



El ciudadano extracomunitario: de “objeto material” a “tipo de autor” en el control penal de la inmigración

Massimo Donini

Università degli Studi di Modena
e Reggio Emilia, Italia

Revista Penal México, núm. 4, marzo-agosto de 2013

“Era extranjero y no me habéis acogido”

Mateo (25, 43).

RESUMEN: En el Derecho penal italiano existe un estatus específico para el inmigrante extracomunitario. En este artículo afrontamos, mediante el análisis dogmático y político-criminal de la legislación penal y de las últimas propuestas de reforma, el problema de hasta qué punto tal estatus vulnera las garantías del ciudadano extracomunitario y genera un Derecho penal de autor.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal italiano, dogmática, política criminal, inmigrante extracomunitario.

ABSTRACT: A specific status for the non communitarian immigrants can be found for Italian criminal law. In this paper, by means of a “dogmatic” and criminal policy analysis of criminal law rules and the latest reform proposals, we will deal with the problem of whether that status violates the rights of non communitarian citizens and constitute an example of criminal law based on the personal characteristics rather than on facts.

KEY WORDS: Italian Criminal Law, dogmatic, criminal policy, non communitarian immigrants.

SUMARIO: 1. Las políticas penales de la inmigración y el papel del extranjero “extracomunitario”, entre tipo de autor y derechos fundamentales. 2. Aclaraciones sobre la jerarquía entre derechos fundamentales y derechos de ciudadanía. 3. El inmigrante como objeto material, autor, o víctima, en el Texto único sobre la inmigración. Las hipótesis de favorecimiento de la permanencia ilegal (art. 12, inciso 5, decreto legislativo núm. 286/1998) y de la cesión a título oneroso de inmuebles a extranjero irregular con la finalidad de injusto provecho (art. 12, inciso 5 bis, decreto legislativo núm. 286/1998). 4. Los bienes jurídicos protegidos mediante las incriminaciones del T.U. sobre la inmigración. 5. El extranjero como objeto material con “deberes de estatus geopolítico”. 6. La presencia de un Derecho penal de autor por discriminación geopolítica (o de ciudadanía) en la disciplina de la inmigración ilegal. 7. La injustificada inobservancia de la orden de alejamiento del funcionario de policía (art. 14, inciso 5 ter, decreto legislativo núm. 286/1998): un delito contravencional de autor, de peligro presunto y de ofensa cumulativa, en violación de los artículos 27, inciso 1; 25, inciso 1; 2 y 3, inciso 1, de la Constitución. 8. El proyecto de delito de ingreso y residencia ilegal en el territorio del Estado (proyecto de ley núm. 733/2008): ¿delito o contravención? 9. La agravante común (art. 61, inciso 1, numeral 11-bis, Código Penal italiano) de la presencia ilegal en el territorio nacional. Perfiles de ilegitimidad constitucional de una responsabilidad “de autor”. 10. Balance político-criminal sobre la transición a un Estado de prevención: del Derecho penal del enemigo a una ilegalidad extendida a todos los ciudadanos.

1. Las políticas penales de la inmigración y el papel del extranjero “extracomunitario”, entre tipo de autor y derechos fundamentales

El objeto de esta intervención tiene que ver con la posibilidad de definir las políticas penales en el campo de la inmigración, en el ámbito de las *categorías jurídicas* básicas de la intervención penal y en la línea de la *tutela de los “derechos” como fundamento y límite de la intervención penal*. Nos ocupamos, más exactamente, del estatus específico del inmigrante extracomunitario desde el punto de vista penal. Efectivamente, es claro que tal estatus existe y diferencia a éstos de todos los demás extranjeros, haciendo de ellos una muy particular “tipología” de sujetos con relevancia penal. En este sentido, se tratará de comprobar el surgimiento de nuevas formas de *Derecho penal de autor*, que aparecen enmascaradas dentro de los esquemas del Derecho penal del hecho.

2. Aclaraciones sobre la jerarquía entre derechos fundamentales y derechos de ciudadanía

Es preciso hacer algunas aclaraciones, al menos cuatro.

La *primera aclaración* es que hay derechos que no conciernen sólo a los ciudadanos, sino a todas las personas, mientras que existen derechos de ciudadanía que implican un momento de discriminación. Cuando la Constitución italiana habla de ciudadanos, usa este término generalmente en sentido técnico, pero a veces también ambiguo, mezclando principios que obligatoriamente deben referirse a todas las personas con una exigencia de orientación nacionalista, como ocurre en el artículo 3, inciso 1 de la Constitución, en materia de igualdad formal, cuando se hace expresa referencia a los “ciudadanos”. Con ese fin, el lenguaje constitucional toma de la tradición de las declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano uno de los perfiles de mayor viscosidad cultural,¹ seguramente necesitado de un “nuevo look”. Sin embargo,

es sincero, porque explica que la igualdad sufre una inclinación nacional, una diferenciación nacionalista constitucionalmente compatible, siendo casi universalmente aceptado (tanto en 1947 como hoy) que los extranjeros no tengan un tratamiento social y jurídico “equiparado” al de los ciudadanos.² Por lo demás, la diferenciación más explícita la encontramos respecto al tema aquí tratado, en cuanto al derecho de *libertad de circulación* (art. 16 const.); también éste disciplinado del mismo modo, haciendo especial referencia a los “ciudadanos” y que constituye la premisa que resuelve toda ulterior diversificación en los ámbitos social y político.

Un *corolario* de esta *premisa* es que la igualdad no es sólo un derecho de tendencia universal: todavía hoy, los derechos de ciudadanía constituyen, en el plano mundial, la base política para discriminaciones (consideradas) legítimas, y aun antes inevitables, entre los hombres.

La *segunda premisa* es que los derechos de ciudadanía en sentido estricto tienen razón de existir solamente si no vulneran los derechos fundamentales de todas las personas: en el conflicto con el artículo 2 constitucional,³ el artículo 3, inciso 1,⁴ referido a la diversidad entre “ciudadanos” y “no ciudadanos”, debe ceder al primero. Se podrían citar numerosos trabajos de filósofos, sociólogos, constitucionalistas e incluso las sentencias de las Cortes Supremas, comenzando por la jurisprudencia CEDU.⁵ Son éstas las fuentes más interesantes para dar contenido a los discursos de los penalistas. Sin embargo, limitemos el comentario a un ejemplo.

Durante el Tercer Reich, la Ley sobre ciudadanos del Estado (*Reichsbürgergesetz*) de 15 de septiembre de 1935, estableció por primera vez un estado de ciudadanía diferenciado para los alemanes. “Perteneiente al Estado” [o “ciudadano del Estado”] (*Staatsangehöriger*), según esta ley, era quien “*pertenezca a la alianza de protección del Estado alemán y por ende tiene una peculiar obligación hacia este último*” (párr. 1,

¹ Cfr. G. Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Milán, 1995, pp. 148 y ss.

² Para un análisis ilustrativo de la problemática cfr. G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, 2007, pp. 105 y ss., con amplias referencias al estado del tema en el debate constitucionalista contemporáneo.

³ El artículo 2 de la Constitución italiana establece: “La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea de manera particular como en cuanto a las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad, y requiere el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social”. [T.]

⁴ El inciso 1 del artículo 3 de la Constitución italiana indica: “Todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opinión política, condiciones personales y sociales”. [T.]

⁵ CEDU: Corte Europea de Derechos Humanos, por sus siglas en italiano. [T.]

inciso 1). Junto a esto existía también, de acuerdo con el párrafo 2, el estatus de “ciudadano del Reich”, es decir, del “Reino” (*Reichsbürger*). Disponía el párrafo 2, inciso 2: “*Perteneciente al Reich es sólo aquel que tenga la ciudadanía del Estado, sea de sangre alemana o emparentado [artverwandt], el cual, por medio de su comportamiento, demuestre que comprende y es idóneo para servir fielmente al pueblo y al Reino alemán*”. Conforme al párrafo 2, inciso 3, era el ciudadano del Reich “*el único portador de todos los derechos políticos según las leyes*”. En la Ley sobre los ciudadanos del Reich no se hacía ninguna referencia a los judíos. La norma hablaba sólo de “ciudadanos del Estado de sangre alemana o emparentado”, pero con tal expresión, naturalmente, se quería afirmar que los judíos no eran ciudadanos del Reich.⁶

Nosotros actualmente no hacemos diferencias formales entre los ciudadanos, salvo frente a aquellos que, siendo autores de delitos, pierden algunos derechos como efecto de las penas accesorias o principales impuestas. Sin embargo, distinguimos entre los extranjeros con ciudadanía comunitaria y los extranjeros extracomunitarios (art. 1, incisos 1 y 2 del decreto legislativo núm. 286 de 25 de julio de 1998⁷ y sucesivas modificaciones, Texto único de la inmigración). Como la ley sobre los ciudadanos del Reich creaba una discriminación que violaba los derechos fundamentales (puesto que pretendía excluir a los judíos, en particular, de una serie de derechos políticos, sociales, etc.), asimismo nuestro problema, hoy en día, es comprobar en qué medida la distinción entre extranjeros comunitarios y extracomunitarios implique discriminaciones lesivas de los derechos de todos,

o al menos de los derechos que todos los imputados (o los sujetos responsables) de un delito, comunitarios o no, deberían tener. Derechos *sustanciales*, en la perspectiva aquí seleccionada, antes que procesales.

La *tercera premisa* es que las leyes sobre la inmigración pertenecen hoy al tema de la seguridad pública, y el uso del Derecho penal para tutelar algunos intereses y necesidades de “seguridad” es uno de los más clásicos y tradicionales de este Derecho, que desde siempre ha sido un arma en las manos del Estado. Incluso si en la actualidad la categoría y palabra de uso obligado como es “seguridad” ha asumido perfiles muy amplios, los cuales hacen referencia a los rasgos más diversos de la intervención penal (seguridad del trabajo, del producto, de los alimentos, del ambiente, de los datos personales, seguridad del tráfico vehicular, seguridad de los mercados, etc.), al punto de incurrir en el riesgo de transformar el *Estado de derecho* en un *Estado de prevención*,⁸ el tema de la inmigración y de la seguridad pública aparece mucho más “normal”, en su antigua excepcionalidad, que otros aspectos contemporáneos. Los códigos del siglo XIX, por ejemplo, iniciaban la parte especial con los delitos contra la seguridad, que era el título heredado de los viejos crímenes de lesa majestad (humana). Aparentemente, pues, nos encontramos en el ámbito de un Derecho muy sometido a las tensiones de la razón de Estado, ante la materia tradicionalmente más refractaria frente a un enfoque, por así decirlo, “científico”⁹ y a una legitimación cultural, y más refractaria aún a mostrar el lado bueno del Derecho, el incluyente; si es que alguna vez el Derecho penal puede considerarse el instrumento idóneo para tal fin humanitario.¹⁰

⁶ Cfr. T. Vormbaum, “La legislazione razziale nella Germania nazista”, conferencia impartida en Milán-Bicocca en noviembre de 2008.

⁷ Estos incisos establecen: “1. El presente texto único, en actuación del artículo 10, inciso segundo, de la Constitución, se aplica, salvo que sea distintamente dispuesto, a los ciudadanos de Estados no pertenecientes a la Unión Europea y a los apátridas, a continuación enunciadados como extranjeros. / 2. El presente texto único no se aplica a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, sino en cuanto se trate de normas más favorables, y salvo lo dispuesto en el artículo 45 de la ley No. 40 del 6 de marzo de 1998”. [T.]

⁸ Cfr. M. Donini, “Sicurezza e diritto penale”, en *Cassazione Penale*, 2008, pp. 3558 y ss.

⁹ Sobre la negativa de Francesco Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, vol. VII, Tipografia B. Cavenotti, Lucca, 1870, párrs. 3913 y ss., a “exponer la clase de los delitos políticos”, siendo su construcción el resultado de la “prevalencia de los partidos y de las fuerzas” (párr. 3926), en lugar de ser expresión de una elaboración científica, cuya “tela jurídica”, en esta materia, “siempre se romperá o por la espada o por el cañón” (párr. 3927), cfr. por todos M. Sbriccoli, “Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento”, *Quaderni fiorentini*, 1973, especialmente pp. 638 y ss., también para la crítica a la posición aristocrática carrariana, cuya noción de ciencia pretendía definir “como principios absolutos” (de un iusnaturalismo con fundamento racional, si bien con raíces religiosas, pero no históricas) el contenido del Derecho penal. No obstante la imposibilidad de superar algunas críticas obvias a tal premisa metodológica, permanece la verdad crítica del juicio de Carrara acerca de las dificultades de reconducir la “clase de los delitos políticos”, en sus transitorias pero perennes contingencias y emergencias, a cualquier cosa distinta del producto de la razón de Estado. Ese “cualquier cosa distinta” sigue siendo para nosotros un *τέλος* (*telos*), pero no es expresión de las decisiones del Derecho legislativo, en parte transformable sólo a partir de la interpretación y la magistratura en un producto jurídico más aceptable.

¹⁰ Se permita, al respecto, el reenvío a M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, pp. 53 y ss.

La *cuarta y última premisa* es que el Derecho penal, si bien no tiene un “campo de estudio” propiamente suyo, ya que puede sancionar cualquier hecho referente a otra rama del ordenamiento,¹¹ por los bienes que sacrifica es una disciplina directamente regulada por el artículo 2 de la Constitución, además del título primero (arts. 1-18) de la Convención Europea para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, antes que por el artículo 3 o el artículo 16 constitucional. Atendiendo a los derechos inviolables del hombre, entre los cuales están *la vida, la libertad y la dignidad*, las disciplinas penales se encuentran en todo caso subordinadas a tales derechos, antes que a las diferentes interpretaciones de los estatus de sus destinatarios por razones de ciudadanía. Algunos de los mismos principios penales de relevancia constitucional, como la personalidad de la responsabilidad penal (art. 27, inciso 1 const.) y la finalidad reeducativa de la pena (art. 27, inciso 3 const.), se adscriben a la orientación de la tutela de la dignidad, de la vida y de la libertad de la persona y, por ende, al nivel superior del artículo 2 constitucional y, en todo caso, de los derechos fundamentales.

3. El inmigrante como objeto material, autor, o víctima, en el Texto único sobre la inmigración. Las hipótesis de favorecimiento de la permanencia ilegal (art. 12, inciso 5, decreto legislativo núm. 286/1998)¹² y de la cesión a título oneroso de inmuebles a extranjero irregular con la finalidad de injusto provecho (art. 12, inciso 5 bis, decreto legislativo núm. 286/1998)¹³

Queriendo desde ahora enumerar los delitos en materia de inmigración en este ámbito conceptual, es

necesario realizar una distinción fundamental dentro de éstos: los delitos donde el inmigrante es *autor*; aquellos donde es *objeto material* de la conducta de terceros, y aquellos donde resulta, del hecho típico, ser una *víctima*, por haber tipificado la norma que el extranjero sea el sujeto titular del interés protegido. Al respecto, podrá sorprender un doble dato: *el inmigrante no es nunca sujeto pasivo (necesario) de las normas en esta materia, y en cambio es siempre objeto material o autor*. La referencia al inmigrante (o al extranjero) extracomunitario como un mero “objeto material” puede desconcertar, pero se anida aquí un criterio técnico (un criterio ‘clásico’ de la teoría del delito) de gran importancia para ‘develar’ la cultura que permea estos tipos penales.

Como se anticipó, *en el decreto legislativo núm. 286/1998 no existen, salvo dos hipótesis problemáticas de las cuales se hablará, delitos donde el inmigrante sea el titular del bien protegido*.¹⁴ los extranjeros extracomunitarios son considerados únicamente o *como autores de delitos* (art. 13, incisos 13 y 13 bis; art. 14, incisos 5 ter y 5 quater, decreto legislativo núm. 286/1998: delitos de inobservancia de los decretos o de las órdenes de expulsión, y de las prohibiciones de reingreso) o de *contravenciones* (art. 14, inciso 5 ter, segundo periodo, decreto legislativo núm. 286/1998: permanencia ilegal del expulsado por vencimiento del permiso de residencia), *que son delitos especiales*, o como *objetos “materiales”* de conductas ajenas y de disciplinas de regulación de flujos migratorios (art. 12, incisos 1, 2, 5 y 5 bis, decreto legislativo citado: actos de favorecimiento del ingreso o de la permanencia ilegal; art. 22, inciso 12, decreto legislativo núm. 286 citado: asunción de extranjeros privados del permiso de residencia), mientras se con-

¹¹ Cfr. T. Padovani, *Diritto penale*, Giuffrè, 2006, pp. 1 y ss.

¹² Esta norma indica: “Fuera de los casos previstos por los numerales precedentes, y salvo que el hecho no constituya un delito más grave, quien, con la finalidad de obtener un injusto provecho de la condición de ilegalidad del extranjero o en el ámbito de las actividades castigadas de acuerdo con el presente artículo, favorece la permanencia de éstos en el territorio del Estado en violación de las normas del presente texto único, es castigado con la reclusión hasta de cuatro años y con multa hasta de 15 493 euros”. [T]

¹³ Esta norma determina: “Salvo que el hecho constituya un delito más grave, quien cede a título oneroso un inmueble del cual tenga la disponibilidad a un ciudadano extranjero irregularmente residente en el territorio del Estado es castigado con la reclusión de seis meses a tres años. La condena con providencia irrevocable comporta la confiscación del inmueble, salvo que pertenezca a una persona ajena al delito. Se observan, en cuanto aplicables, las disposiciones vigentes en materia de gestión y destinación de los bienes confiscados. Las sumas de dinero recabadas de la venta, donde haya sido dispuesta, de los bienes confiscados son destinadas al reforzamiento de las actividades de prevención y represión de los delitos en tema de inmigración clandestina”. [T]

¹⁴ Véase también, sobre este punto, el lúcido tratamiento del tema en A. Caputo, *Diritto e procedura penale dell’immigrazione*, Giappichelli, 2006, pp. 124 y ss. La situación parece diferente en el Código Penal español, donde el extranjero irregular es ficticiamente considerado víctima con la finalidad de poder garantizar mejor su exclusión: para esta crítica P. Laurenzo Copello, “El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos”, en Manuel Cancio Meliá, L. Pozuelo Pérez (coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2008, pp. 223 y ss., 236 y ss.

vierten en *sujetos pasivos sólo en hipótesis agravadas* que no son títulos autónomos de delito, sino *circunstancias agravantes* de hechos-base donde el extranjero no es víctima, sino objeto material (art. 12, inciso 3 bis, literales b y c, y el inciso 3 ter, decreto legislativo citado: agravación del favorecimiento del ingreso o de la permanencia ilegal por la exposición al peligro respecto a la vida o incolumidad de los inmigrantes, o por su sometimiento a tratos inhumanos o degradantes, o por destinarlos a la prostitución o a la explotación sexual, o en caso de finalidad de explotación de menores en actividades ilícitas).

Hay dos únicos casos en que el extranjero parece ser, en modo directo o indirecto (según las reconstrucciones), objeto de tutela y por tanto persona ofendida, aunque sobre todo en forma potencial, de incriminaciones autónomas del T.U.: son las hipótesis del artículo 12, incisos 5 y 5 bis, cuyos delitos de *favorecimiento de la permanencia ilegal o del hospedaje de inmigrantes clandestinos* son castigados si se cometen “con la finalidad de obtener un injusto provecho de la condición de ilegalidad del extranjero [o en el ámbito de las actividades sancionadas de acuerdo con el presente artículo]” o, respectivamente, si se presentan a título oneroso y “con la finalidad de obtener un injusto provecho”. Es posible comprender, de hecho, que sólo cierto tipo de “explotación” del extranjero permita obtener un injusto provecho de las mencionadas actividades, aun si la norma, en rigor, no exige necesariamente una “explotación”, mucho menos consumada, y ambas circunstancias tienen un origen diverso.

En concreto, el artículo 12, inciso 5, citado, sustituye desde 1998 al viejo artículo 12, inciso 1 de

la Ley núm. 943, de 30 de diciembre de 1986, que castigaba el empleo en condiciones ilegales de trabajadores inmigrantes con la finalidad de favorecer su explotación. Tal disposición, sin embargo, fue derogada por el T.U. (art. 47, inciso 2, literal c, decreto legislativo núm. 286/1998) y “debe excluirse que este mismo tipo penal esté comprendido en el delito de que trata el artículo 12, inciso 5, del citado texto único, que sanciona la conducta de quien favorece la permanencia del extranjero en condiciones de ilegalidad en el territorio del Estado, en cuanto es diferente la finalidad de la nueva norma incriminatoria, la cual es funcional a la regulación de los flujos de inmigración en el territorio italiano, allí donde la disposición derogada tenía esencialmente el fin de tutelar las condiciones del trabajador extranjero”.¹⁵ Es sólo una difundida *lectura jurisprudencial restrictiva*, a propósito del inciso 5 del artículo 12, la que parece ver en el extranjero el sujeto pasivo, o en todo caso un sujeto indirectamente tutelado. Se dice que si el provecho debe ser injusto, no puede serlo sólo porque tautológicamente sea *contra legem* en razón de la condición del clandestino, sino que éste postularía *cierto desequilibrio en la reciprocidad contractual, en perjuicio del extranjero*.¹⁶

Efectivamente, *de hecho*, esto podrá verificarse con frecuencia, excepto que obtener un provecho injusto *por la condición de “ilegalidad”* (así el citado inciso 5) sería compatible también con una evasión fiscal o de obligaciones frente a la seguridad social, que podría presentarse por medio de una organización laboral múltiple, o de contratos “en serie” en favor de la permanencia de extranjeros ilegales, de quienes se “explota”

¹⁵ Casación, sección I, 16 de febrero de 2002, núm. 6487. Véase también Casación, sección I, 24 de febrero de 2004, núm. 8065; Casación, sección I, 15 de febrero de 2006, núm. 4694 (donde incluso la estipulación de contratos de comodato de locales para uso habitacional a título oneroso, pero sin signos de “inequidad” económica del correspondiente negocio, ha sido considerada configurante del delito de favorecimiento de la permanencia ilegal con fines de “injusto provecho”, siendo el contrato, calificado de comodato, resoluble arbitrariamente); Casación, 10 de octubre de 2003, en *Diritto e pratica del lavoro*, 2003, p. 3168, donde el visado de ingreso había sido obtenido mediante simulación de los presupuestos necesarios y el extranjero había sido asumido informalmente en un trabajo, mientras aún figuraba ficticiamente al servicio de un tercero, ciudadano italiano, en su residencia (cit. en F. Bottalico, “Stranieri, Commento al D. legisl. 25 luglio 1998, n. 286, sub Art. 22, V”, en Palazzo y Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Cedam, 2007, p. 2685).

¹⁶ Entre tantas sentencias, por ejemplo, Casación del 16 de octubre de 2003, Capriotti en *Casación penal*, 2004, p. 2983; Casación, sección I, 28 de noviembre de 2003, núm. 46070; Casación, sección I, 28 de noviembre de 2003, núm. 46066; Casación, sección I, 25 de octubre de 2000, núm. 4700; Casación, sección III, 5 de diciembre de 2006, núm. 39952, en el sentido de que la evasión de las obligaciones de seguridad social por la asunción de extranjeros irregulares no es razón suficiente para considerar que se da el fin de injusto provecho; Casación, sección I, 29 de noviembre de 2006, Affatato, en *Diritto penale e procedura*, 2007, p. 305, que reforma una sentencia de mérito que había aplicado el tipo sobre la sola base del empleo de mano de obra informalmente; Casación, sección I, 30 de enero de 2008, Savarese, en *Diritto e pratica del lavoro*, 2008, p. 597; y antes Casación, sección III, 20 de abril de 2001, núm. 6064, en el sentido de que el viejo artículo 12 de la Ley núm. 943, de 30 de diciembre de 1986, que preveía la hipótesis de la “explotación” del extranjero irregular, habría sido “recogido” en el artículo 12, inciso 5, del T.U. Ampliamente, para ésta o similares lecturas, más allá del ausente enfoque del extranjero como persona ofendida, cfr. M. de Giorgio, “I delitti di favoreggiamento delle immigrazioni illegali”, en L. Degli Innocenti (coord.), *Stranieri irregolari e diritto penale*, Giuffrè, 2008, pp. 81 y ss.; G. Bellagamba y G. Cariti, *La nuova disciplina dell’immigrazione*, Giuffrè, 2008, pp. 113, 116; A. Caputo, *Diritto e procedura penale dell’immigrazione, op. cit.*, pp. 91 y ss., 97 y ss.

la condición de ilegalidad (que impide una regularización fiscal, laboral y de seguridad social), mediante conductas que (aparte las violaciones fiscales, de seguridad social, etc.) no serían suplidas acudiendo al uso del “trabajo en negro” de sujetos italianos, exactamente porque no se podría crear, en presencia de italianos o de comunitarios, aquella presunción de facilitación de una situación abstractamente peligrosa para el control de los migrantes. Todo esto, sin que sea necesario identificar a las personas ofendidas; de hecho, parece suficiente que la conducta, por ejemplo de intermediación en la ubicación en ocupaciones clandestinas o irregulares, esté fundada en una “explotación” de las condiciones de ilegalidad de la categoría favorecida.

En cambio, las *lecturas jurisprudenciales* que exigen, frecuentemente de manera sólo implícita, una verdadera “explotación” del extranjero, o una finalidad de la conducta a tal resultado, parecen cumplir una *hermenéutica de resistencia* respecto al espíritu e incluso a la letra de la ley, sobre todo frente a las posibles consecuencias de explotación que “criminalizarían” todos los contratos irregulares con extranjeros, incluso aquellos que lo son solamente desde la perspectiva fiscal. Una resistencia que puede despertar simpatía y adhesión política, pero que no nos da cuenta del sentido verdadero, o si se quiere originario, de la legislación aquí comentada, y que deja en cambio en manos de los jueces mucho poder discrecional en el ‘análisis’ de las finalidades subjetivas de los sujetos implicados.

Una lectura restrictiva de las potencialidades detonantes de la norma, que prevé también la confiscación obligatoria del inmueble, es posible —como alternativa a la lectura que exige un daño potencial para el extranjero— aplicando ésta sólo a las conductas lucrativas del mercado ilícito que se presenten con modalidades que, efectivamente, resulten relevantes para la puesta en peligro de la seguridad pública o del orden público, como por ejemplo la frecuencia serial

de los hechos, la cantidad numerosa de los extranjeros implicados, etc. No obstante, puede verse cuántos espacios de discrecionalidad confiaría este fin encomiable a las manos de quienes juzgan.

Esta disciplina se ha complicado con la introducción en el artículo 12 del inciso 5 bis, operada por el artículo 1, inciso 1, del decreto ley núm. 92, de 23 de mayo de 2008, convertido en la Ley núm. 125, de 24 de julio de 2008. Norma concebida inicialmente para golpear a cualquier ciudadano italiano que diese alojamiento a un extracomunitario, y luego transformada, durante el proceso, en tipo penal que no debía arriesgarse a incriminar (una segunda vez) a los “empleadores” asistidos por las “badantes”¹⁷ extracomunitarias y que les ofrezcan (más o menos gratuitamente) el alojamiento, como surge en los trabajos preparatorios de la ley. La versión que de allí se derivó parece tutelar a los extranjeros irregulares contra los comportamientos de quienes se aprovechan de ellos dándoles alojamiento o cediendo en tenencia un inmueble “a título oneroso” y “con el fin de obtener un injusto provecho”.¹⁸ Tampoco aquí aparece la elocuente referencia a la finalidad de favorecer la “explotación” de los extranjeros irregulares que se encontraba en el anteriormente vigente artículo 12, inciso 1, de la Ley núm. 943, de 30 de diciembre de 1986, y la alusión a la finalidad de provecho injusto presenta un valor ambiguo, como el que se observa en otros delitos en los que el adjetivo ‘injusto’ es pleonástico o demasiado selectivo. Tal como sucede en el caso del inciso 5, frente al cual la interpretación que ve al extracomunitario como una *víctima (sólo) potencial* sigue siendo, en nuestra opinión, la más adecuada.

No se requiere, de hecho, que éste sea necesariamente la persona ofendida por el delito y que la conducta criminal sea, en consecuencia, de *necesaria explotación*. Y esto no tanto (v. *infra*) porque nos encontremos en presencia de un “dolo específico” que

¹⁷ Se ha preferido usar esta palabra italiana adaptada al español, en la medida en que las posibilidades de traducción (acudiente, asistente) no parecían reflejar el sentido original, si bien en España parece usarse para tal situación la palabra “cuidadora” (www.sercuidador.com). *Badanti* (*badante* en singular) son las personas, mujeres (en su mayoría provenientes del este de Europa), que se encargan de la asistencia a los ancianos en sus propios hogares, y que residen igualmente, por lo general, con sus empleadores. No se trata de enfermeras, en la medida en que no han estudiado esta profesión, pero tampoco de empleadas de servicio (denominadas en italiano comúnmente como *colf*), si bien en la práctica su trabajo es una combinación del que tanto unas como otras realizan. Parece oportuno, además, citar la siguiente información tomada del blog de Álvaro Duque del periódico *El Tiempo* (www.eltiempo.com): “Badante” (ayudante, sobre todo en relación con la asistencia a los ancianos), es otra palabra horrible. Está incluida en la lista hecha por los periodistas de la campaña *Le parole lasciano impronte* (las palabras dejan huella), que pretende individuar las expresiones que deberían ser desterradas del vocabulario de los medios de comunicación”. [T]

¹⁸ En este sentido, por ejemplo, la lectura de L. Masera, “Immigrazione”, en AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, coordinado por O. Mazza y F. Viganò, Giappichelli, 2008, p. 23. También los oportunos llamamientos al *iter* de la ley, además de R. Maruotti, “Le altre modifiche in materia di immigrazione nel segno della ‘tolleranza zero’”, en AA.VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, coordinado por S. Lorusso, Cedam, 2008, pp. 317 y ss.

no exige la realización de la finalidad, como por dos razones absorbentes: en el plano literal, porque no se reproduce el llamado textual y unívoco de la Ley núm. 943/1986; en el plano teleológico, por la existencia de situaciones merecedoras de tutela (en la perspectiva de la ley), incluso sin la presencia de una víctima extracomunitaria.

Piénsese en el hecho de quien destina todo un edificio para el exclusivo alojamiento de extracomunitarios irregulares, a un precio completamente “congruo”, y sin ofrecer condiciones locativas precarias o desproporcionadas *respecto al canon*. Sería muy extraño que tal conducta no debiese integrar ni el tipo penal del favorecimiento de la permanencia ilegal (inciso 5 del art. 12), exigiendo la jurisprudencia prevalente que el fin de obtener provecho injusto postule cualquier intención de prevaricación o una explotación del extranjero irregular,¹⁹ ni tampoco el delito a que se refiere el inciso 5 bis actualmente introducido, que no alude, por lo demás (a diferencia del inciso 5), a una finalidad (necesaria) de obtener injusto provecho “*de la condición de ilegalidad del extranjero*”.

Una *heterogénesis de los fines*²⁰ muy singular es aquella ínsita en la interpretación que, contra las intenciones del legislador, siguiese considerando lícito el arriendo a título oneroso de toda una “pensión” o edificio a grupos de extracomunitarios clandestinos, a menos que haya una específica (finalidad de) explotación “*en su perjuicio*”, basada en la condición de debilidad en que se encuentran.²¹ Por otro lado, la ejecución de un contrato de trabajo con el extranjero irregular (generalmente alojado por el empleador, si es una “badante” y el empleador es el mismo destinatario de las prestaciones) es ahora sancionada también

como delito, en forma análoga, después del “decreto sobre la seguridad” núm. 92/2008, convertido en la Ley núm. 125/2008, por el nuevo art. 22, inciso 12, del decreto legislativo núm. 286/1998, que castiga con la reclusión de seis meses a tres años (además de la multa de 5 000 euros por cada trabajador empleado) un hecho que antes había sido siempre una contravención (nunca un hecho lícito). Si entonces con la novedad que introduce el artículo 12, inciso 5 bis, se ha entendido (pacíficamente) que se excluye al empleador de una “badante” o de una colaboradora doméstica que pone a disposición el alojamiento, esto significa que la norma está destinada a comprender las hipótesis de locación o cesión con *finalidad* esencialmente *lucrativa y adicionalmente* caracterizada de ulteriores elementos de violaciones de la vigente normativa fiscal, civil, penal o administrativa del T.U. sobre la inmigración, que permitan conferir a la conducta una perspectiva de ventaja “injusta” aun en ausencia de perjuicios económicos o personales para el ciudadano extracomunitario. Se trata, de hecho, de violaciones destinadas a poner abstractamente en peligro la seguridad, si consienten la continuidad de alojamientos ilegales de clandestinos y, al mismo tiempo, favorecen a los titulares de inmuebles con ventajas ilícitas, de tal manera que perpetúen un permanente circuito de ilegalidad. Si la asignación *gratuita* de un alojamiento a un extranjero irregular debe considerarse *elemento de atipicidad de la conducta* (a título “*oneroso*”), conferir el hospedaje a título oneroso puede de todas maneras resultar orientado a un provecho “no injusto” en presencia de otros *elementos negativos de la injusticia del provecho*. Por ejemplo, cuando se trate de un contrato efectuado prevalentemente

¹⁹ Para tal enfoque, cfr. G. Bellagamba y G. Cariti, *La nuova disciplina dell'immigrazione*, op. cit., p. 116. Véanse las sentencias mencionadas *retro*, en la nota 10.

²⁰ Esta misma expresión también en L. Masera, *Immigrazione*, op. cit., pp. 21 y ss., quien propende (con una postura que se viene difundiendo desde los primeros comentadores) por una interpretación contraria a las que se considera son las intenciones del legislador (excluir de la punición solamente los empleadores de las “badantes” que son alojadas en sus propias residencias), pero posibilitada por una suerte de *error calami* de los redactores. En realidad, como se dijo en el texto, también los empleadores de las “badantes” son actualmente responsables del delito doloso de que trata el artículo 22, inciso 12 reformado, que entre otras cosas, aun desde antes era una contravención. Si el hecho al que alude el artículo 12, inciso 5 bis, se dirige a realizar la ejecución del delito establecido en el artículo 22, inciso 12, ¿cómo puede decirse que esté orientado a un provecho “justo”? Para no llegar a tal conclusión se debe, en efecto, operar una interpretación restrictiva. Afortunadamente, el alojamiento de las “badantes” suele ser gratuito (o no se conoce el precio “descontado” de la compensación salarial mensual). Pero también esta interpretación debe siempre garantizar a la norma autonomía y sensatez. Nos parece entonces que deba valorarse, junto al título oneroso en todo caso requerido, una finalidad de provecho injusto por ser de explotación de las personas en particular, o de la condición en general de ilegalidad en que se encuentran, concretada en conductas que de manera exclusiva “lucran” con ésta en actividades no compensables con contraprestaciones reconocidas por el ordenamiento.

²¹ Así también, por lo demás, R. Maruotti, *Le altre modifiche in materia di immigrazione nel segno della “tolleranza zero”*, op. cit., pp. 317 y ss., texto al cual se remite igualmente para un cuidadoso análisis del tipo penal. El autor exige una necesaria finalidad de explotación (como sucede con el inciso 5), pero partiendo de la premisa de que tal explotación constituye sólo el dolo específico del tipo; concluye, por tal razón, que el extranjero no podría considerarse sujeto pasivo del delito, sino que se trata de una incriminación para tutelar el orden público.

por razones de amistad, de benevolencia, o de correspondencia respecto a prestaciones de servicio o a requerimientos de terceros, naturaleza no serial y ocasional del hecho (sin incidencia sobre la seguridad y el orden público), etc. Pero la actividad de comercialización de los alojamientos a los irregulares se presenta en un constante riesgo penal, y sobre todo en un estado incierto, que depende de las lecturas más discrecionales de la injusticia del provecho, según lógicas del hecho, pero también conforme a lógicas de autor.

Cualquier otra explicación que pretenda hacer del extracomunitario una víctima *necesaria* (lo sería también respecto a una ofensa sólo de peligro) de los contratos referidos al alojamiento concedido a título oneroso implica una interpretación reductiva, más bien que restrictiva, del tipo penal, en contraste con la *ratio* despersonalizante de la disciplina del artículo 12, que no está orientado a la ‘persona’, y sigue formando parte de una política general de organización de los flujos migratorios y de los controles sobre los extranjeros irregulares, mediante la criminalización del “mercado ilegal” que los circunda.

No nos parece que el dato normativo que entiende construido el tipo como un delito “*con dolo específico*” pueda excluir la consecuencia de que se trate de tipos penales para la tutela del extranjero. Se repite a menudo que si el fin de un provecho injusto es “sólo” un dolo específico, esto tendría que ver con un dato de culpabilidad, que ni siquiera se requiere sea realizado, y por ende no atendería al plano de los intereses objetivamente tutelados u ofendidos. Sin embargo, el dolo específico, como ahora es reconocido por la más moderna y acreditada posición de la doctrina, no es sólo un elemento del fuero interno, sino que atañe (al menos normalmente, salvo hipótesis problemáticas donde la ley enmascare sólo un móvil bajo la indica-

ción del fin), *además*, a la orientación *objetiva* de la *conducta*, que como tal, entonces, debe ser, si bien no necesariamente lesiva, sí dirigida también, de manera objetiva, a realizar el fin, y entonces —si se adoptase la interpretación aquí criticada del artículo 12, incisos 5 y 5 ter citados— necesariamente en claro conflicto de intereses con el patrimonio o con las condiciones de trabajo —o con ambos— del extranjero. Esto comportaría con seguridad la atracción de aquellas condiciones entre los intereses tutelados y la persona del clandestino extracomunitario como sujeto pasivo del delito. De este modo, ya que el dolo específico incumbe también y con seguridad al “hecho objetivo” y no sólo a los elementos psíquicos internos, es segura su inherencia a la ofensa y, por ende, su incidencia en la dirección lesiva de la conducta.²²

Por otra parte, si se quiere reconstruir las “finalidades de la ley” replicando la línea de la jurisprudencia dominante sobre el inciso 5 del artículo 12 para reproducirla en el inciso 5 bis, de tal manera que no se criminalice a los meros arrendadores con “normales finalidades de provecho”, que sean por ende “*normales tipos de autor*” que arriendan informalmente, obteniendo ventajas patrimoniales lícitas pero fiscalmente ilícitas, y requiriendo una “injusticia más calificada” para la integración del inciso 5 bis —por ejemplo, un desvalor de resultado potencial (tratándose de un delito de peligro con dolo específico) más marcado, diverso de las violaciones fiscales o de seguridad social, pero centrado en la seguridad (¿cuál seguridad, sin embargo?)—, será necesario en todo caso cuidarse de caer en la tentación de reservar a la discrecionalidad del juez la posibilidad de castigar ciertos tipos de autor y de excluir otros, sobre la base de una intención de prevaricación implícita y que sigue siendo de manejo hermenéutico no muy certero.²³ Un riesgo

²² Siguiendo la jurisprudencia prevalente sobre el artículo 12, inciso 5, que exige una dirección de sustancial explotación, implícita en el fin de obtener “injusto provecho de la condición de ilegalidad del extranjero”, y que ejemplifica tal requisito con casos de explotación *del extranjero* y no sólo de la situación de un mercado ilegal, sería coherente considerar al extranjero una *necesaria persona ofendida* (en la fase del peligro) del tipo penal, *con todo lo que de ello resulta en el plano del régimen procesal* (notificaciones, otros derechos de la persona ofendida y de su defensor, etc.). Si, en cambio, esa misma jurisprudencia concluye que la dirección lesiva de la finalidad de provecho injusto no hace en todo caso del extranjero la persona ofendida, porque sería sólo un fin “interno” de provecho que revela, lo que significa que se activa una “*subjetivización del tipo penal*”, desplazando todo sobre el ámbito subjetivo, con el fin de perseguir tipos de autor (o de no perseguir ciertos de éstos) en lugar de hechos. Véanse de cerca el texto y la nota siguiente.

²³ Es triste tener que recordarlo, pero la lógica de autor, también aquí, es contagiosa, y lo llega a ser en el plano de la exclusión de la responsabilidad. Como bien se sabe, aun en el aspecto de la exclusión del tipo o de la culpabilidad se han usado históricamente las figuras del “tipo normativo de autor”: has cometido el hecho, pero no eres un tipo de autor correspondiente a las finalidades represivas del ordenamiento, no teniendo tú cierto objetivo *contra ius* que la ley no tipifica, pero que es requerido por la jurisprudencia que le “recorta” a la incriminación algunos fines ilícitos y otros lícitos. Se tratará de ver *cuál gestión concreta cumple la jurisprudencia* en la valoración de tales finalidades subjetivas, persiguiendo de hecho ciertos tipos de autor, y excluyendo otros (esenciales remisiones a esto en M. Donini, *Teoría del reato. Una introduzione*, Cedam, 1996, pp. 287-289, n. 40).

que nos parece sea el casi inevitable resultado de la apreciación de contratos que en todo caso ya se desarrollan en un “contexto ilícito”, como es aquel que “circunda” al extracomunitario irregular.

Esta visión menos tranquilizante de las cosas, quizá surge con más facilidad cuando se está dispuesto a emprender una lectura del sistema desde una posición menos interna a la corresponsabilidad en su aplicación cotidiana, y se tiene más comodidad para revelar los *diversos* puntos de vista *legislativos, políticos y prácticos* que operan conjuntamente y muchas veces contradictoriamente en la *law in the books* y en la *law in action*.

4. Los bienes jurídicos protegidos mediante las incriminaciones del T.U. sobre la inmigración

Los tipos penales más significativos del T.U. sobre la inmigración, como se anticipó y es bien sabido, tienen que ver con la “reglamentación de los flujos migratorios”, la disciplina jurídica de legitimación de los ingresos y de la permanencia, y por ello, como se expresa en el título del capítulo II del decreto legislativo de 1998, con los delitos relativos al “control de las fronteras, rechazo y expulsión”.

Digamos de inmediato que todas las principales incriminaciones, en los hechos-base previstos, se refieren a ámbitos de tutela que atañen al “control” estatal de los flujos migratorios, y por tanto “obedecen a” intereses del Estado, de seguridad, control y orden público. Es como si fueran contravenciones, las cuales —según el modelo del código Rocco— son

siempre delitos “*concernientes*” a la policía o a una actividad de control, etc., y nunca delitos “*contra*” un específico bien jurídico lesionado (v. los títulos de los libros segundo y tercero del Código Penal).²⁴ Ahora bien, se trata de delitos incluso si, en cierta medida, son delitos contravencionales de acuerdo con su estructura.²⁵

Veremos, en efecto, que el orden público es aquí —salvo las dos “excepciones” ya señaladas (párr. precedente)— un bien jurídico sólo “de categoría” o de intención, antes que el verdadero objeto de las incriminaciones. En todo caso no hay, sino en segundo lugar o como límite de la tutela, bienes jurídicos personales. Frente a estos tipos penales se asiste en realidad a una escalada penalista del papel del extranjero extracomunitario: o éste constituye el objeto de una disciplina de exclusión/“rechazo” (así el art. 10), porque no es titular de los derechos de los ciudadanos comunitarios, o bien es titular de prohibiciones de ingreso o de deberes de repatriación. Es ésta una *política de la exclusión, penalmente armada*. Anticipamos desde ahora que la política de la exclusión es aquella que más se acerca, en el ámbito del denominado Derecho penal de lucha, a las formas ilegítimas del *Derecho penal del enemigo*,²⁶ que convierte a los adversarios en “no personas” destinadas a ser neutralizadas o excluidas sin culpabilidad, o en todo caso sin una “culpa” correspondiente a la sanción que es aplicada, transformando la respuesta penal en la más típica de un Derecho penal de autor.

A la luz de cuanto hasta ahora se ha dicho, *no es posible* reconocer que los tipos penales que prohíben

²⁴ Estos libros recogen la parte especial del Código Penal italiano; en el libro II se establecen los delitos en particular, y en el libro III las contravenciones.

²⁵ Véanse *infra*, párr. 7 y n. 26.

²⁶ Para la noción de *Derecho penal del enemigo* aquí utilizada —cual forma radical de Derecho penal “de lucha” (concepto más “general” relativo a hipótesis legislativas, también europeas, en parte legítimas o de prácticas hermenéuticas de lucha siempre de dudosa legitimación, *cfr.* M. Donini, “Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non può limitarsi a esorcizzare”, *Studi sulla questione criminale*, núm. 2, 2007, pp. 55 y ss., 74 y ss.)— véase en particular M. Donini, *Il volto attuale*, *op. cit.*, pp. 53 y ss.; *Id.*, “Il diritto penale di fronte al nemico”, en *Cassazione Penale*, 2006, especialmente pp. 735 y ss., 741 y ss.; *Id.*, “Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico”, en AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, *op. cit.*, pp. 19 y ss., 63 y ss.; *Id.*, *Diritto penale di lotta*, ulteriormente citada; además de F. Palazzo, “Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali”, en *Questione Giustizia*, 2006, pp. 666 y ss., especialmente pp. 675 y ss. y, con ulteriores distinciones, R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale*, *op. cit.*, pp. 13 y ss., 25 y ss. En general, se reenvía a las siguientes obras antológicas o conjuntas: *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, coordinado por M. Donini y M. Papa, *op. cit.*; *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, coordinado por M. Cancio Meliá/J. Gómez-Jara Díez, vols. I y II, Edisofer S.L./Euros Editores/B de F Ltda, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2006; así como *Delitto politico e diritto penale del nemico*, coordinado por A. Gamberini y R. Orlandi, *op. cit.*; *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, coordinado por A. Bernardi, B. Pastore y A. Pugiotto, Giuffrè, 2008, especialmente pp. 107 y ss., 149 y ss., 161 y ss., y los números monográficos de *Questione Giustizia*, núm. 4, 2006; *Studi sulla questione criminale*, núm. 1, 2006, y núm. 2, 2007. Al tema del Derecho penal del enemigo se dedica un número próximo de la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. Ahora es frecuente el enfoque del Derecho penal de la inmigración en la categoría del Derecho penal del enemigo: por ejemplo, A. Caputo, “Irregolari, criminali, nemici: note sul ‘diritto speciale’ dei migranti”, *Studi sulla questione criminale*, núm. 1, 2007, pp. 45 y ss.; *Id.*, *Diritto e procedura penale dell’immigrazione*, *op. cit.*, pp. 349 y ss.; F. Resta, “Nemici e criminali. Le logiche del controllo”, *Indice penale*, 2006,

favorecer el ingreso o la permanencia de extranjeros sean considerados *necesariamente* también en tutela de estos últimos, según el esquema del *delito pluriofensivo*, salvo interpretar incautamente tal figura, entendiéndola como un delito con una primera ofensa necesaria y una segunda eventual. En realidad, las incriminaciones que castigan al favorecedor sancionan *también* hechos que no son para nada peligrosos para la dignidad, la incolumidad o el patrimonio del extracomunitario en particular, a menos que se presuma ese peligro como derivado de la situación de clandestino; es decir, como consecuencia de la *disciplina legal* de su condición.²⁷

Verdaderamente, la protección de las personas extranjeras frente a las asociaciones criminales que organizan los ingresos constituye uno de los *motivos* que contribuyen a hacer más aceptable la disciplina, pero *no* individualiza *el bien jurídico principal* tutelado por las incriminaciones de favorecimiento.

5. El extranjero como objeto material con “deberes de estatus geopolítico”

La circunstancia de que el extranjero sea sólo *el objeto material*, y no también la persona ofendida, de los tipos penales que prohíben a terceros facilitarles

pp. 181 y ss., especialmente pp. 214 y ss.; M. Donini, *Diritto penale di lotta, op. cit.*, pp. 70 y ss.; M. Bellina, “La detenzione amministrativa dello straniero nel ‘paradigma del nemico’”, en *Sicurezza collettiva e diritti fondamentali in tempo di terrorismo, Atti del Workshop, Ferrara, 26 settembre 2007*, coordinado por S. Lorenzon, G. Vaccari y V. Zanetti, Aracne, 2008, pp. 125 y ss.; J. Wacquant, “‘Suitable Enemies’: Foreigners and Immigrants in the Prisons of Europe”, en *Punishment and Society*, núm. 2, 1999, pp. 215 y ss.; M. Cancio Meliá y M. Mavayer Gómez, “El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en S. Bacigalupo y M. Cancio Meliá (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 343 y ss., especialmente pp. 400 y ss., con concreta subsunción del artículo 318 bis del Código Penal español bajo la categoría en mención; E. M. Souto García, “Algunas notas sobre la función del Derecho penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión”, en P. Faraldo Cabana (dir.), L. M. Puente Aba, E. M. Souto García (coords.), *Derecho penal de excepción*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 289 y ss., especialmente pp. 314 y ss. *Il diritto penale del nemico*, en el significado aquí acogido, es caracterizado por el empleo de normas o conducta jurídicamente ilegítimas (en contraste con principios o normas constitucionales o fuentes superiores a la ley ordinaria) por las siguientes razones: cesando el Derecho penal de la culpabilidad para ser sustituido por el Derecho penal de la peligrosidad, se infringe el Derecho penal del hecho, suplantado por el de autor (punibilidad de actos preparatorios que bajo la punición de un hecho disimulan la pena por la peligrosidad de los autores), se pierde la finalidad de la pena de recuperación y resocialización, sustituida por sanciones excluyentes, de pura neutralización, o de marcada gravedad afflictiva que ocultan fines de eliminación social. Rigor sancionatorio desproporcionado (por ejemplo el tercer *strike*, la pena de muerte, las sanciones indeterminadas, el régimen penitenciario duro), o tortura, segregación de hecho, transformación de la pena en medidas de seguridad, o incluso exclusiones del contexto social (como las políticas de expulsión, que son la finalidad primaria de la misma amenaza de pena). En cuanto al aspecto procesal, se pide al juez que se haga cargo de las tesis de la parte acusadora: quien las contrasta se pone de la otra parte. Prohibido el garantismo, que vale sólo para los ciudadanos que reconocen el sistema, pues de lo contrario se asume como solidaridad con el enemigo; es así como se pierde la “terceidad” de la jurisdicción. Allí donde, en cambio, esta última aún se conserva, el derecho del enemigo es practicado de tal modo que no se llega nunca frente a un juez, eludiendo o reduciendo los controles jurisdiccionales. Se abusa de instrumentos parapenales de prevención y control, de la detención administrativa, de un empleo insólito de jurisdicciones extranjeras o de medidas adoptadas en forma tal de evitar la verificación jurisdiccional. La noción que aquí se reconstruye (no diferente de aquella, por ejemplo, de los citados escritos de F. Palazzo o de Cancio Meliá), se origina en un debate europeo y sudamericano, pero debe mucho, por los “materiales normativos” y político-criminales de referencia, también al “modelo fuerte” de la legislación y de las prácticas antiterroristas estadounidenses, y al indisoluble nexo entre disciplina de los inmigrantes y lucha a los extranjeros peligrosos. Véase al respecto J. Vervaele, “La legislazione antiterrorismo negli Stati Uniti: un diritto penale del nemico?”, en C. De Maglie y S. Seminara (coords.), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Cedam, 2007, pp. 237 y ss.; L. Salas, “Diritto penale, diritto politico e ‘diritto penale del nemico’”, en A. Gamberini y R. Orlandi (coords.), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, 2007, pp. 304 y ss.; V. Fanchiotti, “Il diritto penale del nemico e i nemici del diritto”, *Questione Giustizia*, 2006, pp. 699 y ss.; D. Cole, “Enemy Aliens”, *Stanford Law Review*, 2001-2002, pp. 953 y ss., tr. it. “Enemy Aliens”, en *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, M. Donini e M. Papa (coords.), Giuffrè, 2007, pp. 241 y ss., especialmente la sección V del ensayo, pp. 282 y ss.; sobre la implicación de Europa en las *extraordinary renditions*, véase por todos C. Fava, *Quei bravi ragazzi*, Sperling & Kupfer, 2007.

²⁷ Resultado paradójico, por lo demás. Es como si el Estado, que prohíbe la clandestinidad porque veta el ingreso, no quisiese admitir que es *también* efecto de su política si se verifica una pérdida de dignidad (al ser criminalizados) de los extranjeros. Castigando a quienes favorecen a los extranjeros, el Estado actúa la política que ha decidido asumir, pero no puede imputar a los favorecedores el contribuir a mantener a los extranjeros en situación de degrado humano, erigiéndose por el contrario como protector de los migrantes. Sobre el papel ambiguo del Estado italiano, entre aquel de protección y aquel de persecución penal hacia los clandestinos, es muy instructivo el informe de R. Puggioni, “Looking for Some Coherence: Migrants in-Between Criminalization and Protection in Italy”, en E. Guild y P. Minderhoud (eds.), *Immigration and Criminal Law in the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2006, pp. 169 y ss., con amplias referencias al debate en la política y en los medios de comunicación italianos. La tesis de la pluriofensividad, sobre todo en cuanto a los tipos penales que incriminan también al extracomunitario, recuerda de cerca una “*justificación jurídica de los campos de concentración*” que fue difundida en la época de los nazis, aun si se remontaba (como modelo jurídico) al Estado prusiano (cfr. G. Agamben, *Homo sacer, op. cit.*, p. 186). Las medidas administrativas que permitían la detención de los judíos para conducirlos a los campos de concentración se llamaban “*Schutzhaft*” (arresto de protección), porque los arrestos eran efectuados, se decía, en interés de los mismos destinatarios: K. Drobisch-G. Wieland, *System der NS-Konzentrationslager 1933-1939*, Akademie Verlag, Berlín, 1993, p. 36.

el ingreso o la permanencia, hace evidente que *nos encontramos en los confines con la biopolítica*, esto es, con aquel ámbito donde el poder soberano disciplina el estatus de quien no tiene derechos de ciudadanía y se manifiesta al Estado por ser simplemente un “cuerpo”, con su identidad física, sexual, étnica, geográfica, etc., sobre el cual el poder dicta las leyes, comenzando así a asignar o negar derechos *en razón de las “corpóreas” o, en el tipo penal, de proveniencia geográfica*.²⁸ Se trata de una política que tiene como objeto las *vidas al desnudo* de personas cuyos “cuerpos” son rechazados más allá de las fronteras (al menos en los programas legislativos: que luego sea realmente así o no, es una cuestión *de hecho*); vidas “extracomunitarias” que *como tales* “no pueden permanecer legalmente en Italia”, pero “pueden ser personas ofendidas por *delitos comunes*” y quien las lesione sufre la sanción penal que corresponde a quien ataca a víctimas que tengan ciudadanía comunitaria, e incluso una pena agravada. Para ser más precisos, más que formas de “*biopolítica*”, las hipótesis que se estudian lo son de “*geopolítica*”, puesto que la discriminación no depende de datos corpóreos, sino de la proveniencia geográfica extracomunitaria de estos *aliens* geopolíticos. Justamente porque son los autores predestinados de los delitos de inmigración, se regula expresamente, a favor de los terceros, una causal de justificación “humanitaria” que va más allá del estado de necesidad y concierne a sujetos intocables, “sagrados”. De hecho, *el artículo 12, inciso 2, decreto legislativo núm. 286/1988*, establece una regla inusual: “Sin perjuicio de lo previsto por el artículo 54 del Código Penal, no constituyen delito las actividades de socorro y asistencia humanitaria prestadas en Italia respecto a los extranjeros en condiciones de necesidad en cualquier manera presentes en el territorio del Estado”.²⁹ Quien los asuma para un trabajo “honesto”, comete delito (art. 22, inciso 12, T.U. citado); quien les dé alojamiento, con sólo pretender alguna compensación, comete delito, si quiere obtener un provecho que (salvo interpretaciones “correctivas”,

de las que se ha hablado) puede fácilmente ser calificado como “injusto” (v. párr. 3 *retro*). Sin embargo, además de estos “derechos”, el Estado se preocupa por reconocerles nuevos deberes de estatus; aquellos que se requieren para volver a estos “ciudadanos” corresponsables de su rechazo y expulsión, cuando no de la cárcel. No se trata, entonces, de una plena “cosificación” correspondiente al tratamiento de las personas como “objetos materiales”. En realidad, éstas alcanzan también el nivel de sujetos de derecho, pero paradójicamente como reos o autores del Derecho penal, más que como víctimas, obligados a la repatriación o a hacerse expulsar. Éstos se convierten en “personas” en cuanto sean víctimas *indiferenciadas* del Derecho penal común (como cualquier víctima), o en cuanto autores de delitos de estatus (delitos especiales). El momento de su “diferenciación” no es penalmente premial, excepto si se han adherido positivamente a procedimientos de regularización de flujos migratorios, o si entran en las “excepciones” a las hipótesis de expulsión: protección social, extranjeros objeto de persecución y discriminación en su patria, menores de edad, mujeres en embarazo, extranjeros que convivan con parientes o cónyuge italiano; casos todos disciplinados en los artículos 18-20 del decreto legislativo núm. 286/1998.

De estas premisas se extrae no sólo el dato obvio de que nos encontramos frente a sujetos que sufren una *capitis deminutio*,³⁰ sino también que la única posibilidad de “normalización”, de restitución de una dignidad y de una inserción social, la ofrece la eliminación del estatus de clandestino, que en sí misma expresa una ilegalidad *in corpore vili*, susceptible de detención (también administrativa) y de expulsión.

6. La presencia de un Derecho penal de autor por discriminación geopolítica (o de ciudadanía) en la disciplina de la inmigración ilegal

Queremos ahora detener la atención en ulteriores aspectos paradigmáticos que merecen un análisis

²⁸ Cfr., además de las alusiones en M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France* (1978-1979); tr. it. Feltrinelli, 2005, pp. 32 y ss., 271 y ss., sobre todo G. Agamben, *Homo sacer, op. cit.*, pp. 129 y ss., 139 y ss.; R. Esposito, *Bios. Biopolitica e filosofia*, Einaudi, 2004; AA.VV., *Lessico di biopolitica*, coordinado por Brandimarte y otros, Manifestolibri, La Nuova Talpa, Roma, 2006. Sobre la marginación de los inmigrantes como forma de un “nuevo tipo de racismo” cfr. Dal Lago, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale* (1999), Feltrinelli, 2004, pp. 95 y ss.

²⁹ Acerca del significado de tales causales de justificación cfr. A. Caputo, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione, op. cit.*, páginas 120 y ss.

³⁰ Véase, por todos, el arrollador análisis sociológico de A. dal Lago, *Non-persone, op. cit.*; así como J. Curbet, *¡El rey va desnudo! Inseguridad, justicia y policía*, trad. it. *Insicurezza. Giustizia e ordine pubblico tra paure e pericoli*, Donzelli, 2008, pp. 72 y ss.

técnico desde la perspectiva del presente estudio. Nos preguntamos si la presencia de tipologías de sujetos extracomunitarios en los tipos penales objeto de estudio, trae consigo rastros o caracteres de un Derecho penal de autor, y en particular elementos de ilegitimidad constitucional o respecto a fuentes internacionales-supranacionales. Anticipamos que *por Derecho penal de autor* se entiende, en sentido estricto, un Derecho penal donde la razón de ser de la punición (o de una respuesta sancionatoria agravada) no consiste en el hecho cometido, sino en el tipo de autor, o porque falta el hecho que es sustituido por un sujeto “antijurídico”, o porque el ‘hecho’ existe pero es síntoma de un juicio sobre el autor: es verdad que no se quiere la comisión del ‘hecho’, pero porque en realidad es su autor quien resulta indeseable.³¹

Otra cuestión, pues, tiene que ver con *por qué* resulte *indeseable*. La situación es muy distinta en caso de que se trate de motivos raciales, religiosos o políticos, o bien cuando se trate de la dificultad de gestionar un fenómeno de inmigración masiva de otra manera incontrolable. Es ésta, en honor a la verdad, la hipótesis recurrente en los casos objeto de nuestra investigación, que llevan, como se verá, a una forma peculiar de *Derecho penal de autor por discriminación de ciudadanía*, y en consecuencia *por proveniencia geopolítica*, donde el sujeto resulta completamente

de despersonalizado, evidenciándose como exponente de una categoría de extensión mundial (siempre que no sea comunitario) por razones que no tienen nada que ver con su persona o con su específica conducta.³²

7. La injustificada inobservancia de la orden de alejamiento del funcionario de policía (art. 14, inciso 5 ter, decreto legislativo núm. 286/1998):³³ un delito contravencional de autor, de peligro presunto y de ofensa acumulativa, en violación de los artículos 27, inciso 1;³⁴ 25, inciso 1³⁵ 2 y 3, inciso 1, de la Constitución

El delito de *injustificada inobservancia de la orden de alejamiento del funcionario de policía* (art. 14, inciso 5 ter, decreto legislativo núm. 286/1998), definido también como delito de permanencia ilegal, es un típico delito de inobservancia de disposiciones de la autoridad.³⁶ Ahora bien, éste, aun constituyendo delito, es previsto por una *norma especial* respecto a la *contravención del artículo 650 del Código Penal*³⁷ (en adelante CP), en la cual podría estar comprendido perfectamente.

Surge entonces una pregunta: ¿cómo puede un hecho que estructuralmente es una contravención, llegar a ser delito sin reducirse, en sustancia, a un delito contravencional?³⁸

³¹ Análoga interpretación, como se ha visto (*retro*, párr. 3), puede ser concluida sobre la vertiente de la no punibilidad (en sentido amplio). Nótese que, según estas premisas, *no* pueden entrar en el Derecho penal de autor las hipótesis clásicas de *los delitos especiales denominados exclusivos*, es decir, aquellos punibles sólo si son cometidos por algunos sujetos titulares de específicas posiciones o deberes o cualidades (por ejemplo: el incesto, la colusión financiera, etc.), porque se trata de tipos penales en los que el hecho es en todo caso lesivo al ser cometido por ciertos sujetos, pero no en razón de un juicio sobre el autor, sino sobre el hecho, en relación con una específica violación de deberes.

³² Para otras hipótesis, no catalogadas bajo la etiqueta del “enemigo”, sino del Derecho penal de autor, en la legislación más reciente, véase G. Flora, “Verso un diritto penale del tipo d'autore?”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, pp. 559 y ss.

³³ Esta norma establece: “El extranjero que sin motivo justificado se detenga en el territorio del Estado en violación de la orden impartida por el funcionario de policía en el sentido del inciso 5 bis, es castigado con la reclusión de uno a cuatro años si la expulsión ha sido dispuesta por ingreso ilegal en el territorio nacional en el sentido del artículo 13, numeral 2, literales a) y c), por no haber solicitado el permiso de residencia en el término prescrito en ausencia de causas de fuerza mayor, o bien por haber sido revocado o anulado el permiso. Se aplica la pena de arresto de seis meses a un año si la expulsión ha sido dispuesta porque el permiso de residencia ha vencido desde hace más de sesenta días y no se ha solicitado la renovación. En todo caso, se procede a adoptar una nueva disposición de expulsión con acompañamiento a la frontera por medio de la fuerza pública”. [T]

³⁴ Este artículo constitucional reza así: “La responsabilidad penal es personal”. [T]

³⁵ Esta norma establece: “Nadie puede ser privado del juez natural preconstituido por ley. Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes del hecho cometido”. [T]

³⁶ Cfr. A. Caputo, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, op. cit., pp. 209 y ss., con las oportunas referencias a la jurisprudencia correspondiente.

³⁷ El artículo 650 CP determina: “Cualquiera que no observa una disposición legalmente dada por la Autoridad por razones de justicia o seguridad pública, o de orden público o de higiene, es castigado, si el hecho no constituye un delito más grave, con arresto de hasta tres meses o con multa de hasta 206 euros”. [T]

³⁸ Sobre el concepto de delito contravencional, permítase la remisión a M. Donini, *Il delitto contravvenzionale. 'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Giuffrè, 1993, pp. 331-332 y *passim*. Verdaderamente, en el tipo penal en mención falta el carácter de la tendencial indiferencia a distinguir entre dolo y culpa, tratándose de un delito sólo doloso. Por otro lado, es una situación como aquella de los artículos 348, 437 del Código Penal, o del artículo 23 de la Ley 110/1975 (detención de armas clandestinas), ampliamente comentados en

Como mera “inobservancia” esto podría configurar, precisamente, el artículo 650 CP. Aquello que lo hace un delito y que por ende debería legitimar la gravedad de la incriminación, no reside en la inobservancia en cuanto tal, sino en los “presupuestos” de ésta.³⁹ Su justificación, entonces, está *completamente* en la base jurídica de la disposición, de la orden que se inserta en el marco de un procedimiento relativo al “control administrativo de los flujos migratorios”.

Al respecto, por lo demás, no se presentan verificaciones sobre el caso concreto, o sobre la peligrosidad del sujeto; solamente se comprueba la ilegalidad de la permanencia y la legítima emisión del decreto de expulsión por parte del prefecto (gobernador) o del juez (art. 13), y de la sucesiva orden de alejamiento del funcionario de policía (art. 14), que no tiene como fundamento una valoración concreta “de orden público”, sino la mera clandestinidad del extracomunitario, salvo hipótesis excepcionales de aplazamiento o prohibición de la expulsión (casos relevantes de acuerdo con los arts. 18 y ss. del T.U.: regularizaciones en curso *et similia*). El *peligro* es entonces absolutamente presunto por la calidad subjetiva de clandestino extracomunitario que no haya observado la orden (legítima) y de esta manera perpetúe la clandestinidad. Sabemos, sin embargo, que es contrario a la común experiencia, y en consecuencia es el producto de una *presunción irracional*, que el clandestino sea necesariamente un sujeto peligroso: bastaría el conocimiento cotidiano que millones de italianos tienen, jueces incluidos, de los miles de “badantes” que constituyen una formidable fuerza de trabajo para la economía y la organización de las familias italianas. Que la clandestinidad no sea condición sintomática de peligrosidad social, entre otras cosas, es lo que ha determinado la Corte Constitucional, en la sentencia número 78 de 16 de marzo de 2007, al declarar la ilegitimidad constitucional de los artículos 47, 48 y 50 del ordenamiento penitenciario (Ley núm. 354, de 26 de julio de 1975), por contrariar los artículos 2 y 27, inciso 3, de la Constitución, en cuanto impedían las

medidas alternativas a la detención para los extranjeros extracomunitarios irregulares.⁴⁰

Si debiese entrar a regir el delito de “*ingreso y residencia ilegal en el territorio del Estado*” previsto por el artículo 19 (antes artículo 9) del proyecto de ley gubernativo núm. 733, de 3 de junio de 2008 (y sucesivas modificaciones), ¿se podría decir que la presunción absoluta de *peligrosidad subjetiva* se activaría ya desde el ingreso? Entendemos que no (v. párr. siguiente) porque no basta la violación de una prohibición dictada por una política de control y de exclusión para fundar un juicio de peligrosidad subjetiva y personal. Se presenta sólo una inobservancia. Sin embargo, si nos concentramos en el delito de permanencia ilegal, la *calidad impersonal* de extracomunitario “*clandestino*” aparece como el fundamento sustancial del precepto cuya violación configura el ilícito; aquello que justifica la orden misma *antes* de su inobservancia. Nótese, sin embargo, que esa calidad no tiene nada de personal, pues no es más que una razón de política general la que impone la distinción entre ciudadanos comunitarios y extracomunitarios *tous ensemble*. Después de la vulneración de la disposición de expulsión y del decreto de alejamiento, estamos *además* en presencia de una desobediencia a las órdenes administrativas. Es verdad que se trata de un hecho “personal”, pero éste es incapaz, *por sí solo*, de diferenciar esta inobservancia de aquella estipulada en la contravención común del artículo 650 CP.

Establecido lo anterior, nos preguntamos entonces si se trata de un delito encuadrable en la categoría del Derecho penal de autor. Formalmente es cometido un ‘hecho’, que es la inobservancia dolosa de una disposición que transgrede el interés público de la disciplina de las migraciones. No obstante, el hecho no tiene un desvalor intrínseco más allá de la calidad “*general*” de la “*clase de nacionalidad*” a la que pertenece el extranjero. De otro modo, como ya se ha dicho, podría ser una contravención susceptible de oblación como la del artículo 650 CP, cometida por violación de disposiciones en materia de orden público o de se-

la obra citada, la que surge aquí: el incumplimiento o la inobservancia de una disposición o de una cautela son imponentes, sin ninguna otra señal de peligrosidad concreta o de culpabilidad grave que la mera transgresión. Para la construcción, *de lege ferenda*, de nuevas tipologías de “delitos menores”, en lugar de las viejas contravenciones, caracterizadas, además de por aspectos de inobservancia de disposiciones, deberes o precauciones, por signos de lesividad y culpabilidad más sustanciales, se reenvía a M. Donini, “Modelli di illecito penale minore”, en M. Donini y D. Castronuovo (coords.), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Cedam, 2007, especialmente pp. 245 y ss., 254 y ss.

³⁹ Ampliamente, sobre los poderes del juez penal en cuanto al control sobre la legitimidad de las disposiciones presupuestas, de nuevo A. Caputo, *Diritto e procedura penale dell’immigrazione*, op. cit., pp. 215 y ss.

⁴⁰ Cfr. Cassazione Penale, 2007, pp. 3278 y ss.

guridad pública, o incluso un hecho lícito, como ocurre con el ciudadano comunitario.

Un *extranjero comunitario* no podría cometer este delito, estando sometido a los *diferentes hechos* previstos actualmente por el artículo 20 del decreto legislativo núm. 30, de 6 de febrero de 2007, con las modificaciones aportadas por el decreto legislativo núm. 32, de 28 de febrero de 2008,⁴¹ que prevén conductas conectadas a “*específicos motivos de seguridad del Estado, motivos imperativos de seguridad pública; otros motivos de orden público o de seguridad pública*” (art. 20, inciso 1, del decreto legislativo núm. 30/2007, sustituido por el decreto legislativo núm. 32/2008), todos relativos a *comportamientos específicos del sujeto* como presupuestos de la orden de “*alejamiento*”.⁴²

Ahora bien, un hecho penalmente relevante que funde su ilicitud “de base” (la disposición transgredida) en una valoración de las condiciones de una persona que prescinde completamente de su situación o conducta personal como ‘indicio’ de la peligrosidad para la seguridad pública o para el orden público, no resulta peligroso para aquellos bienes jurídicos que en el fondo permanecen como bienes de categoría y, por ende, *no parece conforme al principio de ofensividad*, sino que responde a una *represión penal del acto de desobediencia* que sigue a la orden de alejamiento y la transgrede.

No es un Derecho penal de autor en sentido estricto, porque supone *también* una conducta de inobservancia. Sin embargo, la orden violada se basa, a su vez, en una valoración legal de *tipologías de autor nacional*: se castiga un hecho por ser sintomático de una peligrosidad derivada sólo de la pertenencia del sujeto a una “categoría geopolítica” de quien (no) posee cierta ciudadanía. El hecho de la inobservancia, entonces, no es castigado como tal, sino porque el autor resulta indeseable. De hecho, su simple abandono del territorio del Estado debería poder “restaurar el

orden jurídico violado”. Entendida así, por lo demás, la presunción sería completamente irracional, y no podría presumirse un peligro para el orden público de la inobservancia por parte de un *solo sujeto*.

Efectivamente, frente a este tipo penal (y a otros que veremos) estamos en presencia de un mero Derecho penal de la desobediencia o de la simple violación de deberes, donde el orden público y la seguridad pública no constituyen el objeto de la tutela de la incriminación en particular; éstos podrían correr peligro sólo por una *comisión serial* de ilícitos con *ofensa acumulativa*. Sin embargo, la “naturaleza de las cosas” ha aconsejado siempre o impuesto la construcción de los tipos penales de peligro presunto con ofensividad exclusivamente acumulativa —piénsese sobre todo en la disciplina de los desechos o de las descargas industriales— como hipótesis *contravencionales*, cuando falta la seriedad de la ofensa correspondiente a la agresión al bien jurídico y, en consecuencia, la ofensividad requerida para los tipos delictivos en nuestro ordenamiento. Y, en todo caso, en las mismas contravenciones de ofensa serial y acumulativa, el juicio de peligrosidad presunta sigue siendo un juicio sobre el hecho, que no está contaminado por inconfesables lógicas de autor.

Además, una lectura mínima del principio de ofensividad prohíbe la tutela penal de la mera desobediencia, presumida en la inobservancia de una orden o de un deber, sobre todo si esto no está ligado a situaciones específicamente verificadas de acuerdo con una presunción razonable de peligrosidad del hecho. Pero esto resulta en una prohibición aún mayor si las presunciones están condicionadas por un prejuicio ligado a la *proveniencia geopolítica* de quien no posee una ciudadanía comunitaria.

Este aspecto revela el surgimiento de un *nuevo tipo de Derecho penal de autor*: no son los negros, los judíos, los comunistas, los terroristas,⁴³ los delin-

⁴¹ Cfr. A. Caputo, “La nuova disciplina del diritto di circolazione e soggiorno del cittadino comunitario”, en *Diritto penale e procedura*, 2008, pp. 784 y ss.; L. Cordi, “La disciplina penale connessa all’espulsione amministrativa o giudiziale del cittadino extracomunitario ecc.”, en L. Degli Innocenti (coord.), *Stranieri irregolari e diritto penale*, op. cit., pp. 229 y ss.

⁴² Dígase esto con prescindencia de la nueva medida de seguridad de la expulsión o el alejamiento del extranjero del Estado, de que trata el artículo 235 CP, reformado por el decreto ley núm. 92 de 23 de mayo de 2008, convertido en la Ley núm. 125, de 24 de julio de 2008. La pretensión de que el ciudadano comunitario pueda ser expulsado o limitado en su derecho de ingreso y residencia “por motivos de orden público, de seguridad pública o de sanidad pública” *exclusivamente* en relación con “el comportamiento personal de la persona” descende de la directiva 2004/38/CE, desarrollada por el decreto legislativo núm. 30/2007. Referencias puntuales en L. Cordi, “La disciplina penale”, op. cit., pp. 228 y ss.

⁴³ Sobre la punición del terrorista en cuanto tal en nuestro sistema penal vigente, en el sentido del artículo 270 quinquies, en relación con el artículo 304 CP, véase cuanto se ha indicado en M. Donini, *Lo status di terrorista: tra il nemico e il criminale. I diritti fondamentali e la giurisdizione penale come garanzia contro, o come giustificazione per l’uso del diritto come arma?* (párr. 5), *Critica del diritto*, núm 8, 2008, dedicado a “Los derechos fundamentales de la persona a prueba de la emergencia”.

cuentas natos, los herejes y demás. Son, mucho más sencillamente, *los extracomunitarios*, todos los seres humanos de proveniencia no comunitaria, cuya potencialidad lesiva para la seguridad y el orden público deriva, sin embargo, no de un juicio sobre cada uno de ellos, sino de la hipótesis de “los grandes números”, allí donde, si se tratase solamente de situaciones aisladas, un ilícito administrativo o una contravención construida como una violación de policía administrativa sobre el control de los ingresos sería suficiente para regular las inobservancias. No es entonces *la ofensa del hecho en particular* la que justifica la pena y la calificación de estos delitos, sino la potencialidad lesiva de muchos hechos cometidos por estos tipos de autor y por los diversos autores en particular.

Confróntese la responsabilidad del extracomunitario con aquella del ciudadano de la Unión: la diferencia, ya trazada en cuanto a la valoración concreta para el orden público, es evidente. Es necesario, más bien, preguntarse si aquello que transforma en un delito seriamente castigado un hecho que de lo contrario sería reconducible al artículo 650 CP, pueda fundarse en última instancia *sobre una tipología subjetiva de categoría*, antes que sobre una valoración concretada en la situación del *sujeto en particular* que *no observa una orden*. ¿Cuál ofensa, cuál ilícito y cuál culpabilidad se puede atribuir a la responsabilidad penal “personal”, siendo el juicio completamente despersonalizado? ¿Se trata de una valoración política incuestionable por parte de la Corte Constitucional? Pensamos que no, porque la racionalidad de la construcción de un hecho como delito presenta al menos *tres rasgos peculiares* que aluden a lo ‘penal’ como materia que tiene que ver con la vida, la libertad y la dignidad de las personas, el tratamiento igual de quien ve vulnerados estos bienes, donde el artículo 2 de la Constitución prevalece sobre el artículo 3 y las diferencias de ciudadanía.

Los tres rasgos peculiares son los siguientes: 1) Una diferenciación de disciplinas entre ciudadanos comunitarios y extracomunitarios no es ciertamente irracional, pero en el caso analizado hay un tratamiento profundamente diferenciado entre ciudadanos comunitarios y extracomunitarios que no se funda en presunciones racionales relativas a la *inobservancia en particular*. Sin embargo, la sanción aplicable debe adecuarse a la inobservancia *en particular*, que revela aquí un modelo de culpabilidad completamente ‘formal’ (mera desobediencia), no apta para las hipótesis

delictivas y las sanciones concretamente irrogables. 2) Se carga al extracomunitario, individualmente considerado, con una responsabilidad incomparablemente mayor por un riesgo que descende de comportamientos de muchas otras personas; es decir, del hecho ajeno (esto sucede realmente con todos los delitos cumulativos o de peligro serial), pero, sobre todo, se hace esto prescindiendo de cualquier valoración del caso concreto, basando la presunción sobre la tipología nacional y geopolítica de los autores, sin ninguna distinción entre todos los países del mundo extracomunitario que, sin embargo, presentan riesgos profundamente diversos de inmigración. 3) De esta situación normativa se deriva la consecuencia de que el juicio sobre el hecho de la inobservancia no se funda en una valoración racional y proporcional de la relación entre ilícito, culpabilidad y tipología sancionatoria, que ‘paga’ *un exceso de prevención general* sobre las razones penales de la proporción retributiva; situación de por sí desastrosa para las posibilidades de que la pena conserve cualquier función reeducativa. La no reeducación y la condición de innecesaria de la pena, son por lo demás admitidas *expressis verbis* por la ley, allí donde esta última opta por la *prioridad de la expulsión* respecto a la aplicación de la pena de reclusión (art. 13, inciso 3 bis, 3 quater, 3 quinquies, decreto legislativo núm. 286, de 25 de julio de 1998). La demostración de que hay un orden inverso entre expulsión y pena como *extrema ratio* es que la sanción de la expulsión sigue siendo la finalidad primaria, y de ahí la previsión del delito por la inobservancia de la expulsión, que sigue privilegiando la expulsión como sanción a aplicarse, y así se admite que la reclusión no es necesaria. Mera prevención general sin contenido sancionatorio proporcional a la relación hecho-culpabilidad-autor.

Por todos estos motivos, el tratamiento diverso a extranjeros comunitarios y extracomunitarios no parece justificado, no ciertamente en sí, sino respecto a la concreta disciplina penal adoptada.

Si esta diferencia fuese justificable, ello significaría que 50 años de discusión sobre el bien jurídico, la pena reeducativa, la proporción hecho-sanción, la prohibición de penas de autor, la responsabilidad penal personal, muestran aquí una verdadera derrota por esta teoría, incapaz, aplicada al caso específico, de cualquier función selectiva. En caso contrario, frente a un “delito contravencional” de tales semblantes, podremos decir que el verdadero objeto del ilícito es

impensable prescindiendo de ciertas cualidades personales de género, que se castiga el hecho al ser el autor indeseable, lo que viola el artículo 25, inciso 1, de la Constitución en sus presupuestos de garantía de la materialidad y la ofensividad del delito, así como los artículos 27, inciso 1, y 3, inciso 1, constitucional, por el diverso tratamiento de los extracomunitarios.

8. El proyecto de delito de ingreso y residencia ilegal en el territorio del Estado (proyecto de ley núm. 733/2008): ¿delito o contravención?

Llegamos ahora, por contigüidad de materia, al “*ingreso y residencia ilegal en el territorio del Estado*” previsto por el artículo 19 del proyecto de ley gubernativo núm. 733, de 3 de junio de 2008, que constituye una *contravención* en el texto enmendado en comisión, por parte del gobierno, respecto a la versión original que, en su artículo 9, preveía sólo el ingreso ilegal, no obstante lo sancionaba como delito. El hecho consiste entonces en castigar a “*el extranjero que haga ingreso o se detenga en el territorio del Estado en violación de las disposiciones*” del texto único sobre la inmigración o de aquellas de que trata el artículo 1 de la Ley núm. 68 de 28 de mayo de 2007, relativa a las residencias de breve duración.

Las modificaciones realizadas al proyecto entre agosto y noviembre de 2008 han incidido en el hecho típico sólo para extenderlo (se prevé ahora también la residencia ilegal como delito en sí), no para hacerlo más lesivo y, sin embargo, han *cambiado radicalmente* su cualificación y la pena. Para el legislador, el mismo hecho (el ingreso ilegal, en el caso de estudio) puede constituir indistintamente un delito doloso punible con la reclusión de seis meses a cuatro años (en este sentido el texto originario del proyecto de ley) o una transgresión de policía castigada con multa de 5 000 a 10 000 euros.⁴⁴ No hay nada que hacer, ¡se trata verdaderamente de un homenaje a la ciencia de la legislación!

Se nos pregunta, en resumidas cuentas, si tal delito sanciona un peligro “general”, o bien, un peligro

“comprobado en la situación particular”. La respuesta, aun a la luz de cuanto se ha evidenciado en el párrafo precedente, es clara: ninguna situación concreta es requerida, diferente de la violación del deber, de la prohibición de ingreso o residencia para el clandestino extracomunitario. Además del dato “personal” de la inobservancia, la presunción absoluta, no ya de *peligrosidad subjetiva* —pues faltaría, como se ha dicho, una base racional para presumir esto en cada sujeto migrante— sino de disfuncionalidad para la organización y el control estatal de los ingresos, se da por la pertenencia del sujeto a la categoría general de extracomunitarios.

Tipo de autor y desobediencia, también aquí, fundan el ilícito, con la presunción absoluta de la puesta en peligro de la actividad administrativa de control y disciplina de los flujos migratorios, en vista de intereses o fines de seguridad pública y orden público. *La mera desobediencia, como tal, no justifica ningún delito*. Es sólo el vínculo con el deber, con la obligación o el precepto violado lo que estructura una legitimación penal. Y aquí, una vez más, es esencial para la selección punitiva que se trate de clandestinos extracomunitarios. Nos encontramos en la línea clásica de un Derecho penal de policía, de prevención y de seguridad donde, sin embargo, —y es éste el dato caracterizante y nuevo— la atención al tipo de autor prevalece sobre el significado ofensivo del hecho.

No importa que *los trabajos preparatorios de la ley* estén llenos, no de juicios sobre la peligrosidad de los ciudadanos extracomunitarios, sino sobre las cargas económicas del fenómeno general de la inmigración clandestina, sobre los costos que éste comporta para el Estado: costos por la asistencia a cargo del Estado, costos de la detención en prisión, costos de los Centros de Identificación y Expulsión (antes llamados Centros de Permanencia Temporal y Asistencia), y costos por el mantenimiento en tales centros.

Tampoco es importante que *tipos penales análogos* existan en *Francia, Alemania, Reino Unido* y otros países europeos que prevén el delito de ingreso ilegal.⁴⁵

⁴⁴ Este dominio total de la política sobre la forma jurídica es expresión plena de la cultura de aquellos penalistas italianos que desde siempre han predicado que el legislador sería árbitro absoluto en la cualificación de los hechos como delitos o contravenciones. Ningún vínculo de estructura, de ofensividad, de congruencia entre elemento objetivo y subjetivo: el poder soberano crea el derecho que quiere, y la “ciencia” lo remeda *ex post* extrayéndole sus momentos más memorables. Para un intento de crítica radical a tal punto de vista, se remite de nuevo a M. Donini, *Il delitto contravvenzionale*, op. cit.; *Id.*, voce *Teoria del reato*, op. cit., pp. 253-258 (párrs. 13-15); *Id.*, *Modelli di illecito penale minore*, op. cit., pp. 237-264.

⁴⁵ Cfr. E. Guild y P. Minderhoud (eds.), *Immigration and Criminal Law in the European Union*, op. cit., *passim*; F. Resta, “Il delitto di immigrazione irregolare tra comparazione e riforma”, en AA. VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, coordinado por S. Lorusso,

Es sobre todo la degradación del hecho a contravención, como lo prevé el proyecto de ley en sus últimas modificaciones y que hace más adecuada la sanción a la naturaleza de una transgresión de policía —aun si así no se elimina la esencia de la crítica—, lo que resulta incluso más preocupante a la luz de la correspondiente ampliación de la previsión de la permanencia en los centros hasta por 18 meses (art. 18, inciso 1, literal b) del proyecto de ley: *una detención administrativa de un año y medio es la vía italiana a los campos de concentración*, formalmente no justificada por el “delito permanente” de la residencia ilegal, pero sostenida por la idea de un delito “insito a las personas” de los migrantes extracomunitarios sin permiso de residencia.

Si alguien dijera que no hemos sobrepasado los límites del Derecho penal del hecho, tendríamos que resistir a tal subyugación del Derecho a las políticas de gobierno, porque ello significaría que el Derecho penal del hecho no existe más, que ha perdido todo significado, y que tendríamos que dedicarnos a una nueva ciencia, aun antes de haber encontrado una nueva política. Quizás al mero tecnicismo jurídico preconstitucional, que nos libera definitivamente del peso de “legitimar el derecho”, de tener un Derecho penal legítimo, para contentarnos con comentar el existente, sus ‘lógicas’, sus fines.

La política y la opinión pública dicen que “no se les quiere”, que “deben regresar a sus casas”, exceptuando las planificaciones de los decretos sobre flujos migratorios y la regularización de las “badantes”, que son saneamientos *ex post*, que se aplica a extracomunitarios irregulares ya presentes desde hace años en el país. Sin embargo, el Derecho penal, aquí, es sólo un medio de contraste, de defensa y de lucha; no es derecho de la ofensa, del peligro concreto o abstracto *del caso particular*, ni un verdadero Derecho de la culpabilidad *individual*, ni es un Derecho que pueda

reeducar y mucho menos prometer la “inclusión”. En fin, es sólo Derecho de policía penalmente armado con fines absorbentes de prevención general. La undívaga incertidumbre entre el delito y la contravención con pena pecuniaria lo demuestra, y esta prueba *ex lege* vale como reflejo para el artículo 14, inciso 5 ter, del decreto legislativo núm. 286/1988, ya comentado.

9. La agravante común (art. 61, inciso 1, numeral 11 bis, Código Penal italiano)⁴⁶ de la presencia ilegal en el territorio nacional. Perfiles de ilegitimidad constitucional de una responsabilidad “de autor”

En este escenario *no sorprende la introducción* (ya acaecida), por cuenta del decreto sobre la seguridad del verano pasado (art. 1, literal f, decreto ley núm. 92 de 23 de mayo de 2008, convertido en la Ley núm. 125, de 24 de julio de 2008), del artículo 61, inciso 1, numeral 11 bis CP, que prevé *la agravante común* del hecho cometido mientras el culpable “*se encuentra ilegalmente en el territorio nacional*”. Un endurecimiento que presenta *un significado incluso real*, si se considera que actualmente las *atenuantes genéricas* no deben, o no deberían concederse, más por el solo hecho de la ausencia de precedentes, como dispone el sucesivo literal f bis, interpolando un segundo inciso al artículo 62 bis CP.⁴⁷

A propósito de la agravante en objeto, no hay ninguna necesidad de conducir un análisis según el modelo del Derecho penal de autor o del Derecho penal del enemigo. Sería una banalización del discurso. Que se trate de una norma iliberal está fuera de toda discusión,⁴⁸ sólo con pensar que se agrava la responsabilidad penal por el mero hecho de “ser” clandestino, no porque se exija que la clandestinidad haya favorecido, facilitado o hecho posible el delito cometido. Además, el alcance de la norma es muy amplio

Cedam, 2008, pp. 495 y ss.; así como, aquí mismo, pp. 509 y ss., el expediente (tomado del Expediente del Servicio de Estudios del Senado de la República sobre la inmigración en cuatro países de la Unión Europea). Véase además, sobre las políticas criminales europeas en materia de inmigración, el instructivo ensayo de J. M. Terradillos Basoco, “Las políticas penales europeas de inmigración”, en L. M. Puente Aba (dir.), M. Zapico Barbeito y L. Rodríguez Moro (coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, Comares, Granada, 2008, pp. 195 y ss.

⁴⁶ Esta norma establece: “Agravan el delito, cuando no son elementos constitutivos o circunstancias agravantes especiales, las siguientes circunstancias: [...] 11 bis: el haber el culpable cometido el hecho mientras se encontraba ilegalmente en el territorio nacional”. [T]

⁴⁷ Este literal dentro del artículo que regula las circunstancias atenuantes genéricas indica: “En todo caso, la ausencia de precedentes condenas por otros delitos a cargo del condenado no puede ser, sólo por eso, puesto como fundamento de la concesión de las circunstancias de que trata el primer inciso”. [T]

⁴⁸ Véanse al respecto los comentarios críticos de V. Plantamura, “La circostanza aggravante della presenza illegale sul territorio nazionale”, en *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, op. cit., pp. 271 y ss., y de L. Masera, *Immigrazione*, op. cit., pp. 7 y ss., 16 y ss.

y concierne a *todos los extranjeros*, no sólo a los extracomunitarios.

La situación tampoco es equiparable a la del prófugo de la justicia establecida en el artículo 61, numeral 6 CP, puesto que éste es imputado luego de una situación personalmente comprobada como de relevancia penal, debida no a su condición de fugitivo, sino a un delito anterior, al menos al estado de los hechos, mientras el clandestino es sólo el perteneciente a una clase ilegal, ni siquiera de relevancia penal, en la actualidad; y si lo llegara a ser por efecto del proyecto de ley núm. 733/2008 ya enunciado, podría resultar equiparado al prófugo o al evadido (según una extensión probablemente analógica operada por la jurisprudencia mediante la vinculación de tipo procesal de las dos figuras) sólo después de una *disposición judicial de verificación* de su condición, que sea *precedente* al hecho delictivo cometido. En todo caso, *ya la agravante relativa al prófugo es una forma de responsabilidad objetiva*, porque prescinde de la existencia de un ‘nexo’ no ocasional entre el hecho de huir de la justicia y el nuevo delito. Es más, es un Derecho penal de autor exactamente *como lo era la agravación* de la pena por el hecho cometido en condición de *ebriedad* a quien hubiese reportado condenas precedentes por delitos no culposos contra la vida o la incolumidad individual de la persona (art. 688, inciso 2, CP). *Norma declarada ilegítima por la Corte Constitucional*, en sentencia núm. 354, de 10 de julio de 2002, por violar los principios de ofensividad y los valores ligados a la dignidad humana, y por ser expresión de un Derecho penal de autor y no del hecho. *Norma, por lo demás, menos genérica que la agravante por clandestinidad*, porque fundaba la agravación sólo respecto a la contravención de embriaguez, mientras que la otra vale para todos los delitos. La ilegitimidad, en este punto, nos parece que es de reconocerse *a fortiori*.

Aun si el ingreso abusivo (o la residencia) llegara a ser delito, sería necesario un ‘nexo’ no ocasional entre la clandestinidad y el segundo delito. De hecho, *si* no existe un delito de ingreso ilegal (o para los hechos cometidos antes de su introducción en el ordenamiento), falta incluso una base de equiparación con el prófugo (o el evadido); *si, en cambio*, fuese introducido este delito, no podría fundar, por sí solo, una presun-

ción racional de peligrosidad o de mayor responsabilidad. El clandestino puede ser considerado peligroso en el plano penal sólo después de la comisión de un delito “de” clandestinidad (facilitado o mediado por la clandestinidad), no por un delito “en” clandestinidad (ocasional), o por un delito *genérico* de ingreso o permanencia ilegal, y puede ser racionalmente tratado de modo más severo, en el plano retributivo, sólo después de una verificación cualificada del nexo entre la clandestinidad y el nuevo hecho. La norma, entonces, debería requerir que la clandestinidad haya favorecido la comisión del delito, que exista un nexo entre ésta y el delito cometido. Únicamente en estas condiciones se podría decir que no es la presunción irracional de una equiparación entre clandestinidad y peligrosidad la que es sancionada “en ocasión” de cualquier delito.

En teoría, se podría sugerir también una lectura de la agravante en clave *retributiva*, en vez de hacerlo en sentido especial-preventivo. El clandestino, como el prófugo, “merecería” una pena mayor porque si no se hubiese encontrado donde culpablemente estaba (en Italia, antes que fuera de ella), no habría cometido el delito. Sin embargo, tampoco esta interpretación de la agravante se sustrae a las críticas antes realizadas. Se trataría siempre de una forma de *responsabilidad objetiva*, ilegítima conforme a los artículos 27, inciso 1, y 3 constitucionales, porque no postula ninguna conexión específica entre encontrarse clandestinamente en Italia y el nuevo hecho ahora presentado; ningún ‘nexo del riesgo’, ninguna culpa, ni un dolo que se injerte en la permanencia ilegal de acuerdo con un nexo al menos de tipo teleológico o de tipo etiológico y culposo. Ni siquiera la imputación subjetiva de las agravantes, vigente después de la reforma del artículo 59, inciso 2, CP,⁴⁹ realizada en 1990 (Ley núm. 19/1990), logra superar el vicio de ilegitimidad constitucional de la norma, incluso si se lee en clave retributiva, porque el objeto de la imputación es un estatus con seguridad conocido por el sujeto, mientras que una conexión con la conciencia o ignorancia culposa del delito cometido en clandestinidad es exactamente lo que la norma no exige, ni “tiene sentido” que lo requiera, tratándose precisamente de una forma de responsabilidad no por el hecho, sino de autor.

⁴⁹ Esta norma establece: “Las circunstancias que agravan la pena son valoradas a cargo del agente solamente si por él conocidas o bien ignoradas por culpa o consideradas inexistentes por error determinado por culpa”. [T]

10. Balance político-criminal sobre la transición a un Estado de prevención: del Derecho penal del enemigo a una ilegalidad extendida a todos los ciudadanos

Establecido todo lo anterior, queda un dato de fondo que arroja una luz ambigua y preocupante sobre el sistema penal de la inmigración. Este modelo es uno de los tantos derechos “especiales” contemporáneos que, siendo cada vez más generales, nos llevan a reconocer *la transición de un Estado de derecho a un Estado de prevención*; es decir, a un Estado que por razones de seguridad pide a los ciudadanos la renuncia a los derechos que tienen frente al Estado mismo, anticipando la intervención invasiva de los poderes públicos en todo nivel, y no sólo en vista de particulares, circunscritas emergencias. Los delitos relativos a la seguridad del trabajo, del ambiente, del producto, de los alimentos, de los datos informáticos, y no sólo a aquella del Estado, o a la seguridad frente al terrorismo, la criminalidad organizada, etc., son ahora científicamente colocados en una esfera de mucha anticipación, muy lejana de los márgenes del peligro concreto, y más atrasada que la del peligro abstracto.

Una necesidad espasmódica de seguridad irrumpe desde los medios de comunicación masivos, exigiendo a lo ‘penal’ el desarrollo de funciones irracionales apotropaicas: no de subsidiariedad, sino de *prima ratio*, según los recorridos del *horror vacui* punitivo y de tutela. No sólo el extracomunitario, entonces, se convierte en un “enemigo” por pertenecer a una categoría ilegal, sino que también quien lo acoge sufre hoy, y no siempre sólo en el papel, el mismo destino, con la diferencia de que no puede ser expulsado en sustitución de la pena. Cuando incluso millones de ciudadanos que se benefician de las prestaciones de mano de obra de las “badantes” extranjeras, acogiéndolas no por razones de explotación sino de trabajo honestamente retribuido, deben desafiar la ley penal, porque son criminalizados como autores de un delito (art.

22, inciso 12, decreto legislativo 286/1998⁵⁰ después de la reforma del decreto legislativo núm. 92/2008, convertido en la Ley núm. 125/2008) por hospedarlas por motivos de trabajo necesariamente irregular en ausencia del permiso de residencia, esto significa que la red normativa *ha puesto a todos ahora en la ilegalidad: no sólo a los extranjeros, sino también a los ciudadanos*. Este dato no es nuevo, pues estaba ya presente en la ley Turco-Napolitano (contravenciones susceptibles de oblación) y, por ende, en la Ley Bossi-Fini (contravenciones no susceptibles de oblación), y ahora en el decreto sobre la seguridad de 2008 (delito doloso con pena de reclusión y multa) con agravación progresiva. El Derecho penal de autor es contagioso y exige fidelidad. Lo que lo hace menos insoportable es el hecho de que sea aplicado a los ciudadanos de manera intermitente y esporádica, y lo mismo ocurre con muchas “badantes” en espera de regularizar su situación. Y es justamente esto lo que confirma el análisis realizado: la ley es soportable sólo si no se aplica, al menos en muchos casos. ¿Pero qué clase de “ley” es ésta, que confía en no ser aplicada para no tener que revelar a todos su injusta concepción?

La conclusión, sea dicho aquí fuera de cualquier equívoco, no es optar por un abandono de lo penal o de lo administrativo de las *funciones de control*, sino por un uso de estos instrumentos *según sus principios reguladores*: no se debe pedir al Derecho penal que desarrolle labores de policía, transformando los relativos ilícitos en delitos graves. Y *actualmente disponemos de instrumentos técnicos para comenzar a controlar el arbitrio legislativo al respecto*.

Aquello que parece justificar la *extrema ratio* de la normatividad es que el extracomunitario, si no está en prisión desde antes de que se abra el proceso, debería ser expulsado, y no castigado, con prescindencia del tipo de delito cometido, y salvo exigencias cautelares inderogables (art. 13, inciso 3, 3 quinquies; art. 15, inciso 1 bis, decreto legislativo citado),⁵¹ que

⁵⁰ Este artículo establece: “El empleador que ocupa en sus propias dependencias a trabajadores extranjeros sin el permiso de residencia previsto en el presente artículo, o bien cuyo permiso esté vencido y del cual no se haya solicitado, en los términos de ley, la renovación, revocado o anulado, es castigado con la reclusión de seis meses a tres años y con la multa de 5 000 euros por cada trabajador empleado”. [T]

⁵¹ Estas normas establecen, respectivamente: “Si el extranjero expulsado vuelve a entrar ilegalmente en el territorio del Estado antes del término previsto por el inciso 14, o bien, si fuese de duración superior, antes del término de prescripción del delito más grave por el cual se había procedido en contra de él, se aplica el artículo 345 del Código de Procedimientos Penales. Si el extranjero había sido excarcelado por el transcurso de los términos de duración máxima de la custodia cautelar, esta última se restablece de acuerdo con el artículo 307 del Código de Procedimientos Penales”. “De la emisión de la disposición de custodia cautelar o de la definitiva sentencia de condena a una pena de detención respecto a un extranjero proveniente de países extracomunitarios, se da oportuna comunicación al funcionario de policía [questore] y a la autoridad competente consular a fin de poner en marcha el procedimiento de identificación del extranjero y consentir, en presencia de los requisitos de ley, la ejecución de la expulsión inmediatamente después de la cesación del periodo de custodia cautelar o de detención”. [T]

son una previsión general, no pensada entonces sólo para los delitos de inmigración. Excepto que, también aquí, la realidad de hecho explica que, por razones de desigualdad sustancial, este tipo de sujetos son normalmente sometidos a medidas cautelares personales cuando han cometido delitos distintos de los de inmigración, y esto por motivos ligados a las condiciones personales de vida. Una vez más, no es el hecho (particular) cometido lo que sobresale, sino el tipo de autor.

Con todas estas consideraciones hemos dicho adiós al Derecho penal del hecho y nos hemos dirigido hacia un Derecho penal de la exclusión, que es uno de los signos reveladores del *Derecho penal del enemigo*. La palabra es fuerte, si no se usa en sentido lato y con efectos inflacionistas; sin embargo, nos parece adecuada.⁵² El tipo de Derecho penal que tenemos en frente, en realidad reconoce lo inadecuado de la pena frente a la expulsión, y no obstante castiga cuando no puede expulsar, y expulsa después de la pena cumplida. Es entonces un *Derecho penal de la exclusión puro*, porque se admite que *la pena no puede tender a la “resocialización” o a la “reeducación”, sino que ya desde el principio está la premisa de una sucesiva expulsión*. El extracomunitario irregular es, por lo tanto, una persona a excluir, un “enemigo”, en el sentido de que se usa contra él el instrumento penal sólo para excluirlo; no valen o son meramente formales y ficticios los principios del “merecimiento” de la pena, los criterios ordinarios de la ofensa y de la culpabilidad, de la proporcionalidad retributiva y de las finalidades de recuperación. El hombre, aquí, es sólo un “alien” que es devuelto al remitente. Cuando los sociólogos nos dicen que si un sujeto es tratado así por el ordenamiento jurídico es una “non person”,⁵³ nos cuesta contradecirles. El sistema les reconoce varios derechos fundamentales, pero *los discrimina penalmente con base en la nacionalidad*.

Mientras que se limitó al uso de sanciones modestas, típicas de los ilícitos contravencionales, la lógica punitiva fue, obviamente, más tolerable. Con el último decreto sobre la seguridad, sin embargo, sin que se pueda ver, en nuestra opinión, una auténtica ‘ruptura’ con el pasado y con la política criminal de los go-

biernos precedentes, aun los de centro-izquierda, hay *un salto cualitativo en la escalada de la exclusión*: un salto totalmente intencional y al mismo tiempo capaz de hacer completamente evidente el uso de lo penal como arma y no ya como instrumento de “Derecho”.

Le parece a quien escribe que nos movemos en una situación de efectiva excepcionalidad, que hace comprender las dificultades operativas de cualquier partido que tenga responsabilidades de gobierno. Sin embargo, la transformación de los ilícitos penales en delitos de autor, con sanciones desproporcionadas a la tipología de ofensa, de culpabilidad y de finalidades perseguidas por la ley, unida a la injustificada diversidad en el tratamiento de los extranjeros en general, unificando sus categorías en dos tipologías unitarias que comprenden a *todos* los comunitarios y a *todos* los extracomunitarios, constituyen “excepciones” a los derechos fundamentales que las reglas de la legislación penal protegen.

La circunstancia de que siempre se recurra de manera más frecuente al Tribunal de Estrasburgo, frente a la impotencia o al silencio de las Cortes nacionales, es verdaderamente preocupante, pero debemos reconocerlo, pues esto asegura, en todo caso, un “progreso” en la justiciabilidad de los derechos o de los límites que éstos imponen a las decisiones punitivas. Por lo demás, la transformación del Derecho penal del hecho en un derecho de autor o del enemigo, al menos en algunos rasgos o incriminaciones, no pertenece hoy al ‘núcleo’ duro de los derechos fundamentales no derogables de acuerdo con el artículo 15 CEDU⁵⁴ o al artículo 4, inciso 2, del Pacto Internacional relativo a los derechos civiles y políticos adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, pero se somete de cualquier modo a *vínculos constitucionales que se revelan en este caso más fuertes que las normativas internacionales*. Si esto es así, también es verdad que las excepciones a los derechos fundamentales deberían ser autorizadas y temporales, sea a la luz del artículo 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos que se aplica también a favor de los sujetos “extracomunitarios” de Estados no adherentes a la Convención, sea en el sentido de la norma correspondiente al artículo 4 del Pacto Internacional relativo a

⁵² Cfr. las obras citadas *retro*, en la nota 19.

⁵³ En el sentido desarmante de la lengua inglesa cotidiana, cfr. A. Dal Lago, *Non-persone*, *op. cit.*, pp. 213 y ss., más que en aquel prescriptivo de la teorización contenida en las tesis del penalista alemán G. Jakobs, sobre las cuales se remite a los numerosos escritos mencionados en la nota 19.

⁵⁴ En este caso las siglas CEDU hacen referencia a la Convención Europea de Derechos Humanos, según su escritura en italiano.

los derechos civiles y políticos,⁵⁵ que vincula también a todos los Estados firmantes extraeuropeos.

La lógica de las normas temporales, por otro lado, no parece indicada para estos flujos migratorios “característicos de una época”, que prometen durar en el tiempo. También por tales motivos se hace necesario tomar decisiones políticas comunitarias y adoptar acuerdos internacionales, cuya ausencia constriñe a los Estados al uso inadecuado del Derecho penal nacional. Algún día será más claro para todos que *las discriminaciones por motivos de “ciudadanía” realizadas mediante el establecimiento de delitos “de autor”*, son formas contemporáneas de una verdadera

discriminación ilegítima, incluso si ésta no presenta los contenidos más odiosos de aquella de tipo racial o étnica que todas las leyes internacionales y nacionales prohíben o punen.

Para nosotros ha sido suficiente, aquí, evidenciar algunos perfiles de ilegitimidad jurídica, para presentarlos al debate en curso, antes de que todos nos hayamos acostumbrado a lo existente y pensemos en dedicarnos a un Derecho más bello y satisfactorio que concierne, quizá, a otros tipos de autor, de mayor satisfacción teórica, profesional, económica y política, y a las demasiadas otras “inseguridades” con las cuales estamos angustiados.⁵⁶

⁵⁵ Para una útil profundización cfr. L. Zagato, “L’eccezione per motivi di emergenza nel diritto internazionale dei diritti umani”, en *DEP, Deportate, esuli, profughi*, Revista telemática de estudios sobre la memoria femenina, núm. 5-6/2006, pp. 137 y ss.

⁵⁶ Al tema “Seguridad y Derecho penal” se dedicó el Congreso de la Asociación Franco Bricola, que se realizó en Módena, en la nueva Facultad de Jurisprudencia, los días 20 y 21 de marzo de 2009.

