

LA ESTIGMATIZACIÓN DE LOS "OTROS" EN EL DERECHO PENAL: A PROPÓSITO DE LA PELIGROSIDAD DEL INMIGRANTE

Stigmatization of the "others" in criminal law: apropos of the dangerousness of inmigrant

YENNESIT PALACIOS

Doctororanda Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

Universidad Santo Tomás de Medellín

yennesit.palacios@gmail.com

Resumen

Este artículo pretende explicar las graves transformaciones que está sufriendo el Derecho penal por la exageración del poder punitivo, que "glorificado" para justificar el combate a los "otros", hace más daños que los peligros que dice combatir. Hecho que afecta a colectivos específicos, por ser vistos como los peligrosos, extraños a la comunidad.

Palabras clave: Derecho Penal, inmigrantes, seguridad, enemigos, centros de internamientos.

Abstract

This article aims to explain the serious transformations under criminal law by exaggeration of punitive power, that "glorified" to justify fighting the "other", it does more harm than the dangers that says combat. Action that is affecting specific groups, being seen as dangerous, strangers to the community.

Key words: Criminal law, immigration, security, enemies, internment centers.

SUMARIO

1. Introducción.- 2. La involución del poder punitivo.- 2.1. El ataque penal como respuesta al riesgo.- 2.1.1. El peligro de la "seguridad".- 3. La evolución de los estereotipos del enemigo no-persona.- 3.1. El "nombre" del inmigrante como el extraño a la comunidad.- 3.1.1. El inmigrante como enemigo-delincuente y la "penalización" de las fronteras: a propósito de los centros de internamientos en España.- 3.1.2. La complementariedad de los CIEs con el sistema jurídico penal español. 4.- Consideraciones finales.- 5. Bibliografía.

Abreviaturas

ART.: Artículo; **CEAR.:** Comisión Española de Ayuda al Refugiado; **CIEs.:** Centros de Internamientos; **CP.:** Código Penal; **DER.:** Directiva Europea de Retorno; **LO:** Ley orgánica; **RECPC.:** Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; **REIC.:** Revista Española de Investigación Criminológica; **REIS.:** Revista Española de Investigaciones sociológicas; **UNAM.:** Universidad Nacional Autónoma de México.

1. INTRODUCCIÓN

"Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedian con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad –pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso– allí puede pensarse en la frase de Tácito: Pessima Respublica plurimae leges"
Karl L. von Bar.

Una forma de castigar tenía que aparecer. ¿Para quién? O ¿Para quiénes? Primer intento: *ley del talión*, "ojo por ojo, diente por diente". A eso se le llamaba justicia retributiva. El famoso Código de Hammurabi enseñó bajo la forma más primitiva pero no menos distinta, cómo el crimen cometido tendría que reflejarse en el castigo a imponer al infractor: "Si en la casa de un hombre hay un incendio y algún hombre que había venido a apagarlo deseaba algún objeto y se quedaba con el objeto del dueño de la casa, ese hombre sería sentenciado y quemado en ese mismo fuego". "Si un hombre dejaba tuerto a otro, lo dejarían tuerto". "Si se le rompe un hueso a otro hombre, que se le rompa también un hueso".

Aparentemente refleja una ley prehistórica, pero es el espejo más claro del modelo penal con otras variaciones y con aplicaciones "modernas" del castigo. Coyuntura que se puede ver reflejada de forma clara y contundente en el sistema penal actual, en sus múltiples manifestaciones: *Derecho penal del riesgo*¹, *Derecho penal de la seguridad*², y el controvertido "Derecho

¹C. PRITTWITZ, "Sociedad del riesgo y derecho penal", (L. Arroyo Zapatero, U. Neumann y A. Nieto, Coords.), en *Crítica y justificación del derecho penal en cambio de siglo*, colección estudios, nº 91, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 262; S. MOCCIA, "Seguridad y derecho penal", en (M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez, Coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, Edisofer/Bdef, Madrid/Montevideo, 2006, pp. 299-319; F. HERZOG, "Sociedad del Riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del derecho penal", en (L. Arroyo Zapatero, U. Neumann y A. Nieto, Coords.), colección estudios, nº 91, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 249-248; J. DÍEZ RIPOLLES, *La política criminal en la encrucijada*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. 129.

²Este Derecho penal de seguridad, "no es más que otro mecanismo sutil para derruir y, en algunos casos, eliminar el papel de los derechos subjetivos de los seres humanos y elevar a rango constitucional un poderoso constructo de nuestros días que recibe el nombre de

penal" del enemigo³; explosión normativa que se extiende en las poblaciones a la manera difusa de un gas en la atmósfera, sin que haya medios para evitarlo⁴.

Se ha llegado a este antídoto porque se glorifica la justicia penal, y por ende, con mayúscula confianza, se espera que lo resuelva todo. Asistiendo por tanto, a una penalización en el tiempo⁵, pues las medidas inmediatas de control predominantes siguen siendo aquellas que ven como respuesta un sistema que quiere desatar una lucha a través de la punición por el discurso institucionalizado, dogmatizado, teorizado y legitimado, que olvida las arbitrariedades cometidas en el pasado bajo el mismo discurso. Por ello la hipótesis que se plantea en este estudio, hace alusión a la involución lamentable que está sufriendo el Derecho penal, tras los modelos acelerados que se imponen como pautas legítimas para recriminar a los "Otros" que son síntomas de malestar ante la moda de combatir a los enemigos peligrosos.

Campaña que afecta los derechos humanos de colectivos excluidos, ciudadanos de "segunda" que, además de sufrir la tacha de una sociedad que se comporta combatiendo las señales de enemistad con políticas de tolerancia cero, intentan sobrevivir en escenarios hostiles que se caracterizan por la pérdida sutil de los propios derechos humanos bajo el antifaz de las más sólidas democracias.

2. LA INVOLUCIÓN DEL PODER PUNITIVO

En tiempos actuales cobra eco la popular campaña en el orden global para crear normativas opresivas, tras la alerta de un ambiente de peligrosidad extrema declarado para atacar a quienes llevan la etiqueta de "enemigos de la sociedad"⁶. Al respecto, Wacquant⁷ afirma que, en los

"derecho fundamental a la seguridad". Cfr. A. CHIRINO SÁNCHEZ, "La seguridad como un topo discursivo en la política criminal centroamericana. Perspectivas de una desesperanza", en (L. Reyna, S. Cuaresma, Coords.), *Derecho penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre las tensiones entre riesgo y seguridad*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2008, p. 19. Véase también, A. PÉREZ CEPEDA, *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 22-23. J. MODOLELL GONZÁLES, "El derecho penal del enemigo: Evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación", en (M. Cancio Meliá, C. Gómez-Jara Díez, Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. II, Edisofer/BdeF, Madrid/Montevideo, 2006, p. 335.

³Cfr. G. JAKOBS, M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Thomsom-Civitas, 2da ed, Navarra, 2006.

⁴L. HULSMAN, J. BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*, Prólogo de J. Bustos Ramírez, 1era ed, Ariel, Barcelona, 1984, p. 98.

⁵A. MATTELART, *Un mundo vigilado*, Paidós, Barcelona, 2009, p. 225.

⁶Y. PALACIOS VALENCIA, "Derecho penal y castigo. Una excusa para la protección de los derechos humanos en la sociedad del riesgo", en *Díkaion*, Universidad de la Sabana, Año 27, vol. 22, 2013, p. 142.

⁷L. WACQUANT, *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Gedisa, Barcelona, 2010, p. 25.

Estados se desarrollan una serie de estrategias represivas a partir de la construcción *ad hoc* de representaciones falseadas de la inseguridad pública, enfocándose por ello, en “atacar las incivildades –es decir, las premisas individuales del desorden que rompen con la moral–, aumentar el número de leyes y reglamentos, estigmatizar categorías de la población, consolidar la vigilancia y acción policiaca, castigar con severidad y perdonar nada y a nadie”. Acelerando como leviatán el castigo en nombre de la justicia, pues “el concepto de lo justo se considera siempre sospechosamente con nuestros intereses”.

Si se estudia a Loader y Sparks, tal situación está directamente relacionada con lo que denominarían: “el *calentamiento global* de los discursos públicos sobre delincuencia y justicia penal; para referirse al carácter esencialmente político de la delincuencia, y ello significa que los debates sobre la misma y su control juegan y han de jugar un papel importante en la vida pública”⁸. Estrategia relevante a la hora de transmitir el metadiscurso “políticamente correcto” sobre la manera de castigar y reprimir a los “otros” y todo cuanto sea señal de peligrosidad.

En este sentido, aparece una ideología predominante para diferenciar dos grandes corrientes: por un lado, los que forman parte del *endogrupo*; y por el otro, la exclusión presente en los que integran el *exogrupo*; tensión que acuña pura y llanamente una marcada ideología etnocéntrica⁹. Desarrollo teórico esbozado por una vertiente de investigación social propia de la Escuela de Frankfurt. Concretamente, fue Theodor W. Adorno¹⁰, entre otros autores, quien desarrolló la tesis sobre «La personalidad autoritaria»¹¹, para explicar la predisposición existente para dirigir agresión hacia los “otros” indeseados, –mendigos, homosexuales, inmigrantes, vagabundos; etc–. Se trata de una suerte de ideología que describe una insistente y rígida distinción entre estereotipos negativos y actividades hostiles dirigidas hacia los *exogrupos*, quienes ostentan el carácter de subordinados en relación al *endogrupo* que posee una actitud jerárquica y autoritaria de la integración

⁸J. MEDINA ARIZA, “Por una criminología al servicio de la democracia”, Reseña bibliográfica de *Public Criminology?*, en *REIC*, nº 9, 2011, p. 2.

⁹J. GARCÍA GARCÍA, “Los prejuicios del internacionalismo: Espacio, modernidad y ambivalencia”, en *REIS*, nº 71-72, 1995, p. 207.

¹⁰Primer autor firmante de la obra —por orden alfabético— uno de sus mayores impulsores, ocupándose de volcar en ella las preocupaciones teóricas que, en estrecha colaboración con Max Horkheimer, había venido poniendo de manifiesto en otros títulos tan conocidos como «Dialéctica de la Ilustración». Cfr. T. ADORNO, et, al, *La personalidad autoritaria. (Prefacio, Introducción y Conclusiones)*, J. Del Pino Artacho, (Trad), *EMPIRIA, Revista de Metodología de las Ciencias Sociales*, nº 12, Julio-Diciembre, 2006, p. 155. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=297124008008>>, [Consultado, octubre 15 de 2013].

¹¹Teoría desarrollada con un grupo amplio de investigadores, (Else Frenkel-Brunswik, Daniel Levinson y Nevitt Sanford) de la conocida Línea del Instituto de Investigación Social de Berkeley (IPSR), donde se demuestra el actuar y las consecuencias del hombre autoritario respecto a las tendencias antidemocráticas que degeneran en autoritarismo.

grupal¹².

De esta forma, la filiación a un cierto grupo predominante tiende a hacernos ver a los miembros del *endogrupo* similares a nosotros e igualmente agradables. Muy por el contrario, se responde ante los miembros del *exogrupo* con indiferencia, desagrado, subestima y discriminación¹³. Así se contrasta una imaginaria de estereotipos positivos y actitudes sumisas¹⁴, que desarrollan una lucha de poder en detrimento de colectivos identificados y clasificados con actitud hostil. Categorización que da como resultado estigmatización y discriminación contra el grupo subordinado y "desviado".

Esto es necesario tenerlo en cuenta para el análisis propuesto, puesto que, si simultáneamente, y tal como explica el estudio de las representaciones sociales del delito, se consolida el acientífico discurso en cuya virtud se acaba marcando una distancia emocional entre la identidad del endogrupo –al que pertenecen quienes tienen capacidad de definición– y el exogrupo, en el que se integran *inter alias* la población inmigrantes, la construcción social del delincuente está avocada a centrarse en éstos, únicos y exclusivos responsables –lógicamente– de su autodefinición como los "otros"¹⁵, pues la lógica de la inclusión y exclusión tiene sólidas raíces en vertientes históricamente dominantes, ya que décadas tras décadas se han seguido marcando las mismas tensiones, con el nombre de otros actores y escenarios, cuando no los mismos, para prevenir, controlar y reprimir la criminalidad.

Por esencia, este desdoblamiento de la política criminal puede definirse también de cara al extranjero inmigrante, en un doble efecto: "por un lado, rigor penal para las actuaciones delictivas a las que se ve estructuralmente empujado; por otro, inhibición frente a su explotación o discriminación"¹⁶. Circunstancia que lleva a pensar, que no es menos cierto que la desregulación económica y la hiper-regulación penal van de la mano: "la falta de inversión social implica el aumento de inversión a nivel carcelario, que representa el único instrumento en grado de hacer frente al trastorno suscitado por el desmantelamiento del Estado social y por la generación de inseguridad material que inevitablemente se difunde entre los grupos sociales colocados en las posiciones más bajas de la escala social"¹⁷.

¹²J. GARCÍA GARCÍA, op. cit, p. 207.

¹³V. BETANCOR, "Atribución diferencial al endogrupo y al exogrupo de las dimensiones de moralidad y eficacia: un indicador de favoritismo endogrupal", en *Psicothema*, vol. 15, nº 3, 2003, p. 407. <<http://www.psicothema.com/pdf/1080.pdf>>. [Consultado diciembre 2 de 2013].

¹⁴J. GARCÍA GARCÍA, op. cit, p. 207.

¹⁵J. TERRADILLOS BASOCO, extranjería, inmigración y sistema penal, (L. Ruíz Rodríguez y M. Rodríguez Mesa, coord.), *Inmigración y sistema penal: retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 59.

¹⁶Ibid, p. 41.

¹⁷A. de GIORGI, *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, J. A. Brandariz García y H. Bouvier (trads.), Traficante de Sueños, Madrid, 2006, p. 76.

Es bastante claro que mientras el discurso jurídico-penal racionaliza cada vez menos –por agotamiento de su arsenal de ficciones gastadas–, las agencias del sistema penal ejercen su poder para controlar un marco social cuyo signo es la muerte masiva¹⁸. Por ello se censura un Derecho penal que trasciende la formalización y la vinculación a los principios valorativos para convertirse paulatinamente en un instrumento político, sobre todo, en ámbitos de seguridad del Estado¹⁹.

En suma, reaparece un sistema penal de control de los males y la desviación, que revela una vez más, como manifestó Baratta²⁰, en su momento, que al igual que todo el derecho burgués, la contradicción fundamental entre igualdad formal de los sujetos del derecho y desigualdad sustancial de los individuos, se manifiesta respecto a las *chances* de ser definidos y controlados como desviados. El efecto, la segmentación de la multitud, “a través de una ecología del miedo que (...) se materializa en la figura del desocupado extranjero, del inmigrante, del toxicómano”²¹, y todo cuanto deba ser temido, alargando la lista de los sospechosos a etiquetar.

Es precisamente esta fracción del *surplus*²² potencialmente explosiva y por lo tanto “peligrosa”, lo que activa el sistema represivo carcelario, pues se castiga premeditadamente todo lo que sea objeto de desviación social con el “despliegue de un conjunto de estrategias orientadas al control de la excedencia”²³, consolidándose lo que Zaffaroni denomina *racismo punitivo*²⁴, que acecha exclusivamente cierta clase de peligrosidad, también con el incremento de las penas, y exagera a su vez la intervención penal para esta colectividad; facilitando precisamente, la aplicación de ciertas reglas a los *outsiders*, desviados objetos de etiqueta.

Al respecto Becker precisa que: “el desviado es alguien al que la etiqueta

¹⁸Cálculos provenientes de fuentes insospechadas establecen que en nuestra región (América Latina), mueren anualmente alrededor de doscientos mil niños durante su primer año de vida por efecto de elementales carencias alimentarias o sanitarias; un número igual o mayor sobrevivirá, pero jamás alcanzará su completo desarrollo bio-psíquico debido a las secuelas de las mismas carencias. Cfr. E. ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1998, p. 16-17.

¹⁹G. PORTILLA CONTRERAS, *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 344

²⁰A. BARATTA, “Por una teoría materialista de la criminalidad y el control social”. Gumersindo Guinarte Cabada, (trad). Título original, “Per una teoria criminalística de la criminalità e del controllo sociale”. En *Attualità Marx*, Unicopli, Milano, 1986, p. 23.

²¹A. DE GIORGI, op. cit, p. 138.

²²“Esta fuerza de trabajo se configura cada vez más como una reedición tardocapitalista del «ejército industrial de reserva» de corte marxista. Una masa de trabajo con escasa o nula cualificación, expulsada del proceso productivo debido a su extensión, pero al mismo tiempo útil como estímulo para el control de las reivindicaciones salariales de la fuerza de trabajo activa”. Ibid, p. 75.

²³A. DE GIORGI, op. cit, p. 38.

²⁴E. ZAFFARONI, “Minorías desplazadas, delincuencia y poder punitivo”, en *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, nº 7, diciembre 1994, p. 84.

le ha sido puesta con éxito; el comportamiento desviado es el comportamiento etiquetado así por la gente"²⁵. A ello obedece que los "indeseables peligrosos"²⁶, quienes suelen ser en general los destinatarios de las normas y sobre todo en su ámbito penal –como instrumento de control y confinamiento de una población estigmatizada–, sean frecuentemente los excluidos, por ser portadores de riesgo e inseguridad.

No hay duda entonces, que el sistema penal opera como una técnica de regulación de la marginalidad, laurel juzgado con la mejor reputación, en tanto se tiende a encerrar a quienes no tienen actividad lucrativa o cuya actividad económica es ilegal. Esto es, por antonomasia, la gestión punitiva de la desigualdad urbana y la marginalidad²⁷, con la implementación de un sistema penitenciario no sólo para frenar la delincuencia, sino también para regular los segmentos inferiores del mercado de trabajo.

La pena aparece para reafirmar la omnipotencia del Leviatán dentro de los estrechos límites de la ley y el orden –simbolizados por la guerra contra la delincuencia callejera y la inmigración ilegal, ahora en todas partes el centro del debate público–, precisamente en un momento en que el Estado proclama su incapacidad para frenar la descomposición del trabajo asalariado y de aprovechar la hiper-movilidad de un capital que desestabiliza toda la compresión del tejido social en una pinza²⁸.

Lo que se observa es una clara deslegitimación del sistema penal con una crisis del discurso jurídico-penal. Pues los múltiples poderes que "sustentan esta realidad letal, se apoyan en buena medida en el ejercicio de poder de las agencias de nuestros sistemas penales que, muy posiblemente, pueden operar con un nivel tan alto de violencia que causan más muertes que la totalidad de los homicidios dolosos entre desconocidos cometidos por particulares"²⁹. Dicho de otra manera: "vivir el fuerte a costa del más débil, aniquilación del último en el conflicto con el primero, ésta es la forma de la convivencia en el mundo animal. La existencia asegurada a los más débiles y a los más pobres junto a los más fuertes y más poderosos, es la forma de convivencia en el mundo humano. Y sin embargo el hombre, históricamente,

²⁵H. BECKER, *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, New York, 1963. Versión en alemán, *Aussenseiter: Zur Soziologie abweichenden Verhaltens*, Frankfurt, 1973, p. 9. En cita de R. BERGALLI, "Origen de las teorías de la reacción social. (Un aporte al análisis y crítica del 'labelling-aproach')", en *Revista de sociología*, nº 13, Universidad de Barcelona, 1980, p. 76. Visto en: <<http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/23671/1/32568.pdf>>.

²⁶E. ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*. Estudios de criminología y política criminal. Dykinson, Madrid, 2006, p. 22.

²⁷L. WACQUANT, "Penalization, depoliticization, racialization: On the Over-incarceration of Immigrants in the European Union", Sarah Armstrong and Lesley McAra, (eds.), In *Contours of Control: New Trends in Punishment and Society*, Clarendon Press, Oxford, 2005, p. 84.

²⁸L. WACQUANT, "La militarizzazione della marginalità urbana: lezioni dalla metrópoli brasiliana", *Studi sulla questione criminale*, I, No. 3, 2006, p. 7.

²⁹E. ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, op. cit., p. 72.

no ha tenido otro punto de partida que el animal (...)”³⁰.

Vale decir entonces que en el plano político la intervención de la justicia penal actúa a modo de mecanismo políticamente deseado de encubrimiento y ocultación de las contradicciones del sistema³¹. Para desplegar el poder del verdugo contra los disidentes y silenciar a los indeseados. Es fácil de hecho, comprobar, cómo el Derecho penal ha llegado a ser ilimitado; cuando se induce una alarma social, llega a ser inmediatamente (fácilmente) objeto de renovada atención penal: sea reformulando las viejas disposiciones de un Derecho penal entendido como demasiado tradicional, sea aumentando de forma desmesurada el número de los supuestos de hecho incriminadores de cada sector, sea –en fin– creando nuevas figuras delictivas habitualmente útiles únicamente sobre el plano simbólico³².

Lo anterior, porque se ha caído en la máxima intervención del Estado por la legitimación de una estructura social que condena y tacha no sólo la delincuencia, sino también la marginalidad, para marcar un trato diferenciado desde el derecho. La consecuencia, un amplio debilitamiento de la teoría de los derechos humanos desde cualquier perspectiva que pueda aquí interpretarse, en lo que hoy lejos de serlo llamamos Estado Social de Derecho, porque hay un uso arbitrario de la ley por quienes ostentan el poder, y porque hay Estados que dicen ser democráticos aún cuando lo que desarrollan son prácticas tiranas que olvidan que los “excluidos” son personas que están carentes de derechos. Por tanto, contrafácticamente, el desarrollo en materia penal está pensado desde una ideología instrumentalista para cosificar, mirada pura y dura para extender el ataque penal a los “otros”.

2.1. El ataque penal como respuesta al riesgo

Desde épocas muy remotas el Derecho penal ha sido el único derecho represivo, o dicho de otra forma, el más lesivo, aunque en su momento Von Liszt, citando a Ihering, en *su Fin en el derecho* escribiera: “a mi juicio, el derecho no es otra cosa que la violencia que toma conciencia de su propia ventaja y con ello de la necesidad de la medida; o sea, no es cosa distinta de aquella, sino sólo una de sus formas de aparecer: se trata de la recta, justa, violencia, porque se vincula a las reglas; es pues, violencia disciplinada, en contraposición a la salvaje, cruda y violencia, no regulada, que se determina sólo por la ventaja momentánea”³³.

³⁰R. Von IHERING, *El fin en el derecho*. (J. Moreno Pérez, Dir.), Comares, Granada, 2011, p. 120.

³¹P. ALBRECHT, “El derecho penal en la intervención de la política populista”, (C. Romero Casabona, Coord.), en *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 1999, p. 477.

³²N. MAZZACUVA, “El futuro del derecho penal”, (L. Arroyo Zapatero y otros, Coords.), en *crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 231.

³³F. von LISZT, op. cit, p. 90-91.

Derecho no es otra cosa que el uso precipitado de la experiencia en relación con el uso correcto de la violencia. Lo cual trasladado al ámbito penal, según el mismo von Liszt implicaría que, «tan pronto como coloquemos en primer plano (...), la autolimitación de la desfavorada violencia penal transformada en pena, se aclara qué valor tiene la objetivación también para el delincuente, precisamente para él. Un importante derecho del ciudadano es el de ser castigado (*Fichte*); en la pena se honra al delincuente como ser razonable (*Hegel*); estas y otras proposiciones constituyen la expresión, paradójica sólo en apariencia, del más íntimo núcleo, de la real esencia, no de la pena absolutamente, pero sí, desde luego de la pena objetivada»³⁴.

El Derecho penal más allá de su carácter de instrumento de clase dominante es una ominosa señal de que para la subsistencia de la vida comunitaria no se ha encontrado, hasta la fecha, *en sistema alguno*, una vía ajena a la represión³⁵. Naturalmente, hasta el día de hoy, el objetivo de disuadir a sus destinatarios de cometer delitos se mantiene, al tiempo que se legitima con ello, la permanencia de un régimen de vigilancia – apoyando medidas coercitivas, sea cual fuese–, porque tras la lógica del riesgo institucionalizado en los "otros", los aparatos de control operan bajo juicios de reproche, y sobre todo penales, diseñados perfectamente para combatir ciertos "males" y no otros.

De esta manera se establecen diversas regulaciones que, puede decirse, han sido propias de un derecho poco respetuoso de los derechos humanos³⁶, *verbi gratia*, las políticas de emergencia. Instaladas en Occidente con la difusión de las dinámicas del control por la promoción de la dicotomía amigo/enemigo³⁷, con unos efectos particularmente perversos.

Así se llega al gobierno de la excedencia³⁸, que responde ante la invención de clases peligrosas, con el encarcelamiento preventivo de todas las personas que suponen un peligro, esto es, «el riesgo encarcelado», pues el tema de enemigo de la sociedad ha pasado a primer plano de discusión³⁹, y a su vez la represión se ha convertido en la salida fácil a la criminalidad. Ciertamente, durante las últimas décadas casi todos los países de Europa⁴⁰

³⁴Ibid, p. 91.

³⁵L. BARREDA SOLÓRZANO, *Justicia penal y derechos humanos*, Porrúa, México, 1997, p. 42.

³⁶Y. PALACIOS VALENCIA, "Los Derechos Humanos un contrasentido en las políticas securitarias en el Estado colombiano", En *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 43, nº 118, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2013, p. 278.

³⁷A. PÉREZ CEPEDA. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007, p. 17.

³⁸A. de GIORGI, op. cit, p. 75.

³⁹E. ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*. Madrid, Dykinson, 2006, p. 14.

⁴⁰Durante las últimas tres décadas, casi todos los países de la UE han experimentado aumentos significativos y constantes, y en varios casos un crecimiento insólito, en su población carcelaria, coincidiendo con la aparición del desempleo masivo, la precarización

han experimentado un aumento significativo y constante, y en varios casos, el crecimiento explosivo de su población carcelaria, coincidiendo con la aparición del desempleo masivo, la precarización del trabajo asalariado y la reducción de la migración laboral.

Desde esta lógica, lo asumido como peligro a encarcelar aparece perfectamente identificado con la "población criminal" que se encuentra concentrada en los grados más bajos de la escala social (sub-proletariado y grupos marginales), como una "patología" propia de cierto círculo social. Fiel indicador de la criminología tradicional como las causas de la criminalidad⁴¹.

Lo anterior, lleva a formular que, en el sistema penal actual cobra singular importancia la teoría del control social o "*Labelling Approach*", teorías del etiquetamiento que ya en las décadas de los 60s y 70s habían alentado largos debates en el campo de la criminología –con teóricos como Tannenbaum, Lemert y Becker–, estandarizando estereotipos que han sido comúnmente validados, cayendo en la lógica de satanizar y excluir a quienes no formen parte de la mayoría generalmente aceptada, en razón a las famosas teorías del etiquetamiento que antes, y aún hoy, están justificando un manejo diferenciado desde el Derecho penal a quienes no merecen el tratamiento como persona. El razonamiento es absolutamente lineal: "se trata de comprender cómo la «razón penal» persigue y se transforma de acuerdo con las mutaciones del contexto social. Diciéndolo brutalmente: se trata de comprender cómo la «justicia» del Estado se esfuerza en constituir el orden social"⁴².

Concluyentemente, este florecimiento del paradigma de la "reacción social" para combatir la población "criminal" identificada está ligado

del trabajo asalariado, y la restricción oficial de la mano de obra. Entre 1983 y 2001, estos aumentos se elevaron de un tercio a la mitad en varios de los países más grandes, con el número de internos (incluidos los de la prisión preventiva) pasando de 43.400 a 67.100 en Inglaterra, de 41.400 a 55.200 en Italia, y de 39.100 a 54.000 en Francia. La inflación carcelaria ha sido aún más dramática en los países más pequeños y junto al Mediterráneo, con Portugal (6.100 a 13.500), Grecia (3700 a 8300), e Irlanda (1400 a 3000) luciendo una duplicación y España (14.700 a 46.900) y los Países Bajos (4.000 a 15.300) más que una triplicación de sus población carcelaria, (Tournier 2002). A pesar de los recursos periódicos para indultos masivos (por ejemplo, en Francia el día de la Bastilla cada año desde 1991) y las olas de las primeras liberaciones que han llegado a ser comunes (en Italia, España, Bélgica y Portugal), la afluencia de reclusos del continente se han hinchado sin descanso y los centros penitenciarios de todo el mundo están repletos de presos. Pero, sobre todo, en toda Europa, son extranjeros, los llamados «segunda generación» de inmigrantes –que precisamente no son los inmigrantes– de estirpe no occidental, y las personas negras, que son conocidos por figurar entre las categorías más vulnerables. (Traducción no oficial), Cfr. L. WACQUANT, "Penalization, depoliticization, racialization: On the Over-incarceration of Immigrants in the European Union", op. cit, p. 85.

⁴¹La posición precaria en el mercado de trabajo (desocupación, subocupación, ausencia de cualificación profesional y defectos de socialización familiar y escolar) son características de los pertenecientes a los niveles sociales más bajos, son indicados en la criminología tradicional como las causas de la criminalidad. Cf. A. BARATTA, op. cit, p. 23.

⁴²A. DE GIORGI, op. cit, p. 138-139.

genéricamente a la desocupación que golpea a algunos estratos sociales considerados peligrosos para el orden establecido: minorías étnicas, inmigrantes⁴³, jóvenes marginales⁴⁴, etc.

La razón de tal cosa obedece a que la "moda" del riesgo, como manifiesta Gracia Martín⁴⁵, creada para combatir a las personas excluidas del modelo de bienestar, no podía ocultar que la intervención penal sigue, y presumiblemente seguirá centrada en los marginados, quienes corren el serio peligro de ser, finalmente, los destinatarios de la persecución de delitos⁴⁶. **En esa medida el axioma de Jiménez de Asúa⁴⁷ es contundente: "para alcanzar la paz el código penal es un instrumento tan inútil como la fuentecilla de la cocina lo es para apagar un incendio [...] los códigos penales se han hecho para reprimir al homicida vulgar, al ladrón corriente, jamás para grandes tareas".**

Autores como Ferri y Lombroso (criminólogos de especial referencia), seguían la línea de ver en el delincuente un ser salvaje y sin duda un sujeto diferente al ciudadano "normal". Escenario que sirve para situarnos en un contexto comparativo y evidenciar cómo dicha forma de entender el derecho trae un hilo conductor que no aleja para nada el presente del pasado, con regímenes autoritarios poco respetuosos de la tutela de los derechos humanos.

Al respecto, tal decadencia por el diagnóstico y la crítica de las manifestaciones del Derecho penal como enuncia Herzog⁴⁸, marca un fuerte escepticismo frente a la recuperación de su verdadero sentido, pues aún sigue declarándose orgullosamente heredero del liberalismo político y, en consecuencia, estima una de sus principales tareas la de defender al ciudadano, delincuente o no, de los posibles abusos y arbitrariedades del Estado punitivo. De ahí que "coloque la protección del delincuente, o del ciudadano no potencial o presuntamente delincuente, en el mismo plano que la tutela de esos presupuestos esenciales de quienes el mismo Estado no ha considerado sujetos peligrosos"⁴⁹.

Sin embargo, por el reclamo generado por la sociedad de masas ocurre totalmente lo opuesto; la respuesta del Derecho penal se traduce en un derecho cuya prioridad es la seguridad, ante el mito creado de que la

⁴³F. DE LUCAS MARTÍN, "Nuevas estrategias de estigmatización: el derecho frente a los inmigrantes", (G. Portilla Contreras (Coord.), en *Mutaciones del leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005, p. 213.

⁴⁴A. DE GIORGI, op. cit, p. 75.

⁴⁵L. GRACIA MARTÍN. "¿Qué es modernización del derecho penal?", (L. Ripollés Díez y otros, Ed.), en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 359.

⁴⁶J. DÍEZ RIPOLLÉS, *La política criminal en la encrucijada*, op. cit, p. 149.

⁴⁷**L. JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de derecho penal, Tomo II, Editorial Losada, Buenos Aires, 1950, p. 1039.**

⁴⁸F. HERZOG, op. cit, p. 249.

⁴⁹J. DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit, p. 63.

solución está en la represión y castigo, pues siempre ha de encontrarse no solo un responsable sino un culpable. En estos términos se asiste a la era de la *globalización punitiva*⁵⁰, donde la búsqueda de la solución a la inseguridad no se busca en su clásico lugar natural –el derecho de policía– sino en el Derecho penal⁵¹.

Rasgos estos, característicos del llamado Derecho penal moderno, es decir, de la actual tendencia expansiva del Derecho penal que, en general, da lugar formalmente, a una ampliación de los ámbitos de intervención de aquél y, con ello, se da un menoscabo de los principios y de las garantías jurídico-penales liberales del Estado de Derecho⁵².

En este sentido, Cancio⁵³ manifiesta que estos cambios no sólo se refieren a los tiempos y las formas, sino que están presente también en los contenidos y van alcanzando paulatinamente tal grado de intensidad que se impone formular la sospecha de que asistimos a un cambio estructural de orientación. Cambios que también están en consonancia con lo que Silva denomina la expansión del Derecho penal, *zurechnungsexpansion*⁵⁴, término que parte del axioma de que siempre ha de haber un tercero responsable, al que imputar el hecho y sus consecuencias, patrimoniales y/o penales, esto es la expansión de la imputación de la responsabilidad como característica cultural de la sociedad contemporánea.

2.1.1. El peligro de la "seguridad"

Desde una postura crítica exigible al sistema actual, es claro que los Estados tienen el deber de garantizar al ciudadano, "por una parte, su libertad y otros bienes jurídicos frente a la *potestas puniendi* estatal y a los eventuales excesos o extralimitaciones que deben evitarse de la mano de los derechos humanos; pero, por otra parte, han de garantizar la efectiva concreción y aplicación de su potestad punitiva para proteger los derechos humanos frente a los posibles ataques a éstos"⁵⁵. Conflicto por demás, evidente, cuando se pretenden hacer valer los derechos que la misma sociedad proclama para la sana convivencia colectiva.

⁵⁰C. PARMA, D. MANGIAFICO, *Derribando muros. Ensayo sobre la pena y su ejecución. El cadáver insepulto de Lombroso. Reexaminando el derecho penal*, 1era ed, Editorial de la Universidad del Aconcagua, 2009, p. 30.

⁵¹J. SILVA SANCHÉZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 200, p. 41.

⁵²L. GRACIA MARTÍN, "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo". En *RECPC*, nº 07-02, p. 2, Disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>>. [Consultado en diciembre 11 de 2010].

⁵³M. CANCIO MELIÁ, "¿«Derecho penal» del enemigo?", En *Derecho Penal del enemigo*. M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez (trads.), 1era ed., Civitas, Madrid, 2003, p. 60.

⁵⁴J. SILVA SANCHÉZ, op. cit, p. 48.

⁵⁵A. RODRÍGUEZ MORALES, *Constitución y Derecho Penal. Un análisis de las disposiciones constitucionales con incidencia en el ámbito jurídico-penal*, Ediciones Líber, Caracas, 2001, p. 20.

A partir de esta valoración, el Derecho penal como sistema represivo, fundamentado en la seguridad de los derechos, y como herramienta de lucha en la defensa efectiva de los mismos derechos humanos, se ha distorsionado de manera "cínica", en el entendido, que ya no hay necesidad de maquillar la realidad, puesto que la filosofía predominante de forma evidente –en respuesta a la alerta de la llamada cultura de emergencia⁵⁶– es la promoción de medidas reactivas ante los supuestos riesgos y amenazas, en las que el derecho será efectivo, en tanto se pueda aniquilar o instrumentalizar a quién no le es funcional al sistema, esto es, al "enemigo".

Por esta razón, el sistema reacciona en función del derecho a la seguridad que reclama, exige y legitima el mismo colectivo social, para contrarrestar a quien trasgreda la norma y delinca sin control. Por ello postular un derecho y tener realmente un derecho no es lo mismo, y sólo este último, el derecho que realmente se tenga, ofrece orientación en el respectivo presente⁵⁷.

En tal sentido, se ha popularizado la teoría del Derecho penal del enemigo⁵⁸, entendida como aquel sector del ordenamiento jurídico-penal, en el que la pena no significa un reproche hacia la conducta del autor, sino que actúa como un mecanismo de aseguramiento frente a autores especialmente peligrosos; mediante este mecanismo el Estado no habla con sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos⁵⁹.

Se advierte el peligro que puede representar ese Derecho penal que, "cada vez con mayor profusión, sanciona conductas que se realizan en un estadio anterior a una puesta en peligro del bien jurídico, para un Estado de libertades y para las "ataduras" que en ese Estado de libertades suponen un límite al ejercicio ilimitado del poder punitivo"⁶⁰.

Estos malestares son los que obligan a cambiar el direccionamiento en la materia no sólo desde el Derecho penal, sino desde la criminología y hasta la política criminal, para entender la manera en que actualmente los derechos humanos, –aunque en la época de mayor esplendor, después de la garantías muy bien reflejadas con la declaración Universal de los derechos humanos de

⁵⁶A. PÉREZ CEPEDA, op. cit, p. 17.

⁵⁷Cfr. G. JAKOBS "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad", (M. Cancio Meliá, C. Gómez-Jara Díez, Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. II, Edisofer/BdeF, Madrid/Montevideo, 2006, p. 97.

⁵⁸Cfr. G. JAKOBS y M. CANCIO MELIÁ. *Derecho penal del enemigo*. Cuadernos Civitas, Thomsom-Civitas, 2ª edición, Navarra, 2006.

⁵⁹Cfr. G. JAKOBS, *El fundamento del sistema jurídico penal*, ARA, Lima, 2005, p. 11. En el mismo sentido, M. Cancio Meliá, C. Gómez-Jara Díez, en *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, (M. Cancio Meliá, C. Gómez-Jara Díez, coords.), vol. I, Edisofer/BdeF, Madrid/Montevideo, 2006, p. XVII y Ss.

⁶⁰F. MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo. Claves del derecho penal*. 2da ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 122.

1948, producto de un proceso reivindicatorio de las luchas sociales⁶¹–, también atraviesan por un período de crisis que se ve expuesta en una manifestación ingenua de los mismos, pues la teoría y la praxis de aquellos son un choque incesante. Éste es el motivo por el que estándares mínimos de bienestar, hoy en día, no se satisfacen, dada la existencia de diversas problemáticas, entre ellas las delictivas, que usualmente suelen ser asociadas a las condiciones de pobreza de muchos colectivos.

Sin duda, no hay comparación alguna entre el Derecho penal del pasado con el Derecho penal actual, aunque pareciera existir cierto retroceso, al instrumentalizar al individuo, por la crueldad de los procedimientos y castigos que en algún momento no encontraba límite en el poder arbitrario del Estado, en el ejercicio de *ius puniendi*.

No se discute que el castigo personificado en una pena deje de existir; ha existido en todas las épocas y seguirá existiendo. Ello ocurre por el factor miedo, el miedo al futuro, al mañana, a perder: "vida, salud, bienes, ascensos, salarios, estabilidad. Y si esa inestabilidad emocional – justificado o no por las respectivas realidades– se ha expandido y concretado básicamente hacia el temor generalizado a ser víctimas de delitos, sobre todo los violentos, es tal vez, porque ellos hacen más fácilmente identificable la imagen del enemigo y más personalizada la posible atribución de culpabilidades y sanciones"⁶².

3. LA EVOLUCIÓN DE LOS ESTEREOTIPOS DEL ENEMIGO-NO PERSONA

Para entender la manera retrograda del actuar penal respecto a la forma de perseguir y castigar la criminalidad –aspecto aquí relacionado con la etiqueta del inmigrante peligroso–, no puede pasar desapercibido el estudio de la doctrina del "Derecho penal" del enemigo, para observar la apuesta en escena del moderno Derecho penal. Lo primero que se puede advertir es que esta doctrina, no siendo realmente nueva, debe su popularidad al alemán Gunther Jakobs. Dicho autor hace la diferenciación entre quienes serían personas en derecho (los ciudadanos que respetan la norma vigente) de quienes hay que tratar como enemigos de la sociedad.

Con esta tesis se puede observar que se revive un discurso para justificar la aplicación arbitraria y extralimitada del Derecho penal; es lo que justifica por ejemplo, el mantenimiento de la cárcel de Guantánamo para mantener en un limbo jurídico a miembros de Al Qaeda, con pena sin sentencia, a quienes denominan "enemigos combatientes ilegales" por las políticas de

⁶¹J. HERRERA FLORES, *La reinención de los derechos humanos*. Colección ensayando, Atrapasueños, Andalucía, 2005, p. 18.

⁶²L. ANIYAR DE CASTRO, *Criminología de los derechos humanos. Criminología axiológica como política criminal*, Prólogo de E. Raúl Zaffaroni, 1era ed, Del puerto (ed), Buenos Aires, 2010, p. 95.

seguridad, que son un fiel retrato del prototipo de derecho penal del enemigo, donde el Estado no dialoga con sus ciudadanos sino que combate a sus enemigos.

Ideología punitiva que indudablemente se presenta de manera constante en la actualidad; en efecto, nunca puede hacerse historia de los discursos sobre el castigo penal porque los mismos no pertenecen al pasado ya que están siempre vivos; "están dormidos pero en determinadas circunstancias históricas favorables a ciertos grupos de poder los despiertan con toda la fuerza"⁶³.

Hoy, por tanto, el reproche recae en quienes no merecen el calificativo de personas, por alejarse de modo duradero del derecho, pues en palabras de Jakobs⁶⁴, la persona es el destino de expectativas normativas, la titular de deberes y, en cuanto titular de derechos, dirige tales expectativas a otras personas. En consecuencia, quien no puede soportar la carga de deberes no es persona sino que está excluido. O más exactamente, presentado como alguien que a través de su comportamiento se ha excluido a sí mismo. Dicho en sentido *kantiano*, "la pena tiene lugar frente al *homo noumenon* –ser racional– y el internamiento preventivo, frente al *homo phaenomenon* –hombre como ser natural–⁶⁵. En este sentido, «Persona» es algo distinto del ser un humano, un individuo humano es el resultado de procesos naturales, aquélla un producto social (...)»⁶⁶. Así se podría hablar de destinatarios de expectativas normativas a falta de consideración de la norma, por su fidelidad o no al ordenamiento jurídico. En caso negativo, es cuando aparecen sujetos que el derecho propiamente trataría como no-personas, diferente del trato dado al ciudadano que cumple el derecho.

En el pasado, múltiples manifestaciones de inhumanidad, nada que ver con el respeto a los derechos humanos, reflejan la subvaloración a la no-persona. La esclavitud es un prístino ejemplo: "el vencedor que dejó en vida al enemigo vencido en lugar de degollarlo lo hizo porque comprendió que un esclavo vivo era más valioso que un enemigo muerto, lo conservó por la misma razón que el propietario hace lo mismo con el animal doméstico, el *serv-are* del *servus* tuvo lugar para el fin de *serv-ire*. De hecho los romanos llamaban al esclavo *homo* –es el ser humano, que no es otra cosa que animal de trabajo, no sujeto de derecho–⁶⁷.

Pero en el transcurso de la historia se encuentran formas más duras a la esclavitud para explicar la suerte del débil ante el poderoso en su trato como no-persona. Este tratamiento –como no-persona– se estipuló por

⁶³C. PARMA, D. MANGIAFICO, op. cit, p. 30.

⁶⁴G. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, (trads.), 1era ed, Civitas, Madrid, 2003, p. 20.

⁶⁵G. JAKOBS, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 1era ed, Civitas, Madrid, 2004, p. 67.

⁶⁶G. JAKOBS. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, op. cit, p. 20-21.

⁶⁷R. Von IHERING, op. cit, p. 121.

ejemplo, durante el régimen de la Alemania nazi, lo cual puede observarse en el proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad⁶⁸, donde se definía como extraño a:

1. Quien, por su personalidad o forma de conducción de vida, especialmente por sus extraordinarios defectos de comprensión o de carácter, es incapaz de cumplir con sus propias fuerzas las exigencias mínimas de la comunidad del pueblo,

2. Quien, a) por una actitud de rechazo al trabajo o disoluta lleva una vida inútil, dilapidadora o desordenada y con ello molesta a otros o a la comunidad, o por dependencia o inclinación a la mendicidad o al vagabundaje, al trabajo ocasional, pequeños hurtos, estafas u otros delitos menos graves, o en estado de embriaguez provoca disturbios o por estas razones infringe gravemente sus deberes asistenciales, o

b) por su carácter asocial o penderciario perturba continuamente la paz de la generalidad, o

3. Quien por su personalidad o [arma de conducción de vida revela que su mente está dirigida a la comisión de delitos graves (delincuentes enemigos de la comunidad y delincuentes por tendencia)».

Lo cierto es que durante el régimen de Hitler, e incluso antes, en la República de Weimar, período comprendido entre 1918 a 1933, distinta en esencia a la Alemania Nazi, pero no así distanciados entre si, condujeron a un desarrollo de la dogmática penal que se identifica con la antinomia Derecho penal liberal y derecho penal del enemigo. De ahí que el sistema de medidas de seguridad acogido en 1933 con la ley sobre el delincuente habitual⁶⁹, se ubicó como forma de trabajo preparativo previo a la llegada de Hitler al poder, durante la República de Weimar⁷⁰. Período que intento de manera ambiciosa responder a los desafíos de la modernidad de una manera auténticamente democrática, pero que lamentablemente se decantó por una solución autoritaria⁷¹.

En lo que al derecho se refiere, dicho período generó un contrasentido, pues el sistema estuvo inundado por toda clase de actos aberrantes, así *verbi gratia*, si se habla de genocidio y de violaciones a los derechos humanos básicos, fueron actos que formaron parte entre 1933 y 1945 del ordenamiento jurídico del Estado. En tanto se estaba en presencia de un Estado Criminal. Esto queda ilustrado en el escrito *Eichmann en Jerusalén* de

⁶⁸Cfr. F. MUÑOZ CONDE, "El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad". (J. Díez Ripollés y otros, ed.), en *la ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 504-509. También del mismo autor: *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 206-215.

⁶⁹F. MUÑOZ CONDE. *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo*, op. cit, p. 37.

⁷⁰Ibid. p. 37.

⁷¹C. ROA LLAMAZARES, *La República de Weimar: Manual para destruir una democracia*, Catarata, Madrid. 2010, p. 19.

Hannah Arendt⁷².

Precisamente describe, entre tantas cosas, cómo dentro de las reglas jurídicas de ese Estado criminal, desobedecer una orden se convertía en un delito, en una violación a la norma estatal, aunque la norma dijese "debes participar en la matanza de judíos"⁷³. Ello, sumado al poderoso efecto que produce el ejercicio burocrático del poder estatal —por el cual hasta lo abyecto es convertido en algo rutinario y desapasionado (banal)—. Campañas tan penetrantes que ni siquiera el desembarco de Normandía removi6 la fe en el *Führer* por parte de la mayoría del pueblo alemán⁷⁴. Indudablemente, "la amplitud del mal no establece límite alguno al uso de medios ajenos a las normas, pues en cada ocasión la lógica de la sospecha ha descontado los dividendos inmediatos del temor y ha dejado su punitiva y duradera impronta en la normalidad"⁷⁵.

También se puede resaltar otra "obra maestra" de la época, vista en personajes representativos como el jurista Karl Binding (1846-1920) y el psiquiatra Alfred Hoche (1865-1943), que "etiquetaron a los enfermos mentales, discapacitados físicos y otros, como genéticamente peligrosos y econ6micamente gravosos para la sociedad, y ofrecieron una base legal para obtener permiso para matarlos. Argumento que provoc6 una considerable oposici6n, pero fue influyente en el desarrollo del programa nazi de Eutanasia T-4"⁷⁶, pues proponían la eliminaci6n de las personas desprovistas de valor vital.

Así por ejemplo, según el teórico nazi Alfred Rosenberg, —uno de los defensores más brutales del racismo y la eugenesia—, «entre la creencia impuesta de un amor infinito y de la igualdad de todos los hombres ante Dios, por un lado, y la proclamaci6n de la irrelevancia de las razas propia de la democracia y de los derechos humanos (que no est6n arraigados en absoluto en concepto nacionales de honor), por otro, la sociedad europea ha asumido el papel de protector de los inferiores, de los enfermos, de los tullidos, de los criminales y de los degenerados. "Amor" más "humanidad se ha convertido en la regla general que destruye todas las reglas vitales y todas las formas vitales de un pueblo y de un Estado y esto ha azuzado la venganza actual de la naturaleza. Una Naci6n cuyo centro encarna el honor y el deber no tolerarí a la vagancia o la criminalidad, sino que la expulsarí de su seno»⁷⁷.

⁷²H. ARENDT, op. cit, p. 4.

⁷³Ibid, p. 4

⁷⁴Ibid, p. 4

⁷⁵A. MATTELART, op. cit, p. 11.

⁷⁶K. BINDING, A. HOCHÉ, "Permitting the Destruction of Life Unworthy of Living", *The Weimar Republic*, Documents-Education and Research, 1918/19-1933, Thomas Dunlap (tras.), vol. 6, <http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/pdf/eng/EDU_BINDUNG_ENG.pdf>, [Consultado 28 de febrero de 2013].

⁷⁷C. ROA LLAMAZARES, op. cit, p. 71-72.

Nótese que es el mismo léxico jurídico usado por los representantes del positivismo criminológico para justificar normativamente que el que se desvía pierde el carácter de ciudadano, por defraudar constantemente el sistema. Partiendo de estas premisas, se puede observar que Jakobs lo que hace es explicar una realidad que se evidencia desde antaño de forma indiscutible, al describir a quién el sistema jurídico trata como enemigo *no-persona*, y pronosticar también, a quién atribuirá en el futuro ese papel. Si tal cosa es así, **la teoría del Derecho penal como ha destacado Ferrajoli⁷⁸, funciona como "un bozal para los distintos rostros del poder y como un instrumento de sospecha, antes que de legitimación, de sus actuaciones y omisiones"**.

Fundamentos todos ellos, que apoyan la tesis Jakobsiana, sí se sigue la hipótesis de que sería deshonesto tratar a los enemigos como personas, pues no se puede abusar del carácter evidente del Derecho penal del ciudadano, declarando como ciudadanos a los enemigos.

Por su parte, von Liszt⁷⁹ *inter alias*, planteaba la necesidad de protegerse de los irrecuperables con la privación de la libertad de por vida con la ejecución de la pena en recintos especiales, (presidios). Ella consistiría en una "servidumbre penal", bajo la más severa obligación de trabajo y la mayor explotación posible de la fuerza de trabajo. Como sanción disciplinaria la pena corporal sería casi inevitable. Una pérdida obligatoria y perpetua de los derechos civiles y honoríficos debería señalar el carácter incondicionalmente deshonesto de la pena⁸⁰.

De este modo, el juicio según la cual al menos hoy todos deben ser tratados como personas en derecho, necesita de una adición: siempre que aquellos "todos" cumplan a su vez con sus deberes, o, en el caso contrario, siempre que se los tenga controlados, es decir, que no puedan resultar peligrosos⁸¹. Esto conduce a un Derecho penal que se dirige a individuos, los cuales en relación a un determinado comportamiento han de ser estimulados, en caso necesario desconectados y, ya en casos extremos, combatidos: *derecho penal de enemigo*⁸².

3.1. El "nombre" del inmigrante como extraño a la comunidad

Un ejemplo por antonomasia, de colectivo extraño a la comunidad para ser combatido son la población inmigrante; en razón a que se perciben con

⁷⁸L. FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo*, Gerardo Pisarello, (ed.), Trotta, Madrid, 2004, p. 12.

⁷⁹F. Von LISZT, *La idea de fin en el derecho penal*. Prólogo de Manuel de Rivacoba, 1era ed, EDEVAL, Valparaíso, Chile - Reimpresión Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, nº 15, México 1994, p. 121-122.

⁸⁰Ibid, p. 122.

⁸¹G. JAKOBS, "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad", op. cit, p. 96.

⁸²G. JAKOBS. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, op. cit, p. 68.

una actitud hostil, pues aparece el estigma de sujetos poco fiables, poco amigable, (y de ahí la primera dimensión de riesgo) en términos del cumplimiento de los deberes. Ratificándose a los inmigrantes como los indeseables⁸³, por lo que a toda costa hay que impedir crucen la frontera por ser ciudadanos de "segunda" y, en territorio europeo, los extraños no comunitarios. La conclusión no puede ser otra: el trato que le reviste el Derecho penal a ciertos individuos, sería por su actuar bien sea, peligroso, sospechoso o poco confiable para el colectivo social, situación que hace permisible el trato como no como persona al conglomerado que integra el *exogrupo*.

Piénsese, por ejemplo, en los inmigrantes que han nacido mal y especialmente aquellos que encarnan el *fobotipo*, tal y como lo ha argumentado ejemplarmente Sartori, "esto es, los magrebíes, los islámicos. Pues *el fobotipo* por antonomasia son los irregulares magrebíes. Traslación que es más fácil de argumentar a raíz de la perversión que se produce en la agenda política después de la estrategia adoptada el 12-S, por la administración Bush e impuesta a todos sus aliados o vasallos"⁸⁴.

Aparecen también, como factor agravante al marco citado, reacciones en todo el mundo de "marcada exclusión social acompañadas con un alto tinte xenofóbico y de intolerancia, (...) en diferentes receptores según la realidad de cada región: en Latinoamérica los "excluidos" son las clases sociales bajas, la novedad es que ahora aparecen en los países de la Unión Europea otros excluidos: los habitantes no comunitarios. Y en Estados Unidos los extranjeros "terroristas"⁸⁵.

Los estereotipos de quienes son mostrados como enemigos de la sociedad corresponderán a todos los excluidos del actual momento de poder planetario (conocido como *globalización*) y que se concentran, según grupos que resultan *molestos* en diferentes localizaciones geográficas (inmigrantes en países desarrollados o menos subdesarrollados; desocupados o contestatarios en los países pobres; desplazados económicos, políticos o bélicos; los *extraños*⁸⁶, anormales⁸⁷). De esta forma, como se observa, el discurso no varía, se traslada de lugar y de forma pero en esencia sigue siendo el mismo.

En general, estos estereotipos fundamentados en la antropología criminal se han visto presente en diferentes épocas y con distintas denominaciones. Influencia que de una manera u otra y con diversas corrientes de

⁸³F. De LUCAS. "Nuevas estrategias de estigmatización: El derecho frente a los inmigrantes", op. cit, pp. 212-213.

⁸⁴Ibid, p. 212-213.

⁸⁵F. RIQUELME, L. PALACIOS. "El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes". En *La Ley*. Revista Universitaria, Año V, No 3, 2003, p. 4.

⁸⁶E. ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*, op. cit, p. 153.

⁸⁷Cfr. M. FOUCAULT, *Los anormales*. Traducción al castellano de H. Pons, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000.

pensamiento, se han extendido al sistema penal actual, pues se radicaliza la difundida enseñanza, según la cual, "la prevalencia de los delitos de peligro puestos a tutela de intereses supraindividuales, sea el quid de la modernidad en el Derecho penal"⁸⁸.

En otras palabras, este tipo de derecho nace para contraatacar; reaccionar ofensivamente contra el avance del enemigo: "ya no se trata del mantenimiento del orden de personas tras irritaciones socialmente internas, sino que se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables, por medio de (...) neutralización de aquellos que no ofrecen una garantía mínima cognitiva necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados actualmente como personas"⁸⁹. Esta práctica es un ataque directo a la esencia misma del derecho, pues está contrariando el fin para el cual ha sido creado, es decir, para salvaguardar bienes jurídicos de suma importancia.

Desde antaño el enemigo en el Derecho penal se identificaba con el nombre del delincuente, esta es la razón por la que se encuentra el legado de la Escuela Positiva de la ciencia criminal, pues autores como Ferri, von Liszt⁹⁰, Garófalo, Lombroso, entre muchos otros, se atrevieron a pensar en su momento, quiénes eran los sujetos peligrosos, es decir, los "enemigos" merecedores de un castigo. Construcción teórica que tachó a un cierto círculo social anatómica y psicológicamente, formando un estereotipo de monstruo humano llamado delincuente.

Fue Garófalo uno de los máximos exponentes del positivismo criminológico, el que en 1880, acuñó por primera vez la idea de peligrosidad y la definió como: "la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad posible de mal que había que tener del mismo"⁹¹. Pero años antes, en 1876, Lombroso publicó su libro aún muy conocido en la actualidad, el hombre delincuente (*L'Uomo delinquente* después transformado a *L'homme*

⁸⁸F. GIUNTA. "¿Qué justificación para la pena?" Las modernas instancias de la política criminal entre crisis de los paradigmas preventivos y desencantos científicos. (Arroyo Zapatero y otros, Coords.), en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de Siglo*, Colección estudios nº 91, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 177.

⁸⁹G. JAKOBS, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 60.

⁹⁰En línea similar clasifica a aquellos como los irrecuperables, pues tal como un miembro enfermo envenena todo el organismo, de la misma manera el cáncer de la reincidencia opera con creciente profundidad en nuestra vida social. Se trata así sea de un solo miembro, del más importante y peligroso en aquella cadena de síntomas de enfermedades sociales. Grupo en los que Von Liszt integraría a los vagabundos, mendigos, prostituidos de ambos sexos, alcohólicos, rufianes, degenerados espirituales y corporales, pues todos ellos conforman el ejército de enemigos fundamentales del orden social, donde los reincidentes constituyen la mayoría de los delincuentes y los irrecuperables la mayoría de los reincidentes. Cfr. F. Von LISZT, op. cit, p. 115.

⁹¹J. LEAL MEDINA, *Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del derecho penal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, p. 205.

criminal). En dicha obra el autor italiano recogió los tipos básicos del delincuente, esto es, nato, loco moral, epiléptico y delincuente de ocasión.

El delincuente nato "fue el más popularizado, pues respondía a una fuerte carga biológica que lo hacía definir como "un ser atávico", es decir un ser cuyo carácter y naturaleza era de los antepasados del hombre o la de los seres prehumanos"⁹², pues se quedaron en una etapa intermedia entre el simio y el hombre. Un factor determinante era el de considerarles seres salvajes, por lo que el delincuente nato era sin duda un sujeto diferente al ciudadano "normal", personas que tenían rasgos característicos que los hacían fácilmente reconocibles⁹³.

En las últimas décadas, esta tendencia ha experimentado un auge considerable con la difusión de la reactivación de la *teoría de la inocuización selectiva*⁹⁴. Término que aunque suena a antiguo, realmente sigue siendo el pasado y el presente del Derecho penal. Idea que se halla en perfecta sintonía con la evolución ideológica general de la política criminal. Dicha teoría parte de la premisa de "que es posible individualizar a un número relativamente pequeño de delincuentes respecto de los cuales cabe determinar que han sido responsables de la mayor parte de los hechos delictivos y predecir que lo seguirán siendo"⁹⁵.

El ser delincuente pasa a ser una cualidad, situación que devela lo connatural que hay en ciertos colectivos o personas individualmente consideradas por ser portadores de peligrosidad, lo cual tiene bastante simetría con la descripción dada por Jiménez de Asúa⁹⁶, sí se observa su obra *sobre el estado peligroso del delincuente*.

No hay duda entonces de lo que realmente le interesa al Derecho penal, la peligrosidad del delincuente en su fórmula de inocuización selectiva. Ideas que están reincorporándose nuevamente en el sistema penal de la época, pues el objetivo es estigmatizar al "enemigo". Arquetipo que según Parma

⁹²Cfr. C. PARMA, D. MANGIAFICO, op. cit, p. 26

⁹³Los delincuentes que observó para llegar a dichas conclusiones, fueron según él, reclusos representativos, dentro de todos los delincuentes, conocidos o no, capturados o no. Las fotografías que ilustran sus experiencias constituyen una galería de *quasimodos* del crimen, descritos así: Cara larga y asimétrica, mandíbula prominente, frente huidiza, cráneo en punto, arcos superciliares pronunciados, órbitas anchas, cigomáticas salientes, fosa occipital media, estrabismo que refuerza una mirada dura y feroz, dientes irregulares, orejas separadas del cráneo y en forma de asas, cabellos negros o castaños, con preferencia a los rubios, analogía de ambos sexos, desde el punto de vista de los «estigmas de degeneración», insensibilidad física o moral, vanidad desmesurada, venganza, amor sensual, «asiduo de los lugares de perdición». Cfr. MATELART, op. cit, p. 37.

⁹⁴J. SILVA SÁNCHEZ. "El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos". (L. Arroyo Zapatero, I. Berdugo Gómez De La Torre, Dir.), *En homenaje al Doctor Marino Barbero Santos in memoriam*. Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad Salamanca, (ed.), Cuenca, 2001. p. 700.

⁹⁵Ibid, p. 700.

⁹⁶L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el derecho penal moderno*, Reus, Madrid, 1920.

reza así: "nosotros somos lo que el otro no es. El "otro" es lo que nosotros decimos que es". Lo cual muestra claramente que Lombroso⁹⁷ aún no ha muerto, simplemente ha estado dormido⁹⁸.

Su despertar puede observarse en las llamadas políticas de migración ante el boom publicitario de la emergencia, que relacionan al inmigrante "ilegal" con la delincuencia, padeciendo la etiqueta no solo de la marginalidad, sino la cruel consecuencia de ser el "diferente", recién llegado, y por ende, (temido) más desconocido⁹⁹. La cuestión es que lo desconocido como todo lo "misterioso", siempre es fuente potencial de peligro y, por consiguiente, abre el llamado "espacio paranoide". Se facilita enormemente atribuir al desconocido diferente todo lo negativo, dado que no se le puede "oír", los sistemas simbólicos no coinciden y, por ende, se pueden traducir los signos a voluntad y hacer de ellos "los chivos emisarios" de múltiples males, desde la criminalidad hasta las enfermedades, desde la sexualidad a la instintividad incontrolada y la inmoralidad total¹⁰⁰.

Aunque no se desconocen los amplios avances en materia punitiva y en protección de derechos, no es menos cierto que, la realidad se moldea a una forma más "moderna" de represión ejemplarizante en el castigo, contraria desde cualquier punto de vista al pensamiento propio del movimiento ilustrado.

Así pues, "el dolor y la muerte que siembran nuestros sistemas penales están tan *perdidos* que el discurso jurídico-penal no puede ocultar su desbaratamiento, valiéndose de su vetusto arsenal de racionalizaciones reiterativas; pues nos hallamos frente a un discurso que se desarma al más leve roce con la realidad"¹⁰¹. Por ello en nuestros días se ha convertido en un auténtico lugar común la alusión a que el Derecho penal está en una crisis de identidad, por lo que en palabras de Silva¹⁰², la crisis realmente obedece a un factor de legitimación, pues se cuestiona la legitimación del recurso por parte del Estado a la maquina penal, su instrumento más poderoso.

Pero advierte el citado autor que, este análisis no puede entenderse exclusivamente como un fenómeno del Derecho penal contemporáneo, dicha

⁹⁷Lombroso en su obra *los criminales*, describe al delincuente por herencia y el delincuente por oficio, que según Ferri, se diferencian del delincuente ocasional porque "el primero es impulsado al crimen por la fuerza interna, adquirida o innata; empero, el último al ser impelido por un impulso exterior no es retenido en la honradez por una repugnancia suficientemente fuerte. Lo cual sucede por una cuestión de grados, pues de la misma forma que inferiores a los imbéciles, se reconocen a los semiimbéciles, así hay un criminaloide, tipo más ínfimo que el criminal por herencia; dicho criminaloide es un hombre que no se siente arrastrado al crimen más que en las ocasiones solemnes". Cfr. C. LOMBROSO, *Los criminales*, Centro Editorial Presa (Trad), Barcelona, 1930, pp. 57-58

⁹⁸C. PARMA. D. MANGIAFICO, *Derribando muros*, Op. Cit, pp. 24-28.

⁹⁹E. ZAFFARONI, "Minorías desplazadas, delincuencia y poder punitivo", op. cit, p. 87.

¹⁰⁰Ibid, p. 87.

¹⁰¹E. ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, op. cit, p. 16.

¹⁰²J. SILVA SANCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1992, p. 13.

crisis en realidad es "algo connatural al Derecho penal como conjunto normativo o, como mínimo, resulta, desde luego, inmanente al Derecho penal moderno, surgido de la ilustración y plasmado en los primeros Estados de Derecho"¹⁰³.

Es innegable que el discurso jurídico-penal se revela como falso, pero atribuir su permanencia a mala fe o, a formación autoritaria, sería un simplismo que agregaría una falsedad a otra¹⁰⁴. ***Pero no hay duda que la fobia al peligro y a la impunidad es lo que genera un "entusiasmo por lo punitivo que exige del poder penal mucho más de lo que está al alcance de su capacidad de rendimiento"***¹⁰⁵.

En fin, en todas las sociedades existirá siempre una cierta medida de delincuencia; así como las enfermedades y las malformaciones son inevitables, en todos los tiempos existirán hombres cuya deficiencia intelectual o estructuras de carácter psicopático hacen imposible su integración social y por eso terminarán delinquir. Esto no se podrá evitar jamás¹⁰⁶. Excusa primaria para el mantenimiento de un Derecho penal eminentemente represivo, como base contra los "enemigos fundamentales del orden social"¹⁰⁷.

Si tal cosa es así, esto generaría una ruptura clara con el Estado de derecho, ya que siguiendo la opinión de Mattelart¹⁰⁸, se acompaña un asilvestramiento de la democracia, de una regresión de los valores que supuestamente lo fundamentan. Precisamente todas estas prevaricaciones de la razón de Estado, funcionan como un extraordinario analizador de las regiones más oscuras de las sociedades democráticas.

3.1.1. El inmigrante como "enemigo-delincuente" y la "penalización" de las fronteras: a propósito de los centros de internamiento en España

Inicialmente la política criminal frente al inmigrante es de limitada legitimidad, ya que desconoce que éste, previamente, ha sido condenado a la marginalidad¹⁰⁹, esencialmente al sufrir condiciones infrahumanas de existencia. Si se hace una lectura amplia no será una sorpresa advertir que, comúnmente, se les relacione en los medios de comunicación masiva como los típicos delincuentes en potencia. Lo crucial para analizar es que esta etiqueta guarda por excelencia un clásico racismo punitivo.

¹⁰³Ibid, p. 13.

¹⁰⁴E. ZAFFANORI, *En busca de las penas perdidas*, op. cit, p 17.

¹⁰⁵D. PASTOR, *El poder penal internacional. Aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Atelier, Barcelona, **2006, p. 72.**

¹⁰⁶C. ROXIN, Problemas actuales de la política criminal, E. Díaz Aranda, (ed.), Serie Estudios Jurídicos, n° 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002, p. 89.

¹⁰⁷F. MUÑOZ CONDE, *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo*, op. cit, p. 48.

¹⁰⁸MATTELART, Armand, op. cit, p. 11.

¹⁰⁹J. TERRADILLOS BASOCO, op. cit, p. 58.

Acudiendo a Foucault, definiría el racismo como "la condición de aceptabilidad de la matanza en una sociedad en que la norma, la regularidad, la homogeneidad, son las principales funciones sociales. El racismo es la metafísica de la muerte del siglo XX"¹¹⁰. Acervo descriptivo identificado cuando se armoniza el poder punitivo y criminalizante y el racismo como algo estructural siempre y en todo el mundo. El racismo es entendido en sentido estricto, por Zaffaroni como "el establecimiento de jerarquías biológicas entre hombres de diferentes culturas"¹¹¹; ello ocurre al jerarquizarse biológicamente a seres humanos dentro de una sociedad, lo que se ha pretendido con las mujeres, ancianos, -inmigrantes- con los disminuidos físicos, enfermos, incluso con la consideración de los niños como salvajes¹¹².

En consecuencia, los procesos biológicos se convierten en un asunto de Estado¹¹³. Por ello se acuña la idea de que el paralelismo discursivo entre el penalismo y la criminología autoritarios y la discriminación biológica no es casual, o dicho de otra forma, sería algo genético, idea base de los discriminadores biológicos¹¹⁴ para estigmatizar al grupo de los satanizados como enemigos. Pero el enemigo no es -necesariamente- el extranjero ni el invasor sino el peligroso, aquel que posee la virtualidad de afectar el orden social. Por tanto, la noción de peligrosidad señala el pasaje de lo virtual a lo efectivo en el sistema de las amenazas¹¹⁵.

En todas estas complejidades, siempre ha funcionando el esquema básico, que "se inserta de diferentes maneras en otras relaciones, que excluyen del poder y marginan socialmente a disidentes, minorías sexuales, étnicas y culturales, personas con necesidades especiales, habitantes urbanos precarios, desempleados, etc; (...)"¹¹⁶. Efectivamente, no es absoluto casual que a menudo, "como en el caso de los hijos de inmigrantes, esa asignación se aplique a colectivos que ocupan posiciones subordinadas en la estructura social, subordinación que entraña el estar sujetos a ser *heterodesignados*, esto es, designados por otros distintos de ellos mismo y

¹¹⁰Foucault no habla del "Otro", ni de la alteridad, el diferente, ni emplea ninguna de las figuras de las morales de la tolerancia o de la hermenéutica de la comprensión. Sabe que éstas son otras figuras del poder. Su proyecto es genealógico, reconstruye la memoria de las luchas, postergada por la sonrisa de los triunfadores. Cfr. M. FOUCAULT, *Genealogía del racismo*, Prologo de Tomás Abraham, Altamira Ed, la Plata, 1992, pp. 10-11.

¹¹¹E. ZAFFARONI, "Minorías desplazadas, delincuencia y poder punitivo", op. cit, p. 84.

¹¹²Ibid, p. 84

¹¹³M. FOUCAULT, op. cit, p. 10.

¹¹⁴J. LEAL MEDINA, op. cit, p. 205.

¹¹⁵El colonizado o nativo, el loco, el criminal, el degenerado, el perverso, aparecen como los nuevos enemigos de la sociedad. La guerra se concibe en términos de supervivencia de los más fuertes, más sanos, más cuerdos, más arios. Es la guerra pensada en términos histórico-biológicos. Cfr. M. FOUCAULT, op. cit, p. 10.

¹¹⁶E. ZAFFARONI. *En torno de la cuestión penal*. B de F, Buenos Aires, 2005, p. 17.

designados como otros"¹¹⁷. Pero en la guerra de las razas y por su conversión en el racismo de Estado, los mecanismos de defensa de la sociedad se implementan desde los dispositivos disciplinarios y las estrategias biopolíticas¹¹⁸.

Hoy la etiqueta es ampliada como se ha descrito a colectivos específicos: desde los negros/africanos; musulmanes, los más fieles sospechosos de terrorismo, hasta homosexuales e inmigrantes de países tercermundistas. Sobre ver las leyes que castigan aún la homosexualidad, en Sudán *verbi gratia*, se puede castigar con pena privativa de la libertad y hasta con pena de muerte¹¹⁹, fiel *apología de las aberraciones sexuales*, máxima de Antonio San de Velilla¹²⁰ que sigue presente.

Como se puede observar, la prehistórica ley del talión circunscrita en el famoso Código de Hammurabi, mandato jurídico que gozaba de gran preeminencia en la antigua Mesopotamia, hoy puede traducirse en: "el que mataré a otro será castigado con... Cadena perpetua y hasta con pena de muerte. Quien cometa actos contra natura –por ser homosexual–, será ejecutado. Ligado el mismo análisis a las leyes de antiinmigración el resultado sería: quien cruce la frontera "ilegalmente" irá a centros de internamientos (CIEs); aberración que peor que una cárcel, es una sentencia muy posiblemente en vida para el indocumentado que automáticamente pierde sus derechos por no ser el "prototipo" comunitario.

Para un sector de la dogmática jurídico-penal esta adaptación a las nuevas necesidades político-criminales, ha sido la consecuencia inevitable de un planteamiento funcionalista del Derecho penal, como "un subsistema de imputación dentro del conjunto global del sistema social global, a cuyo equilibrio debe contribuir restableciendo y robusteciendo con la sanción penal del que ha infringido una norma penal, la confianza de los demás ciudadanos

¹¹⁷I. GARCÍA BORREGO, "Los hijos de inmigrantes como tema sociológico: la cuestión de "la segunda generación", en *Anduli, Revista andaluza de ciencias sociales*, nº 3, 2003, p. 42.

¹¹⁸M. FOUCAUL op. cit, p. 10.

¹¹⁹Irán, Arabia Saudí y Yemen, en Asia; Mauritania, Sudán, y las regiones del norte de Nigeria y el sur de Somalia, en África; penalizan la homosexualidad con la pena de muerte. Quince países han fijado parámetros para determinar la edad de consentimiento para relaciones sexuales heterosexuales y homosexuales. Mientras que otros 52 prohíben la discriminación en el empleo basada en la orientación sexual, sólo 19 la prohíben específicamente en base a la identidad de género. Al respecto, consúltese el Mundo. "Informe ILGA". Actualizado, 15/05/2012.16:45. [En línea]. <<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/05/15/internacional/1337093128.html>>. [Consultado abril de 2013].

¹²⁰El autor se refería *verbi gratia* a la sodomía, como un vicio repugnante, que tenía que haber sido ideado por un mal espíritu, un torpe ingenio infernal, enemigo de la dignidad humana. Crf. A. De VELILLA, *Sodoma y lesbos modernas. Pederastas y safistas estudiados en la clínica, en los libros y en la historia*, C. Ameller ed, Barcelona, 1939, p. 11.

fieles al derecho¹²¹.

Esto pone en evidencia que la teoría del estado peligroso¹²² producto de la escuela penal positivista e instrumento teleológicamente orientado hacia la defensa social, ha adquirido modernamente una cierta autonomía científica, al intentar explicar cómo por diferentes circunstancias sociales se tiene mayor inclinación de llegar a *ser delincuente*. De manera que, ya no es por vengar a la sociedad –esencia del derecho criminal, eco atenuado de la vieja ley del talión– por lo que se debe impedir que el hombre delincuente, “el enemigo”, pueda causar daño, sino en nombre de la defensa social, principio basado en una ley darviniana, el derecho que nace de la lucha por la existencia. Esa y solo esa será la única medida, *el interés social*. Cuando más elevado sea el grado de antisociabilidad y peligrosidad del autor, más riguroso será el tratamiento¹²³.

A ello obedece que la población inmigrante llamada “ilegal” se convierta en el sujeto escogido para el discurso de la emergencia: los centros de internamiento para extranjeros, “verdaderos agujeros [negros] del Estado de Derecho, los invernaderos de plástico, donde los inmigrantes son degradados a meros cuerpos esclavizados por la agroindustria, los miles de prostíbulos en los que las inmigrantes son retenidas y explotadas sexualmente, son lugares todos donde la reducción de seres humanos a mero cuerpo, revela la significación biopolítica de las políticas de inmigración¹²⁴ como constante.

En efecto, la “penalización” de las fronteras es la solución al manejo de los “sin papeles” a través de los CIEs. Aquellos han aparecido en toda “Europa para internar a inmigrantes que han recibido una orden de expulsión y están a la espera de su retorno. No son centros penitenciarios y los que son privados de libertad en ellos no han cometido delito alguno¹²⁵. Operan básicamente para la detención y custodia de extranjeros sujetos a un expediente de expulsión; la finalidad declarada de los mismos es meramente preventiva y cautelar¹²⁶.

En principio, al extranjero sin papeles sometido al procedimiento de expulsión se le concede –por ejemplo en España–, la posibilidad de alegar en el plazo de cuarenta y ocho horas, pero la administración no tiene que esperar a la resolución de dicha alegación para la ejecución de la expulsión, con lo que se produce una situación de indefensión y de ausencia de tutela judicial efectiva¹²⁷; en efecto, los derechos humanos desaparecen a la par

¹²¹F. MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el «derecho penal del enemigo»*, 2da ed, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p, 27.

¹²²J. CALVO BLANCO, “El Juicio de peligrosidad”, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, nº 13, Año V. UNAM, México, 1952, p. 43.

¹²³A. MATTELART, op. cit, p. 36.

¹²⁴J. ZAMORA, op. cit, p. 152.

¹²⁵Ibid, p. 153.

¹²⁶H. SILVEIRA GORSKI, “Los centros de internamiento de extranjeros y el futuro del Estado de derecho”, *Mientras Tanto*, nº 83, 2002, p. 93.

¹²⁷Ibid, p. 94.

que son reclamados.

En este sentido, la proliferación normativa apunta al "reforzamiento de los procedimientos de devolución, así como a la regulación de la estancia en los Centros de Internamientos por parte de los extranjeros"¹²⁸. De manera que, la tesis Jakobsiana se mantiene si se sigue la línea de entender que la población inmigrante como fuente de peligro "debe ser neutralizado del modo que sea, cueste lo que cueste"¹²⁹.

Como en muchos casos resulta imposible averiguar el país de procedencia de ciertos colectivos de inmigrantes o no existe convenio de repatriación con el mismo, se le entrega una orden de expulsión y se le pone en libertad, por lo que en realidad más que del país se le expulsa del sistema de garantías jurídicas y se le coloca en una situación de total desamparo legal. Podría decirse que estas instituciones actúan de *facto* como «creadoras de extranjeros a-legales y marginales»¹³⁰.

La secuela inmediata es un escenario de flagrantes violaciones de los derechos humanos de un colectivo tratado como no-persona, que refleja como explica de Lucas¹³¹, la construcción del inmigrante como infrasujeto, *ergo* como *infraciudadano*, un *status* jurídico que se basa en la negación de los principios jurídicos más elementales, pues, para los inmigrantes, precisamente por su construcción como extranjero, no valen las reglas del Estado de Derecho al contrario que para el ciudadano. La clave de la justificación de ese *status* insiste el autor, es la dominación/subordinación y desigualdad/discriminación, junto a esa visión instrumental (el inmigrante es solo un trabajador, es el vínculo entre la heterogeneidad social (cultura, nacional) del inmigrante y desigualdad ante el derecho.

La forma más fácil de reorientar el debate, no es otra cosa que, a través de la no criminalización o descriminalización de los delitos de explotación laboral¹³²; aparece un círculo vicioso que se mantiene, no-son personas, pero ayudan siendo no-personas al mantenimiento del sistema; luego los CIEs se mantienen a toda costa bajo la cara de la legalidad del Estado que protege a sus ciudadanos, cueste lo que cueste. Con ello se garantiza el mantenimiento de la desbalanza entre los de arriba y los de abajo. Esto puede ser confirmado por el informe presentado en 2009 por la Comisión Española de

¹²⁸T. VICENTE GIMÉNEZ, "¿Qué modelo migratorio propone nuestra normativa legal?". (A. Pedreño Cánovas, M. Hernández Pedreño, Coords.), en *La condición inmigrante. Exploraciones e investigaciones desde la Región de Murcia*, Universidad de Murcia, 2005, p. 203.

¹²⁹M. CANCIO MELIÁ, "Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000, *Jueces para la Democracia*, nº 44, 2002, p. 20.

¹³⁰J. ZAMORA, op. cit, p. 153.

¹³¹F. De LUCAS MARTÍN, "Nuevas estrategias de estigmatización: el derecho, frente a los inmigrantes", op. cit, p. 215.

¹³²J. TERRADILLOS BASOCO, op. cit, p. 43.

Ayuda al Refugiado (CEAR), lectura que habla por sí sola sobre la situación los CIEs¹³³ en España.

A los efectos de la citada corporación, entre los principales motivos de disconformidad de las Organizaciones No Gubernamentales con el Sistema de Centros de Internamientos, destaca el hecho de la "creación de una categoría de sujetos regidos bajo un régimen de excepcionalidad sin garantías. La creación de una bolsa de personas sin papeles. En el entendido de que aquellas personas que, teniendo un decreto de expulsión, transcurrido el plazo máximo legal de "retención", deben ser puestos en libertad ante la imposibilidad de ejecutarla, quedando como inmigrantes en tierra de nadie"¹³⁴.

Por un lado, el hecho de tener un decreto de expulsión hace que «cualquier petición para regularizar su situación sea rechazada de oficio, aunque la persona cumpla todos los requisitos de arraigo. Por otro, es una persona "inexpulsable", puesto que concurren las causas que impidieron su expulsión durante su estancia en el CIE (generalmente no reconocimiento como connacional por la embajada de su país) y en todo caso, no puede volver a ser internado en el CIE por el mismo motivo»¹³⁵. Se trata por tanto de extranjeros que están condenados a permanecer en condición administrativa de indocumentados mientras permanezcan en España. Además, se hace especial referencia a que los CIEs tienen una estructura equivalente a la de una cárcel, pero sin las instalaciones, dispositivos y personal de una institución penitenciaria¹³⁶. Esto conlleva según CEAR:

a. Efecto criminalizador. Las personas detenidas son a efectos prácticos tratados como delincuentes, lo que no solo es vulnerador de derechos, sino que causa un profundo impacto personal y emocional tanto en los propios detenidos como en las autoridades y población de los países a los que pertenecen.

b. Se carece de personal que atienda a las necesidades sociales y personales de los internos (educador, trabajador/a social etc.) y el personal de seguridad (funcionarios de policía) carece de formación específica (habilidades para el trabajo con grupos de personas, contextos interculturales, etc).

c. Se carece de actividades o rutinas adecuadas a la duración del internamiento».

Lo grave del asunto es que lejos de parecer "centros de internamientos", son cárceles temporales que no respetan en todo o en parte los derechos

¹³³Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR). *Situación de los centros de internamiento para extranjeros en España. Conversaciones junto al muro*, (P. Pérez-Sales, dir.), Informe Técnico realizado por CEAR en el marco del estudio europeo DEVAS, 2009, p. 26.

¹³⁴Ibid, p. 44.

¹³⁵Ibid, p. 44.

¹³⁶Ibid, p. 44-45.

humanos de la población inmigrante ahí retenida, dejándolos a primera vista en un extendido limbo jurídico. Visto de este modo, las analogías con la figura del homo sacer analizada por Agamben resultan verídicas: «Si los sujetos ya han sido expulsados, no son, para decirlo de alguna manera, existentes en el territorio del Estado desde el punto de vista jurídico. La situación de excepción que se crea es que las personas detenidas en esos centros no tienen asignado ningún estatuto jurídico. Es como si su existencia física hubiese sido separada de su estatuto jurídico. La existencia de los centros de internamiento para extranjeros revela a esencia biopolítica del control de los flujos migratorios»¹³⁷.

El horror de quienes han padecido en los CIEs lo ratifica; datos de entrevistas¹³⁸ realizadas muestran una lectura contundente: Hay cosas horribles para las que no hay palabras... "Siento que he perdido cinco años aquí. Esperaba tener papeles, dinero, hacer negocios, pero nada. He perdido cinco años y esos ya no vuelven". "La injusticia, la violencia... Se pueden explicar, pero el horror que he vivido no se explica...".

"La gente que he visto morir por el camino...". "A veces es difícil poner palabras a lo que se ha vivido, porque los recuerdos hacen mucho daño...". "Hay cosas inexplicables...".

Siempre hay palabras para explicar el horror: "Todo lo ocurrido en la vida... se puede describir... aunque duela mucho". "Por la situación en la que estoy, salud, documentación, encerrado en el CIE... me han tratado como un animal"¹³⁹.

Es un hecho notorio que el fenómeno de la inmigración exige reconocer los centros de internamiento, las legislaciones y políticas de excepcionalidad, la criminalización de la inmigración sin papeles, etc., como la otra cara de la nueva flexibilidad del capitalismo, es decir, como metáforas del control despótico sobre la movilidad de la fuerza de trabajo¹⁴⁰. Economía de la emigración que nos empuja a una época de bárbaros, Naïr lo explica con lo siguiente: «Dover, 19 de junio de 2000: cincuenta y ocho muertos. Málaga, 20 de junio de 2000: detenidos treinta y tres emigrantes clandestinos amontonados en un camión. Estrecho de Gibraltar: todos los días, las pateras encallan en las playas españolas. Frontera entre Italia y Francia, Frontera entre Alemania y Polonia, frontera entre Francia e Inglaterra, fronteras, fronteras...Sí, en la Europa rica sólo quedan fronteras para los pobres, los pairas de la tierra. Cincuenta y ocho muertos en Dover: no es un drama, es un pequeño holocausto»¹⁴¹.

¹³⁷Cfr. AGAMBEN, *Homo sacer*, en J. ZAMORA, op. cit, p. 153-154.

¹³⁸Cfr. CEAR, *Situación de los centros de internamiento para extranjeros en España*, op, cit, p. 153.

¹³⁹Ibid, p. 153.

¹⁴⁰J. ZAMORA, op. cit, p. 154.

¹⁴¹S. NAÏR, *La Europa mestiza*. Inmigración, ciudadanía y codesarrollo, círculo de lectores, Barcelona, 2010, p. 429.

Los centros de internamientos son una pieza del sistema de explotación del capitalismo globalizado sobre los movimientos migratorios¹⁴². Las migraciones masivas se “han vuelto necesarias para la producción. Cada camino está forjado, mapeado y transitado. Pareciera que cuanto más intensamente es transitado y cuanto más sufrimiento se deposita en él, más se vuelve productivo cada camino”¹⁴³. En consecuencia, la infraestratificación del mercado de trabajo por medio de los y las inmigrantes, “sobre quienes recaen, gracias a las legislaciones y política de excepcionalidad, la máxima precarización y vulnerabilización como trabajadores y trabajadoras, es una estrategia de dominación que tiene que ver con el sistema productivo y la lucha de clases nunca del todo pacificada”¹⁴⁴.

Por consiguiente, las políticas de enemistad regidas en la regulación de los CIEs, y aún más, las medidas disfrazadas en políticas de integración de la población inmigrante, terminan siendo precisamente eso, es decir, todo un disfraz; la población inmigrante no podrá integrarse nunca, pues ante la persecución por su “ilegalidad” terminarán siempre en la intemperie, y cuando no, muertos intentando cruzar para llegar. Lo anterior confirma que los sistemas democráticos como afirma Portilla¹⁴⁵, han vuelto a generar muertos en vida, espacios de exclusión del derecho en los que la norma consiente la supresión de la “nuda vida” a través de la eliminación absoluta de las garantías.

3.1.2. La complementariedad de los CIEs con el sistema jurídico penal español

En el caso de los “indeseados” en el territorio español, la inmigración también está teniendo, «como no podía ser de otro modo en una evolución de tanta relevancia social, una gran repercusión en el ámbito del sistema jurídico penal. Esta repercusión se manifiesta tanto en el plano de las infracciones, en la medida en que la preocupación por la creciente llegada de ciudadanos extranjeros ha llevado consigo la tipificación de determinadas conductas relacionadas con la propia actividad migratoria, como en el plano de las sanciones, toda vez que la figura del inmigrante como autor de delitos ha cobrado especial relevancia en el debate público y ha conducido a la inclusión de una medida tan particular como es la expulsión»¹⁴⁶.

Esto puede verse de forma contundente en el proyecto de reforma al Código Penal (CP) español aprobado recientemente –al finalizar el año 2013–, que incorpora fehacientemente el debate sobre el Derecho penal de la

¹⁴²J. ZAMORA, op. cit. p. 154.

¹⁴³M. HARDT, T. NEGRI, *Imperio*. E. Sadier (trad.), Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 2000, p. 345.

¹⁴⁴J. ZAMORA, Op. Cit, p. 154.

¹⁴⁵G. PORTILLA CONTRERAS, op. cit, p. 103-104.

¹⁴⁶M. CANCIO MELIÁ, M. MARAVER GÓMEZ, “El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, *Revista CENIPEC*, nº 25, 2006, p. 36-37.

peligrosidad, pues "el resultado de la aplicación de planteamientos político-criminales en clave puramente represivos para acabar con los males que, parece preocupan en la actualidad, cual es la inseguridad ciudadana"¹⁴⁷, se viene incrementando desde la LO 11/2003 con el controvertido art. 89 del CP.

La reforma propuesta le apunta directamente, en el caso *sub examine*, a la expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad, pero traslada la medida de expulsión a cualquier extranjero sea cuál sea su situación de legalidad, es decir, no diferencia en el tratamiento a los y las inmigrantes en territorio español, independientemente de que estén o no, en situación irregular, ya que se entiende de manera implícita que puede ser impuesta a cualquier extranjero, medida que antes estaba determinada específicamente para inmigrantes sin permiso de residencia. Por tanto, ante la peligrosidad del extraño que incomoda, la respuesta inmediata es la expulsión.

Así pues, el legislador tácitamente se limita a crear nuevas realidades normativas, sin fundamentación alguna –o con justificaciones que no pasan de ser meras reafirmaciones de prejuicios xenófobos corrientes–¹⁴⁸, para expulsar a los extranjeros que comentan delitos y en cuyo caso estén inmersos en penas privativas de libertad inferiores a 6 años.

Asimismo, la reforma mantiene la posibilidad de que si se acuerda la sustitución de la pena por la expulsión, y el extranjero no estuviera ya en prisión provisional, el juez pueda acordar el internamiento en el CIE para asegurar la expulsión. Hay que tener en cuenta conjuntamente, que el tiempo de permanencia en el CIE no es abonable al tiempo de cumplimiento de la condena¹⁴⁹. En suma, la expulsión del extranjero es "el único caso en el CP español en el cual la renuncia a la privación de libertad se extiende a supuestos donde los criterios de prevención general y especial claramente indican la necesidad de sanción"¹⁵⁰.

¹⁴⁷C. GUIASOLA LERMA, "Consideraciones político-criminales para una reformulación de la expulsión penal de condenados extranjeros sin residencia legal", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, p. 203.

¹⁴⁸M. CANCIO MELIÁ, M. MARAVER GÓMEZ, op. cit, p. 81.

¹⁴⁹Con el mantenimiento de esta medida, el Legislador ha perdido también la ocasión de aplicar la jurisprudencia que ha venido revocando este tipo de prácticas, al entender que "la realidad fue que, durante el procedimiento, éste (el extranjero) se había encontrado, en todo momento, a disposición de la autoridad judicial, y en ningún momento se había sustraído a la acción de la Justicia. Cfr. Plataforma No Somos Delito. *La reforma del código penal: Un grave retroceso en los derechos y las libertades públicas*, 2014, p. 17. En: <http://nosomosdelito.net/sites/default/files/public_files/documentos/estudio_completo_cp.pdf>. [Consultado 17 de mayo de 2014].

¹⁵⁰P. LAURENZO COPELLO, Prólogo en (P. LAURENZO COPELLO, Coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002, p. 13.

Régimen jurídico que, en todo caso, parece ser la regla general y no la excepción a la norma, pues no procederá la sustitución solo cuando “a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada”.

Por tal motivo la configuración normativa de “estas instituciones, su aplicación y su manejo en el debate político-criminal, indican que el Derecho penal español está siendo utilizado –en el marco del llamado “Derecho penal” del enemigo– como instrumento para subrayar una política de exclusión social dirigida a determinados inmigrantes, y por ello requiere de profundas reformas”¹⁵¹.

Se puede decir que es una política migratoria respecto al delincuente extranjero “a la que le importa poco, o nada, la previsión constitucional referente a su reeducación o reinserción; sin contar con que, tampoco parece importarle nada la finalidad preventivo general de la pena y *el efecto criminógeno que pudiera tener la medida de expulsión como consecuencia de la comisión de un delito*”¹⁵². Máxime porque esta política analizada desde cualquier punto de vista es una flagrante violación a los derechos humanos de la comunidad de inmigrantes, precisamente por la cosificación que parece ser inherente a todo aquel que no goce del bien privilegiado trato de “europeo comunitario”.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Es evidente que por el afán de crear una sociedad segura, lejos de malestares y peligros, se ha distorsionado indistintamente en cada época la forma de crear y aplicar el derecho, pero la tradición jurídica demuestra que en diferentes contextos históricos el sistema siempre ha pensado el derecho, en pro de tratar a los enemigos, –las políticas de antiinmigración e incluso los CIEs dan fe de ello–.

De hecho, los CIEs son centros que terminan siendo peor que una cárcel para el inmigrante “ilegal” y por tanto “delincuente”. Sanción que termina siendo igual que una pena para reafirmar la omnipotencia del verdugo. Así se castiga a los pobres, con técnicas que desvían la atención para validar comportamientos antijurídicos: “la penalización funciona como una técnica para la invisibilización de los ‘problemas’ sociales que el Estado, como palanca burocrática de la voluntad colectiva, ya no puede o no quiere tratar desde sus causas, y la cárcel actúa como un contenedor judicial donde se

¹⁵¹M. CANCIO MELIÁ, M. MARAVER GÓMEZ, op. cit, p. 33.

¹⁵²J. MUÑOZ LORENTE, la expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la ley orgánica 11/2003, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 2da Época, nº extraordinario 2, 2004, p. 406.

arrojan los desechos humanos de la sociedad de mercado"¹⁵³.

Esta es la causa por la que en muchos países del mundo, la justicia social ha sido reducida a justicia penal, descripción que ya ha sido plasmada con acierto cuando Galeano puntualiza lo siguiente: «El Estado vela por la seguridad pública: de los otros servicios, ya se encargará el mercado; y de la pobreza, gente pobre, regiones pobres, ya se ocupará Dios, si la policía no alcanza. La pobreza mata cada año, en el mundo, más gente que toda la segunda guerra mundial, que a muchos mató. El poder, que practica injusticia y vive de ella, transpira violencia por todos los poros. Sociedades divididas en buenos y malos: en los infiernos suburbanos acechan los condenados de piel oscura, culpables de su pobreza y con tendencia hereditaria al crimen: la publicidad les hace agua la boca y la policía les echa de la mesa. Hasta hace veinte o treinta años, la pobreza era fruto de la injusticia. Lo denunciaba la izquierda, lo admitía el centro, rara vez lo negaba la derecha. Mucho han cambiado los tiempos, en tan poco tiempo: ahora la pobreza es el justo castigo que la ineficiencia merece»¹⁵⁴.

Con la supresión de los derechos humanos, "sí hasta ahora la soberanía política ha sido el judío en el campo de concentración, en estos momentos, tanto el inmigrante "ilegal" como el presunto terrorista ocupan su lugar"¹⁵⁵. Como se observa, este es un tema alarmante en un momento en que las variantes del populismo penal, está a la orden del día en casi todos los países occidentales: "luchar contra el crimen en todas partes, ha sido elevado al rango de prioridad del gobierno, "insecurity" entendida en sentido estricto, para la clase baja, el infractor de la calle, a pesar de la creciente ola de criminalidad corporativa, se ha convertido en un conductor de las campañas electorales y las materias primas para la reafirmación de la soberanía del Estado"¹⁵⁶.

En últimas, quien ostenta el calificativo de inmigrante "ilegal" no saldrá

¹⁵³L. WACQUANT. *Castigar a los pobres*, op. cit, p. 25.

¹⁵⁴E. GALEANO, *Patas arriba. La escuela del mundo al revés*, Siglo Veintiuno de España Editores, 2007, Madrid, p. 2.

¹⁵⁵G. PORTILLA CONTRERAS, op. cit, p. 103-104.

¹⁵⁶Este es un tema urgente en un momento en que las variantes del populismo penal están a la orden del día en casi todos los países occidentales: la lucha contra el crimen está siendo elevada a rango de prioridad del gobierno y la 'inseguridad' –entendida estrictamente en referencia a la delincuencia callejera de clase baja, a pesar de la creciente ola de criminalidad corporativa– se ha convertido en un conductor de las campañas electorales y las materias primas para la re-afirmación de la soberanía del Estado. (Traducción no oficial). Cfr. L. WACQUANT. From 'public criminology' to the reflexive sociology of criminological production and consumption. A review of public criminology? by Ian Loader and Richard Sparks, Routledge, London 2010. *Brit. J. Criminol*, nº 51, Published by Oxford University Press on behalf of the Centre for Crime and Justice Studies (ISTD), 2011, p. 438. Disponible en:

<<http://burawoy.berkeley.edu/PS/Wacquant.pdf>>. [Consultado 8 de octubre de 2013].

para nada bien librado. Pues sí se hace un análisis con perspectiva de género que vincule directamente los derechos humanos de las mujeres, arrojaría que, "la clandestinidad llega a ser uno de los factores determinantes de la explotación sexual de inmigrantes obligadas a prostituirse. Cuya absoluta indefensión les impide una resistencia eficaz frente a las redes de trata de personas. Recordando además, que según fuentes concordantes, el porcentaje de mujeres inmigrantes que ejercen la prostitución supone más del 90% del total"¹⁵⁷. Aparece una radical discrepancia, de manera que, cualquier estrategia de política criminal que desconozca estos elementos obvios, está condenada al fracaso¹⁵⁸.

Lo preocupante es que la persecución será una presencia hereditaria, amén de catalogar a personas como inmigrantes "ilegales", –término que arrastra un lastre peyorativo¹⁵⁹–, sus descendientes a su vez, heredarán la etiqueta, ello lo demuestra el hecho de que en su gran mayoría, los hijos de inmigrantes, sean hoy en día niños cuyo porvenir está aún por definir: «(mañana adolescentes, pasado mañana jóvenes... ¿"integrados"? ¿conflictivos?), hace de ellos una de las cajas de resonancia de las expectativas, fantasmas y temores de la sociedad española sobre su futuro, incierto en tiempos de "globalización de los riesgos civilizatorios" y más para una sociedad cuyo acelerado proceso de cambio desdibuja los referentes culturales de una modernidad aún no del todo digerida y siempre en tránsito»¹⁶⁰.

Si se apoya en la praxis jurídica, concepciones como las que aquí se han descrito, me atrevo a concluir que, estamos ante una involución no sólo de la dogmática jurídico-penal, sino del propio Estado Social y Democrático de Derecho, para justificar y apoyar toda clase de actuaciones represivas para validar un derecho a la seguridad de todos aquellos no excluidos del sistema. El Derecho penal así concebido, en tanto instrumento represivo, es sólo lo que dicen quienes tienen el poder de control social, lo cual significa una batalla perdida en luchas ya ganadas.

"Que el remedio hallado para la enfermedad de la «impunidad» no engendre en sí mismo, riesgos relativos a otras enfermedades ya conocidas".

J, Maier.

5. BIBLIOGRAFÍA

- A. BARATTA, *Por una teoría materialista de la criminalidad y el control social*. G. GUINARTE CABADA, (Trad.), Attualità Marx, Unicopli, Milano, 1986.

¹⁵⁷J. TERRADILLOS BASOCO, op. cit, p. 53.

¹⁵⁸Ibid, p. 53.

¹⁵⁹I. GARCÍA BORREGO, op. cit, p. 29.

¹⁶⁰Ibid, p. 41.

- A. CHIRINO SÁNCHEZ, "La seguridad como un topo discursivo en la política criminal centroamericana. Perspectivas de una desesperanza", (L. Reyna, S. Cuaresma, Coords.), en *Derecho penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre las tensiones entre riesgo y seguridad*, Montevideo/Buenos Aires, BdeF, 2008, pp. 17-52.
- A. MATTELART, *Un mundo vigilado*, Paidós, Barcelona, 2009.
- A. PÉREZ CEPEDA, *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007.
- A. RODRÍGUEZ MORALES, *Constitución y Derecho Penal. Un análisis de las disposiciones constitucionales con incidencia en el ámbito jurídico-penal*, Caracas, 2001.
- C. GUIASOLA LERMA, "Consideraciones político-criminales para una reformulación de la expulsión penal de condenados extranjeros sin residencia legal", en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXX, 2010, pp. 201-218.
- C. LOMBROSO, *Los criminales*, Centro Editorial Presa (Trad), Barcelona, 1930.
- Comisión Española de Ayuda al Refugiado, *Situación de los centros de internamiento para extranjeros en España. Conversaciones junto al muro*, (P. Pérez-Sales, Dir.), Informe técnico, 2009.
- C. PARMA, D. MANGIAFICO, *Derribando muros. Ensayo sobre la pena y su ejecución. El cadáver insepulto de Lombroso. Reexaminando el derecho penal*, Editorial de la Universidad del Aconcagua, 2009.
- C. PRITTWITZ, "Sociedad del riesgo y derecho penal", (L. Arroyo Zapatero, U. Neumann y A. Nieto, Coords.), en *crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 259-288.
- C. ROA LLAMAZARES, *La república de Weimar: Manual para destruir una democracia*, Catarata, Madrid, 2010.
- C. ROXIN, "Problemas actuales de la política criminal", E. Díaz Aranda, (ed.), *Serie Estudios Jurídicos*, nº 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002, pp. 88-105.
- D. PASTOR, *El poder penal internacional. Aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier, Barcelona, **2006**.
- E. GALEANO, *Patas arriba. La escuela del mundo al revés*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2005.
- E. ZAFFARONI, "Minorías desplazadas, delincuencia y poder punitivo", En *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, nº 7, 1994, pp. 83-92.
- E. ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1998.
- E. ZAFFARONI, *En torno de la cuestión penal*, BdeF, Buenos Aires, 2005.
- E. ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal. Estudios de criminología y política criminal*, Dykinson, Madrid, 2006.

- F. DE LUCAS MARTÍN, "Nuevas estrategias de estigmatización: el derecho frente a los inmigrantes", (G. Portilla Contreras, Coord.), en *Mutaciones del leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, AKAL, Madrid, 2005, pp. 205-218.
- F. GIUNTA, "¿Qué justificación para la pena?". Las modernas instancias de la política criminal entre crisis de los paradigmas preventivos y desencantos científicos, (L. Arroyo Zapatero, U. Neumann y A. Nieto, Coords.), en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de Siglo*, nº 91, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 173-190.
- F. HERZOG, "Sociedad del Riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del derecho penal", (L. Arroyo Zapatero, U. Neumann y A. Nieto, Coords.), *En Crítica y justificación del derecho penal en cambio de siglo*, estudios, nº 91, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 249-258.
- F. MUÑOZ CONDE, *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- F. MUÑOZ CONDE, "El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad", J. Díez Ripollés y otros (ed.), en *la ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 487-510.
- F. MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el «derecho penal del enemigo»*. 2da ed, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- F. RIQUERT, L. PALACIOS, "El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes", en *La Ley*, Revista Universitaria, Año V, nº 3, 2003, pp. 1-8.
- F. Von LISZT, *La idea de fin en el derecho penal*, Prologo de Manuel de Rivacoba, EDEVAL, Valparaiso, México 1994.
- G. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez (trad.), 1era ed, Civitas, Madrid, 2003.
- G. JAKOBS, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- G. JAKOBS, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 1era ed, Civitas, Madrid, 2004.
- G. JAKOBS, *El fundamento del sistema jurídico penal*, ARA, Lima, 2005.
- G. JAKOBS, "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad. (M. Cancio Meliá, C. Gómez-Jara Díez, Coords.), en *derecho Penal del Enemigo. En el discurso penal de la exclusión*, vol. II, Edisofer/BdeF, Madrid/Montevideo, 2006, pp. 93-116.
- G. JAKOBS, C. MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Thomsom-Civitas, 2da

- ed, Navarra, 2006.
- G. PORTILLA CONTRERAS, *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- H. SILVEIRA GORSKI, "Los centros de internamiento de extranjeros y el futuro del Estado de derecho", *Mientras Tanto*, 83, 2002, pp. 93-102.
- I. GARCÍA BORREGO, "Los hijos de inmigrantes como tema sociológico: la cuestión de "la segunda generación". En *Anduli, Revista andaluza de ciencias sociales*, nº 3, 2003, pp. 27-46.
- J. CALVO BLANCO, "El Juicio de peligrosidad", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, nº 13, Año V, UNAM, México, 1952.
- J. DÍEZ RIPOLLÉS, *La política criminal en la encrucijada*, Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2007.
- J. GARCÍA GARCÍA, "Los prejuicios del internacionalismo: Espacio, modernidad y ambivalencia", en *REIS, Revista Española de Investigaciones sociológicas*, nº 71-72, 1995, pp. 201-224.
- J. HERRERA FLORES, *La reinención de los derechos humanos*, Colección ensayando, Atrapasueños, Andalucía, 2005.
- J. LEAL MEDINA, *Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del derecho penal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.
- J. MEDINA ARIZA, "Por una criminología al servicio de la democracia. Public Criminology? I. Loader y R. Sparks", en *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 9, 2011, pp. 1-7.
- J. MODOLELL GONZÁLES, "El derecho penal del enemigo: Evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación", en (M. Cancio Meliá, C. Gómez-Jara Díez, Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. II, Edisofer/BdeF, Madrid/Montevideo, 2006, pp. 321-338.
- J. MUÑOZ LORENTE, "La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la ley orgánica 11/2003", en *Revista de derecho penal y criminología*, UNED, 2da Época, nº extraordinario 2, 2004, pp. 401-482.
- J. SILVA SANCHÉZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1992.
- J. SILVA SANCHÉZ, "El retorno de la inocuización". El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos. (L. Arroyo I. Zapatero, I. Berdugo Gómez de la Torre, Dir.), en homenaje al Doctor Marino Barbero Santos in memoriam, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, pp. 700-710.
- J. SILVA SANCHÉZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política*

- criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001.
- J. TERRADILLOS BASOCO, extranjería, inmigración y sistema penal, (L. Ruíz Rodríguez y M. Rodríguez Mesa, coord.), *Inmigración y sistema penal: retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 39-68.
- K. BINDING, A. HOCHÉ, "Permitting the Destruction of Life Unworthy of Living". *The Weimar Republic*, Documents-Education and Research, 1918/19-1933, Thomas Dunlap (trad.), vol. 6, disponible en: <http://germanhistorydocs.ghidc.org/pdf/eng/EDU_BINDUNG_ENG.pdf>.
- L. ANIYAR DE CASTRO, *Criminología de los derechos humanos. Criminología axiológica como política criminal*, Prólogo de E. Zaffaroni, 1era ed, Del puerto, Buenos Aires, 2010.
- L. BARREDA SOLÓRZANO, *Justicia penal y derechos humanos*, Editorial Porrúa, México, 1997.
- L. FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo*, Gerardo Pisarello (ed), Trotta, Madrid, 2004.
- L. GRACIA MARTÍN, "¿Qué es modernización del derecho penal?", L. Ripollés Díez y otros, (ed.), en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 349-394.
- L. GRACIA MARTÍN, "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07-02, pp. 1-43. Disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>>.
- L. HULSMAN, J. BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*, Prólogo de J. Bustos Ramírez, Ariel, 1era ed, Barcelona, 1984.
- L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, Editorial Losada, Tomo II, Buenos Aires, 1950.
- L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el derecho penal moderno*, Reus, Madrid, 1920.
- L. WACQUANT, *Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Gedisa, Barcelona, 2010.
- L. WACQUANT, "La militarizzazione della marginalità urbana: lezioni dalla metrópoli brasiliana", *Studi sulla questione criminale*, I, No. 3, 2006, pp. 7-29.
- L. WACQUANT, "Penalization, depoliticization, racialization: On the Over-incarceration of Immigrants in the European Union", Sarah Armstrong and Lesley McAra, (eds.), In *Contours of Control: New Trends in Punishment and Society*, Clarendon Press, Oxford, 2005, pp. 83-100.
- L. WACQUANT, From 'public criminology' to the reflexive sociology of criminological production and consumption. A review of public

- criminology? by Ian Loader and Richard Sparks (London: Routledge, 2010), *Brit. J. Criminol*, 51, Published by Oxford University Press on behalf of the Centre for Crime and Justice Studies (ISTD), 2011, pp. 438-448.
- M. CANCIO MELIÁ, "¿«Derecho penal» del enemigo?" en *Derecho Penal del enemigo*, M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez (trad.), Civitas, Madrid, 2003.
- M. CANCIO MELIÁ, "Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000, *Jueces para la Democracia* 44, 2002, pp. 19-26.
- M. CANCIO MELIÁ, M. MARAVER GÓMEZ, "El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal", *Revista CENIPEC*, nº 25, 2006, pp. 31-121.
- M. FOUCAULT, *Los anormales*, H. Pons (trad.), Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000.
- M. FOUCAULT, *Genealogía del racismo*, A. Tzveibel, (trad.), Prologo de Tomás Abraham, Altamira Ed, la Plata, 1992.
- M. HARDT, T. NEGRI, *Imperio*, E. Sadier (trad.), Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 2000.
- N. MAZZACUVA, "El futuro del derecho penal", (L. Arroyo Zapatero, U. Neumann y A. Nieto, Coords.), en *crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 231-240.
- P. ALBRECHT, "el derecho penal en la intervención de la política populista", (C. Romero Casabona, Coord.), en *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 1999, pp. 471-488.
- P. LAURENZO COPELLO, Prólogo en (P. LAURENZO COPELLO, Coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002.
- R. BERGALLI, Roberto. "Origen de las teorías de la reacción social. (Un aporte al análisis y crítica del 'labelling-approach')", en *Revista de sociología*, nº 13, Universidad de Barcelona, 1980, pp. 49-96. Visto en: [<http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/23671/1/32568.pdf>].
- R. Von IHERING, *El fin en el derecho*, J. Moreno Pérez, (Dir). Comares, Granada, 2011.
- S. MOCCIA, "Seguridad y derecho penal", (M. Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, Coords.), en *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. II, Edisofer/BdeF, Madrid/Montevideo, 2006, pp. 299-319.
- S. NAÏR, *La Europa mestiza. Inmigración, ciudadanía y codesarrollo*, Circulo de lectores, Barcelona, 2010.
- T. ADORNO, et, al. *La personalidad autoritaria*, (Prefacio, Introducción y

- Conclusiones), J. Del Pino Artacho, (Trad), en *EMPIRIA, Revista de Metodología de las Ciencias Sociales*, nº 12, 2006, pp. 155-200.
- T. VICENTE GIMÉNEZ, "¿Qué modelo migratorio propone nuestra normativa legal?", (A. Pedreño Cánovas, M. Hernández Pedreño, Coord.), en *La condición inmigrante. Exploraciones e investigaciones desde la Región de Murcia*, Universidad de Murcia, 2005, pp. 200-209.
- V. BETANCUR, "Atribución diferencial al endogrupo y al exogrupo de las dimensiones de moralidad y eficacia: un indicador de favoritismo endogrupal", *Psicothema*, vol. 15, nº 3, 2003, pp. 407-413. Visto en: <<http://www.psicothema.com/pdf/1080.pdf>>.
- Y. PALACIOS VALENCIA, "Derecho penal y castigo. Una excusa para la protección de los derechos humanos en la sociedad del riesgo", en *Díkaion*, Universidad de la Sabana, Vol. 22, 2013, pp. 131-157.
- Y. PALACIOS VALENCIA, "Los Derechos Humanos un contrasentido en las políticas securitarias en el Estado colombiano", en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 43 nº 118, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2013, pp. 273-308.