

Caroline Proner
Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Gabriel Gualano de Godoy
(Coordenadores)

MIGRAÇÕES

Políticas e Direitos Humanos
sob as perspectivas do
Brasil, Itália e Espanha

Colaboradores

Alessandra Sciurba	Heloisa Fernandes Câmara
Alessandro Riccobono	Javier de Lucas
Andrea Scitortino	Licia Siracusa
Antonio Carlos Wolkmer	Milena Petters Melo
Carolina Genovez Parreira	Omella Spataro
Cristiano Celone	Priscila Andreoti Ferreira
Danilo Garrido	Roberta Teresa di Rosa
Estefânia Maria de Queiroz Barboza	Santiago Yerga Cobos
Gabriel Gualano de Godoy	Tatyana Scheila Friedrich
Gabriele Vestri	Vanessa Oliveira Batista Bemer
Giuseppe Puma	Vera Karam de Chueiri

Curitiba
Juruá Editora
2015

Visite nossos sites na Internet
www.jurua.com.br e
www.editorialjurua.com
e-mail: editora@jurua.com.br

ISBN: 978-85-362-5068-7

JURUÁ Brasil – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 4009-3900
EDITORA Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil
Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Fone: (351) 223 710 600 –
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Editor: José Emami de Carvalho Pacheco

P965 Proner, Caroline (coord.).
Migrações: políticas e direitos humanos: sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha./ coordenação Caroline Proner, Estefânia Maria de Queiroz Barboza, Gabriel Gualano de Godoy./ Curitiba: Juruá, 2015. 448p.

1. Migração. 2. Direitos humanos. I. Barboza, Estefânia Maria de Queiroz (coord.). II Godoy, Gabriel Gualano de (coord.). III. Título.

CDD 342 (22.ed.)
CDU 342.7

000004

A PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS NO BRASIL E O PROCEDIMENTO PARA A CONCESSÃO DE REFÚGIO REFUGEES PROTECTION IN BRAZIL AND PROCEDURE FOR GRANTING OF REFUGE	Estefânia Maria de Queiroz Barboza / Priscila Andreotti Ferreira.....	167
A REGULAMENTAÇÃO DA IMIGRAÇÃO NO BRASIL E SUAS REPERCUSSÕES IMMIGRATION RULES IN BRAZIL AND ITS REPERCUSSIONS	Tatyana Scheila Friedrich.....	193
CONFLITO ARMADO INTERNO NA SÍRIA E SEU IMPACTO NO BRASIL	Gabriel Gualano de Godoy.....	211
VISIÓN GLOBAL DE LA INMIGRACIÓN BRASILEÑA EN ESPAÑA: PRINCIPIOS PARA UNA POLÍTICA MIGRATORIA	Santiago Yerga Cobos.....	219
O VOTO DO IMIGRANTE COMO MECANISMO DE INTEGRAÇÃO: UMA PERSPECTIVA COMPARADA DAS REALIDADES BRASILEIRA E ESPANHOLA	Carolina Genovez Parreira / Danilo Garrido.....	243
LA MIGRACIÓN FEMENINA, EL TRABAJO DOMÉSTICO ASALARIADO Y LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS FEMALE MIGRATIONS, DOMESTIC WORK AND VIOLATION OF HUMAN RIGHTS	Alessandra Sciarba.....	257
LA REGULACIÓN DEL EMPLEO DE LOS INMIGRANTES EM EL DECRETO LEGISLATIVO 286/1998: ENTRE LOS PROBLEMAS NO RESUELTOS Y LOS INTENTOS DE REFORMA THE REGULATION OF THE EMPLOYMENT OF IMMIGRANTS IN THE LEGISLATIVE DECREE 286/1998: UNRESOLVED ISSUES AND REFORM EFFORTS	Alessandro Riccobono.....	279
UNACCOMPANIED MIGRANT MINORS IN ITALY: A REFLECTION ON RECEPTION POLICIES AND SERVICES FOR THE PROTECTION	Roberta Teresa di Rosa.....	313
O DIREITO À LIBERDADE PESSOAL E A DETENÇÃO ADMINISTRATIVA DOS IMIGRANTES IRREGULARES E CLANDESTINOS NA ITALIA	Cristiano Celone.....	347
NON-REFOULEMENT AT SEA AND THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS O PRINCÍPIO DA NÃO DEVOLUÇÃO E A CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS	Giuseppe Puma.....	367
EL CASO HIRSI JAMAA: DERECHOS DE LOS MIGRANTES EN ALTA MAR Y CONTROL DE LAS FRONTERAS DE ACUERDO CON EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	Andrea Sciorlino.....	389
EL DERECHO PENAL DE LA INMIGRACIÓN EN ITALIA: UN EJEMPLO DE DERECHO PENAL DEL MIEDO IMMIGRATION CRIMINAL LAW IN ITALY: AN EXAMPLE OF THE CRIMINAL LAW OF FEAR	Licia Siracusa.....	407
ÍNDICE ALFABÉTICO		431

SUMÁRIO

DERECHOS HUMANOS Y POLITICAS MIGRATORIAS: ELEMENTOS PARA OTRA POLITICA <i>Javier de Lucas</i>	19
UMA CONCEPÇÃO INTERCULTURAL DOS DIREITOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO DO DIREITO A MIGRAR <i>Antonio Carlos Wolkmer</i>	63
DIREITO A MIGRAR NO MARCO DAS GARANTIAS: O CASO DO BRASIL <i>Vanessa Oliveira Batista Berner</i>	73
MIGRACIÓN Y SOBERANÍA DE LOS ESTADOS: LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE IDENTIDAD E INTEGRACIÓN <i>MIGRATION AND STATE SOVEREIGNTY: IMMIGRATION POLICY AND FUNDAMENTAL RIGHTS BETWEEN IDENTITY AND INTEGRATION</i> <i>Ornella Spataro</i>	87
LA INMIGRACIÓN EN PERSPECTIVA POSTMODERNA: REFLEXIONES SOCIO-JURÍDICAS <i>Gabriele Vestri</i>	109
DIREITOS HUMANOS EM MOVIMENTO: DESLOCAMENTOS E DESESTABILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL <i>Vera Karam de Chueiri / Heloisa Fernandes Câmara</i>	123
ENTRE IGUALDADE E DIVERSIDADE: GLOBALIZAÇÃO, MIGRAÇÕES, DIREITOS HUMANOS E RELAÇÕES INTERCULTURAIS <i>Milena Petters Melo</i>	141

TREVISANUT, Selime. *Immigrazione irregolare via mare. Diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea*. Napoli: Jovene, 2012.

TSIRLI, Marialena. *Terre, air, mer: jusqu'ou s'étend la jurisdiction de États dans le système de la convention? Quelques reflexion sur le compétence territoriale de la Cour*. En: SPIELMANN, Dean; TSIRLI, Marialena; VOYATZIS, Panayotis. *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant/ The European Convention on Human Rights, a living instrument. Liber Amicorum Judge Rozakis*, Bruxelles: Bruylant, 2011.

UNHCR. 2013 UNHCR country operations profile – Libya. Disponible en: <<http://www.unhcr.org/pages/49e485f36.html>>.

EL DERECHO PENAL DE LA INMIGRACIÓN EN ITALIA: UN EJEMPLO DE DERECHO PENAL DEL MIEDO

IMMIGRATION CRIMINAL LAW IN ITALY: AN EXAMPLE OF THE CRIMINAL LAW OF FEAR

Licia Siracusa¹

1 INTRODUCCIÓN

Antes de desarrollar brevemente algunas observaciones sobre el Derecho penal de la inmigración, quisiera, en primer lugar, realizar una aclaración terminológica: en el sistema italiano, en lugar de “Derecho penal de la inmigración” se debería hablar de “Derecho penal del inmigrante”, o más concretamente, de “Derecho penal del inmigrante irregular”.

Esta puntualización lingüística revela la “máscara” detrás de la que el legislador ha escondido el espíritu antiliberal que subyace a toda la regulación penal de la inmigración. Ésta aparece, en efecto, alejada del modelo del Derecho penal del hecho, o del Derecho penal dirigido a proteger los auténticos bienes jurídico-penales. En Italia, el Derecho penal de la inmigración es más bien un Derecho penal contra el inmigrante que posee la condición de irregular².

¹ Investigadora de Derecho Penal; Dipartimento di Scienze Giuridiche, della Società e dello Sport; Universidad de Palermo; licia.siracusa@unipa.it.

² Como acertadamente señala SPENA A., «*Iniziativa Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law*», en *Criminal law and Philosophy*, 2013.

De modo que la definición de "Derecho penal de la inmigración" podría parecer adecuada, si se utilizara para identificar el conjunto de normas penales que castigan aquellas conductas lesivas para los intereses jurídicos. Sin embargo, en el ordenamiento italiano, esta definición resulta aberrante, porque el Derecho penal italiano en este ámbito castiga meras condiciones subjetivas *contra ius*.

Esta aclaración léxica permite, desde el principio de esta breve contribución, destacar las intenciones que la inspiran: esto es, demostrar cómo detrás del escudo protector de un aparente equilibrio entre las exigencias de tutela de los derechos humanos y el interés por controlar los flujos migratorios, en realidad se esconde un Derecho penal claramente sesgado hacia la criminalización de tipos de autor socialmente peligrosos; un modelo de Derecho penal que es muy similar al paradigma del "Derecho penal del enemigo"³ -teorizado, como es sabido, para legitimar ciertas vulneraciones graves de las garantías fundamentales formuladas por el Ordenamiento penal en la lucha contra el terrorismo internacional⁴.

En efecto, los delitos relacionados con la inmigración irregular denotan una actitud criminalizante e hiperrepressiva. Se dirigen a la neutralización del inmigrante irregular, considerado un sujeto peligroso para la sociedad, en cuanto extranjero. Este enfoque hiperrepressivo está presente incluso tras las modificaciones impuestas por Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre determinados aspectos^{5,6}. Es más, las correcciones necesarias para poner en práctica las observaciones de los jueces europeos provocaron un empeoramiento global del sistema. No sólo

³ En el ámbito penal, es por todos conocido que la expresión "Derecho penal del enemigo" se debe al erudito alemán G. JAKOBS, en «*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsmissverletzung*», en *ZStW* 97, 1985, p. 753 y ss.

⁴ No hay que olvidar que una desviación peligrosa del concepto de enemigo hacia el de extranjero la contemplaba ya el erudito alemán creador del modelo en el mismo planteamiento inicial, como señala brillantemente PAGLIARO A., en «*Diritto penale del nemico*»: una costruzione illogica e pericolosa», en *Cass. pen.*, 2010, p. 2460.

⁵ Modificaciones introducidas por el Decreto Ley 89/2011, de 23 de junio, convertido en la Ley 129/2011, de 2 de agosto.

⁶ Para una descripción de las novedades introducidas por la Ley 129/2011, de 2 de agosto, lean, entre otros, el informe de la oficina del Repertorio de reseñas jurídicas del Tribunal Supremo, ANDREAZZA, G., PISTORELLI, L., 4 de julio de 2011, que se puede consultar en la página: <www.penalecontemporaneo.it>; FAVILLI, C., «*L'attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*», en *Riv. dir. int.*, 2011, p. 353 y ss.; GATTA, G. L., «*Immigrazione: approvato un decreto legge per sanare il contrasto con la direttiva rimpatri*», en página: <www.penalecontemporaneo.it>. NATALE, A. «*La direttiva 2008/115/CE. Il decreto legge di attuazione n. 89/2011*». Recientemente las primeras reflexiones en la página: <www.penalecontemporaneo.it>.

no lograron eliminar los defectos de la regulación desde el punto de vista de los propósitos y principios del Derecho penal liberal, sino que, además, han dado a este sistema de incriminación una connotación hipócrita. De hecho, a raíz de los cambios normativos introducidos después de la sentencia del Tribunal Europeo, la amenaza de pena se ha convertido en un hecho puramente simbólico, una herramienta fácil de utilizar para ejecutar la decisión política de abandonar al inmigrante marginado y en concisiones de pobreza a la suerte innoble de la expulsión forzada, o de continuar *sine die* en centros que reciben diversas denominaciones.

No se puede negar que la adecuación de la legislación nacional al Derecho comunitario no ha hecho desaparecer las exigencias inspiradoras de gran parte de la legislación penal en esta materia. Por el contrario, como se verá más adelante, la incorporación completa de la legislación supranacional ha terminado con la legitimación de las decisiones represivas del legislador italiano, recalcando los perfiles de irracionalidad respecto a las funciones de la pena⁷.

Dicho esto, en el breve espacio de este artículo se tratará de demostrar cómo las decisiones en el ordenamiento penal italiano en el ámbito de la inmigración:

- a) aparecen en conflicto con ciertos principios garantistas del Derecho penal;
- b) son sustancialmente irrazonables, valoradas de acuerdo con las funciones propias del Derecho penal, por ser incoherentes con la misma razón de ser del Derecho penal;
- c) delinear un sistema penal fundamentalmente simbólico, ya que la represión es ficticia pero, está subordinado a las exigencias del procedimiento administrativo de expulsión de los extranjeros.

2 LAS DISPOSICIONES PENALES REPRESENTATIVAS DE LA RATIO DEL "MIEDO"

La mayoría de los límites de toda la regulación penal de la inmigración – especialmente en su versión anterior a la reforma de 2011

⁷ No está de acuerdo, por tanto, con la opinión de quienes (especialmente, R. SICURELLA, en «*Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1425 y ss.) creen que las recientes intervenciones del Tribunal de Justicia en materia de Derecho penal de la inmigración demostrarían el posterior abandono de la Unión Europea de la tendencia represiva que, sin embargo, había caracterizado a la política europea pre-Lisboa.

se debe al hecho de que ha jugado un papel esencialmente sustitutivo de la política de gestión de los flujos migratorios altamente deficitaria. De hecho, en este marco de fracaso general de los instrumentos administrativos para la entrada de extranjeros en el territorio nacional, la sanción penal ha sido una respuesta demagógica y formal, utilizada para satisfacer las numerosas demandas sociales de seguridad, a su vez alimentadas por la expansión de un fenómeno que ha permanecido sustancialmente inmune a los intentos de control establecidos por el ordenamiento.

Los tipos penales en este ámbito se han concebido desde el principio como medidas simbólicas, útiles sólo para calmar el sentimiento de consternación generado por la llegada de extranjeros. Se puede afirmar, por tanto, que estas disposiciones expresan las razones del miedo, y que en este contexto del Derecho penal italiano, las razones del miedo han prevalecido sobre los razonamientos de la lógica, incluso por delante de las razones del Derecho⁸.

El breve espacio de este artículo no permite un examen detallado de todas las disposiciones penales incriminatorias en las que se pone de manifiesto la susodicha "ratio del miedo". Por esta razón, se ha decidido seleccionar únicamente determinados tipos penales, los más representativos tanto de la *ratio* inspiradora de todo el sistema como de los efectos ocasionados por la interferencia de la normativa supranacional europea, en el Derecho penal del inmigrante irregular.

- En primer lugar, se hace referencia a los delitos contemplados en el artículo 14, párrafos 5 ter y 5 quater del Texto Único sobre la Inmigración, en lo sucesivo TUIJM⁹, que incriminan respectivamente la violación de la orden de alejamiento expedida por el Jefe de la policía respecto a los inmigrantes en situación irregular; y el incumplimiento de la orden de expulsión, adoptada por el Jefe de la policía como resultado de la violación de la orden de alejamiento.

Se trata de tipos incriminatorios que han sufrido diversas variaciones. En 2002, la denominada Ley Bossi-Fini preveía para ellos el

arresto obligatorio infraganti¹⁰, que posteriormente fue declarado inconstitucional¹¹. En 2004, el legislador¹² introduce de nuevo el arresto obligatorio para la mayoría de los delitos relacionados con la inmigración ilegal. El incumplimiento de la orden de alejamiento se transformó de una falta en un delito, castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años¹³.

Como resultado de los cambios realizados por los planes de seguridad de 2008 y 2009, las dos disposiciones habían alcanzado niveles de pena particularmente altos¹⁴ en sus previsiones legislativas. Se sancionaba con prisión de seis meses a cinco años al extranjero que sin motivo justificado permaneciese ilegalmente en el territorio del Estado, violando la orden de expulsión dictada por el jefe de la policía (párrafo 5 ter) y al extranjero destinatario de la medida de expulsión a la que se refiere el apartado 5 ter y de una nueva orden de alejamiento del apartado 5 bis, que continuase ilegalmente en el territorio del Estado (párrafo 5 quater).

El monopolio de la pena privativa de libertad para castigar los meros incumplimientos de las órdenes administrativas emitidas en el marco de un procedimiento de expulsión había suscitado bastante perplejidad en la doctrina y en la jurisprudencia, en especial en cuanto a las diferencias entre la Directiva de retorno, que atribuía un papel

¹⁰ Esto demostraba la voluntad del legislador de emplear el Derecho penal para controlar la inmigración irregular, opuestamente a lo que ocurría en la originaria versión del TUIJM de 1998 que castigaba únicamente con sanción penal las conductas —más graves— de favorecimiento de la inmigración clandestina. Sobre este aspecto, Vid. VIGANÒ, F., MASERA, L., «*Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri" UE: scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*», en *Cass. pen.* 2010, p. 1410.

¹¹ Vid. Sentencia de la Corte Constitucional 223/2004, de 15 de julio de 2004.

¹² Mediante la Ley 271/2004, de 12 de noviembre.

¹³ Para un comentario de los tipos penales, así como de las modificaciones de la Ley 271/2004, Vid. CAPUTO, A., «*Diritto e procedura penale dell'immigrazione*», Torino, 2006, p. 171 y ss.

¹⁴ Para una breve reseña de estos acontecimientos, Vid. MASERA, L./VIGANÒ, F., «*Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisprudenziali*», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 573 y 574; MASERA, L., «*Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1373 y 1374;

Sobre las modificaciones de 2009, Vid. CAPUTO, A., «*Ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del Questore*», en *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, dirigido por S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, Milano, 2009, p. 273; MASERA, L., «*"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*», en *Il Pacchetto sicurezza 2009*, dirigido por O. MAZZA, F. VIGANÒ, Torino, 2009, p. 27 y ss.

⁸ A este fenómeno se alude en la expresión "tautología del miedo" acuñada por A. DAL LAGO, en «*La tautologia della paura*», en *Rass. it. soc.*, 1999, p. 5 y ss., para describir los mecanismos culturales y políticos que tienden a asociar a la inmigración toda una serie de fenómenos criminales, fuertemente lesivos del orden público y que generan inseguridad social (criminalidad organizada, desorden público etc.).

Más en general, sobre el "miedo" como paradigma cultural del mundo post-moderno, vVd. BAUM Z., «*Modernità liquida*», Roma-Bari, 2002.

⁹ Recogido en el Decreto Legislativo 286/1998, de 28 de junio.

subsidiario y marginal a las medidas privativas de libertad al inmigrante, y la medida de expulsión¹⁵.

Varios Tribunales inferiores también han señalado esta contradicción, aunque sin asumir una posición unánime en cuanto a la forma de resolverlo. Algunos han invocado el recurso en vía prejudicial al Tribunal Europeo de Justicia. Otros, en cambio, creían que era suficiente con no aplicar la normativa penal interna en conflicto con la Directiva¹⁶.

Después de este período de incertidumbre, se decidió seguir el camino de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia que fue planteada en los términos antes mencionados (es decir, del conflicto existente con la *ratio* de la Directiva de retorno desde el punto de vista de la restricción de la libertad personal de los inmigrantes irregulares), por el Tribunal de Trento ante el Tribunal de Justicia y que terminó con la famosa sentencia *El Dridi* de 2011¹⁷.

Los resultados del caso son conocidos.

La sentencia del Tribunal europeo no ha censurado radicalmente la decisión del legislador italiano de utilizar el Derecho penal como medio para hacer efectivo el procedimiento administrativo de retorno. Esta resolución sólo ha indicado los límites que el Derecho penal debe respetar en este ámbito: la protección de los derechos fundamentales de los inmigrantes – el primero de todos, el derecho a la libertad personal –; *ergo*, se recurrirá a las restricciones a la libertad personal como *ultima ratio*, sólo cuando las otras medidas aplicables en el procedimiento administrativo de expulsión resulten insuficientes¹⁸.

¹⁵ Las divergencias existentes entre la normativa penal en materia de inmigración y la Directiva de retorno han sido señaladas brillantemente por MASERA, L./VIGANO, F., «Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisprudenziali», *op. cit.*, p. 559 y ss.

¹⁶ Directamente aplicable el 24 de diciembre de 2010 una vez expirado el plazo para su adaptación.

¹⁷ Vid. la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de abril de 2011, causa C-61/2011, *El Dridi*.

¹⁸ Para un comentario de la sentencia, Vid., entre otros, FAVILLI, C., «Il reato di inotemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di giustizia», en *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 904 y ss.; MASERA, L./VIGANO, F., «Addio art. 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, *El Dridi* e sul suo impatto nell'ordinamento penale», en la página: <www.penalecontemporaneo.it>. SICURELLA, R., «Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici», *op. cit.*, p. 1430 y ss.; A. ROMANO, «Rimpatri e libertà personale dei migranti tra normativa italiana e direttiva 2008/115/CE: note al caso *El Dridi*», en *Giur. cost.*, 2012, p. 1490.

El Tribunal señaló que la Directiva subordina el uso de las medidas coercitivas al respeto de los principios de proporcionalidad y eficacia con respecto a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos y prohíbe a los Estados miembros establecer penas de privativas de libertad para remediar el fracaso de otras medidas menos coercitivas útiles para ejecutar el procedimiento de retorno. Se advertía que el art. 14, párrafos 5 ter y 5 quater del TUMM era contrario a la implantación de la Directiva, tanto en la parte en la que preveía una privación de libertad con una duración superior al límite de 18 meses impuesto por la Directiva como período máximo de restricción de la libertad personal del extranjero, como por el hecho de que no daba oportunidad de forma prioritaria a otros instrumentos menos coercitivos que la pena privativa de libertad para implementar el procedimiento de repatriación.

La sentencia *El Dridi*, sin duda, ha tenido el mérito de imponer un replanteamiento del tipo de sanciones penales que se utilizan para el castigo de los inmigrantes irregulares, y de exigir el restablecimiento de la correcta relación de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la duración de la pena, la cual había sido gravemente pisoteada en el afán represivo de plantear la amenaza de cárcel para los inmigrantes irregulares. Pero, el efecto de esta sentencia sobre el ordenamiento interno no ha ido más allá de un rediseño moderado de las opciones de sanción, en cuanto a los tipos de penas previstas¹⁹.

El Decreto-Ley 89/2011, de 23 de junio²⁰ ejecutaba la sentencia de los jueces europeos sustituyendo las penas privativas de libertad por penas de multa. Estas últimas, a su vez, pueden ser sustituidas por la

¹⁹ Esto es, a pesar de las expectativas de algunos observadores, la interferencia del Tribunal europeo tendría que haber servido para dar racionalidad a una normativa penal de la que en gran medida carecía; como se indica en SICURELLA, R., *op. ult. cit.*, p. 1445 y 1446; asimismo, MASERA, L./VIGANO, F., «Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisprudenziali», *op. cit.*, p. 593-596 y FAVILLI, C., «Il reato di divieto di reingresso alla luce della direttiva rimpatri», en *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 338-339.

Así, en el ámbito del Derecho penal, la única y "verdadera" revolución provocada por la sentencia *El Dridi* consistió en haber iniciado un animado debate sobre la naturaleza y efectos de la institución de la no aplicación en nuestro ordenamiento de la norma penal contraria a la legislación europea directamente aplicable. Sobre el tema, vid. AMALFITANO, C., «La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della c. d. "direttiva rimpatri"», en *Cass. pen.*, 2011, pp. 2792 y ss.; MASERA, L./VIGANO, F., «Addio art. 14...», *op. cit.*; GAMBARDILLA, M., «Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia *El Dridi* (direttiva "rimpatri") nell'ordinamento italiano», en la página: <www.penalecontemporaneo.it>.

expulsión, ordenada por el Juez de paz, convertido en el único juez competente en la materia²¹.

Los cambios fueron, por lo tanto, mínimos: 1º) se mantiene intacta la *ratio* de la normativa penal en este ámbito; 2º) no se han eliminado los aspectos propagandistas más despreciables, y 3º) incluso se acentúa la falta de eficacia de toda la disciplina penal.

Con respecto al punto 3º), resulta evidente que la mejor solución habría sido la de despenalizar las conductas castigadas por el art. 14 párrafos 5 ter y 5 quater del TUIMM. La decisión de castigarlas con una pena pecuniaria carece de sentido. Esta sanción ni en abstracto puede tener alguna posibilidad de lograr efectos preventivos en los inmigrantes. Éstos, por lo general, emigran a un país extranjero precisamente para mejorar sus inadecuadas condiciones económicas, sino lo es para superar una condición de una auténtica extrema necesidad. Debido a las especiales condiciones subjetivas de los destinatarios, seguramente la pena pecuniaria no será ejecutada.

En las siguientes páginas se realizará un comentario más detenido sobre tales aspectos problemáticos. En este momento nos limitamos a destacar cómo las normas incriminatorias tomadas en consideración son "preceptos" penales completamente carentes de credibilidad en cuanto a cualquier justificación y aceptación racional. En efecto, no existe un valor o interés -penalmente relevante- protegido o protegible y hacia cuya adhesión (también moral) sea posible anclar la función de promoción cultural que tales normas penales deberían desempeñar. Tampoco hay coherencia con respecto al principio de subsidiariedad de la intervención penal, considerando que pone en relieve la violación de una resolución administrativa (la orden de alejamiento del Jefe de la policía), que ya constituye en sí misma para el inmigrante una sanción más aflictiva que la multa.

Parece claro que detrás de esta opción del ordenamiento de hacer penalmente relevante el incumplimiento de una orden que a su vez impone una medida más aflictiva que la propia sanción penal (la expulsión, para ser precisos), existen razones ligadas a la necesidad de dar una "cobertura" penal a hechos que, en cambio, requerirían principalmente estrategias extrapenales de contención²².

²¹ Sobre la inadecuación de tal modificación normativa para equiparar el Derecho nacional a los estándares de la Directiva, vid. MORGANTE, G., «Le «relazioni pericolose» tra diritto penale dell'immigrazione e fonti dell'Unione europea», en *Leg. pen.*, 2012, p. 98-99; COLLICA, M. T., «Gli effetti della direttiva rimpatri sul diritto vivente», en la página: <www.penalecontemporaneo.it>.

²² El recurso a la pena pecuniaria, dadas las características de los sujetos destinatarios de la misma, priva al precepto de aquella "credibilidad" que le es necesaria para actuar

- La aplicación de la Directiva de retorno por el legislador de 2011 no ha servido para dar por concluidas las críticas suscitadas por las decisiones legislativas.

Aún más que en los hechos jurídicos censurados en la sentencia *El Dridi*, han suscitado mayor perplejidad el denominado delito de inmigración ilegal (artículo 10 bis del TUIMM) y la tristemente famosa agravante de clandestinidad. El primero -el delito de inmigración ilegal- fue acuñado por la Ley 4/2009, de 15 de julio²³; y la segunda -la agravante de clandestinidad- se introdujo con el Decreto Ley 92/2008, de 23 de mayo²⁴, convertido en la Ley 125/2008, de 24 de julio.

Las dos disposiciones comparten el mismo origen, aunque provienen de diferentes momentos. Ambas sirven para complacer las peticiones de seguridad demandadas por una parte de la opinión pública, desorientada por la difusión de un fenómeno migratorio en cierta medida desconocido históricamente -al menos con la magnitud actual- en la sociedad italiana.

Precisamente se había tratado de recurrir a la "mano dura" para corroborar la creencia de que las fuerzas políticas entonces al Gobierno serían capaces de levantar barricadas contra todos los factores de riesgo existentes para la seguridad de los ciudadanos y para el orden público²⁵.

El fuerte *vulnus* de los principios de igualdad y de ofensividad realizado por la agravante de clandestinidad ha sido anulado por la Corte Constitucional, en su sentencia 24/2010, de 8 de julio de 2010. Esta resolución declaró inconstitucional la disposición, considerada de contenido discriminatorio hacia los inmigrantes. En opinión del Tribunal, tal agravante establecía una diferenciación en el tratamiento sancionador

como instrumento de motivación, ya que, como recuerda L. EUSEBI, en «*La pena "in crisi"*», Brescia, 1989, p. 122 y 123, si bien es cierto que la función de prevención general positiva puede atribuirse al precepto penal incluso antes que la aflictividad de la sanción, también es cierto que la aflictividad no debe quitar credibilidad a la voluntad expresada por el ordenamiento de castigar una determinada conducta.

En nuestro caso, más que debido a la aflictividad de la sanción, la credibilidad del ordenamiento falta por la inutilidad de la sanción, pensada desde el principio como destinada a no aplicarse.

²³ Plan de Seguridad de 2009.

²⁴ Plan de Seguridad de 2008.

²⁵ Para la reconstrucción de tales hechos, vid. GATTA, L., «*Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestate*», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 713; MASERA, L., «*Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1375-1376.

del extranjero enfocada exclusivamente en su supuesta mayor capacidad para cometer un delito en comparación con el delincuente común, presunción que a su vez se puede obtener del hecho de que él lleva el mero *status* subjetivo de "irregular"²⁶.

La decisión era ampliamente previsible, dada la evidente contradicción con los principios fundamentales del Derecho penal: a igualdad de ofensa al bien jurídico protegido, ciertos hechos delictivos se valoraban como más graves no en cuanto calificados por un mayor desvalor (ofensivo) penal, si no sólo porque se cometían por ciertos tipos de autor – inmigrantes en situación irregular – considerados por esto mismo como más propensos a cometer un delito que los ciudadanos corrientes²⁷.

Un fallo radical de inconstitucionalidad de la agravante era bastante predecible. En cambio, no era tan previsible el resultado del juicio de constitucionalidad sobre la otra discutida disposición penal llamada *retro*, a saber: el art. 10 *bis* del TUJMM.

Aquí, el juicio fue más complejo por varias razones.

En primer lugar, la violación de los principios constitucionales era menos evidente. En segundo lugar, la Corte Constitucional italiana siempre ha mostrado un cierto grado de precaución contra las cuestiones de inconstitucionalidad que tengan por objeto los hechos punibles creados por el legislador.

No es por casualidad que la Corte haya "salvado" la constitucionalidad de la norma, a pesar de que se haya negado a señalar los aspectos más cuestionables, merecedores de una lectura orientada tanto como sea posible constitucionalmente, en el sentido indicado por los jueces.

La falta de inmigración clandestina incrimina a los ciudadanos extracomunitarios que entren o permanezcan ilegalmente en el territorio del Estado. La sanción prevista es irrisoria –únicamente la pena pecuniaria de multa. Este tipo penal, además, se solapa, en su totalidad o en parte, con la disciplina administrativa, ya que, cuando la autoridad

²⁶ Entre los comentarios al fallo, vid. LA ROSÀ, M., «"Clandestinità" e profili di illegittimità costituzionale, in *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*», dirigido por G. VERDE, A. A. GENNA, Torino, 2012, pp. 313 y ss.; L. DEGL'INNOCENTI, S. TOVANI, «La Corte Costituzionale dichiara illegittima la c.d. aggravante di clandestinità», en *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1177.

²⁷ En este sentido, DODARO, G., «Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità», *op. cit.*, p. 1634 y ss.; DONINI, M., «Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione», en *Questione Giustizia*, 2009, p. 128-129.

pública ordene la expulsión del extranjero, el proceso penal termina con una sentencia de sobreseimiento. Por otro lado, si el Tribunal dictara una sentencia penal condenatoria, ésta no excluye la posibilidad de que el gobernador civil ordene la expulsión. Y finalmente la ley también permite al Juez de paz sustituir la pena de multa por la expulsión.

Otorgado el juicio de constitucionalidad sobre la disposición, la Corte Constitucional desestimó las cuestiones relativas a la violación de los principios de materialidad y ofensividad. De este modo, precisó que el tipo penal no penaliza una condición personal y social –en especial la de los inmigrantes– en situación irregular– de los que se presume arbitrariamente una específica peligrosidad social del autor del ilícito, pero castiga un hecho específico, o más bien un comportamiento materialmente perceptible: la conducta activa del extranjero de entrar o permanecer en el territorio del Estado, vulnerando las disposiciones que regulan los flujos migratorios.

Además, en opinión de los jueces, esta disposición ni siquiera entra en conflicto con el principio de ofensividad, ya que castiga no una mera desobediencia al Derecho administrativo, sino un hecho lesivo del interés superior del Estado de controlar y gestionar los flujos migratorios regulados por el TUJMM²⁸.

En resumen, este es el razonamiento de la Corte Constitucional: la condición de "irregularidad" o clandestinidad del inmigrante autor de un delito no es una mera cualidad personal que la ley considera ajena y preexistente al hecho del delito. De hecho, es una circunstancia que se adquiere después de la comisión de un ilícito. Y el ilícito que hace adquirir esa calificación es el acto de entrar o permanecer ilegalmente en el territorio italiano.

Este razonamiento permitió el "rescate" de la falta de inmigración clandestina. Y es muy probable que el rescate de la norma fuera el principal objetivo del Tribunal, interesado en no cuestionar la discrecionalidad de las decisiones adoptadas por el legislador en materia penal²⁹.

²⁸ Vid. Sentencia de la Corte Constitucional 250/2010, de 8 de julio de 2010. Entre los diversos comentaristas, MASERA, L., «Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria», *op. cit.*, p. 1382 y ss.; LA ROSA, M., «"Clandestinità" e profili di illegittimità costituzionale», *op. cit.*, p. 333 y ss.; CAPUTO, A., «La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte Costituzionale», en *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1187 y ss.

²⁹ La capacidad de la Corte Constitucional de moverse como un equilibrista entre el respeto a los principios constitucionales y la libertad del legislador de elegir sus propias líneas de política criminal no constituye, además, una importante novedad en

Si la decisión de los jueces de la Corte Constitucional fue en general decepcionante, igualmente decepcionante se ha revelado la intervención de los jueces europeos en dicha disposición incriminatoria.

De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una vez asume la cuestión prejudicial relativa a la conformidad del delito de inmigración clandestina a la Directiva de retorno, no ha revivido ningún conflicto con la legislación europea, a excepción de la parte relativa a la posibilidad de convertir la pena pecuniaria en arresto domiciliario.

En opinión de los jueces europeos, esta posibilidad era contraria a la *ratio* de la Directiva de perseguir en un corto plazo el alejamiento del clandestino, en cuanto que prolongaba la estancia dentro de las fronteras nacionales de los inmigrantes en situación irregular y obstaculizaba la rapidez de los procedimientos de retorno³⁰.

Al igual que en el caso *El Dridi*, en el asunto del delito de inmigración clandestina, la intervención del Tribunal europeo no ha eliminado los perfiles de la irracionalidad de la norma juzgada en relación con el correcto equilibrio entre las exigencias de control de los flujos migratorios y las necesidades de tutela de los derechos fundamentales. La posición de la Corte Europea ha legitimado, de hecho, la pretensión punitiva del ordenamiento italiano, basándose en el argumento de que

el panorama de la jurisprudencia constitucional en materia penal. Véanse, INSOLERA, G., «Principio di egraggianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali», en *Introduzione al sistema penale*, dirigido por G. INSOLERA-N. MAZZACUVA, M. PATARINI, F. CANOTTI, 3. ed., Torino, 2006, p. 313 y ss.; Id., «Democrazia, ragione e prevaricazione», Milano, 2003, p. 35 y ss.; PALAZZO, F., «Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 350 y ss.; VASSALLI, G., «Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale», in *Corte Costituzionale e processo costituzionale*, dirigido por A. PACE, Milano, 2006, p. 1021 y ss., p. 1070 y ss. Sobre los últimos desarrollos del control de racionalidad en materia penal, Vid. MANES, V., «Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 739 y ss.

En el caso de la agravante de clandestinidad, el enfoque prudente del Tribunal se explica también a la luz de las consecuencias que una sentencia de inconstitucionalidad habría producido en la totalidad del Derecho penal de la inmigración, como en líneas generales, observa brillantemente CRUPI, con respecto al papel supletorio que la Corte constitucional desempeñaría rellenando las innumerables lagunas del sistema penal en este ámbito, en CRUPI, R., «Diritto penale d'autore, diritto penale del nemico e diritto penale del fatto: quale modello per la posizione dello straniero?», en *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, op. cit., p. 300.

³⁰ Vid. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sección I, sentencia de 6 de diciembre de 2012, Sagor (causa C-430/11), con valoración de F. VIGANÒ, en «La Corte di giustizia UE su articolo 10 bis t.u. immigrazione e direttiva rimpatri», en la página <www.penalecontemporaneo.it>.

ésta expresaba el derecho inviolable de los Estados nacionales de recurrir al Derecho penal para el castigo de las conductas no conformes con las políticas de gestión de los flujos migratorios.

3 LOS PRINCIPALES ASPECTOS DE LA IRRACIONALIDAD DEL DERECHO PENAL DEL INMIGRANTE EN ITALIA

Como se acaba de mencionar, el Derecho penal contra el inmigrante en situación irregular³¹, en gran medida, ha resistido tanto a la criba de la Corte Constitucional como al criterio del Tribunal de Justicia Europeo. No obstante, ha sido ampliamente criticado en varios aspectos, por estar lejos de un modelo de Derecho penal liberal, ya sea en el aspecto del cumplimiento de las garantías penales, ya sea desde el punto de vista de la racionalidad de las decisiones de política criminal que son la base.

- En cuanto al primer punto, no hay duda de que la decisión de criminalizar las conductas de mero incumplimiento de las normas relativas a la entrada en el territorio del Estado (artículo 10 bis del TUMM) constituye una evidente violación de algunos de los principios fundamentales del Derecho penal.

En primer lugar, contrariamente a lo que ha mantenido al Corte Constitucional, la vulneración del principio de la igualdad persiste, a pesar del argumento utilizado para excluirlo. Esto impulsa la individualización de un presunto bien jurídico objeto de tutela por la norma penal que sería identificable con el interés del Estado en la gestión de los flujos migratorios.

Sin embargo, incluso dejando a un lado una cierta reserva sobre la posibilidad de utilizar el concepto de bien jurídico como parámetro para estimar la racionalidad de los tipos penales³² —cautela ésta, sin

³¹ En este sentido, CRUPI, R., «Diritto penale d'autore, diritto penale del nemico e diritto penale del fatto: quale modello per la posizione dello straniero?», op. cit., p. 289, utiliza la expresión "microsistema" para indicar la excepcionalidad del sistema penal en materia de inmigración; en cambio, CAPUTO emplea "subsistema penal/administrativo", en CAPUTO, A., «Diseguali, illegali, criminali», en *Questione Giustizia*, 2009, p. 85.

³² Véase, en particular, ROMANO, M., «Commentario sistematico al codice penale», vol. I, Milano, 1995, p. 283, este autor no excluye que el bien jurídico pueda, en parte, vincular la actividad creativa del legislador ordinario; sin embargo, subraya como el bien jurídico puede orientar en sentido crítico la política criminal combinando los

embargo, reforzada por la flexibilidad conceptual a la que se prestaría el planteamiento teórico que admite una sucesión de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal³³ — es evidente que el argumento de interés protegido es demasiado débil para legitimar el mantenimiento de un tipo penal carente por completo de significado ofensivo, sobre todo cuando, como en nuestro caso, el delito considerado se presenta como anómalo, tanto respecto al principio de ofensividad, como en relación con las funciones mismas del Derecho penal moderno.

De hecho, en retrospectiva, detrás de la aparente tipificación de un hecho determinado que consistiría en la violación de las normas relativas a la entrada y residencia de los extranjeros, hay un deseo de sancionar la mera desobediencia a las reglas establecidas para el control de los flujos migratorios; desobediencia que haría surgir una "condición o calidad subjetiva" — precisamente la de inmigrante en situación irregular — que tiene desvalor penal. Por lo tanto, para ser castigado no es necesario más que una mera condición subjetiva de clandestinidad³⁴.

Desde este punto de vista, la idea de que el tipo penal proteja los intereses superiores del Estado para controlar los flujos migratorios constituye una simple estrategia conceptual, diseñada para corregir el

principio de subsidiariedad y de ofensividad. En el mismo sentido, más recientemente, ID., «*Legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*», en *Criminalia*, 2011, p. 33 y ss. Asimismo, PADOVANI, T., «*La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*», en *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 124 y ss.; «*Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta del delitto, contravvenzione ed illecito amministrativo*», en *Cass. pen.*, 1987, p. 671 y ss.; INSOLERA, «*Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali, in Introduzione al sistema penale*», *op. cit.*, p. 271 y ss.; FIANDACA, G./MUSCO, E., «*Diritto penale. Parte generale*», Bologna 2001, p. 28 y ss.; FIANDACA, G., «*Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*», en *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, dirigido por A. M. STILE, Napoli, 1985, p. 11 y ss.

³³ El peligro que el esquema de sucesión de los bienes jurídicos objeto de protección penal, en cuanto útiles para verificar la concreta ofensividad de los delitos individuales (desvalor de acción), puede conducir, sin embargo, a crear tipos que vulneren el principio de determinación, puesto de relieve por el mismo FIORELLA, A., *voz Reato*, en *Enc. Dir.*, vol. XXXVIII, Milán, 1987, p. 798 y ss., el cual, como es sabido, ha sido uno de los defensores de la teoría de la relación bien instrumental — bien final de tutela penal.

³⁴ Como observa, CAMPESI, G., «*Migrazioni, sicurezza, confini nella teoria sociale contemporanea*», en *Studi sulla questione criminale*, 2012, p. 14, la irregularidad que, por sí, únicamente constituiría una infracción administrativa sin víctima, se convierte, en cambio, en el tratamiento jurídico establecido por el ordenamiento, en un indicador de peligrosidad social del individuo y en una verdadera y propia característica personal del inmigrante.

peligroso *vulnus* a la igualdad que se esconde en la sanción a determinados individuos a causa de su poseer la condición de inmigrantes en situación irregular³⁵.

El razonamiento desarrollado por la Corte Constitucional para individualizar un presunto interés protegido — el cual le interesa al Gobierno en la inmigración — sólo ha servido para llenar de contenido ofensivo conductas de por sí carentes de desvalor penal. En realidad, el desvalor de tales conductas se agota en una mera ilicitud extrapenal, concreto en el hecho de que constituyan un obstáculo interpuesto a los procedimientos administrativos para la entrada y residencia legal del inmigrante extracomunitario³⁶.

Además de al delito de inmigración ilegal, estas consideraciones también son aplicables a los tipos que sancionan el incumplimiento de la orden de alejamiento emitida por el Jefe de la policía (art. 14 del TUMM). En este caso, la clandestinidad/irregularidad del inmigrante no funciona como un elemento constitutivo del hecho típico, pero constituye un presupuesto que justifica la emisión de la orden administrativa del Jefe de la policía, de cuyo incumplimiento emana la sanción penal. También en este caso, se castiga una conducta de mera desobediencia a las autoridades públicas, un incumplimiento carente de desvalor penal³⁷.

Los aspectos que acabo de mencionar no son los únicos puntos críticos de las normas penales examinadas. Los intentos, de forma encubierta, discriminatorios se identifican también en los elementos de estas normas que pueden considerarse menos evidentes, en relación con el Derecho penal entendido *stricto sensu*, sino relacionados con el tratamiento jurídico global del extranjero como referencia y punto de partida del tratamiento penal.

Se trata de vulneraciones del principio de igualdad cometidas por la disciplina administrativa, a las que las normas penales reenvían. Estas, de hecho, castigan la violación de las disposiciones extrapenales en materia de entrada y residencia de extranjeros. Por lo tanto, el significado de las normas penales incriminatorias sólo se puede obtener a partir del contenido de las mencionadas disposiciones extrapenales de reenvío.

Al igual que en un juego de espejos, la dimensión esencialmente sancionadora de los ilícitos penales refleja el espíritu que

³⁵ Vid. por todos, DONINI, M., «*Il cittadino extracomunitario*», *op. cit.*, p. 126 y ss.

³⁶ Vid. FERRERO, G., «*Contro il reato di immigrazione clandestina*», Roma, 2009, p. 54-56.

³⁷ Vid. MARINUCCI, G., «*Soggettivismo ed oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 19 y ss.

impregna toda la disciplina jurídica de la inmigración, a cuya defensa precisamente las normas penales incriminatorias están dispuestas.

Pues bien, desde el punto de vista extrapenal, la "legalidad" de la entrada o residencia del inmigrante dentro de las fronteras nacionales se vincula a la posesión de determinados requisitos de carácter económico. Si se excluyen los casos de visado y de asilo, el acceso se permite únicamente a los inmigrantes que aleguen un contrato de trabajo (artículos 4, 5 y 5 bis del TUIIM). Por el contrario, la condición de clandestinidad proviene del hecho de no contar con un puesto de trabajo válido para la expedición del permiso de residencia.

La adquisición o pérdida de la condición de inmigrante regular (no clandestino) depende exclusivamente, por tanto, de la renta. El extranjero capaz de producir una renta, aunque sea mínima, se considera bienvenido por el ordenamiento. En cambio, el extranjero pobre es rechazado por el Estado por indeseado e indeseable.

La discriminación, si bien no es evidente, subsiste: el disfrute de los derechos fundamentales se subordina, de hecho, a la presencia de determinadas condiciones económicas y sociales, vulnerando el art. 3 de la Constitución. Y esto, no está exento de repercusiones en el ámbito del Derecho penal.

En este ámbito, se castiga el incumplimiento de las normas que regulan la entrada y residencia de los extranjeros, o la violación de las medidas administrativas emitidas como resultado del mencionado incumplimiento; de modo que los destinatarios exclusivos de las normas penales incriminatorias pertenecen a un grupo específico de personas: los que no han tenido acceso al permiso de residencia por razones de patrimonio³⁸. Como resultado de ello, todos los delitos relacionados con la condición de clandestinidad del inmigrante son delitos "proprios"³⁹ de los extranjeros, en cuanto que son pobres o indigentes.

Por lo tanto, estaríamos ante algo más que un "Derecho penal especial". Se trataría, en realidad, de un Derecho penal centrado en la renta, que estigmatiza al inmigrante pobre, delincuente por el mero hecho de no poder justificar en términos económicos su presencia en el territorio nacional.

Esto es, desgarrado así el vélo de Maya detrás del cual se esconde quizás la más odiosa de las discriminaciones perpetradas por la

³⁸ Vid. SPENA, A., «Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law», *op. cit.*, p. 13 y ss.

³⁹ El adjetivo no se utiliza en términos técnicos, no hace referencia a la categoría de los denominados delitos "proprios" que exigen una específica condición subjetiva del sujeto activo.

regulación jurídica del extranjero: aquella basada en la riqueza. El eje central en torno al cual gira tanto el tratamiento extrapenal, como indirectamente el tratamiento penal del inmigrante, es la existencia de medios adecuados de subsistencia, que constituye la piedra angular para la transición de un *status* de ilicitud a un *status* de licitud.

Resulta evidente que aún se está lejos del Derecho penal del hecho y de los principios de materialidad y de ofensividad. Para ser sancionado simplemente es necesaria una condición subjetiva de no poseer absolutamente nada o de pobreza, una condición que deriva de la falta de recursos económicos⁴⁰.

En conclusión, ciertamente se puede decir que, en abstracto, nada impide al legislador sancionar penalmente el acto de residir o de entrar ilegalmente en el territorio del Estado, ya que, de todos modos, se trata de castigar hechos y no formas de ser. Sin embargo, en el caso del ordenamiento italiano, esta decisión está contaminada por los aspectos discriminatorios que se derivan no directamente de las normas penales incriminatorias, sino indirectamente de la regulación administrativa de reenvío. Ésta, en realidad, como se ha indicado, da "significado" a los preceptos penales sancionadores.

- Como se ha mencionado en las páginas anteriores, el Derecho penal del inmigrante en situación irregular parece irracional, en parte también porque es disfuncional respecto a los fines de la pena.

No hay duda de que en la versión anterior a la reforma de 2011, los tipos penales aquí examinados resultaban totalmente irracionales en el contexto de los fines del Derecho penal. La previsión de la pena privativa de libertad para las violaciones de carácter esencialmente administrativo expresaba, de hecho, un exceso represivo difícilmente justificable a la luz de las funciones preventivas de la pena⁴¹.

⁴⁰ En realidad, el tratamiento jurídico del extranjero retroalimenta un círculo vicioso: las limitaciones impuestas por la política de los flujos migratorios reducen las posibilidades del extranjero de acceder a un contrato de trabajo; al mismo tiempo que incrementan la cuota de inmigrantes irregulares. Estos últimos, a su vez, se decantan por el trabajo sumergido y de esta forma se condenan a un *status* permanente de irregularidad/clandestinidad, en este sentido, ZANFRINI, L., «*Politiche e "non-politiche" migratorie nell'Unione europea*», en *Identità europea e politiche migratorie*, dirigido por G. BOMBELLI, B. MONTANARI, Milano, 2008, p. 57.

⁴¹ Sobre la idea de que una excesiva inclinación de la pena hacia la finalidad retributiva obstaculiza la función de prevención general, vid. por todos, PAGLIARO, A., «*La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*», en *Il diritto penale fra norma e società*, Milano, 2009, vol. III, p. 928-929; en el mismo volumen, ID. «*Prevenzione generale e specifica (o speciale)*», p. 1068 y ss. Más recientemente, sobre la

Se verificaba una llamativa desproporción en la gravedad de los hechos sancionados tanto en términos del tipo de sanción prevista (la prisión), como desde el punto de vista de la magnitud de la sanción⁴². Esto es, se alejaba del tipo ideal de pena "justa", capaz de orientar la retribución hacia la finalidad preventiva, mediante la renuncia al exceso de severidad y la adhesión a los parámetros de una correcta correlación entre la extensión de la pena y la gravedad de los hechos sancionados⁴³.

Estas deficiencias no han desaparecido como resultado de las modificaciones realizadas por la Ley 129/2011 relativas justamente al aspecto sancionador de los delitos en materia de inmigración.

La transición de la pena privativa de libertad a la pena pecuniaria ha eliminado, sin duda, la flagrante violación del principio de proporcionalidad. Pero, no ha eliminado los aspectos de irracionalidad de los tipos penales respecto al paradigma de la función de la pena en general.

De hecho, sobre este aspecto, la falta de coherencia de las sanciones previstas para los fines de prevención general y especial del Derecho penal persiste, aunque es menos evidente que en el texto anterior a la reforma de 2011. En este texto, se trataba de una grosera violación de los fines de la pena y de las razones que justifican la existencia misma de la pena y del Derecho penal en el Estado de derecho; en cambio, en la "nueva" regulación penal de la inmigración, la pena pecuniaria utilizada para la represión de los hechos generalmente cometidos por los más pobres o indigentes se muestra ya en abstracto incapaz de desempeñar cualquier función de prevención⁴⁴.

¿Qué efecto de desaliento, de desánimo, de disuasión real puede tener la amenaza de la pena pecuniaria en los que no poseen nada? A los ojos del inmigrante, ¿qué valor puede parecer más importante que el valor de la supervivencia cómo para actuar como un contrapeso moral capaz de hacer compartir el interés protegido?

pluridimensionalidad de la pena, Vid. también TUMMINELLO, L., «Il volto del reo», Milano, 2010, p. 9 y ss.

⁴² Sobre la doble dimensión de la proporción como criterio para determinar la correcta extensión de la pena y como principio de garantía que limita el poder punitivo del Estado, vid. PALAZZO, F., «Corso di diritto penale», Torino, 2013, p. 31-32.

⁴³ Vid. PAGLIARO, A., *op. ult. cit.*, p. 1072; PULITANO, D., «Diritto penale», Torino, 2011, p. 30-31.

⁴⁴ Sobre la función de prevención general y especial de la pena pecuniaria, también recientemente en un análisis comparado, Vid. GOISIS, L., «La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata», Milano, 2008.

Es difícil imaginar que de una sanción dirigida a no tener ninguna aplicación pueda derivar un impulso motivador hacia la no comisión en el futuro del mismo delito (prevención general denominada "negativa"), así como no se puede esperar conseguir un efecto de orientación, integración cultural (prevención general denominada "positiva")⁴⁵ del castigo de un hecho —la entrada o residencia ilegal— que el inmigrante irregular a menudo percibe como un objetivo indispensable para la mejora de sus condiciones de vida, más que como un hecho cargado de desvalor⁴⁶.

En cuanto a la sanción económica prevista por los ilícitos de inmigración ilegal además de la incoherencia con las funciones de la pena se añade también una elevadísima tasa de ineffectividad, o —mejor dicho— un vicio sustancial de "inutilidad".

Esta sanción afecta en realidad a sujetos sin recursos económicos, a menudo incluso desprovistos de una precisa identidad del Registro Civil y que evidentemente no disponen del dinero necesario para ejecutarla. Este hecho hace que sea imposible aplicar esta pena que, por lo tanto, se convierte en una sanción casi inútil, por ser impracticable y poseer un mero valor simbólico.

— Se ha dejado para el último punto de este trabajo, el relativo al carácter auxiliar del Derecho penal del inmigrante respecto al Derecho administrativo.

Como se acaba de señalar, en este contexto, las sanciones penales han sido concebidas por el legislador como sanciones inútiles, destinadas a permanecer constantemente sin ejecutar. Desde el principio se han diseñado como simples carteles decorativos. Detrás de esta decisión del ordenamiento de no darse por vencido a pesar de la previsión de un esperado destino indigno, deben necesariamente esconderse razones distintas de las verdaderas motivaciones político-criminales, es decir, razones estrictamente políticas.

⁴⁵ En relación con la prevención general positiva y negativa se reenvía de nuevo a PAGLIARO, A., *op. ult. cit.*, p. 1070 y ss.

⁴⁶ La criminalización del inmigrante en situación irregular es por sí misma incapaz de producir efectos preventivos, en cuanto que se dirige contra sujetos "culturalmente" incapaces de percibir el comportamiento prohibido como un desvalor moral o social, antes incluso que como un desvalor penal.

Sobre la relación entre las funciones preventivas de la pena y la procedencia cultural del autor del ilícito, Vid. BASILE, F., «Localismo e non-neutralità culturale del diritto penale "sotto tensione" per effetto dell'immigrazione», en LAICITÀ e MULTICULTURALISMO. Profili penali ed extrapenali, dirigido por L. RISICATO, E. LA ROSA, Torino, 2009, p. 213 y ss.

Algunos de los motivos reales, ya se han mencionado anteriormente: se trataba de las razones del miedo a lo diferente, contra lo que era conveniente levantar las barreras del Derecho penal, sus temas y contenidos aparecen fácilmente prescindibles en términos de propaganda de seguridad por parte de las fuerzas políticas en su momento en el poder.

Además de las artimañas políticas de usar la potestad penal como arma simbólica en la "lucha" entablada contra el extranjero, también está flanqueado por un frío cálculo utilitario consistente en la intención de incrementar el número de situaciones en las que la ley legítima el uso de la medida de la expulsión del inmigrante en situación irregular. En este contexto marcadamente utilitarista, el recurso al Derecho penal sirve para crear una nueva ocasión que permita al ordenamiento establecer la expulsión forzosa del extranjero.

De hecho, si nos fijamos en el *modus operandi* del sistema de incriminación hace poco descrito, se advierte como se ha ideado de modo que siempre prevalezca la sanción de expulsión sobre cualquier otra medida sancionadora, incluso de carácter penal.

Esto se demuestra en diversos aspectos del procedimiento de "gestión" de los inmigrantes en situación irregular:

- a) cuando la autoridad administrativa dispone la expulsión del extranjero, el Tribunal penal debe dictar una sentencia de sobreseimiento;
- b) y viceversa, cuando el juez dicta una sentencia de condena a una pena de multa, la condena no impide la futura expulsión por parte del gobernador civil.
- c) por último, la insolvencia del condenado permite sustituir la pena de multa por la medida de expulsión.

Por tanto, el sistema está diseñado para garantizar que – como indicaba brillantemente el difunto maestro, el profesor Marinucci – la verdadera sanción contra la inmigración clandestina «era y sigue siendo la expulsión del territorio del Estado»⁴⁷.

Lo que a su vez revela cómo el Derecho penal del inmigrante en situación irregular no ha sido pensado como un instrumento de disuasión contra la violación de las reglas establecidas por el ordenamiento para controlar los flujos migratorios. Más bien, sirve como una herramienta útil para poner en práctica y reforzar los procedimientos administrativos de retorno y expulsión.

⁴⁷ En MARINUCCI, G., «Soggettivismo ed oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale», *op. cit.*, p. 20.

Nada podría estar más lejos del paradigma clásico del Derecho penal como *extrema ratio*.

En el caso de la criminalización del inmigrante en situación irregular, el Derecho penal opera de hecho como la "*prima ratio*", ya que está diseñado como un medio para ser utilizado con carácter prioritario y con independencia de otras medidas punitivas menos represivas; es más, incluso subordinado al apoyo de otras medidas sancionadoras que fortalecen su eficacia por la sustancial inoperatividad de las sanciones penales pecuniarias, intencionalmente concebidas por el ordenamiento como en "saco roto".

4 BIBLIOGRAFÍA

- C. AMALFITANO, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della c. d. "direttiva rimpatri"*, in *Cass. pen.*, 2011.
- G. ANDREAZZA, L. PISTORELLI, *Legge 4 Luglio 2011*, consultabile in <www.penalecontemporaneo.it>; F. BASILE, *Localismo e non-neutralità culturale del diritto penale "sotto tensione" per effetto dell'immigrazione*, in, *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, a cura di L. RISICATO, E. LA ROSA, Torino, 2009.
- Z. BAUM, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002.
- G. CAMPESI, *Migrazioni, sicurezza, confini nella teoria sociale contemporanea*, in *Studi sulla questione criminale*, 2012.
- A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006.
- A. CAPUTO, *Ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del Questore, in Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, a cura di S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, Milano, 2009.
- A. CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali*, in *Questione Giustizia*, 2009.
- A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010.
- M. T. COLLICA, *Gli effetti della direttiva rimpatri sul diritto vivente*, in *www.penalecontemporaneo.it*; R. CRUPI, *Diritto penale d'autore, diritto penale del nemico e diritto penale del fatto: quale modello per la posizione dello straniero?*, in *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, a cura di G. VERDE, A. A. GENNA, Torino, 2012.
- A. DAL LAGO, *La tautologia della paura*, in *Rass. it. soc.*, 1999.
- L. DEGL'INNOCENTI, S. TOVANI, *La Corte Costituzionale dichiara illegittima la c.d. aggravante di clandestinità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010.
- G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008.

- M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in **Questione Giustizia**, 2009.
- L. EUSEBI, *La pena "in crisi"*, Brescia, 1989.
- C. FAVILLI, *L'attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*, in **Riv. dir. int.**, 2011.
- _____, *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di giustizia*, in **Dir. pen. proc.**, 2011.
- _____, *Il reato di divieto di reingresso alla luce della direttiva rimpatri*, in **Dir. pen. proc.**, 2013.
- G. FERRERO, **Contro il reato di immigrazione clandestina**, Roma, 2009.
- G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in **Bene giuridico e riforma della parte speciale**, a cura di A. M. STILE, Napoli, 1985.
- G. FIANDACA - E. MUSCO, **Diritto penale. Parte generale**, Bologna, 2010.
- A. FIORELLA, voce **Reato**, in **Enc. Dir.**, vol. XXXVIII, Milano, 1987.
- M. GAMBARDILLA, **Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (direttiva "rimpatri") nell'ordinamento italiano**, in <www.penalecontemporaneo.it>.
- G. L. GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpesta*, in **Riv. it. dir. proc. pen.**, 2009.
- _____, **Immigrazione: approvato un decreto legge per sanare il contrasto con la direttiva rimpatri**, in <www.penalecontemporaneo.it>.
- L. GOISIS, **La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata**, Milano, 2008.
- G. INSOLERA., **Democrazia, ragione e prevaricazione**, Milano, 2003.
- _____, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in **Introduzione al sistema penale**, a cura di G. INSOLERA-N. MAZZACUVA, M. PATARINI, F. CANOTTI, 3. ed., Torino, 2006.
- G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in **ZStW** 97, 1985.
- M. LA ROSA, *I "crimini contro l'ospitalità": vecchi e nuovi paradigmi di diritto penale*, in **Criminalia**, 2008.
- M. LA ROSA, *"Clandestinità" e profili di illegittimità costituzionale*, in **Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali**, a cura di G. VERDE, A. A. GENNA, Torino, 2012.
- V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in **Riv. it. dir. proc. pen.**, 2007.
- G. MARINUCCI, *Soggettivismo ed oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in **Riv. it. dir. proc. pen.**, 2011.
- L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in **Il Pacchetto sicurezza 2009**, a cura di O. MAZZA, F. VIGANÒ, Torino, 2009;
- L. MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in **Riv. it. dir. proc. pen.**, 2010.
- L. MASERA, F. VIGANÒ, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisprudenziali*, in **Riv. it. dir. proc. pen.**, 2010.
- _____, **Addio art. 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi e sul suo impatto nell'ordinamento penale**, in <www.penalecontemporaneo.it>.
- G. MORGANTE, *Le "relazioni pericolose" tra diritto penale dell'immigrazione e fonti dell'Unione europea*, in **Leg. pen.**, 2012.
- A. NATALE, **La direttiva 2008/115/CE. Il decreto legge di attuazione n. 89/2011. Prime riflessioni a caldo**, in <www.penalecontemporaneo.it>.
- A. PAGLIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi, ora in II diritto penale fra norma e società*, Milano, 2009, vol. III.
- _____, *"Diritto penale del nemico": una costruzione illogica e pericolosa*, in **Cass. pen.**, 2010.
- T. PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni, in Dei delitti e delle pene*, 1984.
- _____, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione ed illecito amministrativo*, in **Cass. pen.**, 1987.
- F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in **Riv. it. dir. proc. pen.**, 1998.
- _____, **Corso di diritto penale**, Torino, 2013.
- D. PULITANÒ, **Diritto penale**, Torino, 2011.
- A. ROMANO, *Rimpatrio e libertà personale dei migranti tra normativa italiana e direttiva 2008/115/CE: note al caso El Dridi*, in **Giur. cost.**, 2012.
- M. ROMANO, **Commentario sistematico al codice penale**, vol. I, Milano, 1995.
- _____, *Legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in **Criminalia**, 2011.
- R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, in **Riv. it. dir. proc. pen.**, 2012.
- A. SPENA, *Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law*, in **Criminal law and Philosophy**, 2013.
- G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale*, in **Corte Costituzionale e processo costituzionale**, a cura di A. PACE (cur.), Milano, 2006.
- F. VIGANÒ, **La Corte di giustizia UE su articolo 10 bis t.u. immigrazione e direttiva rimpatri**, in <www.penalecontemporaneo.it>.
- F. VIGANÒ, L. MASERA, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri" UE: scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, in **Cass. pen.**, 2010.
- L. TUMMINELLO, **Il volto del reo**, Milano, 2010.
- L. ZANFRINI, *Politiche e "non-politiche" migratorie nell'Unione europea, in Identità europea e politiche migratorie*, a cura di G. BOMBELLI, B. MONTANARI, Milano, 2008.