantes y reformular los preceptos normativos que generan una discriminación indirecta. En la medida en que el sujeto central del sistema punitivo ha cambiado, el modelo resocializador no puede permanecer inmutable. Se trataría de repensar requisitos establecidos en la normativa penal, procesal y penitenciaria, en relación con, v. gr., aplicación de la prisión provisional (Ruiz Rodríguez, 2009, 202), concesión de permisos, otorgamiento del tercer grado o de la libertad condicional, o realización del tratamiento penitenciario. Tal revisión debería plasmarse normativamente, en reglas específicas para los migrantes⁵¹, que ante todo buscasen soluciones flexibles para evitar que sus particulares circunstancias en materia de vínculos familiares y sociales, inserción laboral, consecución de renta y modelo de vivienda les perjudiquen de forma permanente⁵².

No sólo se trata de actualizar el planteamiento resocializador, de forma que pueda garantizarse su pervivencia⁵³. Es también una cuestión

⁵⁰ Van Kalmthout/Hofstee-van der Meulen/Dünkel, 2007, 17, por su parte, señalan que para contrarrestar las mayores dificultades que supone la vida carcelaria en el caso de los migrantes, países como Austria o la República Checa contemplan en su ordenamiento penitenciario normas concretas que regulan aspectos específicos del tratamiento; no obstante, la práctica muestra que tales disposiciones dependen en gran medida de la voluntad y el compromiso de las autoridades y funcionarios carcelarios.

⁵¹ Cfr. Ruiz Rodríguez, 2009, 209 s., quien recomienda la introducción en la LOGP y en el RP de sendos títulos sobre el cumplimiento de las penas privativas de libertad por parte de extranjeros; en estos títulos deberían incluirse las escasas normas hoy existentes junto a disposiciones generales que garanticen que los principios de igualdad y resocialización tienen el mismo sentido para todos los reclusos. El autor (206 s.) se plantea en este punto una política normativa de discriminación positiva, y señala que si bien en la parte nuclear del Derecho Penal objetivo, dedicada a la definición de infracciones y de penas, no sería admisible tal género de discriminación, una consideración distinta cabe formular en relación con otros ámbitos que no consisten en normas sancionadoras o protectoras de bienes jurídicos, como el de ejecución penitenciaria.

⁵² En referencia específica a la cuestión de los vínculos familiares y sociales, Ruiz Rodríguez, 2009, 211, considera que hay que introducir la discriminación positiva en relación con el arraigo, promoviendo medidas que superen esa particular carencia de vínculos; ello podría hacerse mediante la superación de la necesidad de arraigo para acceder a determinadas instituciones, o bien a través de la creación de una red de relaciones entre los presos y la sociedad civil que permita suplir esa deficiencia.

⁵³ Cfr. Ruiz Rodríguez, 2009, 199, 208, quien defiende la idoneidad de esta empresa, y la inadmisibilidad de una perspectiva que considere que los reclusos migrantes no son adecuados para acceder a los instrumentos del tratamiento rehabilitador. El autor añade que el trato desigual de estos reclusos sólo puede derivarse de la ejecución individualizada de la pena, que atienda a circunstancias de la personalidad del sujeto.

estrictamente utilitaria. Es posible que la política (sancionadora) de extranjería esté logrando objetivos de estabilización social, pero para ello está pagando un elevado precio, y no sólo individual. La respuesta a la *criminalidad de los migrantes*, en su actual formulación, constituye una *profecía que se autocumple*, con lo que realmente no confronta ese fenómeno delictivo, sino que tiende a conformarlo (De Giorgi, 2000, 71, 73; Harcourt, 2007a, 36, 154, 156; Monclús Masó, 2008, 334; Rodríguez, 2003, 120, 130; Tsoukala, 2002, 62, 65; Wacquant, 2002, 115). Desde las prácticas de *profiling* más o menos formal (Harcourt, 2007a, 29, 154, 162 s.; Monclús Masó, 2006, 198; Wagman, en Colectivo loé, 2008, 97), a un modelo penitenciario que tiende a corroborar la expectativa previa de que no es posible la resocialización de los migrantes (Cancio Meliá/Maraver Gómez, 2005, 392), nuestro actual esquema práctico y normativo en la materia no supera el juicio utilitario⁵⁴. También por ello es perentoria la construcción de un modelo rehabilitador para los más recientes residentes del territorio español.

4. Bibliografía citada

- AA.VV. (2004). *ARIA. Extranjeros y políticas penitenciarias en Italia, Francia, Alemania y España* (<<http://www.ikusbide.net/files/aria.pdf>>).
- Acale Sánchez, M. (2007). Inmigración e sistema penal: as dúas caras da moeda, *Revista Galega de Seguridade Pública*, 9.
- Aebi, M.F. y Delgrande, N. (2009). *Council of Europe Annual Penal Statistics. Space I. Survey 2007*. Strasbourg: Council of Europe (<http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/prisons_and_alternatives/statistics_space_i/PC-CP_2009_%201Rapport%20SPACE%20I_2007_090505_final_rev%20.pdf>).
- Almeida Herrero, C. (2006). Extranjeros en prisión. En AA.VV., *El Juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*. Madrid: CGPJ.
- Álvarez, A.J. (2009). La situación de los extranjeros en prisión: el caso de Francia. En L.R. Ruiz Rodríguez, L.R. (Coord.), *Respuestas internacionales a los retos de seguridad*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- Angel-Ajani, A. (2003). A question of dangerous races?. *Punishment & Society*, 5(4).
- Anitua, G.I. (2006). La inmigración y los discursos de la seguridad. En R. Bergalli (Coord.), *Flujos migratorios y su (des)control. Puntos de vista pluridisciplinarios*. Barcelona: Anthropos.
- Asúa Batarrita, A. (2002). La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración. En P. Laurenzo Copello (Coord.), *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate*. Valencia: Tirant lo Blanch.

⁵⁴ Vid. asimismo Tsoukala, 2002, 77, quien fundamenta que los beneficios reportados por la actual política securitaria de control de migraciones son claramente menores que los perjuicios que produce.

- Balibar, E. (2001). *Nous, citoyens d'Europe?*. Paris: La Découverte.
- Baucells i Lladós, J. (2005). El Derecho penal ante el fenómeno inmigratorio. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 13.
- Bauman, Z. (2002). *Modernidad líquida*. Buenos Aires: FCE.
- Bauman, Z. (2005). *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona: Gedisa.
- Bauman, Z. (2007). *Liquid Times*. Cambridge: Polity.
- Bietlot, M. (2003). Du disciplinaire au sécuritaire. *Multitudes*, 11.
- Bodelón González, E. (2006). La punición de las mujeres inmigrantes en el sistema de justicia penal español. En R. Bergalli (Coord.), *Flujos migratorios y su (des)control. Puntos de vista pluridisciplinarios*. Barcelona: Anthropos.
- Bodelón González, E. (2007). Mujer inmigrante y sistema penal en España. La construcción de la desigualdad de género en el sistema penal. En E. Almeda Samaranch/E. Bodelón González (Eds.), *Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*. Madrid: Dykinson.
- Brandariz García, J.A. (2007). *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares.
- Brossat, A. (2003). *Scarcerare la società*. Milano: Elèuthera.
- Calavita, K. (2003). A 'reserve army of delinquents'. The criminalization and economic punishment of immigrants in Spain. *Punishment & Society*, 5(4).
- Calvo, M. y Gascón, E. y Gracia, J. (2004). *El tratamiento de la inmigración en el ámbito de la administración de justicia* (<http://www.unizar.es/sociologia_juridica/inmigracion/InmiInf.pdf>).
- Cancio Meliá, M. (2005). La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP). En AA.VV., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Pamplona: Thomson-Civitas.
- Cancio Meliá, M. y Maraver Gómez, M. (2005). El Derecho Penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal. En S. Bacigalupo/M. Cancio Meliá (Coords.), *Derecho Penal y política transnacional*. Barcelona: Atelier.
- Cavadino, M. y Dignan, J. (2007). *The Penal System*. 4ª ed. London: Sage.
- Cervelló Donderis, V. (2006). Situación jurídica de los extranjeros en prisión. *Revista galega de seguridade pública*, 8.
- Ciccarelli, R. (2007). Foucault e la società dei controllati. Il contributo dei *surveillance studies*. *Conflitti Globali*, 5.
- Colectivo Ioé (2008). *Inmigrantes, nuevos ciudadanos. ¿Hacia una España plural e intercultural?*. Madrid: Funcas.
- De la Cuesta, J.L. (2007). Spain. En A.M. Van Kalmthout/F.B.A.M. Hofstee-van der Meulen/F. Dünkel (Eds.), *Foreigners in European Prisons. Volume II*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers.
- Daunis Rodríguez, A. (2007). Política migratoria y Derecho: análisis y juicio crítico de una relación perversa. En N. Sanz Mulas (Coord.), *El Derecho Penal y la Nueva Sociedad*. Granada: Comares.
- Daunis Rodríguez, A. (2008). La gestación de la xenofobia: mitos y (pre)juicios de la inmigración. En N. Sanz Mulas (Coord.), *Dos décadas de reformas penales*. Granada: Comares.
- Décarpes, P. (2007). France. En A.M. Van Kalmthout/F.B.A.M. Hofstee-van der Meulen/F. Dünkel (Eds.), *Foreigners in European Prisons. Volume II*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers.
- Delsol, R. y Shiner, M. (2006). Regulating stop and search: a challenge for police and community relations in England and Wales. *Critical Criminology*, 14.
- Díaz y García Conlledo, M. (Dir.) (2007). *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*. Las Rozas: La Ley.
- Díez Ripollés, J.L. (2007). *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: BdeF.

- Dünkel, F. y Gensing, A. y Morgestern, C. (2007). Germany. En A.M. Van Kalmthout/F.B.A.M. Hofstee-van der Meulen/F. Dünkel (Eds.), *Foreigners in European Prisons. Volume II*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers.
- Etxeberria Zudaire, L. (2008). Transversalidad del derecho de extranjería en el derecho penitenciario y penal. En M. Balado Ruiz-Gallegos (Dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*. Barcelona: Bosch.
- European Commission against Racism and Intolerance (2006). *Third Report in Spain* (<http://www.coe.int/t/e/human_rights/ecri/1%2Decri/2%2Dcountry%2Dby%2Dcountry_approach/spain/Spain%20third%20report%20-%20cri06-4.pdf>).
- European Commission against Racism and Intolerance (2007). *ECRI General Policy Recommendation No. 11: on combating racism and racial discrimination in policing* (<http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N11/e-RPG%2011%20-%20A4.pdf>).
- Fernández Bessa, C. (2008). El Estado español como punta de lanza del control y exclusión de la migración en Europa. En AA.VV., *Frontera Sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*. Barcelona: Virus.
- Fernández Bessa, C. y Ortuño Aix, J.M. y Manavella Suárez, A. (2008). Los efectos de la cultura de la emergencia en la criminalización de los inmigrantes. En L. M. Puente Aba (Dir.)/M. Zapico Barbeito/L. Rodríguez Moro (Coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*. Granada: Comares.
- Fernández Teruelo, J.G. (2006). La criminalidad de los migrantes. Aproximación criminológica y conciencia social frente al fenómeno. *Revista galega de seguridade pública*, 8.
- Fernández Teruelo, J.G. (2007). El proceso social de determinación de la normativa administrativa y penal en materia de inmigración. En P. Faraldo Cabana (Dir.)/L.M. Puente Aba/E. Souto García (Coords.), *Derecho Penal de excepción*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ferrajoli, L. (2000). De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona. En H.C. Silveira Gorski (Ed.), *Identidades comunitarias y Democracia*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2001). Derechos fundamentales. En A. De Cabo/G. Pisarello (Eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Foucault, M. (2004). *Naissance de la biopolitique*. Paris: Seuil/Gallimard.
- García García, J. (2006). Extranjeros en prisión: aspectos normativos y de intervención penitenciaria (<www.gencat.net/justicia/doc/doc_31096978_1.pdf>).
- García España, E. (2001). *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García España, E. (2002). La delincuencia de inmigrantes en España, En P. Laurenzo Copello (Coord.), *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García España, E. (2007). Extranjeros presos y reinserción: un reto del siglo XXI. En A.I. Cerezo Domínguez/E. García España (Coords.), *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*. Granada: Comares.
- Garland, D. (2005). *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa.
- Gil Araújo, S. (2005). Muros alrededor de 'el Muro'. Prácticas y discursos en torno a la inmigración en el proceso de construcción de la política migratoria comunitaria. En M.T. Martín Palomo/M.J. Miranda López/C. Vega Solís (Eds.), *Delitos y fronteras*. Madrid: Complutense.
- Gilroy, P. (1987/2008). The myth of black criminality. En B. Spalek (Ed.), *Ethnicity and Crime: A Reader*. Maidenhead: Open University Press.
- De Giorgi, A. (2000). *Zero Tolleranza*. Roma: DeriveApprodi.
- De Giorgi, A. (2002). *Il governo dell'eccedenza. Postfordismo e controllo della moltitudine*. Verona: Ombre corte.
- Goodey, J. (2006). Ethnic profiling, criminal (in) justice and minority populations. *Critical Criminology*, 14.

- Hallsworth, S. (2006). Racial targeting and social control: looking behind the police. *Critical Criminology*, 14.
- Hammond, N. (2007). United Kingdom. En A.M. Van Kalmthout/F.B.A.M. Hofstee-van der Meulen/F. Dünkel (Eds.), *Foreigners in European Prisons. Volume II*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers.
- Harcourt, B.E. (2007a). *Against Prediction*. Chicago: Univ. of Chicago Press.
- Harcourt, B.E. (2007b). Sulla svolta attuariale in criminología. *Conflitti Globali*, 5.
- Harcourt, B.E. (2009). La strada verso il *profiling* razziale è lastricata di immigrati. En S. Palidda (Ed.), *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*. Milano: Agenzia X.
- Harris, D.A. (2006). U.S. experiences with racial and ethnic profiling: history, current issues, and the future. *Critical Criminology*, 14.
- Hood, R. (1992/2008). Discrimination in the Courts?. En B. Spalek (Ed.), *Ethnicity and Crime: A Reader*. Maidenhead: Open University Press.
- Iglesias Río, M.A. (2008). Algunas reflexiones sobre la extranjería, Derecho penal y derechos fundamentales. En F. Muñoz Conde (Dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Van Kalmthout, A. y Hofstee-van der Meulen, F. y Dünkel, F. (2007). Comparative overview, Conclusions and Recommendations. En A.M. Van Kalmthout/F.B.A.M. Hofstee-van der Meulen/F. Dünkel (Eds.), *Foreigners in European Prisons. Volume II*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers.
- Dal Lago, A. (2004). *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*. Milano: Feltrinelli.
- Lorenzo Copello, P. (2004). Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión. *Jueces para la Democracia*, 51.
- Leganés Gómez, S. (2009). *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión: nuevo régimen jurídico*. Madrid: Dykinson.
- Lewkowicz, I. (2006). *Pensar sin Estado*. Buenos Aires: Paidós.
- Maneri, M. (2009). I media e la guerra alle migrazioni. en S. Palidda (Ed.), *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*. Milano: Agenzia X.
- Maqueda Abreu, M.L. (2001). ¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?, en J.M. Zugaldía Espinar/E. Roca Roca (Coords.), *Los Derechos Humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*. Granada: Univ. Granada.
- Maqueda Abreu, M.L. (2008). La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales. En C. García Valdés et Al. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. tomo I. Madrid: Edisofer.
- Matthews, R. (2003). *Pagando tiempo*. Barcelona: Bellaterra.
- Melossi, D. (2002). *Stato, controllo sociale, devianza*. Milano: Bruno Mondadori.
- Melossi, D. (2003). 'In a peaceful life'. Migration and the crime of modernity in Europe/Italy. *Punishment & Society*, 5(4).
- Mezzadra, S. (2005). *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Ministerio del Interior (2007). *Anuario estadístico del Ministerio del interior 2006*. Madrid: Ministerio del Interior (<http://www.mir.es/MIR/PublicacionesArchivo/publicaciones/catalogo/anuarios/anuario_2006_web.pdf>).
- Monclús Masó, M. (2006). La discriminación de los inmigrantes en el sistema penal español. En R. Bergalli (Coord.), *Flujos migratorios y su (des)control. Puntos de vista pluridisciplinarios*. Barcelona: Anthropos.
- Monclús Masó, M. (2008). *La gestión penal de la inmigración*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Mucchielli, L. (2008). Introduction. En L. Mucchielli (Ed.), *La frénésie sécuritaire*. Paris: La Découverte.

- Mucchielli, L. y Nevanen, S. (2009). Delinuencia, vittimizzazione e criminalizzazione degli stranieri in Francia. En S. Palidda (Ed.), *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*. Milano: Agenzia X.
- Navarro Cardoso, F. (2006). *Expulsión 'penal' de extranjeros: una simbiosis de Derecho penal 'simbólico' y Derecho penal del 'enemigo'*. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 17.
- Negri, A. y Hardt, M. (2002). *Imperio*. Barcelona: Paidós.
- Open Society Justice Initiative (2007). *"I Can Stop and Search Whoever I Want". Police Stops of Ethnic Minorities in Bulgaria, Hungary and Spain*. New York: Open Society Institute (<http://www.justiceinitiative.org/db/resource2?res_id=103735>).
- Open Society Justice Initiative (2009a). *Ethnic profiling in the European Union: pervasive, ineffective and discriminatory*. New York: Open Society Institute (<http://www.soros.org/initiatives/osji/articles_publications/publications/profiling_20090526/pofiling_20090526.pdf>).
- Open Society Justice Initiative (2009b). *Addressing Ethnic Profiling by Police: a report on the strategies for effective police stop and search project*. New York: Open Society Institute (<http://www.justiceinitiative.org/db/resource2?res_id=104245>).
- Palidda, S. (2008). *Mobilità umane*. Milano: Raffaello Cortina.
- Palidda, S. (2009a). Introducción. En S. Palidda (Ed.), *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*. Milano: Agenzia X.
- Palidda, S. (2009b). *Il crime deal italiano*. En S. Palidda (Ed.), *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*. Milano: Agenzia X.
- Paradell, Ll. (2005). Mossos d'Esquadra: la perspectiva estratégica. En Ll. Paradell/R. Negre/T. Carrasco, *Inmigración y seguridad: una visión desde la policía* (<http://www.cidob.org/es/publicaciones/documentos_cidob/migraciones/num_4_inmigracion_y_seguridad_una_vision_desde_la_policia>).
- Portilla Contreras, G. (2007). *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Preston, P. y Perez, M.P. (2006). The criminalization of aliens: regulating foreigners. *Critical Criminology*, 14.
- Re, L. (2006). *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*. Bari: Laterza.
- Rigo, E. (2007). *Europa di confine*. Roma: Meltemi.
- Rodríguez, E. (2003). *El gobierno imposible*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Rodríguez Mesa, M.J. (2004). El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina. Funciones instrumentales y simbólicas. En F. Pérez Álvarez (Ed.), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Univ. Salamanca.
- Ruiz Rodríguez, L.R. (2006). Extranjeros en prisión. Una marginación reiterada. En L.R. Ruiz Rodríguez (Coord.), *Sistema Penal y exclusión de extranjeros*. Albacete: Bomarzo.
- Ruiz Rodríguez, L.R. (2009). Extranjeros en prisión en España. En L.R. Ruiz Rodríguez (Coord.), *Respuestas internacionales a los retos de seguridad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Santoro, E. (2004). *Carcere e società liberale*. 2ª ed. Torino: Giappichelli.
- Sayad, A. (1999). *La double absence*. Paris: Seuil.
- Silveira Gorski, H.C. (2000). La vida en común en sociedades multiculturales. Aportaciones para un debate. En H.C. Silveira Gorski (Ed.), *Identidades comunitarias y Democracia*. Madrid: Trotta.
- Silveira Gorski, H.C. (2006). El inmigrante ante los procedimientos de internamiento y expulsión. *Revista galega de seguridade pública*, 8.
- Slama, S. (2008). Politique d'immigration: un laboratoire de la frénésie sécuritaire. En L. Mucchielli (Dir.), *La frénésie sécuritaire*. Paris: La Découverte.
- Souto García, E.M. (2007). Algunas notas sobre la función del Derecho Penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión. En P. Faraldo Cabana (Dir.)/L.M. Puente Aba/E. Souto García (Coords.), *Derecho Penal de excepción*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Terradillos Basoco, J.M. (2006). La criminalidad de los migrantes. Aproximación criminológica. *Revista galega de seguridade pública*, 8.
- Terradillos Basoco, J.M. (2007). Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina. En P. Faraldo Cabana (Dir.)/L.M. Puente Aba/E. Souto García (Coords.), *Derecho Penal de excepción*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Terradillos Basoco, J.M. (2008). Las políticas penales europeas de inmigración. En L.M. Puente Aba (Dir.)/M. Zapico Barbeito/L. Rodríguez Moro (Coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*. Granada: Comares.
- Tonry, M. (2004). *Thinking about Crime*. New York: Oxford Univ. Press.
- Tsoukala, A. (2002). Le traitement médiatique de la criminalité étrangère en Europe. *Déviance et Société*, 1.
- Valluy, J. (2009). La metamorfosi dell'asilo in Europa. Dalle origini del "falso rifugiato" al suo internamento. En S. Palidda (Ed.), *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*. Milano: Agenzia X.
- Vitale, E. (2005). Ciudadanía, ¿último privilegio?. En M. Carbonell/P. Salazar (Eds.), *Garantismo*. Madrid: Trotta.
- Wacquant, L. (2002). *Simbiosi mortale. Neoliberalismo e politica penale*. Verona: Ombre corte.
- Wagman, D. (2005). Población extranjera y minorías étnicas. En C. Manzanos (Coord.), *Servicios sociales y cárcel. Alternativas a la actual cultura punitiva*. Vitoria-Gasteiz: Salhaketa.
- Wagman, D. (2006). *Perfil racial en España: Investigaciones y recomendaciones* (<www.ecln.org/link.asp?linkid=530>).
- Young, J. (2003). *La sociedad "excluyente"*. Madrid: Marcial Pons.