

Revista Crítica Penal y Poder
2015, nº 9
Septiembre (pp.193-216)
Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos
Universidad de Barcelona



LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN EN ESPAÑA COMO INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA ALTERIDAD¹

THE IMMIGRATION POLICY IN SPAIN AS INSTRUMENTALIZATION OF THE OTHERNESS

Rodrigo Chaverra Agudelo
Tamara Fernández Grisolia
Natalia Giraldo Cano
Josep García-Borés Espí

Observatorio del Sistema Penal y de los Derechos Humanos
Universidad de Barcelona

RESUMEN

El artículo es un análisis socio jurídico que a través del rastreo de la normatividad en materia de inmigración se aproxima a una interpretación sobre cómo el Reino de España durante las últimas décadas ha ejercido el control social, y en particular el control penal, sobre los inmigrantes constituidos como alteridad en relación con el Estado, inclusive como subalteridad en el caso de los inmigrantes extracomunitarios en situación administrativa “irregular”.

En el texto se plantea que el control social del inmigrante se lleva a cabo a partir de un “desafortunado enfoque epistemológico” subyacente en la configuración y desarrollo del Estado moderno, el cual fomenta una relación violenta en sentido amplio con la alteridad;

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D+i: “¿RESOCIALIZACIÓN O INCAPACITACIÓN? SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL ANTE LAS NUEVAS REALIDADES DELICTIVAS Y DEMANDAS DE SEGURIDAD, con referencia DER2011-27337, del Ministerio de Economía y Competitividad. Investigación dirigida por José Ignacio Rivera Beiras. Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona (UB).

esta perspectiva se concreta en la política de inmigración a través de la instrumentalización y condicionamiento de los derechos y las libertades de los inmigrantes extracomunitarios, supeditándolos a intereses políticos y económicos correspondientes al modelo de producción y acumulación de capital. Asimismo, dicho enfoque también se manifiesta en la exclusión, marginalización y degradación de los inmigrantes irregulares, todo ello a través de la puesta en marcha –entre otros muchos recursos institucionales- del sistema penal estático y dinámico.

Palabras clave: Estados Nación, flujos migratorios, alteridad, Derechos Humanos, control social penal-administrativo.

ABSTRACT

This article is a socio-juridical analysis that, through tracking of regulation on immigration, approaches an interpretation on how, during the last decades, the Kingdom of Spain has been exercised social control, and, in particular, criminal control, on immigrants which are constituted as otherness in relation to the state, and even as sub-otherness in the case of non-EU immigrants in "irregular" administrative situation.

Here we argue that the social control on immigrants is performed from an "unfortunate epistemological approach" underlying the configuration and development of the modern state, which promotes a violent relationship with the otherness in a broad sense; this perspective is embodied in immigration policies through the instrumentalization and conditioning of rights and freedoms of non-EU immigrants, subordinating them to political and economic interests corresponding to the model of production and accumulation of capital. Likewise, this approach is reflected in the exclusion, marginalization and degradation of illegal immigrants through the implementation of –among many other institutional resources– the static and dynamic penal system.

Key words: Nation state, migration flows, otherness, Human Rights, social control penal-administrative.

1.- El desafortunado enfoque epistemológico en la relación Estado-alteridad. El caso de la inmigración.

Los Estado-nación –como artificios de la Modernidad- se configuran a partir de la necesidad de crear unidades económicas más grandes, con la capacidad de administrar y dinamizar la emergente economía industrializada (Anderson, 1991; Hobsbawm, 1998; Smith, 2001), fomentando el sentimiento intersubjetivo de unidad entre los individuos, constituyéndose con ello una identidad como sentimiento de arraigo, de pertenencia a un

todo, a la común-unidad nacional. A su vez, la conformación del Estado moderno remarcó las *fronteras* con una doble función, como límite geográfico del cual se desplegaba la fuerza militar a fin de evitar ataques del exterior, y como punto de control del flujo de mercancías y regulación de gravamen para la protección de la economía interna. Por otro lado, marginalmente, servía para evitar el ingreso de personas que huían de la justicia (Campesi, 2012:2).

Tras la búsqueda de unificar lo disperso se diseñan y estimulan los artificios, narrativas, mitos y simbología sobre los cuales se cimienta el sentimiento nacional, un pasado común creado a conveniencia de las élites para naturalizar la existencia de los Estados-nación y legitimar la administración que -sobre los individuos y el territorio- se efectúa (Hobsbawm, 1998, Koning, 1994). La identidad nacional entonces como construcción social (Anderson, 1991) y arraigada en el territorio bajo parámetros homogeneizadores configura una etnicidad ficticia (Silveira, 1996) que, al igual que la identidad personal, se desarrolla fundamentalmente a partir de la compleja relación con la alteridad.

Con respecto a las relaciones *ego-alter*, cabe resaltar que para el individuo aquello que le es conocido y compartido -su propia realidad y los sujetos con quienes la configura- tiende a generarle sentimientos de preferencia y privilegio (incluso de benevolencia como la solidaridad intra-grupal) ya que en ello se deposita todo lo que para él es valioso e importante (Tajfel, 1974). Los referentes de identidad generan la sensación de estabilidad y fiabilidad puesto que en *el sistema-mundo conocido*, pese a las contingencias y hostilidades intra-sistémicas, los individuos caminan sobre mayores certezas, dan pasos más firmes, no se sienten a la deriva ni desorientados, ante las dificultades poseen referentes para superarlos, en fin, es una *realidad compartida* que genera mayor confianza en el desarrollo del proceso vital. Por su parte, lo “otro”, lo diferente, lo desconocido, despierta incertidumbres ya que cuestiona la realidad conocida, representa por lo tanto una confrontación con las certezas y la estabilidad sobre la cual el individuo camina, el *miedo* surge como sentimiento orientador en la relación con el *alter* (Duby, 1998: 49 ss), tras el cual *se podría* abrir una peligrosa puerta hacia el desprecio, la indiferencia, el odio, hacia un permanente *estado de guerra* con el otro en sentido hobbesiano.

El “otro” representa entonces una permanente *confrontación dialéctica* con la idea de unidad materializada en la nación, es un cuestionamiento constante a la identidad artificialmente creada y naturalizada para ser asumida por los “nacionales”, y por tanto, el extraño se representa institucionalmente como una *amenaza* latente para el orden establecido en el Estado-nación. La alteridad concebida en estos términos, canaliza la incertidumbre hacia la desconfianza y con ello surge el temor, el miedo al “otro” y el deseo de imponerse a él, de despreciarlo para no ser por él absorbido, de someterlo para no ser por él sometido. En consecuencia, cuando la desconfianza y el temor son la base *epistemológica* en el encuentro con el “otro”, cuando se asume al “extraño” como un contendor y una constante amenaza, la relación intersubjetiva es evidentemente conflictiva, y pese a ello podría resolverse por vía pacífica, incluyente, dialógica y no necesariamente de forma violenta-excluyente, pues conflicto no es violencia (Galtung, 1985).

En este sentido, los flujos migratorios a escala global, trascendiendo las dinámicas económicas, han extendido e intensificado los dilemas identitarios en los sujetos y en las instituciones, siendo de suma importancia analizar, evaluar y re-pensar la relación ego-alter y el correspondiente *conflicto social* en sociedades que –al menos formalmente- pretenden acoger los derechos humanos como base axiológica y de legitimación de sus acciones políticas y sociales. Tener como marco de referencia los derechos humanos ya sugiere la aplicación de una razonabilidad que supera intereses egoístas y emociones/pasiones/valoraciones subjetivas a la hora de relacionarse con la alteridad en un común compartido que es el respeto a la dignidad humana.

El Estado como aparato político-administrativo en su aspiración de legitimar sus acciones a la luz de los derechos humanos debe orientarse por principios rectores que se aparten de emociones subjetivas, pues los hechos demuestran permanentemente con lamentable suficiencia los perversos efectos del rechazo y desprecio al *alter*, de la negación de su humanidad, de la segregación y discriminación de lo diferente, ya sea a partir de su consagración legal o como configuración de estereotipos sociales y culturales ampliamente extendidos que degradan la condición del “otro” y que se materializan mediante motes o calificativos despectivos y humillantes.

Es precisamente luego de la devastadora Segunda Guerra Mundial -estandarte por antonomasia del odio y desprecio a la alteridad- que los Estados, reconociendo la barbarie cometida y en aras de no volver a repetirla, acuerdan la creación de los *instrumentos internacionales para la protección de “derechos fundamentales”*². Bajo las dinámicas de la posguerra y la guerra fría, Occidente recibió mayoritariamente refugiados provenientes de Europa del Este; pretendía demostrar con ello una aparente generosidad de corte liberal-capitalista, y por tanto, los países que salieron ilesos de la Segunda Guerra Mundial, en plena expansión económica -Estados Unidos, Canadá, Australia e Israel- se beneficiaron de la llegada de mano de obra, cualificada y no cualificada.

Como respuesta institucional -asumiendo un carácter marcadamente jurídico-liberal- la regulación de los flujos migratorios parte de la premisa westfaliana que determina que cada Estado debe adoptar una política de migración haciendo uso de sus potestades soberanas estableciendo discrecionalmente qué sujetos son aptos para ingresar en su territorio. Sin embargo, estas facultades no son absolutas, ya que los criterios de selección y exclusión que se adoptan *soberanamente* no pueden soportarse en motivaciones que contraríen los principios liberales democráticos. Consecuentemente, existen *países de acogida* que tienen

² Además de consagrarse la *universalidad* de los derechos humanos desde la Carta de Naciones Unidas (1945), en materia de inmigración, en el artículo 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948) se evoca un derecho a la *emigración*, aunque carente de un recíproco *deber de acogida* del país receptor. En cambio, los Estados asumieron el compromiso de brindar *refugio* a quien acreditase sufrir persecución o encontrarse en condiciones de peligro inminente para la vida (Art. 14 DUDH).

una política amplia y receptiva hacia el inmigrante potencial, y por otro lado existen *países fortaleza*. Así entonces, desde esta perspectiva liberal en la que se enmarca el derecho internacional de los derechos humanos, si bien los criterios de selección y de exclusión deben regularse con sumo cuidado para no caer en discriminaciones raciales, étnicas, de sexo o religión, no se cuestiona que se utilicen otros baremos discriminatorios (Carens, 2002; Vidal, 2014).

Se debe tener en cuenta que durante las décadas de los 70s y 80s tuvieron desarrollo intensos conflictos socio-políticos y militares en Asia, África y América Latina que producen un incremento de las demandas de asilo desde el “tercer mundo”, al tiempo que se potencia una movilidad laboral de inmigrantes, dirigiéndose ambos grupos hacia las zonas geográficas en las que se concentra el capital. Simultáneamente a este movimiento de migrantes y refugiados se produce un cambio en la economía capitalista industrial, la cual entra en crisis, comenzando a decaer el proceso productivo en los países europeos más desarrollados y dándose paso a la intensificación del mercado financiero global.

Los países industrializados son los primeros en sentir el embate, y ante altas tasas de desocupación emerge la *directriz prohibicionista* de los flujos migratorios (De Giorgi, 2012: 144). Por su parte, en los países del sur de Europa –España, Portugal, Italia y Grecia– las negativas repercusiones económicas acontecen con cierto retraso, por tanto, será hasta finales de los 80s y comienzos de los 90s que pasan de ser exportadores de mano de obra para convertirse en grandes importadores; ante tales circunstancias, adoptan igualmente una *legislación prohibicionista*; pues para el Estado nación sigue habiendo una clara división entre nosotros, los nuestros y ellos –*la alteridad*–, útiles en determinadas condiciones y circunstancias, y prescindibles para otras, aunque siempre imprescindibles para la remarcación de la unidad nacional y el statu quo.

2.- Enfoque de la política de inmigración en España a través de su evolución normativa.

En este contexto, España promulga la LO 7/1985 *de 1 de julio* (reglamentada por el RD 1119/1986 *de 26 de mayo*) dejando atrás el modelo de gestión migratoria heredero del franquismo e inaugurando un nuevo régimen de extranjería ajustado al artículo 13.1³ de la Constitución Española. Esta ley, pese a denominarse “*de Derechos y libertades de los extranjeros*”, se centraba más en castigar y reprimir infracciones administrativas que en reconocer el goce de derechos y libertades a los extranjeros. Asimismo, ordenaba aplicar medidas conducentes a la expulsión, el rechazo o la devolución, según el caso, de aquellos en situación “irregular” mediante la intensificación del control policial en las fronteras, acompañado de la estricta exigencia del visado.

³Artículo 13.1: “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente *Título en los términos que establezcan los tratados y la ley*”[la cursiva es nuestra]. Se pone de manifiesto entonces una clara maleabilidad a rango constitucional frente a los derechos de los inmigrantes en España.

Es importante tener en cuenta que al comenzar la década de los 90s la inmigración se asume como un fenómeno de dimensiones intergubernamentales, y por tanto, tras la constitución de la Unión Europea se inicia el proceso de integración regional y eliminación de las fronteras internas para evitar la inmigración incontrolada unificando criterios sobre extranjeros no comunitarios, mediante la aprobación del *Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen*⁴. Tenemos entonces una transformación del concepto ciudadano-nacional. Esta regulación jurídica concretiza una nueva categoría de personas, el ciudadano-comunitario, conformado por los sujetos nacidos al interior de la Europa Fortaleza. En oposición a este “nosotros” se configura un “alter” ahora denominado “extracomunitario”.

El plan europeo abogaba por un proceso de integración regional político-económico. Con ello, la clásica concepción de las fronteras internas que delimitaron esos Estados nación, pareciera que se quiebra y se transforma. Sin embargo, tal frontera, contrario a desaparecer se refuerza allí donde el inmigrante –extracomunitario- se encuentre. La delimitación de la vieja construcción de conceptos externo-enemigo frente a interno-amigo se invierte con la entrada de extranjeros dentro de estas fronteras internas. Se desvela entonces una *paradoja del confín* (Campesi, 2012), puesto que las fronteras ya no están delimitadas geográficamente sino que se establecen en torno a los inmigrantes particular. Abriéndose el camino de esta manera, a un control social que acentúa la mirada sobre los inmigrantes como una potencial amenaza.

Consecuentemente en el panorama europeo los agentes de control mutan, el rol antes asumido por las fuerzas militares es ocupado por agentes de policía. Instituciones dedicadas a funciones meramente administrativas pasan a tener funciones de alta prioridad entendidas como “cuestiones de Estado”, controlando la entrada, permanencia y denegación de permisos a los inmigrantes, además de una labor intensa de persecución y búsqueda de los peyorativamente denominados “ilegales”⁵. El revestimiento del poder administrativo con potestades superlativas para las que no fue creado produce un trasvase del ordenamiento jurídico penal al administrativo, invirtiéndose la clásica división orden público como política exterior (amenaza externa) y orden interno (control interno) (Campesi, 2012:2 ss.);

⁴ Se establecieron además, normas comunes en materia de visados, derechos de asilo, controles de fronteras exteriores y cooperación policial y aduanera para permitir la libre circulación de las personas de todos los países *signatarios*, remarcando la salvedad de que esta libre circulación se realizaba sin que por ello, se ponga en peligro el orden público. Ante esto surgen entonces como nuevos retos, unificar la información y crear una policía común.

⁵ Explican claramente esta transformación el surgimiento y evolución del *Grupo Trevi*, el cual nace de manera informal en 1976 –al margen de organismos internacionales oficiales- integrado por los Ministros de Interior o Justicia de los Estados miembros. Inicialmente sus funciones eran las de diseñar acciones conjuntas en la lucha anti terrorista –tema de orden público por excelencia-, pero a finales de la década de los ochenta pasa a ocuparse de la inmigración que se convierte en su mayor preocupación y eleva el fenómeno migratorio a un asunto de seguridad nacional. “Frontera exterior, flexible y segura” fue su lema, *abriéndose camino la persecución declarada al otro indeseable*

ya que al inmigrante hasta ahora indeseado, bajo el contexto de la guerra anti-terrorista, se le empieza a asemejar con el “enemigo” persiguiéndole firmemente dentro del territorio.

En general, por una parte se extienden políticas migratorias restrictivas que someten a los solicitantes a un proceso incierto y excesivamente burocrático (tanto para los solicitantes de asilo como para el resto de inmigrantes); por otro lado, esta regulación no sólo implica la denegación de la entrada o residencia de extranjeros, sino, además, la degradación progresiva de las condiciones materiales y derechos de los que ya se encontraban viviendo en estos países. Esto debido principalmente a que -ante una racionalidad marcadamente utilitarista propia del modelo neoliberal- *los flujos migratorios son regulados condicionalmente a partir de la capacidad de absorción del mercado laboral; la instrumentalización de la alteridad se hace ley de inmigración.*

Ajustándose a esta línea, en España, además de potenciar la expulsión y el control fronterizo con la exigencia del visado, se individualizó el estudio de las solicitudes de asilo, por lo tanto con la Reforma Parcial del Asilo mediante la L 9/1994 *de 19 de mayo* y el RD 203/1995 *de 10 de febrero* disminuyó notablemente el número de concesiones de asilo. Posteriormente, la Reforma del Reglamento de Extranjería adoptada mediante el RD 155/1996 *de 2 de Febrero* atenuó la dureza de la ley “introduciendo el permiso de residencia permanente, el reconocimiento de un conjunto mínimo de derechos y suavizando algunas de las previsiones más duras sobre expulsión” (Boza, 2012:20).

Por su parte, el Código Penal de 1995 no tenía respuestas al complicado entramado del tráfico de inmigrantes, existía un vacío normativo en la regulación del tráfico de personas con fines de explotación sexual y todos los supuestos relacionados con la inmigración se resolvían solamente mediante los artículos 312 y 313 del título “*de los delitos contra los derechos de los trabajadores*”. Es claro que no estaba en la agenda política atender -bajo un enfoque de derechos- las deplorables condiciones que miles de inmigrantes -ahora declarados expresamente como extracomunitarios- debían padecer como *víctimas de grandes flagelos*.

Cabe destacar que finalizando esta década se firman los *Acuerdos de Tempere el 15 y 16 de octubre de 1999*, bajo los cuales se crea un espacio denominado de “libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”, contemplando a los inmigrantes procedentes de otros países como sujetos de derechos y obligaciones al nivel de los ciudadanos comunitarios, abogando en todo caso, por su “integración social”. Hay que remarcar que las políticas de *integración* a nivel Europeo están previstas para los inmigrantes que entran dentro de la categoría de regulares; en cambio, sobre el extranjero que no alcanza dicha categoría recaen todos los mecanismos de restricción de entrada, y para quienes hayan conseguido traspasar estos mecanismos y se encuentren en territorio europeo de manera irregular, la estrategia pasa a elevarse a cuestión de orden público, a través de la lucha contra el tráfico de personas y la inmigración clandestina (Vidal, 2014:325).

Ante el crecimiento acelerado de los flujos migratorios a comienzos del siglo XXI, en España varios grupos parlamentarios de la oposición presentaron una iniciativa en materia de inmigración, cuyo texto final se aprueba después de un convulsionado proceso

parlamentario ya que no contó con el apoyo del Partido del gobierno conservador; aprobándose entonces la denominada LO 4/2000 *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*.

Como afirma Sagarra (2002:130) “esta ley nació en realidad muerta” ya que el gobierno del Partido Popular incluyó en el programa electoral de su segundo gobierno la reforma de esta Ley por considerarla abierta y laxa en materia de derechos y libertades de los extranjeros. En efecto, se aproximaba a ser una norma garantista orientada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, asimismo se buscaba la regularización de la inmigración conforme a los compromisos establecidos por España en los *Acuerdos de Tempere*⁶. Sin embargo, según argumentos del gobierno, la LO 4/2000 dispararía los flujos migratorios hacia España, reforzando su mensaje con discursos políticos que, con el auspicio de los medios de comunicación, generaron pánico y alarma social entre los ciudadanos españoles.

Con la promulgación de la LO 08/2000 de 22 de diciembre, el gobierno del Partido Popular dio cumplimiento a su propuesta electoral adoptando una reforma que “trasciende el perfeccionamiento técnico del texto legal” (Pérez, 2006:26), cambiando de orientación general la normatividad en materia de inmigración, reduciendo algunos derechos establecidos en la ley anterior, endureciendo los mecanismos de control migratorio y el régimen sancionador para la inmigración ilegal. Se genera entonces, un excesivo distanciamiento entre las categorías del inmigrante “regular” del “irregular”, ofreciendo un catálogo de derechos condicionado por la situación administrativa que ostente el inmigrante dentro del territorio español; con esto surge dentro del alter/extracomunitario, un *subalter*, aquél que se encuentra en situación de irregularidad.

Con esta reforma se consolidó el nuevo *estatuto jurídico del extranjero irregular empadronado*, registro que se convirtió en el único medio probatorio válido para acceder a la sanidad pública y a la educación. Se instauró además, un sistema de regularización permanente de extranjeros en situación irregular, estableciéndose el arraigo como una forma válida para hacerlo. Y el *sistema de contingentes*⁷ se convirtió en un auténtico -casi exclusivo- mecanismo de entrada regular, es decir, se *laboralizó* el régimen de extranjería, vinculando el permiso de residencia a la existencia de una oferta/contrato de trabajo (Boza, 2012:22). Esta regularización de extranjeros que llegaban a España a trabajar se corresponde con es la lógica instrumental en la relación con *el otro* -inmigrante extracomunitario-, ya que había una “burbuja inmobiliaria” por construir.

⁶ En materia de derechos sociales, por ejemplo, esta ley equiparaba los derechos de los nacionales con los derechos de los extranjeros, incluso con aquellos que no estuvieran regularizados, bastando con estar registrado en el padrón municipal. “Si bien introdujo restricciones en algunos derechos de los extranjeros regularizados, mantuvo algunos derechos sociales importantes, extensibles a todos los extranjeros, principalmente el derecho a la educación obligatoria y a la asistencia sanitaria” (Seara, 2010:369).

⁷ Mecanismo institucional para regular la entrada legal de personas trabajadoras en España. Consiste en la aprobación anual de un número determinado de puestos de trabajo, clasificados según la actividad y zona geográfica, que podrán ser cubiertos por personas trabajadoras seleccionadas en sus países de origen.

Entre los cambios fundamentales de esta reforma cabe destacar la ampliación de supuestos que permiten la expulsión, la introducción de un procedimiento sumario, se endurecen los requisitos necesarios para la regulación de los ciudadanos que se encuentran ya en el territorio español, y en general, se concede un nivel muy alto de discrecionalidad al gobierno a la hora de decidir sobre la situación de los extranjeros que se encuentran en España (Viana, 2012: 312ss). Es preciso resaltar que la LO 08/2000 se distancia de la Directiva 2000/43 *de 29 de Julio* del Consejo de Europa, en lo relativo al principio de igualdad en el trato de las personas con independencia de su origen racial o étnico.

Siguiendo la lógica de la Ley Orgánica, el RD 864/2001 de 20 de julio permitió prácticas administrativas que estaban orientadas a dificultar las condiciones de residencia y trabajo de los extranjeros con el fin de reducir los flujos migratorios (Boza, 2012:22). Así mismo, se crea el *Registro Central de Extranjeros* bajo la administración de la Dirección General de la Policía, concentrando la información de todos los extranjeros que han tenido algún contacto con la policía.

Posteriormente, en la exposición de motivos de la LO 11/2003 de 29 de Septiembre se manifiesta que “se pretende acoger la Decisión Marco 2002/946/JAI del 28 de noviembre de 2002 del Consejo de la Unión Europea que insta a modificar el marco penal para la lucha contra el auspicio a la entrada, regulación y estancias irregulares de los extranjeros”, modificando de esta manera los apartados 1, 2 y 3 del artículo 89 y 108 del Código Penal, consolidando la expulsión en el caso de los inmigrantes en situación irregular. Pasados tan sólo dos meses se promulga además la LO 14/2003 de 20 de Noviembre que refuerza los instrumentos de control de extranjeros exigiendo la comparecencia personal para la obtención del visado, introduciendo sanciones por el retraso en la tramitación de la tarjeta de identificación y restringiendo la reagrupación familiar. Esta ley permite además el acceso policial sin consentimiento previo del inmigrante a los datos del padrón municipal, acceso a datos de la seguridad social y de hacienda, excluyendo de esta manera al *alter – extracomunitario-* del derecho a la intimidad consagrado en la Ley de Protección de datos.

Si bien estas modificaciones no afectaron la estructura contenida en la LO 8/2000, sí representaron una transformación profunda en el régimen de infracciones y sanciones en materia de extranjería, reforzando los medios e instrumentos para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de personas.

Por su parte el RD 2393/2004 de 30 de diciembre se enfocó en hacer eficaces los procedimientos ya establecidos para reducir la irregularidad, y por tanto, amplió los mecanismos permanentes de regularización por arraigo (laboral, familiar, social y por razones humanitarias), instrumento que la ley anterior permitía pero que en la práctica administrativa se limitaba al máximo (Boza, 2012:24).

Es importante subrayar que las sentencias 236/2007 de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de diciembre declaran *inconstitucional* la exigencia que la LO 8/2000 hace a los extranjeros de cumplir el requisito de residencia legal para poder ejercer los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, por considerarla una restricción injustificada,

reconociendo que esta categoría de derechos alcanzan a todas las personas por el hecho de serlo.

Debido a las diversas declaraciones de inconstitucionalidad se promulga la LO 2/2009 de 11 de diciembre, reglamentada posteriormente por el RD 557/2011, estableciendo un bloque de principios que sirven como base axiológica y jurídica para dar forma al sistema inmigratorio español, configurándose con ello una serie de lineamientos de carácter normativo sobre la cual las Administraciones Públicas deben fundar el ejercicio de sus competencias en materia de inmigración. Esta norma puede definirse por dos aspectos, por un lado determina el acervo jurídico mínimo y obligatorio que deben tener en cuenta las Administraciones, por el otro, deja un margen importante para la discrecionalidad en la regulación y actuación administrativa (Viana, 2012:45). El legislador indicó el conjunto de principios que la Administración debía respetar en todas sus decisiones pero no las posibles relaciones de precedencia entre ellos; por lo tanto, la protección de los principios mencionados no quedan a discreción de la Administración, pero sí, en cambio, la debida ponderación en cada uno de los casos que particularmente se reglamentan.

Se encuentran modificaciones favorables a los extranjeros como el permiso de trabajo para familiares reagrupados y a las parejas de hecho, se establece la protección de víctimas de violencia de género, y se manifiesta formalmente la igualdad entre nacionales y extranjeros, incluso de los que están en situación de “irregularidad” (Boza, 2012:30) En sentido contrario, se establecen una serie de ajustes de carácter restrictivo en el acceso a las ayudas en materia de vivienda, reagrupación de ascendientes y en la regulación de nuevos supuestos de infracciones.

Además del cumplimiento de *requisitos objetivos* para la obtención o ampliación de los permisos de estancia, residencia o nacionalidad, tales como hallarse vinculado al mercado laboral, cumplir con un determinado tiempo de residencia, y la ausencia de antecedentes penales, -es importante subrayar que- se adopta el concepto de *integración social*⁸ como principio a partir del cual se evalúa la concesión de autorizaciones por arraigo y la renovación de las autorizaciones de residencia temporal⁹. En consecuencia el inmigrante no comunitario -el alter- debe demostrar sus esfuerzos por “integrarse a España”; estamos

⁸ Se reconocen como factores esenciales de integración social el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, así como la incorporación al sistema educativo, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales, y el acceso al empleo. (Art 2 Ter. LO 2/2009).

⁹ “A los efectos de dicha renovación, se valorará especialmente el esfuerzo de integración del extranjero que aconseje su renovación, acreditado mediante un informe positivo de la Comunidad Autónoma que certifique la asistencia a las acciones formativas contempladas en el artículo 2 ter de esta Ley.” (Art. 31.7. b). LO 2/2009).

entonces ante un claro requisito de marcado carácter *subjetivo*, pues será finalmente la Administración, la que tendrá la facultad de conceder o denegar las renovaciones de acuerdo a lo que en cada caso en particular interprete y aplique como “correcta integración”. Tal vez conscientes de ello, para atenuar o minimizar el impacto de este nuevo componente, el Reglamento le atribuye el carácter de “informes de integración no obligatorios” o “aportaciones voluntarias”, sin embargo en la práctica, se fueron consolidando como requisitos de suma relevancia en el proceso administrativo.

3.- Configuración del control penal sobre el inmigrante extracomunitario.

Ante la transición del *modelo fordista* al *modelo postfordista* se generan cambios en las respuestas institucionales frente al delito (De Giorgi, 2006), y -bajo una racionalidad instrumental y el rigor economicista del neoliberalismo- se impone la *administración de riesgos* en materia de *seguridad ciudadana*. En este mismo sentido, la finalidad de la pena deja de ser la reintegración social del delincuente enfocándose ahora en la retribución por el daño causado bajo la intimidación y sobre todo la neutralización.

El control preventivo de conductas trae en consecuencia la mutación de un *modelo policial reactivo*, aquel cuya intervención se fundamenta en dar respuesta a un determinado acto, al *modelo policial proactivo* el cual se enfoca en la intervención previa al delito (Baratta, 1997). Cabe resaltar en este punto que la acción policial preventiva y de control social recae preferentemente sobre los grupos formados por delincuentes habituales, además de drogadictos, prostitutas, pandilleros, mendigos sin techo en concreto, sobre los grupos excluidos y marginados socioeconómicamente (Baratta 1997, Daunis 2009). En este punto, entran en escena los inmigrantes irregulares, a quienes por negárseles el derecho al trabajo formal son colocados en el paradigma de la excedencia de las sociedades industrializadas (De Giorgi, 2006). La división excluyente entre nacionales e inmigrantes irregulares se acentúa en términos de marginalización y represión de la alteridad

Pero esta excedencia no es despreciable para la economía post-fordista, sea predeterminado o no, la cuestión es que una desterritorialización de la producción y el consumo creó una movilidad laboral globalizada que condujo esta excedencia a Europa y otros países post-industriales. La exclusión del mercado formal del inmigrante irregular lo hace más vulnerable, obligándolo a aceptar trabajos más precarizados de los cuales depende la economía flexible. Su criminalización y persecución acentúan la desprotección laboral; incluso si aún no se le puede aprovechar como fuerza de trabajo, será instrumento para el lucrativo negocio del encarcelamiento masivo (De Giorgi, 2012).

Teniendo presente que tras la guerra del golfo pérsico se intensificó la preocupación por las oleadas terroristas de signo pro-iraquí y en general del fundamentalismo islámico, se generó un proceso en el que terrorismo e inmigración se convierten en sinónimos poniéndose de manifiesto la antagónica relación entre el denominado mundo civilizado y el mundo incivilizado, entre nosotros y ellos. El fenómeno de la inmigración despierta

entonces gran preocupación en la opinión pública, la cual es canalizada por los medios de comunicación y ocupa un lugar preferente en la agenda del gobierno. Por su parte, los partidos políticos han usado el control de los flujos migratorios como herramienta para obtener réditos electorales, logrando captar los miedos e inseguridades de la ciudadanía, ofreciendo a cambio mayor control y seguridad, que a efectos prácticos se materializa en una política de inmigración de tolerancia cero.

En consecuencia se aplica el *derecho penal del enemigo*, perspectiva político-criminal en la que se sitúan a los diferentes colectivos que representan un potencial riesgo para la sana y armónica convivencia. “Quien por principio se conduce de modo desviado (...) no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo” (Jakobs, 2014). Es decir, frente a los individuos que no acatan las reglas básicas de convivencia, el Estado debe responder con un derecho penal diferente al del común de los ciudadanos (diferenciando libertades y garantías), llegando al punto inclusive de incriminar conductas meramente simbólicas en lugar de hechos propiamente dichos. Se atenta así contra los principio de legalidad y proporcionalidad hasta el punto de conducir hacia un derecho penal de autor.¹⁰

Sin embargo no sólo basta ahora con perseguir las conductas delictivas, sino que, además se pretende conservar la “correcta habitabilidad” y el orden público (Swaaningen, 2005:3), ya que se presume imperativamente que *una ventana rota o una conducta desviada es la puerta a la criminalidad*. En consecuencia, en la desesperada búsqueda de un mayor control de estos “supuestos” riesgos, se flexibilizan las garantías y principios penales, dando pie a lo que se conoce como derecho penal actuarial, o *derecho penal de la seguridad*. De esta manera, se usa la herramienta del sistema penal, como único mecanismo para solucionar los conflictos sociales, dejando de lado otros mecanismos menos coercitivos y que podrían llegar a ser mucho más eficaces.

Además de la instrumentalización, marginalización y precarización de los derechos, libertades y condiciones de vida que implican toda esta configuración institucional frente al inmigrante extracomunitario, por otro lado, la ciudadanía es conducida a creer que esta alteridad es el principal causante de la inestabilidad socio-económica que tiene lugar en España a finales de la primera década del siglo XXI, acusándolo de ser el responsable del recorte de derechos y prerrogativas sociales –de los nacionales-, de ser una amenaza para el mercado laboral, de abusar de los recursos y servicios públicos, de generar problemas de convivencia al no estar *correctamente integrados* en la sociedad española, pero sobre todo, de causar problemas de violencia e inseguridad (Brandariz, 2011, Silveira, 2007). Bajo la estrecha connivencia entre medios de comunicación y partidos políticos se configura una serie de prejuicios y mitos que posicionan al inmigrante, y especialmente al irregular, como un sujeto potencialmente peligroso, logrando legitimar de esta manera no sólo la

¹⁰ En este sentido, la “resocialización” como finalidad de la pena, se vuelve entonces inviable, buscando entonces alejar al individuo el máximo tiempo posible de la sociedad, o en otras palabras, neutralizarlo.

intervención del derecho penal sino también reforzando el papel del poder policial al servicio del control social para el orden y la unidad nacional amenazado por el inmigrante extracomunitario.

Presa de la sensación de inseguridad, la ciudadanía -desinformada, manipulada y acrítica- pedirá un incremento punitivo –penal o extrapenal- hacia el inmigrante y la respuesta política condescendiente triunfará como slogan de campañas electorales y de búsqueda de consenso político por parte de los gobiernos de turno, que se traducirá en prácticas legales excesivas y extralimitadas. Este proceso se puede analizar bajo la llamada “Societal Security” o “concepto securitización”¹¹ ya que transforma un fenómeno -en este caso la inmigración- en “un problema de seguridad con total independencia de su naturaleza objetiva o de la relevancia específica de la supuesta amenaza” (Campesi 2012, 5).

Se configura entonces una *legislación simbólica y de guerra* (Navarro 2006, 249); *Simbólica* ya que se genera con el único fin de tranquilizar la conciencia colectiva ante la sensación de inseguridad, transmitiéndole a la comunidad “soluciones” que se enfocan simplemente en la promulgación de normas -ciertamente ineficaces-; y de *guerra*, ya que se fundamenta en el derecho penal del enemigo, en forma explícita hacia el inmigrante-terrorista, y de forma implícita hacia el inmigrante-irregular, a través de la figura de la expulsión tanto en el ordenamiento jurídico administrativo como en el penal, que buscan aislar y neutralizar, antes que reconocerlos como sujetos de derechos poseedores de libertades y garantías, al mismo nivel que el resto de los ciudadanos.

4.- Control social del inmigrante en España: Expulsión e internamiento.

La expulsión administrativa tendrá lugar cuando el inmigrante cometa algunas de las infracciones previstas en la Ley de Extranjería¹²(LEX). De esta manera la Administración

¹¹ El concepto de securitización es definido ante cualquier fenómeno que sea tratado como grupo de riesgo, llámese inmigrante, llámese delincuencia común, o más aún, inmigrante/delincuente.

¹² Algunas de las infracciones graves: se describe el supuesto más habitual, que es estar irregularmente más de tres meses. Le sigue trabajar sin residencia válida o con ella pero que no permita trabajar. Ocultación dolosa o falsedad grave para adquirir los permisos. Incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población. La participación por el extranjero de las conductas contrarias al orden público previstas como graves LSC 1/1992. Las infracciones muy graves: son en primer lugar, conductas valoradas bajo criterios de alteración del orden público, seguridad nacional o seguridad pública, inyectadas por otras tantas conductas provenientes de la Ley de Seguridad Ciudadana, igual de subjetivas y arbitrarias, que además incluye el supuesto de infracciones graves que concurren con los parámetros de “riesgo” o “peligro”. Le siguen conductas asociadas con inmigración clandestina; conductas discriminatorias; contratar trabajadores sin permiso de trabajo con ánimo de lucro prometerles trabajo, o simular una relación laboral; y la reincidencia de tres infracciones graves durante el año anterior. Vinculación con causas penales: cuando el extranjero tenga condenas, dentro o fuera del país, pero que en España sea sancionada con pena privativa de libertad de más de un año; ser extranjeros procesado o imputados en proceso judicial por delito o falta por el que la ley de España prevea pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza. Y en cualquier caso de proceso penal, el juez

“podrá”[sic] sancionar con multa o de manera sustitutiva con la expulsión, conforme con los principios de proporcionalidad, culpabilidad, valoración del daño y del riesgo, debiendo constar todo ello de forma motivada en el correspondiente expediente administrativo. Si bien la Administración tiene la facultad de dictar órdenes de expulsión a petición del órgano policial amparándose en el margen de discrecionalidad propio de los actos administrativos, se suele no tener en cuenta el resto de las exigencias que la LEX contempla, ni los principios básicos de la potestad sancionadora, aun cuando quien la ejerza sea la propia administración.

En otro sentido, en la STS de 9 de diciembre de 2005 rec. 5824/2002 se afirma que la regla general es la multa, y la excepción es la expulsión, pese a que en el Reglamento se sugiere lo contrario. Posteriores sentencias¹³ confirman tal criterio manifestando que la expulsión debe entenderse como la sanción más grave, por lo cual se debe motivar expresamente su elección atendiendo a los criterios antes mencionados, incluyendo informes con “datos negativos” y circunstancias personales (familiares, laborales, tiempo de residencia, etc.)¹⁴.

Claramente se observa un trato diferenciado entre los extranjeros comunitarios y los extracomunitarios, los primeros son regulados por el RD 240/2007 en el cual no se permite la expulsión salvo en casos vinculados con orden público, seguridad nacional o seguridad pública; por su parte los extracomunitarios son regulados por la LEX. Dentro de estos, los de larga duración -con residencia de más de cinco años- cuya expulsión esté en trámite la ley prevé la obligación de tomar audiencia previa. En ambos casos se hace mención a la consideración expresa de sus circunstancias familiares, laborales, sociales, tiempo de residencia, etc., cuestiones que en la LEX no se han especificado para los inmigrantes con permiso de residencia de corta duración o para los irregulares.

“podrá” autorizar a instancia del interesado, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del territorio de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹³ TC en Auto del 7 de noviembre de 2007 <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/21521>

TC en Sentencia 140/2009 de 15 de Junio <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6559>

TSJ Madrid en Sentencia 30/2014 de 16 de enero <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=6956035&links=%2230/2014%22&optimize=20140211&publicinterface=true>

¹⁴ A pesar de lo dicho, el TEDH en Demanda nº 35765/14, G.V.A.c. Reino de España, archivó el recurso de una madre que había sido expulsada teniendo una hija de meses nacida ya que España reconoció haber vulnerado el derecho a la vida familiar y a una tutela judicial efectiva, además ofreció una indemnización por el lucro cesante padecida por la recurrente., Vid. http://www.migrarconderechos.es/jurisprudenceMastertable/jurisprudencia/35765_14;jsessionid=5449953B8003ECE5197D91A8F82BFD0A

Sumado a lo anterior, la LEX amplía y exagera los supuestos de aplicación de la expulsión con lo que se disminuyen las garantías de derechos fundamentales y procedimentales mediante valoraciones arbitrarias relacionadas con orden público, riesgo o peligrosidad, la remisión a conceptos basados en alarma social y demás supuestos derivados en muchos casos de la Ley de Seguridad Ciudadana.

Estas valoraciones actúan como parámetros indeterminados y ambiguos que dirimen la adopción de dos tipos de procedimientos principales contemplados en la LEX: Por un lado, el general o *procedimiento ordinario* que tramita la orden de expulsión, previo a conceder un periodo de retiro voluntario establece plazos de defensa y motivación acreditada en el correspondiente expediente administrativo. Por otro lado, cuando el inmigrante comete las infracciones vinculadas con conductas dolosas o actividades contrarias al orden público, la seguridad nacional, relaciones diplomáticas, asimismo por cometer las infracciones muy graves de la Ley de Seguridad Ciudadana que además impliquen riesgo, la expulsión se realiza bajo un *procedimiento preferente* con consecuencias más severas; disminuyendo las garantías procedimentales, con plazos más breves (48 horas para alegar contra la propuesta de expulsión), suprimiendo el plazo de retiro voluntario, además de poder solicitar la orden de internamiento.

Los procedimientos “especiales” que contempla la LEX se basan principalmente en cuestiones vinculadas con detección temprana de entrada irregular y/o mayor vulnerabilidad. A saber, las *expulsiones sin expediente* se practican cuando el inmigrante pretende entrar ya habiendo sido previamente expulsado, mientras dure la prohibición de entrada. En los casos de extranjeros que pretendan entrar sin cumplir con los requisitos que la LEX exige, el retorno al país de origen se tramita por *denegación de entrada* y no bajo las garantías del procedimiento de expulsión.

Adicionalmente existen las *expulsiones sumarias* sólo para la zona de Ceuta y Melilla, un régimen jurídico paralelo que pretende dar legalidad a unas prácticas que hasta hace poco se realizaban sin regulación y sin conocimiento de la opinión pública. Estas prácticas salen a la luz en 2014 con el informe “Ca-minando Fronteras”¹⁵ y con la difusión de imágenes televisivas¹⁶ que registraban cómo la Policía Nacional disparaba a un grupo de inmigrantes que pretendían entrar por mar a la costa Española, tras lo cual fueron asesinadas 15 personas indefensas. Así entonces, con la última reforma de la Ley de Seguridad Ciudadana, L.O. 4/2015 se añade una disposición adicional a la LEX habilitando “el rechazo” de los inmigrantes que pretendan entrar sólo por esta zona. Se busca dar legalidad a estos crímenes de Estado (Rivera, 2014) cuando lo que se está produciendo es el trato de estas personas como si fueran *fardos*, tal como lo denuncia el informe “Rechazo en

¹⁵ Vid. <https://caminandofronteras.wordpress.com/>

¹⁶ Vid. http://www.lasexta.com/programas/sexta-columna/tragedia-ceuta-muertos-distintas-versiones-muchos-cabos-sueltos_2014022100341.html

frontera”¹⁷. Esta institucionalización del rechazo pone de manifiesto la concepción del *alter* como un *despojo* y por tanto, el ya degradado rol de extracomunitario irregular, se profundiza en estos contextos fronterizos en un trato deshumanizado.

El internamiento por su parte es una de las medidas cautelares que la Administración adopta para el cumplimiento de la expulsión. En la Directiva del Retorno 2008/115/CE de 16 de diciembre, se establece la facultad de imponer el internamiento de acuerdo a las necesidades de los Estados miembros para el cumplimiento de las políticas migratorias. Al respecto la LEX formalmente refuerza la naturaleza no penitenciaria de los Centros de Internamiento de Extranjero (CIES).¹⁸

Es importante remarcar algunas de las observaciones emitidas por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CEPT) luego de su visita en 2011¹⁹ a los dos CIES de Madrid -Aluche- y Barcelona -Zona Franca-: la falta de investigación de casos de malos tratos, la no disposición de suficiente mobiliario básico, carencia de actividades para los internos, asimismo como de personal sanitario -sobre todo especialistas, psicólogos y psiquiatras para evitar casos de suicidios-, poca preparación profesional del personal de custodia -Policía Nacional- en el trato hacia los internos, la no adopción del Protocolo de Estambul para prevención de casos de tortura y malos tratos, la falta de transparencia en el registro de celdas de aislamiento y realización de medidas de fuerza, entre otras. Estas situaciones fueron nuevamente constatadas en una posterior visita Ad hoc que la CEPT realizó en 2014²⁰. Salvo por la instauración del protocolo de Estambul sólo en el CIE de Madrid, persiste el carácter carcelario de ambos centros, tanto de su régimen interno como en el trato propiciado por las fuerzas de custodia a los internos.

La aprobación del Reglamento por el RD 162/2014 de 14 de marzo no dio respuestas a muchos de los cuestionamientos y denuncias que profesionales y colectivos sociales realizaron en cuanto a la permisibilidad con prácticas que vulneran los derechos humanos, y en determinados casos implicó un retroceso advertido en la S 807/2015 del TS²¹ del 10 de febrero, la cual anuló cuatro de sus artículos; a saber, la obligatoriedad de proporcionar

¹⁷ Vid. <http://eprints.ucm.es/29379/1/Informe%20rechazo%20en%20frontera.pdf>

¹⁸ La duración del internamiento, limitada al tiempo razonablemente necesario, no puede superar los 60 días -anteriormente a la Directiva 2008/115/CE el plazo máximo era de 40 días-.

¹⁹ Vid. <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2013-06-inf-esp.pdf>

²⁰ Vid. <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2015-19-inf-eng.pdf>

²¹ Vid. <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7327438&links=anula%20reglamento%20extranjeria&optimize=20150317&publicinterface=true>

espacios separados para familias pendientes de expulsión internadas, la prohibición de internar por la misma infracción aun cuando no se superen los 60 días, registros personales y más cuando supongan desnudos integrales, y los supuestos diferenciados que lo permitían -razones de seguridad o indicios de que el interno escondiera objetos o sustancias prohibidas-.

De esta manera, tanto *la expulsión* como *el internamiento “podrán”* adoptarse dependiendo de valores subjetivos que, sumados a la degradación de garantías y derechos de los inmigrantes, dependiendo de si son comunitarios o extracomunitarios, si son de larga o corta duración, si están presos o internados, conllevan a la utilización abusiva de la expulsión como herramienta política de control de la inmigración, mediante la creación de una “*subalteridad*” cuyo trato es cada vez más arbitrario, degradante y deshumanizado.

Ahora, visto jurídicamente, la potestad soberana y discrecional de los Estados en el control de los flujos migratorios genera una fisura en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que ha desembocado en la relativización de su universalidad, a través de órganos administrativos que –informalmente- asumen la función de control social.

Por otro lado, la expulsión conforme al artículo 89.1 del Código Penal se contempla como sustitución de pena para inmigrantes irregulares a los que se les ha impuesto la pena privativa de la libertad en un término inferior a seis años. La primera de las reformas de este apartado se realizó mediante la *L.O. 11/2003 de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social del extranjero*, la cual reemplazó el término “*podrá*” por el de “*serán sustituidas*” y eliminó el requisito de practicar la audiencia previa, salvo que el juez decida no expulsar. A pesar de ello, como se ya se ha remarcado, el criterio jurisprudencial de valorar las circunstancias personales también debe aquí tenerse en cuenta y por tanto en estricto sensu la sustitución de la pena por la expulsión no se puede considerar de aplicación automática.

La *L.O. 5/2010 de 22 de junio* por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre amplió los supuestos del artículo 89 del Código Penal, introduciendo la posibilidad de que la expulsión se aplique no sólo en el momento de la sentencia, sino también posteriormente, previa audiencia del interesado. Incluso en caso de que la condena no contemplara la pena privativa de libertad, el juez “*podrá*” ordenar el internamiento en un CIE. También se introdujo la posibilidad de acordar la expulsión en sustitución de algún beneficio penitenciario o de libertad condicional, independiente de los años de prisión. Además el art.108 del Código Penal prevé otros supuestos de expulsión para casos de medidas alternativas no privativas de libertad.

En todos estos casos, aplicados a los inmigrantes irregulares, el legislador justifica estos recursos argumentando que la condición de irregular del penado no permite la reinserción, puesto que a su salida de prisión sólo le es posible el internamiento en un CIE y por tanto, encuentra más lógico que el proceso de resocialización lo realice en su país de origen.

Cabe remarcar que este criterio se adopta en un momento de recesión económica, donde al encarcelamiento masivo –efectuado en pleno auge económico- le sigue una aplicación de

mecanismos que conducen a su vaciamiento. Para los nacionales se adoptaron medidas penales alternativas. En cambio, en el caso de los extranjeros se realizó mediante la expulsión penal (Vid. De Giorgi, 2012).

Por último, el art. 107 del Reglamento Penitenciario se aplica, a solicitud del interesado, tanto para inmigrantes comunitarios como extracomunitarios, cuando accedan a la libertad condicional y cuenten con informes favorables -incluso llegando a las dos terceras partes de la condena-.

En consecuencia, en este recorrido por el despliegue del control jurídico penal sobre el inmigrante extracomunitario puede afirmarse que existe una *zona de confluencia* entre la LEX y el Código Penal. El art. 57.2 LEX aduce como causa de expulsión el hecho de tener *condenas dolosas* previstas con pena privativa de libertad de más de un año. Es el tipo de expulsión administrativa que se aplica en la mayoría de las personas extranjeras encarceladas, ya que en términos generales más del 70% de los internos -del total de la población penitenciaria- cumplen penas superiores a tres años. Las expulsiones se tramitan por *procedimiento preferente* valorando como riesgo real el hecho de estar condenados. Si ya el plazo de alegación (48 horas) es brevísimo para un inmigrante irregular en libertad es mucho más limitado para quien está recluso; verbigracia, sólo con contactar con su abogado o equipo técnico jurídico para pasarle la notificación, además de las limitaciones lingüísticas, bajo nivel educativo, etc., la notificación del Acuerdo de expulsión ya queda en firme (Montero, 2014).

Otro caso a considerar es el del inmigrante procesado o imputado -aún no condenado- por un delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años y cuente con un expediente de expulsión (art. 57.7). En este caso, la misma LEX opera filtrándose en el derecho penal, el cual renuncia a continuar con su deber de investigar el hecho presuntamente delictivo.

Es claro entonces que el derecho penal, dando paso al administrativo, renuncia al *ius puniendi* y a toda finalidad preventiva (Daunis, 2009:228-229). Así mismo, cuando no es posible aplicar la expulsión penal del inmigrante condenado o procesado, el derecho administrativo lo efectúa a través de sus propios mecanismos (Selva, 2013:106-107).

4.- Reflexiones finales

La interesada obstinación discursivo-ideológica por la cohesión nacional desde la génesis del Estado moderno instituye y refuerza la invención de un nosotros con ethos propio, con mitos comunes, y consecuentemente emergen –formal o no, institucionalmente o no- los otros. En este sentido, se ha de asumir que la natural relación con la alteridad puede ser conflictiva, no obstante, la resolución de los mismos no tiene que ser mediante mecanismos violentos o excluyentes, inclusive la resolución no violenta y dialogante debe ser el imperativo en sociedades democráticas. Sin embargo, pese al surgimiento y desarrollo de

un ordenamiento internacional que tiene como base axiológica el respeto a la dignidad humana y los derechos humanos, en el afán de materializar la cohesión nacional – instrumento que legitima el poder soberano- los Estados refuerzan la relación ego-alter en un sentido excluyente y violento, que se materializa en –además de relaciones intersubjetivas conflictivas en sentido negativo- políticas institucionales de segregación y degradación de la dignidad humana. En este sentido se despliega entonces el control social del inmigrante-extracomunitario-irregular bajo una lógica instrumental, que en las últimas décadas se corresponde con las dinámicas de la era post-industrial, concentrando en él la mirada vigilante, excluyente, represora y punitiva.

En este ensayo se ha calificado -con modestia e ironía- como “desafortunado enfoque epistemológico” el modelo que ha orientado la relación entre el Estado con la alteridad en general, y en el particular con los inmigrantes, según su procedencia y la utilidad que puedan representar o no en momentos determinados. Subyace la ironía al referirnos a este modelo como “desafortunado” ya que realmente es el resultado de discursos y decisiones políticas, y en ese campo –donde reina el cálculo- muy poco o nada emerge fortuitamente. Por otro lado, es en extremo modesto nombrar como desafortunado un modelo que se corresponde con un orden institucional de dimensiones globales que reproduce sistemáticamente víctimas, seres humanos despojados de su dignidad y obligados a desplazarse por el mundo como parias, y no precisamente porque la caprichosa diosa Fortuna así lo haya deseado. Y que esto quede claro, no son desafortunados, son víctimas. Finalmente, a través de la modestia y la ironía empleada, se pretende entonces dejar un robusto manto de duda sobre si realmente se trata de una visión “epistemológica” o simplemente es un interesado dogma ideológico esparcido como verdad absoluta que encubre intereses políticos y económicos.

Al analizar la regulación de los flujos migratorios bajo el enfoque de la instrumentalización de la alteridad, se observa la construcción de una categorización de un *alter* degradado, el inmigrante extracomunitario, en tanto es considerado menos “persona” en comparación con un nacional o comunitario. Esta subcategoría legal, opera a modo de un régimen jurídico donde imperan razonamientos de política migratoria que arrasa con los principios de los Derechos Humanos –supuestamente de carácter universal- como la dignidad humana. Además, va constituyendo una regulación normativa expansiva a un marco infra-normativo, sumado a prácticas arbitrarias que vulneran derechos fundamentales y garantías de procedimiento de defensa jurídica, indicando márgenes de excepcionalidad. El proceso regulatorio del control de los flujos migratorios comienza funcionando bajo la potestad administrativa como una facultad propia de los Estados nación. A partir de aquí, surgen normativas nacionales y directrices internacionales que fueron construyendo, en el caso estudiado, una legislación española que mediante lagunas y textos poco específicos, cooperan en una interpretación administrativa ilimitada que no tiene en cuenta la afectación de los Derechos Humanos.

Sólo cuando excepcionalmente la vulneración de derechos fundamentales llega a instancias judiciales supremas, constitucionales o supranacionales, se consiguen interpretaciones más acordes con el conjunto de principios y derechos considerados universales. Sin embargo, el

descenso de estos criterios interpretativos jurisdiccionales no alcanza a la rectificación de las prácticas arbitrarias. Sumado a esta dificultad de disuasión, el constante reformismo acentúa más esta arbitrariedad; pese a ello las reivindicaciones de los movimientos sociales que se constituyen en la defensa de los derechos de los migrantes se mantienen incólumes.

En cuanto al inmigrante extracomunitario e irregular, se debe resaltar la coordinación de las políticas migratorias con un mensaje discursivo político y mediático, en el sentido de proteger –primero– los intereses de los nacionales, consolidando una subalteridad presentada como una amenaza y por tanto se asocia a esta inmigración con la criminalidad, convirtiendo un fenómeno social en un problema de seguridad. La construcción degradada de la figura del inmigrante esconde una verdadera necesidad para el crecimiento económico de Europa y de España, servir de mano de obra vulnerable y barata a una economía flexible que depende de ello para crecer y/o mantenerse, y que posteriormente son concentradas en una desigual distribución de las riquezas. Suele entenderse además a esta alteridad en términos de enemigo potencial, y más recientemente con el añadido de estigmatización en términos de terrorista. Cabe resaltar que el incremento de esta vulnerabilización pasa de considerar al inmigrante extracomunitario como mano de obra barata, a una persecución penal y criminalización, que coincide con un cambio en la economía que entra en recesión.

A partir de aquí, el excepcionalismo se expande y se promueven los cambios en la legislación penal a fin de dar “respuesta” a un planteo ficticio de altas tasas de criminalidad por parte de la inmigración irregular, que promueve la alarma social y conduce a las reformas de Código penal y penitenciario, renunciando a su razón de ser esencial como es la del castigo, prevención y resocialización. A su vez, se lanzan al auxilio del orden administrativo para llevar, en forma conjunta, una política de inmigración cero. Y viceversa, la administración opera en forma prioritaria en supuestos de inmigrantes procesados o penados, aplicando sus mecanismos de expulsión por encima de la potestad persecutoria del derecho penal.

En definitiva, el “desafortunado enfoque epistemológico”, trasfondo ideológico impuesto y maquillado, fue gestándose desde mucho antes que el marco de excepcionalidad que actualmente se nos presenta. Y esto también alcanza al estatus del refugiado recogido en el Convenio de Ginebra; los cientos de miles de personas que hasta aquí llegan o al menos intentan llegar, lo hacen a raíz de conflictos armados, persecuciones políticas, pobreza extrema, sequías, etc., consecuencias en que los Estados occidentales desarrollados tienen mucho que ver con sus causas. La respuesta de los Estados miembros en las inoperantes y dilatadas reuniones, buscan adjudicar cuotas de refugiados como si se tratara de una subasta de desechos; también estas derivas de la inmigración pueden ser abordados a través de los análisis brindados en este trabajo y la forma en que la ciudadanía responda (y responde), dependerá de si es capaz de superar estos discursos ideológicos de privilegios y exclusión del nosotros frente a la alteridad.

Finalmente, es importante cerrar remarcando que el encuentro con la alteridad y lo desconocido genera en el individuo (si se quiere, de forma instintiva) incertidumbre, miedo e inseguridad, estas emociones deben ser superadas por medio de la razón dialógica, por una ética discursiva que parta del reconocimiento del otro como sujeto interlocutor en un espacio compartido, pretender lo contrario sería –seguir- legitimando una ética a partir de las más viscerales y pueriles pasiones humanas.

Excluir-incluir, dialogar-segregar, recibir-rechazar, hostigar-convivir son precisamente retos que enfrentan los Estados a la hora de gestionar y administrar la multiculturalidad que habita al interior de sus fronteras, asimismo como asumir democráticamente el surgimiento de nuevas identidades y redes multidimensionales que van más allá de la esfera nacional, los crecientes flujos migratorios y la consecuente coexistencia de ciudadanos nacionales y ciudadanos extranjeros. Dicha gestión se debe efectuar en el marco del más amplio y estricto respeto a los derechos humanos -multiculturales (Santos, 2002)-, por tanto, lejos del odio, desprecio, estigmatización, criminalización y marginalización del “otro”. Más que incluir socialmente o pretender la adaptación de la alteridad al “sacro orden”, se trata de reconocer dialógicamente al otro, de aceptar la coexistencia mutua en un espacio compartido, de ser capaz de convivir en la maravillosa diversidad que la naturaleza sensatamente nos extiende.

Sin embargo, en este sentido, Todorov (1987) ya explicó magistralmente cómo la Corona de España se relacionó con la alteridad en la invasión de América, actitud que poco ha cambiado en el Reino de España pese a la distancia temporal debido principalmente a la instrumentalización del otro, lógica de la cual se despliegan relaciones institucionales e intersubjetivas basadas en el miedo, el no reconocimiento de las identidades diferentes, la deshumanización, vinculando al otro con el “mal” o lo “incivilizado”, asumiéndolo como un peligro propio de vigilar, controlar, segregar, alejar, expulsar.

Se ha señalado que ese “desafortunado enfoque epistemológico” desde el cual se ejerce el control social sobre los inmigrantes extracomunitarios responde a poderosos intereses políticos y económicos -de carácter nacional e internacional-, y entonces es propio decir aquí que, su respectivo contrapeso recae en la acción política de los movimientos sociales y de la ciudadanía crítica, para dismantelar y desarraigar el *racismo cultural* fomentado por discursos políticos (que llegan desde el pasado hasta el presente) y algunos medios de comunicación que extienden referencias/actitudes peyorativas, discriminatorias y de criminalización selectiva que han desembocado socialmente en xenofobia y hostilidad hacia ciertos grupos de inmigrantes.

Ciudadanía crítica capaz de poner en evidencia que el *racismo cultural*, la actitud discriminatoria y hostil frente al “otro” es propio de: bárbaros (Todorov, 2008) incapaces de vencer su propio miedo a lo diferente, de superar sus emociones y pasiones *animales* y alcanzar la *humanidad*, en sentido kantiano, esa que orienta las acciones por medio de la razón, y en sentido rousseauiano, como la disposición del individuo a la solidaridad y la compasión, la humanidad capaz de reconocer, dialogar y construir con el otro; seres incivilizados incapaces de comprender la existencia de un mundo inmensamente diverso

donde su realidad, su identidad y su orden son tan sólo elementos más a tener en cuenta en la esfera pública, inclusive al interior de lo que asume, o le han hecho creer, como propio, su país, su nación; necios convencidos de ser el centro del universo en un mundo multicultural e interconectado en el que las fronteras son cada vez más fugaces, en el que los vínculos identitarios trascienden patriotismos y nacionalismos; pueriles egocéntricos pretendiendo hacer hermético un mundo globalizado, cosmopolita, diverso.

BIBLIOGRAFÍA

- Anderson, B. (1991). *Imagined Communities*. London/New York: Verso.
- Bauman, Z. (1999). *Globalización. Consecuencias Humanas*. México: Fondo de Cultura Económica
- Bauman, Z. (2008). *Archipiélago de excepciones*. Madrid: Editorial Katz.
- Boza, D., Donaire, F, Moya, D. (coord.) (2012). *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*. Valencia: [Tirant lo Blanch](#).
- Campesi, G. (2012). *Migraciones, seguridad y confines en la teoría social contemporánea*. En: Revista Crítica Penal y Poder, Nº 3. Pp. 1-20
- Carens, J. (2002). *Inmigración y justicia ¿a quién dejamos pasar?* En: Revista de Filosofía Moral y Política, Vol. 26. Pp. 5-27.
- Daunis, A. (2009). *El derecho penal como herramienta de la Política Migratoria*. Granada: Editorial Comares.
- De Giorgi, A. (2005). *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*. trad. Rivera, I., Monclús, M. Barcelona: Virus.
- De Giorgi, A. (2006). *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*. trad. Brandariz, J.A. Madrid: Traficantes de sueños.
- De Giorgi, A. (2012). *Control de la inmigración, post-fordismo y menor elegibilidad: Una crítica materialista de la criminalización de la inmigración en Europa*. En: Revista Crítica Penal y Poder, Nº 2 Pp. 139-162
- De Lucas, J. (2002). *Algunas propuestas para comenzar a hablar en serio de política de inmigración*. En: De Lucas, J. y Torres, F. (Ed.) *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*. Madrid: Talasa.
- De Lucas, J. (2002). *Los inmigrantes como ciudadanos*. Madrid: Confederación Sindical de Comisiones Obreras
- De Lucas, J. et al. (2008). *Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*. Bilbao: Fundación BBVA.

- Donaire, F. J. (2012). *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Duby, G. (1995). *Año 1000, año 2000*, Santiago de Chile: Andrés Bello.
- Galtung, J. (1985). *Sobre la paz*. Barcelona: Fontamara.
- Gunther, J., Canció, M. (2014) *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas Ediciones.
- Hobsbawn, E. (1998). *Naciones y nacionalismo*. Barcelona: Crítica.
- König , H.-J. (1994). *En el camino hacia la nación. Nacionalismo en el proceso de formación del Estado y de la Nación de la Nueva Granada 1750-185*. Santafé de Bogotá: Banco de la República.
- Lancha, M. (2014). *La Directiva de retorno a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. En: Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, N° 35, Pp. 211-228.
- Monereo, J. L. (2013). *Las políticas migratorias: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras* En: Revista de Derecho Inmigratorio y Extranjería, N° 34 Pp. 209-238
- Montero, E. (2014). *La extranjería en prisión. Las distintas medidas repatriativas en el ámbito penitenciario según la clase de extranjero*. Diario La Ley, n° 8394, sección doctrina Pp 1-9
- Nussbaum, M., (1999). *Los límites del patriotismo*. Barcelona: Paidós.
- Palacios, M^a T. (2014). *Dignidad Humana para los extranjeros: aspectos normativos y jurisprudenciales en el DIDH*. En: Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, N° 35, Pp. 275-301
- Pérez, F. (2006). *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Madrid: Dykinson.
- Rivera, I. (2014). *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social. Debates en Criminología crítica y sociología jurídico-penal*. México: Siglo XXI
- Sagarra, E. (2002). *La legislación sobre extranjería e inmigración: Una lectura*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Santos, B. (2002). *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*. En: El Otro Derecho, N° 28. Bogotá Pp.59-83
- Santos, B. (2010). *Para descolonizar occidente. Más allá del pensamiento abismal*. Buenos Aires: Clacso.
- Seara, J.M. (2010). *La inmigración un fenómeno universal*. Madrid: Dykinson.
- Selma, A. (2013). *La expulsión de los extranjeros no europeos: Reflexiones críticas acerca de la indeterminación del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 de Extranjería*. En: Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, N° 34, Pp. 69-115.

- Silveira, H. (1996). *La exclusión del otro extranjero y la democracia de las diferencias*. En: Capella, Juan Ramon; Casado, Maria. *El Límite de los Derechos*, EUB.S.L., Barcelona,
- Silveira, H. (2000). *La vida en común en sociedades multiculturales (Aportaciones para un debate)*. En: Silveira, H. (Coord) *Identidades comunitarias y democracia*. Madrid: Trotta.
- Silveira, H. (2009). *Estados Expulsores y semipersonas en la Unión Europea*. En: *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, N° 43 Pp. 117-139
- Smith, A. (2001). *Nacionalismo y modernidad: un estudio crítico de las teorías recientes sobre naciones y nacionalismo*. Madrid: Istmo.
- Swaaningen, R. (2005). *La política de seguridad ciudadana en Holanda. Traficando con el miedo*. En: *Revista Española de Criminología* N°3.
- Tajfel, H. (1974). *Social identity and intergroup behaviour*. En: *Social Science Information*, N° 13, Pp. 65-93.
- Todorov, T. (1987). *La conquista de América, la cuestión del otro*. Mexico D.F.: Siglo XXI.
- Todorov, T. (2008). *El miedo a los bárbaros, más allá del choque de civilizaciones*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- Viana A. (2012). *Los principios y objetivos de la política de inmigración en España*. En: Boza, D., Donaire, F, Moya, D. (coord.). *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*. Valencia: [Tirant lo Blanch](#).
- Vidal, M. (2014) *Las nuevas minorías surgidas de la inmigración desde una perspectiva del derecho comparado*. En: *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* N° 36, Pp.323-351.