

EL TRATAMIENTO PENAL DEL INMIGRANTE EN EL DERECHO ESPAÑOL: ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL DENOMINADO “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO” A LOS DELITOS RELACIONADOS CON LA INMIGRACIÓN.

María Asunción Chazarra Quinto

Profesora de Derecho Penal Universidad Miguel Hernández

Profesora de Derecho Penal Universidad CEU-Cardenal Herrera

Abogada

PALABRAS CLAVE: “Derecho penal del enemigo”, inmigración.

RESUMEN: El problema de la inmigración se ha convertido en uno de los caballos de batalla del legislador penal en los últimos años. Si bien aunque el Código Penal no puede responder por sí solo a los retos del fenómeno migratorio existe cada vez más acentuada tendencia a hacer responsable al Derecho penal de todo lo que sucede y de lo que deja de suceder, hay un retorno social generalizado a la creencia en fórmulas mágicas para enfrentarse a la realidad y resolver los problemas. Sin embargo, acudir a la legislación penal en busca de soluciones debe ser el último recurso del responsable político; una política criminal conforme con el principio de intervención mínima debe estar orientada hacia la despenalización de conductas, hacia la abstención penal, hacia la confianza en una respuesta social o administrativa de gestión prioritaria de los problemas.

SUMARIO.- I. El Derecho penal del enemigo como punto de partida.- II. La tutela penal de la inmigración ilegal: un reflejo de la incidencia del Derecho penal del enemigo.- III. Bibliografía consultada.-

I. El Derecho penal del enemigo como punto de partida.-

El problema de la inmigración se ha convertido en uno de los caballos de batalla del legislador penal en los últimos años. Si bien aunque el Código Penal no puede responder por sí solo a los retos del fenómeno migratorio existe cada vez más acentuada tendencia a hacer responsable al Derecho penal de todo lo que sucede y de lo que deja de suceder, hay un retorno social generalizado a la creencia en fórmulas mágicas para enfrentarse a la realidad y resolver los problemas. Sin embargo, acudir a la legislación penal en busca de soluciones debe ser el último recurso del responsable político; una política criminal conforme con el principio de intervención mínima debe estar orientada hacia la despenalización de conductas, hacia la abstención penal, hacia la confianza en una respuesta social o administrativa de gestión prioritaria de los problemas.¹

Si hiciéramos una encuesta a la población española acerca de la incidencia de la inmigración en la delincuencia que se produce en nuestro país nos daríamos cuenta de que el

¹ En cambio, los ejemplos de aumento de la represión son extraordinariamente abundantes. Me limito a indicar algunos: en primer lugar, estas reformas recién mencionadas en materia de delitos sexuales; la exacerbación de las penas asignadas a los delitos patrimoniales; la casi sistemática agravación de las penas en los Libros II y III; la extremada dureza en la represión de cualquier comportamiento que tenga que ver, siquiera lejanamente, con el tráfico de drogas o el terrorismo.

ciudadano percibe principalmente al inmigrante como probable sujeto activo de delitos, ya que al extranjero se le percibe como alguien extraño, una persona diferente que va a hacer todo lo posible por permanecer en nuestro país aun a costa de cometer delitos.² Claramente el legislador está utilizando un doble juego en el ámbito penal y en el ámbito administrativo, mientras que se produce un endurecimiento en el castigo de los delitos relacionados con el tráfico de inmigrantes en aras de tutelar los derechos de los extranjeros, coetáneamente se limitan esos mismos derechos al establecer una férrea normativa administrativa de residencia y adquisición de nacionalidad que frustra cualquier expectativa de poder desarrollar su vida y su trabajo dignamente en nuestro país.

El legislador penal ha introducido numerosos preceptos tanto penales como procesales para intentar paliar la inmigración ilegal y para conseguir la eficaz expulsión de los inmigrantes irregulares que podrían encuadrarse en lo que se ha venido últimamente a denominar “Derecho penal del enemigo”.³

Desde un punto de vista jurídico-filosófico se pueden distinguir dos tendencias en el Derecho penal: el denominado Derecho penal de los ciudadanos que se aplica a aquellos que están dentro del Derecho y sólo cuando lo niegan, mediante el delito se actúa contra ellos; y el Derecho penal de los enemigos, que se circunscribe a quienes no pueden considerarse ciudadanos por negar totalmente el Estado de Derecho y vivir fuera de él, contra quienes se lucha no por sus actos delictivos sino por su peligrosidad⁴. Desde este punto de vista, el Derecho penal del ciudadano se aplica a quienes desde dentro del Derecho violan el mismo de forma incidental, mientras que el Derecho penal del enemigo se reserva a quienes han abandonado el Derecho de un modo permanente, desviándose por principio y viviendo siempre al margen de las reglas sociales, por lo que son tratados al margen de los principios y derechos vigentes para los ciudadanos. Siguiendo a Jakobs el enemigo es un ciudadano que por su posición, forma de vida o quizás su pertenencia a una organización, ha abandonado el Derecho, no de forma incidental sino duradera. Por lo que no garantiza la más mínima seguridad cognitiva, déficit que expresa a través de su conducta, que lleva a la conclusión que al encontrarse completamente

² Pero esta apreciación simplista no puede estar más lejos de la realidad, el inmigrante no es más proclive a cometer delitos que cualquier otra persona en sus mismas circunstancias. Hemos de hacer nuestra la afirmación de García Amado para quien “*lo que provoca el crecimiento de los delitos no es la condición de nacional de un país u otro o de un miembro de una u otra cultura o credo, sino la pobreza, las míseras condiciones de existencia, la segregación social y hasta la condena anticipada a vivir en la ilegalidad.*” García Amado, J.A.: “¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?”, ob.cit., pág. 74.

³ En este sentido, entre otros, Navarro Cardoso, F.: “Expulsión “penal” de extranjeros: una simbiosis de derecho penal “simbólico” y derecho penal del “enemigo””, en *Revista General de Derecho Penal*, N.º. 2, 2004; Cancio Meliá, M. y Maraver Gómez, M.: El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político criminal.31-121.Revista CENIPEC.25.2006 Enero-Diciembre.

⁴ El estudio del Derecho penal del enemigo se ha convertido en los últimos años en un tema recurrente en la doctrina penal internacional, sobre todo a partir de la publicación por el Profesor Gunther Jakobs, de su obra “*Kriminalisierung in Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*”, *ZStW*, n.º. 97, págs 751 y ss; publicada en español en Jakobs, G.: “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, traducción de Peñaranda Ramos, en Jakobs, G.: *Estudios de Derecho penal*, 1997; que tomó especial relevancia e interés después del atentado del 11 de Septiembre en Estados Unidos. En este trabajo no pretendemos ahondar en el análisis de esta formulación dogmática, ni mucho menos encontrarle una justificación a la misma, sino que simplemente intentaremos analizar el tratamiento penal de la inmigración en nuestro país para constatar si en esta regulación están presentes algunas de las características del Derecho penal del enemigo.

fuera del sistema no tiene derecho a gozar de todos los beneficios como si fuera una persona, siendo el enemigo una no-persona.⁵

En un intento de síntesis podríamos decir que las características del Derecho penal del enemigo se pueden resumir básicamente en tres:

- En primer lugar, la “criminalización en el estado previo”, es decir la anticipación máxima de la tutela penal casi rozando la sanción de los “actos internos”; un claro ejemplo de este adelantamiento de las barreras punitivas lo encontramos en la punición de comportamientos como los de colaboración o pertenencia a banda armada, el castigo de la apología o incluso dando un paso más el de la creación en el Derecho alemán del delito de aprobación de la violencia.⁶ Derecho. En definitiva se criminalizan conductas que tienen lugar en un ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo en razón de la falta de seguridad cognitiva que se supone en quienes tienen el status jurídico de enemigos.⁷
- En segundo lugar el incumplimiento del principio de proporcionalidad, que tiene múltiples manifestaciones, desde la aplicación de la misma penalidad a los actos preparatorios y de participación que a los actos consumados y de autoría hasta la aplicación de la máxima pena prevista por el ordenamiento a los delitos relacionados con el terrorismo quebrando en multiplicidad de ocasiones el principio de prohibición de imposición de penas inhumanas o degradantes y utilizando instituciones cercanas a la cadena perpetua.⁸ Por otra parte, la circunstancia específica de pertenencia del autor a una organización es tomada en cuenta para establecer agravaciones desproporcionadas, de las penas correspondientes a los hechos delictivos concretos que realicen los individuos en el ejercicio de su actividad habitual o profesional al servicio de la organización.⁹

⁵ En este sentido Jakobs, G.: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en Jakobs, G. y Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, pág. 32.

⁶ Gómez Benítez, J. M.: “Crítica de la política penal del orden público”, en Gómez Benítez, J. M.: *Estudios penales*, Madrid, 2001, pág. 287.

⁷ En este sentido Pérez del Valle explica esta anticipación de la punibilidad relacionándola directamente con la búsqueda de seguridad cognitiva, así afirma este autor que “el cuerpo político no sabe quién es el individuo o los individuos que permanecen en estado natural y que ponen en peligro su propia subsistencia, y necesita identificarlos antes de que ese riesgo tenga lugar” y “para ello, necesita sancionar antes de que el concreto riesgo exista en la realidad”. Pérez del Valle, C.: “Sobre los orígenes del «Derecho penal del enemigo»”, en Cuadernos de Política Criminal nº 75 (2001), pág. 598.

⁸ García Valdés, C.: “La legislación antiterrorista: Derecho vigente y Proyectos continuistas”, en *ADPCP*, Tomo XXXVII, Fascículo II, Mayo-agosto, 1986, pág. 298 y . Gómez Benítez, J. M.: “Crítica de la política penal...”, *ob. cit.*, pág. 284 y ss. 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 Faraldo Cabana, P. (dir.) y Brandariz/Puente Aba (coords.): *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia 2004, págs.318 y ss.

⁹ Gracia Martín, L.: “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-02, p. 02:1-02:43. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>

- Y por último, la minimización de las garantías procesales para los imputados en la “lucha frente al enemigo” incluso de aquellos Derechos fundamentales relacionados con el proceso penal, todo ello para mejorar la eficacia de las investigaciones judiciales y luchar de una manera más eficaz contra este tipo de delincuencia. Así se ha llegado a permitir la detención por plazos mucho más largos sin puesta a disposición judicial, la entrada y registro domiciliario sin mandato, los confinamientos de sospechosos de terrorismo, la intervención de comunicaciones postales y telegráficas y la apertura de correspondencia sin autorización judicial o la práctica de interrogatorios sin asistencia letrada, entre otras muchas actuaciones.

Estas notas que actualmente se reputan propias del Derecho penal del enemigo han estado presentes prácticamente siempre en las legislaciones de muchos Estados democráticos, sobre todo en la de aquellos que han sufrido el azote del terrorismo. No se puede entender por tanto, que la aplicación de esta categoría limitadora de un Derecho penal y procesal distinto y más restringido contra los que integran la delincuencia organizada frente al que se aplica a los sectores de la criminalidad no organizada sea novedoso, sino, en todo caso, la novedad únicamente radicaría en la aparición de un sustento doctrinal que apoya la necesidad de un Derecho con garantías plenas para personas y otro, sin los clásicos derechos, para las no-personas.¹⁰

En síntesis, el Derecho penal de enemigos entraña, frente al Derecho penal de ciudadanos un endurecimiento de las medidas penales de manera acorde al grado de peligro que el delincuente ofrezca, si el delincuente es más peligroso mayor ha de ser la reacción penal, convirtiéndose la ley penal en un instrumento de *lucha* para *combatir* la delincuencia.¹¹

Aunque tradicionalmente han sido el terrorismo y el narcotráfico los campos en los que se ha desarrollado una legislación penal y procesal más restrictiva de los derechos del imputado, parece ser que hoy en día la persecución de los grupos organizados que trafican con inmigrantes ilegales ya sea para insertarlos en el mercado laboral o para convertirlos en esclavos sexuales o en sumisos miembros de organizaciones delictivas, se ha convertido en una gran pista de pruebas para poner en práctica la legislación más restrictiva de los derechos del individuo.

Las últimas reformas penales de nuestro país que ponen en serias dudas la legitimidad del Derecho penal al perderse muchos de sus límites y garantías, no solamente han centrado su actuación en las amenazas terroristas, sino que también han tenido su repercusión en la exclusión al extranjero.

En este afán por combatir la inmigración irregular, cada vez son más las excepciones a los viejos principios del derecho penal liberal: principio de igualdad, principio proporcionalidad, principio de legalidad, principio indisponibilidad de la acción penal, principio de preeminencia del orden jurisdiccional penal sobre el derecho administrativo sancionador, entre otros. En los últimos años las sociedades democráticas están optando por garantizar a toda costa la seguridad de sus ciudadanos a costa del sacrificio de las libertades individuales, sacrificando por el camino las garantías y aceptando la ideología de la “guerra preventiva” que dinamita las bases de la convivencia en paz y, con ella, el Estado de Derecho.

¹⁰ En este sentido, por todos, Portilla Contreras, G.: “La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del “enemigo” tras el atentado de 11 de septiembre de 2001”, en internet en <http://www.iujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf>

¹¹ Polaino Navarrete, M.: “La controvertida legitimación del Derecho penal en las sociedades modernas. ¿Más Derecho penal?, en AA.VV.: Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal, Madrid, 2005, pág. 721.

II.- La tutela penal de la inmigración ilegal: un reflejo de la incidencia del Derecho penal del enemigo.

El legislador penal ha incriminado conductas relacionadas con la inmigración centrándose en el tráfico ilegal de inmigrantes, bien sea para incorporarlos al mercado laboral o para insertarlos en redes de delincuencia principalmente relacionada con la prostitución, el narcotráfico, y cualquiera otra actividad desarrollada principalmente por grupos de delincuencia organizada.

Fundamentalmente son dos los preceptos penales en los que debemos centrarnos para determinar si se dan las características del Derecho penal del enemigo, el artículo 313 en el que se tipifica el delito de favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores y el artículo 318 bis del Código penal que incrimina el denominado delito de tráfico de personas, ya fuera del ámbito laboral, ya que castiga la inmigración clandestina con el propósito de abandonar su país de origen por cualquier motivo que no sea precisamente en conseguir un puesto de trabajo.

Ambos preceptos constituyen un claro ejemplo de adelantamiento de las barreras punitivas, característica que, como ya hemos adelantado, constituye una de las premisas principales del Derecho penal del enemigo.

El delito tipificado en el artículo 313 del Código Penal podría considerarse de mera actividad, ya que el tipo adelanta la barrera punitiva al momento en que se facilita o favorece el tráfico clandestino de trabajadores a España. En nuestra opinión resultaría atípica la conducta de favorecimiento de la inmigración que no suponga la llegada del extranjero a territorio nacional¹², ya que de no ser así se permitiría la sanción penal de los meros actos preparatorios, tales como alquilar embarcaciones, facilitar el traslado en camiones de mercancías, comprar billetes para que el emigrante llegue a su país de destino, etc.; que ni siquiera constituyen infracciones administrativas y que ni siquiera ponen en peligro abstracto los derechos de los trabajadores.¹³ Ya se entienda la consumación en un sentido o en otro en ambos casos este adelantamiento de las barreras de protección constituiría un indicio más de que nos acercamos a una regulación que podríamos entender propia del Derecho penal de enemigos.

Asimismo, la dicción literal del precepto estudiado permite, sin lugar a dudas, considerar que estamos ante un concepto unitario de autor, equiparándose las conductas de colaboración o ayuda a las de autoría y quebrándose el principio de proporcionalidad en un ejemplo paradigmático de Derecho penal de enemigos. En este precepto quedan englobadas conductas muy diversas y de distinta gravedad, que se castigan con la misma pena, lo que

¹² En la doctrina existen opiniones diversas con respecto a este tema, por una parte, se califica de delito de resultado que se consuma con la entrada del inmigrante en nuestro país y que permitiría la tentativa cuando esta no se produzca, en este sentido Villacampa Estiarte, C., en Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, 1999, pág. 1467. Sin embargo otro sector doctrinal lo considera un delito de mera actividad que no requiere ni la entrada ni la obtención del puesto de trabajo, en este sentido Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico*, Valencia, 2003, págs. 583 y ss.

¹³ En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 112/98 de 3 de febrero. Si bien la jurisprudencia no es unánime, ya que en ocasiones se ha considerado que el delito se perfecciona con cualquier acto externo que manifieste la intención de traer mano de obra a España (Entre otras la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 15 de octubre de 1998 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 13 de abril de 1997).

resulta contrario al mandato de determinación y certeza, garantía material del principio de legalidad, y al principio de proporcionalidad.¹⁴

Hemos de centrarnos en La *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre*, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros ha modificado una vez más el artículo 318 bis del Código Penal en un sentido que nos permite entenderlo, aún de una manera más inequívoca, dentro de una regulación en la que se considera al favorecedor de la inmigración ilegal como “enemigo” del Estado.

En primer lugar este precepto, en una línea similar al anteriormente citado, *a quien, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España*. Resulta muy difícil distinguir entre las conductas de autoría y participación, sobre todo si tenemos en cuenta que estas conductas de favorecimiento pueden ser directas o indirectas, por lo que se vuelve a producir un solapamiento entre las conductas de autoría y de participación.¹⁵

Hemos de tener en cuenta que los verbos típicos empleados “promover”, “favorecer” y “facilitar” permiten definir el delito del artículo 318 bis también como un delito de mera actividad y de consumación anticipada en el que no es necesario que llegue a producirse efectivamente la entrada o residencia ilegal del inmigrante. Este delito no implica, por tanto, la producción de un determinado hecho o una determinada situación, y, en ese sentido, es complicado que llegue a realizarse en grado de tentativa.¹⁶

Asimismo, la regulación de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, se manifiesta como un claro ejemplo de desproporcionalidad al fijarse en el artículo 318 bis de nuestro Código Penal unas penas que pueden llegar a los 15 años de prisión, en caso de tráfico ilegal o inmigración clandestina, resultando esta pena equiparable con la del delito de homicidio. Así este precepto incluye una serie de tipos agravados cuando el propósito fuera la explotación sexual de personas, cuando el favorecimiento de la inmigración se realice con ánimo de lucro y en aquellos casos en que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

¹⁴ En el mismo sentido, Barber Burusco, S.: “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Enciclopedia Penal Básica*, Madrid, 2001, III y Serrano Piedecabras, *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Manuales de Formación Continuada, 5, CGPJ, 2000, pág. 390.

¹⁵ En los mismos términos Laurenzo Copello, P.: “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 12, pág. 78 y Pérez Cepeda, A.: *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*, Granada, 2004, pág. 210.

La amplitud del precepto ha llevado a parte de la doctrina a intentar de manera voluntariosa restringir su ámbito de aplicación. Así Serrano Piedecabras excluye a los cooperadores no necesarios de la exigencia de responsabilidad a título de autor, cfr. Serrano Piedecabras, J.R.: *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros* en Laurenzo Copello, P.: *Inmigración y derecho penal : bases para un debate*, Valencia, 2002, pág. 336.

¹⁶ Vid. Sánchez García de Paz, I.: “Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros (con atención a las reformas introducidas por las L. O. 15/2003 y 11/2003”, en AA.VV.: *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pág. 823 y Palomo del Arco, A.: “Criminalidad organizada y la inmigración ilegal” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2/2001, pág. 180.

Estas penas pueden llegar a elevarse hasta 17 años y seis meses de prisión cuando se trate de jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones.¹⁷

Hasta cierto punto, la gravedad de las penas prevista para las modalidades delictivas recogidas en el artículo 318 bis del Código Penal obedece a un afán del legislador de hacerse eco de las directrices que ha marcado la política de inmigración de la Unión Europea. Sobre todo en los últimos años, la Unión Europea ha mostrado un creciente interés en combatir la inmigración ilegal haciendo especial hincapié en la necesidad de frenar la inmigración ilegal y abogando, por tanto, por la tipificación de todas aquellas conductas que de algún modo la favorezcan, incluidas las que se realizan sin ningún ánimo de lucro.¹⁸ Sin embargo, la severa penalidad que se ha señalado en nuestro Código Penal no se debe, realmente, a exigencias de la normativa europea, ya que nada impedía establecer una pena más baja en el tipo básico y configurar un tipo agravado para los supuestos indicados por la Directiva que se mantuviera en los límites de proporcionalidad al bien jurídico que se pretende proteger. Esta penalidad exacerbada nos legitima, una vez más, para calificar esta normativa como propia de lo que se ha dado en llamar Derecho penal del enemigo.

En cuanto al tercero de los aspectos a analizar, la minimización de las garantías procesales viene de la mano de medidas administrativas y procesales que regulan la expulsión de extranjeros como sustitutivo de la pena, prevista en el artículo 89 del Código Penal. La medida de expulsión trata de evitar, que el cumplimiento de la pena, o una parte de ella en España, se convierta en una forma de permanencia en nuestro territorio, vulnerando el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto, medida que, en cualquier caso se aplicaría por vía administrativa a aquellos extranjeros que no residen legalmente en España y que hubiesen cometido hechos delictivos.

Esta institución ha sido reformada por la Ley Orgánica 11/2003,¹⁹ habiéndose producido cambios importantes. En primer término, porque se cambia la regla general existente hasta este

¹⁷ Vid. por todos Sainz-Cantero Caparrós, J.E.: “Sobre la actual configuración de los delitos contra los ciudadanos extranjeros”, en AA.VV.: Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal, Madrid, 2005, pág. 801.

¹⁸ Tanto los Acuerdos de Tampere como la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular de inmigrantes se centran en acabar con la entrada de inmigrantes ilegales y la creación de mafias en torno a los mismos.

Entre las normas dictadas a nivel europeo destaca la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre, que “define la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares”. En su artículo primero, esta Directiva insta a los Estados a adoptar sanciones adecuadas contra quienes ayuden intencionadamente a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate; dejando expresamente, sin embargo, a la decisión de cada Estado si debe sancionarse tal conducta en los casos en que no se realiza con ánimo de lucro. Esta Directiva va acompañada de la Decisión 2002/946/JAI, de 28 de noviembre, que “refuerza el marco penal para la represión a la entrada a la circulación y a la estancia irregulares” y dispone que la sanción para la conducta descrita en el la Directiva no debe ser inferior a ocho años de privación de libertad cuando la conducta se realice con ánimo de lucro, formando parte de una organización delictiva y poniendo en peligro la vida de las personas.

¹⁹ Vid. por todos con respecto a la expulsión de los extranjeros condenados por delitos Delgado Martín, J.: *Problemática jurídica de la inmigración ilegal. Perspectivas y proyectos de regulación en el futuro. La persecución internacional*, CEJAJ, 2003 y Poza Cisneros, M.:

momento, lo que antes era meramente una posibilidad para el juzgador de acordar la expulsión es ahora un acuerdo imperativo salvo que el juez competente, 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 nuestro país. Y otro tanto sucede cuando el Ministerio Fiscal solicite la expulsión de reos condenados a seis o más años de prisión que ya hayan cumplido tres cuartas partes de la condena o hayan obtenido antes el tercer grado; si bien la reforma precisa que esta posibilidad sólo será aplicable a extranjeros no residentes legalmente en España.

Además, se suprime la exigencia expresa de audiencia previa al penado, se impide la aplicación a estos supuestos de mecanismos de suspensión y sustitución de la pena, y se archivan los procedimientos administrativos de autorización de residencia o trabajo, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 57.4 de la Ley Orgánica 4/2000. Por otra parte, en una nueva involución de los derechos del extranjero expulsado, el periodo prohibición de regreso pasa de una duración entre tres y diez años en función de la pena impuesta a un plazo uniforme de diez años, este nuevo plazo puede resultar desmedido cuando la expulsión se acuerde por penas privativas de libertad de corta duración.

Como consecuencia de la imperatividad de la expulsión ha desaparecido del texto actual la necesidad de previa audiencia del penado de la que se derivaba la exigencia de motivación de la decisión que se adoptase. Por contra, ahora sólo se exige la motivación cuando, de forma excepcional, se estime que "la naturaleza del delito" exige y justifica el cumplimiento de la condena en prisión. La reforma del artículo 89 del Código Penal responde a criterios meramente defencistas, utilitaristas y de política criminal, que únicamente serían legítimos cuando fueran precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado.²⁰ La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido que realizar una interpretación reorientadora para evitar la inconstitucionalidad de este precepto, así la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2.004 establece la Audiencia del penado como trámite obligatorio. En la citada resolución se afirma textualmente que:

“ (...)para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más

“Suspensión, sustitución y libertad condicional: Estudio teórico-práctico de los arts. 80 a 94 del Código Penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 4/1999.

²⁰ Ya el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de Ley Orgánica, venía a poner el acento en la omisión que en el texto se apreciaba respecto de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas, acordar o no la expulsión, argumentaba en este sentido el Consejo que además de la naturaleza del delito como argumento que justificara la excepción, debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado: " (...) olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir y que el TEDH valora la circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión....".

relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad.”

Es, por tanto, el propio Tribunal Supremo el que destaca el “vértigo legislativo” que esta materia ha tenido en el Código Penal durante los últimos años, destacando que la reforma obedece únicamente a “*criterios meramente defensoristas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado*”. El propósito de esta reforma lo confesó el propio legislador penal en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2003, no era otro que tratar de evitar que la pena y su cumplimiento se convirtieran en formas de permanencia en España, quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto, justificándose tal decisión únicamente porque la expulsión se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y han delinquido.

Pero no acaba aquí la incidencia de la Ley Orgánica 11/2003 en esta materia, porque se reforma también la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. De esta reforma importa destacar, a nuestros efectos, la agilización del procedimiento administrativo de expulsión del extranjero procesado o inculcado por faltas o delitos no castigados con privación de libertad de seis o más años. A partir de la entrada en vigor de esta nueva disposición, el juez está obligado a autorizar la expulsión, salvo circunstancias excepcionales, en un plazo de tres días. Por lo que, en la mayoría de los casos, resultará imposible sustanciar el proceso penal y determinar si existía o no responsabilidad penal, produciéndose entonces una pérdida del derecho a la tutela judicial efectiva.²¹ Si bien, hemos de matizar que esta normativa que resulta restrictiva en algunos casos, va a beneficiar a quienes efectivamente cometieron el delito, porque permitirá evitar una condena a la que iría asociada una prohibición de regresar a España en un periodo de tiempo más prolongado que el necesario para que prescriba el delito.²²

Este régimen procesal excepcional que permite la exclusión de los extranjeros puede considerarse dentro de los parámetros del Derecho penal del enemigo, ya que como afirma CANCIO MELIÁ se produce una identificación entre inmigración y delito.²³ El extranjero puede verse expulsado de nuestro país por una mera sospecha de delito y conminado a perder su derecho de regreso en un plazo muy largo, en un claro ejemplo de restricción de sus derechos propia de un sistema enormemente restrictivo y claramente diferente respecto al trato que recibiría un ciudadano español en el mismo caso.

Resulta muy preocupante constatar la expansión imparable de las características de un Derecho penal que ya sea considerado o no legítimo debe ser en todo caso excepcional y que, sin embargo, se está haciendo patente en muchos ámbitos de la “lucha” contra la criminalidad convirtiéndose ya en excepcional el mantenimiento de las garantías propias del Derecho penal garantista, en terminología de Jakobs el “Derecho penal de ciudadanos”.

²¹ En este sentido Flores Mendoza, F.: “La expulsión del extranjero en el Código Penal español” en Lorenzo Copello, P.: *Inmigración y derecho penal : bases para un debate*, 2002, págs. 121 y ss.

²² Carbonell Mateu, J.C. y Guardiola García, J.: “Consideraciones sobre la reforma penal de 2003” *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, N.º. 12, 2004, págs. 9 y ss.

²³ Cancio Meliá, M.: “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)”, en: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, pág. 213.

III. Bibliografía consultada.-

Barber Burusco, S.: “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Enciclopedia Penal Básica*, Madrid, 2001, III y Serrano Piedecabras, *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Manuales de Formación Continuada, 5, CGPJ, 2000.

Cancio Meliá, M.: “La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)”, en: Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, 2005.

Delgado Martín, J.: *Problemática jurídica de la inmigración ilegal. Perspectivas y proyectos de regulación en el futuro. La persecución internacional*, CEJAJ, 2003

Carbonell Mateu, J.C. y Guardiola García, j.: “Consideraciones sobre la reforma penal de 2003” *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, Nº. 12, 2004

Faraldo Cabana, P.: “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en Faraldo Cabana, P. (dir.) y Brandariz García/Puente Aba (coords.): *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004

Flores Mendoza, F.: “La expulsión del extranjero en el Código Penal español” en Laurenzo Copello, P.: *Inmigración y derecho penal : bases para un debate*, Valencia, 2002

García Amado, J.A.: “¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?” en *Más Derecho* núm. 3, 2003

García Valdés, C.: “La legislación antiterrorista: Derecho vigente y Proyectos continuistas”, en *ADPCP*, Tomo XXXVII, Fascículo II, Mayo-agosto, 1986.

Gómez Benítez, J. M.: “Crítica de la política penal del orden público”, en Gómez Benítez, J. M.: *Estudios penales*, Madrid, 2001.

Gracia Martín, L.: “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-02, p. 02:1-02:43. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>

Jakobs, G.: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en Jakobs, G. y Cancio Meliá, M.: *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003

Laurenzo Copello, P.: “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 12.

Martinez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico*, Valencia, 2003

Palomo del Arco, A.: “Criminalidad organizada y la inmigración ilegal” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2/2001

Pérez Cepeda, A.: *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*, Granada, 2004.

Pérez del Valle, C.: “Sobre los orígenes del «Derecho penal del enemigo»”, en Cuadernos de Política Criminal nº 75 (2001)

Polaino Navarrete, M.: “La controvertida legitimación del Derecho penal en las sociedades modernas. ¿Más Derecho penal?”, en AA.VV.: Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal, Madrid, 2005

Portilla Contreras, G.: “La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del “enemigo” tras el atentado de 11 de septiembre de 2001”, en internet en <http://www.iujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf>

Poza Cisneros, M.: “Suspensión, sustitución y libertad condicional: Estudio teórico-práctico de los arts. 80 a 94 del Código Penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 4/1999.

Sainz-Cantero Caparrós, J.E.: “Sobre la actual configuración de los delitos contra los ciudadanos extranjeros”, en AA.VV.: Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal, Madrid, 2005

Sánchez García de Paz, I.: Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros (con atención a las reformas introducidas por las L. O. 15/2003 y 11/2003 en AA.VV.: Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal , Madrid, 2005

Serrano Piedecabras, J.R.: Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en Lorenzo Copello, P.: *Inmigración y derecho penal : bases para un debate*, Valencia, 2002

Villacampa Estiarte, C., en Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, 1999, pág. 1467.

María Asunción Chazarra Quinto

Profesora de Derecho Penal Universidad Miguel Hernández

Profesora de Derecho Penal Universidad CEU-Cardenal Herrera

Abogada