

**DE LA INMIGRACIÓN ILEGAL Y SU TRATAMIENTO
POLÍTICO CRIMINAL EN LOS CONTEXTOS EUROPEO Y
LATINOAMERICANO BAJO EL ENFOQUE DE LA SEGURIDAD¹**

Luis Ramón Ruiz Rodríguez (*)
Catedrático Acreditado de Derecho Penal
Universidad de Cádiz, España

Rosario Rodríguez Galán (**)
Abogada española. Criminóloga

(Recibido 30/1/17 • Aceptado 14/11/17)

(*) Director del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Sección Cádiz. Avda. de la Universidad s/n 11405. Jerez de la Frontera.
Tel. (00-34) 956037052.- ramón.ruiz@uca.es

(**) Experta en Criminología. Especializada en las áreas penales y criminológicas.
Tel. (00-34) 670508134.- rosario.fabiola@hotmail.com

¹ Este trabajo es resultado de la investigación desarrollada en el Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, ILANUD, en el marco de las ayudas para estancias de investigación del Programa Salvador de Madariaga del Gobierno de España, PRX16/00562, 2016.

Resumen: El progresivo condicionamiento que ejercitan los planteamientos de la seguridad sobre las actuales políticas penales no se limita a los contenidos estrictamente penales relacionados con la delincuencia o con la justicia penal en su conjunto, sino que se extiende sobre áreas no penales que, no obstante, se consideran como una fuente de riesgo relevante para la colectividad. Desde hace años, una de esas materias no criminales que interesa al sistema penal es la movilidad de las personas, al asociarse la globalización del delito con ese otro fenómeno intemporal que es la migración. Esta ya no se percibe como un fenómeno económico o político, sino que ha pasado al primer plano de las políticas de la seguridad en buena parte de los territorios, y los mecanismos para afrontarla comienzan a ser comunes bajo esta perspectiva. Por ello, se aborda un análisis comparativo entre la situación y respuestas que se están adoptando en dos regiones tan diferentes, desde el punto de vista migratorio y de la fenomenología criminal, como son el continente europeo y la región latinoamericana de cara a identificar la influencia que los enfoques securitarios están generando en los desarrollos legales y operativos de la gestión migratoria.

Palabras Clave: CInmigración, Seguridad, Derecho penal, Europa, Latinoamérica

Abstract: The progressive conditioning exercised by security approaches on current criminal policies is not limited to strictly criminal matters related to crime or criminal justice as a whole; it extends to non-criminal areas that, nonetheless, are considered as a source of relevant risk to the community. For years, one of those non-criminal matters that is of interest to the criminal system is people mobility because crime globalization is associated with migration, another timeless phenomenon. This is no longer perceived as an economic or political phenomenon, as it has come to the forefront of security policies in most territories, and the mechanisms to address it begin to be a commonplace within this perspective. Therefore, a comparative analysis between the situation and the responses being adopted in two different regions is made from both the migratory point of view and criminal phenomenology, such as the European continent and the Latin American region, in order to identify the influence that the security approaches are generating in the legal and operational developments of migratory management.

Key Words: Immigration, Security, Criminal law, Europe, Latin America

Índice

1. Planteamiento de la cuestión
2. Los datos de base para la discusión
 - 2.1. Situación en Latinoamérica
 - 2.2. Situación en Europa
3. Los modelos de actuación
4. El enfoque de seguridad en la regulación de la materia
5. Respuestas penales
6. Bibliografía

1. Planteamiento de la cuestión

Entre las fuentes de percepción de la inseguridad, la inmigración ocupa de forma constante una posición principal². Se trata de un fenómeno con numerosas aristas, que se desarrolla a diferentes niveles de la organización social y política y que, en momentos diferentes y por distintas causas, confluyen para avanzar en una línea constante de criminalización del fenómeno. Desde el inicio del propio proceso migratorio hasta la fase última de intervención penal sobre extranjeros, la vinculación con la seguridad de los Estados receptores es constante, al punto de relacionarse de manera continua todos los posibles problemas de seguridad con la inmigración³, al margen de cuales sean las causas determinantes de esta.

Es este contexto, la crisis de los refugiados procedentes de Siria hacia Europa, mejor informada que la no menos preocupante situación de los refugiados migrantes hacia países de la propia región y hacia Arabia Saudí, ilustra a la perfección cómo el fenómeno migratorio en su conjunto es representado como un peligro para los intereses generales de los países receptores y sus ciudadanos.

Riesgo que se ha construido en tres fases temporales que han funcionado como escalones hacia un mismo destino. Así, en un primer momento, y hasta la aparición de las últimas crisis relacionadas con la primavera árabe, la migración por causas económicas se asociaba con fenómenos delictivos específicos imaginados alrededor de la creación de un perfil del inmigrante que encajaba con dicha clase de delincuencia.

² Bolaños Armijos, Y., *Percepción de inseguridad ciudadana e inmigración en Quito, 2007-2012*: estudio de caso 2012, ed. IAEN, Quito, 2016; Monreal Gimeno, M.C., Cárdenas Rodríguez, M.R. y Terrón Caro, M.T., “La percepción del fenómeno de la inmigración por la juventud española. Un estudio comparado entre Andalucía y Madrid”, en *Revista de Humanidades*, núm. 17, 2010, pp. 93-117; Hiskey, J., Malone, M. y Orcés, D., “Violencia y migración en Centroamérica”, en *Perspectivas desde el Barómetro de las Américas*: 2014, núm. 101, 2014, pp. 1-10; Buonfino, A., “Between unity and plurality: the politicization and securitization of the discourse of immigration in Europe”, en *New Political Science*, núm. 26, 2004, pp. 23-49.

³ Vite Pérez, A., “La inmigración y su criminalización”, en *Mundo Siglo XXI*, núm. 12, 2008, p. 63.

Los migrantes pobres se han considerado históricamente como un peligro para bienes jurídicos patrimoniales y eminentemente personales, amén de otras visiones asociadas a la salud, el empleo o la prestación de servicios públicos. Todos los estudios criminológicos serios⁴ han desmentido que esta vinculación fuese algo más que la consecuencia de una construcción ideológica contra el fenómeno migratorio, por lo que es más que probable que el fenómeno se repita en los demás perfiles de migrantes⁵.

La siguiente construcción creada alrededor de los extranjeros, tiene que ver con uno de los fenómenos criminológicos más relevantes de las últimas décadas: la criminalidad organizada. La percepción social de que la vinculación de los extranjeros con los distintos tipos de tráfico ilegales es absoluta, así como con otras conductas delictivas asociadas al mismo, resulta mayoritaria, especialmente en aquellos casos en los que la actividad criminal se desarrolla de forma internacional. Percepción social convenientemente alimentada desde los discursos emanados del poder político que sitúan a los inmigrantes en un espacio ajeno al

⁴ Butcher, K.F. y Piehl, “Cross-city evidence on the relationship between immigration and crime”, en *Journal of Policy Analysis and Management*, núm. 17, 1998, pp. 457-493; A.M., “Martínez, R. y Lee, M.T., “Inmigración y delincuencia”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 1, 2004, pp. 1-34; Nunziata, L., “Immigration and Crime: New Empirical Evidence from European Victimization Data”, en *IZA Discussion Papers*, núm. 8632, 2014, pp. 1-55; Ruiz Rodríguez, L.R., “Informe sobre condiciones de marginalidad y exclusión de extranjeros en España”, en *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, coord. Ruiz Rodríguez, ed. Bomarzo, Albacete, 2006 pp. 1-36; Miller, T. A., “Blurring the boundaries between immigration and crime control after September 11th”, en *Boston College Third World Law Journal*, núm. 25, 2005, pp. 81-123.

⁵ Pomed Sánchez L. y Velasco Caballero, F., “Inmigración y policía administrativa de seguridad”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 7, 2003, p. 136: “además, los delitos contra las personas (en especial, homicidios y asesinatos) no son cometidos mayoritariamente por extranjeros; más aún, el número de extranjeros agredido por españoles (en delitos de homicidio o asesinato) es superior al número de españoles agredidos por extranjeros; hay que destacar aquí, además, que un altísimo porcentaje de los homicidios y los asesinatos (el 82 por 100) tiene lugar entre español y español o entre extranjero y extranjero”.

de la comunidad a la que dicen defender⁶. Por lo tanto, la dimensión extraterritorial de la delincuencia sirve de argumento para asignar una mayor propensión al delito a extranjeros, además, procedentes de países poco menos que “etiquetados” como productores de delinquentes. De igual forma, los estudios publicados hasta la fecha y las estadísticas oficiales⁷, desmienten esta visión sobre el delito y su relación con la extranjería, situando la realidad en parámetros opuestos y explicables bajo factores menos emocionales y más objetivos⁸.

Finalmente, el último paso avanzado en esta materia es la identificación del extranjero con la violencia extrema, esta vez asociándolo a confesiones religiosas o a convicciones socio-políticas mezcladas con fuertes dosis de fanatismo. El terrorismo, fenómeno bien conocido en los países europeos durante la segunda mitad del siglo XX, vinculado principalmente a reivindicaciones territoriales o a posicionamientos políticos, ha condicionado la política criminal de buena parte de los Estados afectados por esta tipología delictiva, extendiendo los efectos de una legislación y una gestión de la seguridad de emergencia a todo el entramado de la justicia penal y de seguridad⁹. En el presente, con la sustitución de ese terrorismo doméstico por otro de corte religioso,

⁶ Buonfino, A., “Politics, Discourse and Immigration as a security concern in the EU: a tale of two nations, Italy and Britain”, en <https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/4c3886d5-0415-4c92-a5ba-d89f3cde4a9a.pdf>

⁷ Por todos, Wagman, D., “Estadística, Delito e Inmigrantes”, en *Mugak*, núm. 17, 2002, pp. 121-124; García España, E., *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

⁸ Este mecanismo de atribución de la inseguridad sin referencias a datos reales no es exclusiva de la inmigración, sino que se extiende a otros colectivos sobre los que hace cargar con el peso de la conflictividad social, por ejemplo, en los menores de edad (al respecto, Llobet Rodríguez, J., “Derechos Humanos en la Justicia penal juvenil”, en *Espiga*, enero-junio, 2002, p. 45).

⁹ Maqueda Abreu, M.L., “La criminalización del espacio público. El imparable ascenso de las <<clases peligrosas>>”, en *RECPC*, 2015, 17-12, pp. 3-4: “La separación del espacio público se iba a constituir, a partir de entonces, en el eje de las políticas de exclusión mediante una neutralización selectiva creciente de quienes, cada vez más, eran representados como enemigos del orden establecido en lugar de ciudadanos. Frente a ellos -terroristas, delinquentes violentos, criminalidad organizada y sexual, según la identificación legal oficial -, se invoca un derecho penal emergente, el de la guerra, que se sabe arrastrará, en su onda expansiva, a esa otra delincuencia

emerge una asociación creciente entre terrorismo y extranjería, al punto de que se llega a considerar como no nacionales o como sujetos susceptibles de perder la nacionalidad, a aquellos sujetos que profesan una confesión o una ideología visualizada como ajena a la tradición cultural de un país o territorio, negando la condición de nacionales verdaderos a aquellos sujetos nacionales cuyos ascendientes de primera o segunda generación no lo eran del país en cuestión. Basta con recordar la propuesta no aceptada del Presidente de la República de Francia de privar de la nacionalidad francesa a terroristas nacidos en el país, pero de padres extranjeros, tras los atentados de París de 2016.

Estos antecedentes posicionan a los extranjeros como uno de los centros preferentes de la actividad político criminal de los países receptores de las migraciones, cualquiera que sea la razón de la misma, poniendo todas las estructuras de la seguridad al servicio del control de los movimientos de las personas. Es cierto que todos estos Estados, a su vez, promueven un sistema de protección penal del extranjero como víctima del tráfico de personas (bastante homogéneas), además de impulsar determinadas políticas sociales –siempre insatisfactorias- que favorezcan la integración de los mismos (bastante heterogéneas), pero no lo es menos, que el castigo de la trata es un elemento más de las políticas de control migratorio y que las políticas integradoras, por mínimas que sean, buscan minimizar los graves problemas de inseguridad que conllevarían la total ausencia de las mismas. Formalmente, las políticas son de rechazo y control, pero, la realidad que impone la incapacidad de contener los flujos migratorios, obliga a intervenir para atemperar los potenciales conflictos que pueden surgir de la inacción frente a la realidad.

Estos movimientos masivos de personas han sido constantes históricamente, y se producen en cualquier región del planeta. Debido a que los motivos más determinantes varían con matices en las diferentes regiones, las políticas migratorias y de seguridad frente al fenómeno presentan peculiaridades propias que afectan a las respuestas públicas, legales y policiales, así como asistenciales, por lo que procede la

marginal, de poca monta, que se nutre de habituales y reincidentes, extranjeros, autores de delitos que causan alarma social por su relación con la droga, con la propiedad... y que poco a poco van a ir sumándose al recuento de clases peligrosas”.

comparación de modelos según las regiones, siendo objeto de este trabajo las perspectivas europea y latinoamericana por tratarse de dos regiones que se diferencian en que Europa es receptora neta de inmigrantes y refugiados, con algunos movimientos internos de población en el propio continente, mientras que Latinoamérica presenta mayor complejidad dependiendo del área, siendo los Estados Unidos de América receptor neto de la inmigración centroamericana y del norte de Sudamérica, con fuertes movimientos de población interregionales en distintas direcciones.

Las respuestas penales y de seguridad a estos movimientos estarán condicionados por las cifras reales del fenómeno, por la legislación penal y de seguridad vigente en cada Estado y por los objetivos político-criminales a satisfacer frente a los retos de las migraciones, por lo que resulta preciso un análisis comparado por regiones para comprender cuáles son las orientaciones preponderantes que van a determinar a nivel mundial la relación entre los movimientos migratorios y las políticas de seguridad.

2. Los datos de base para la discusión

Todo problema criminológico precisa una aproximación cuantitativa que permita eliminar de cualquier modelo de intervención aquellas medidas que sean contradichas abiertamente por la realidad, o, al menos, que faciliten visualizar que las decisiones que se adopten en contra de las cifras se asuman como de interés directo de naturaleza política o ideológica, sin coberturas ficticias revestidas de ciencia empírica¹⁰.

¹⁰ Lagos, M. y Dammert, L., *La inseguridad ciudadana. El principal problema de América Latina*, en http://www.latinobarometro.org/documentos/LATBD_La_seguridad_ciudadana.pdf: “a diferencia de las políticas públicas sobre salud o educación, en este tema se han generado mucho más rápido las respuestas del Estado que los sistemas de información y conocimiento del problema, sus causas y consecuencias. El conocimiento riguroso de la problemática se ve arrollado por la inmediatez y urgencia de la demanda por una respuesta por parte de los gobiernos. La demanda de acción pareciera que limita la inteligencia reflexiva sobre el tema, y la capacidad de conducción de los líderes políticos. Pero no sólo eso, sino que también la politización del debate evita el análisis técnico y coloca las propuestas electorales en el centro de la agenda”.

El análisis de los aspectos cuantitativos de los movimientos migratorios resulta fundamental para comprender con mayor exactitud el sentido de las reformas legales, el establecimiento de los mecanismos de control y los cambios de orientación estratégica en esta materia.

En general, las grandes cifras de la inmigración que ofrecen la mayor parte de los informes oficiales y los de organizaciones no gubernamentales concitan un consenso generalizado sobre el volumen, los corredores por los que se produce, incluso sobre las causas que la generan, pero la interpretación de dichos datos y la articulación de instrumentos que se precisan para afrontar la realidad varían tanto como lo sean los posicionamientos relativos a la identificación de riesgos que la migración genera.

Si los riesgos identificados son, sustancialmente, de naturaleza socio económica, las políticas de control y los sistemas regulatorios afrontarán problemas de cohesión social y de integración, con respuestas propias del orden socio laboral. En cambio, si los riesgos que se señalan son de orden securitario, serán mecanismos policiales y judiciales los que suban al primer escalón de las posibles medidas a tomar.

En realidad, esta doble visión nunca es nítida, porque se puede criminalizar la inmigración económica e implementar medidas propias del orden penal para afrontar retos conexos a esa clase de inmigración, lo que en la práctica sucede con frecuencia. De igual modo, aunque los movimientos de personas se perciban, sobre todo, como un riesgo para la seguridad, en ningún caso se renuncia a desarrollar instrumentos de integración social, aunque sean secundarios y supeditados a garantizar la seguridad, en abstracto, como el primer objetivo a alcanzar.

Obviamente, los modelos serán muy diferentes según la perspectiva primaria que se adopte frente al fenómeno, por lo que nos encontramos con Estados que, en una misma región, adoptan sistemas de intervención diferentes para afrontar un fenómeno cuyas causas y formas de manifestación son las mismas. Razones políticas, económicas, ideológicas y estratégicas serán las determinantes para realizar la elección del posible modelo.

2.1. Situación en Latinoamérica

Son numerosos los informes emitidos por organismos internacionales y regionales, así como por organizaciones académicas o no gubernamentales que abundan en la intensidad de los movimientos migratorios que, en diferentes direcciones, se producen en Latinoamérica en las últimas décadas.

Los mismos vienen a señalar flujos de personas que se desplazan por todo el continente, con puntos de destino muy variado que dependen de las oscilaciones socio-económicas que experimentan los diferentes países de la región, con destinos más o menos atractivos para los migrantes. Como asegura el Informe CEPAL de 2014, “la migración internacional ha sido intensa en toda la historia de América Latina y el Caribe, y hoy sigue experimentando un gran dinamismo, alimentado tanto por la globalización y la inserción de los países en el comercio internacional como por las asimetrías, desigualdades internas, la crisis y las diversas vicisitudes económicas actuales, además de las redes de todo tipo”¹¹.

Estos movimientos crecen y decrecen por multitud de factores que imponen dos tipos de políticas que se desarrollan de manera simultánea, sin que ello suponga coordinación entre ellas. Un tipo de políticas que atiende a situaciones coyunturales asociadas a conflictos sociales puntuales, crisis económicas abruptas o situaciones de guerras internas o interestatales. Estos escenarios generan medidas escasamente planificadas, se visualizan como temporales a muy corto plazo y buscan, entre otros objetivos, atenuar las repercusiones políticas que generan en los territorios impactados por la concreta crisis de que se trate.

El segundo tipo de políticas son de medio o largo plazo, aceptan que los movimientos migratorios son inevitables y constantes, y parten del reconocimiento por parte de los territorios impactados de que las diferencias con los territorios de procedencia de los migrantes son tan evidentes que sólo cabe esperar la afluencia de personas de forma masiva mientras que dichas diferencias se mantengan en el tiempo.

¹¹ Jorge Martínez Pizarro, Verónica Cano Christiny Magdalena Soffia Contrucci: Naciones Unidas, “Tendencias y patrones de la migración latinoamericana y caribeña hacia 2010 y desafíos para una agenda regional”, Santiago de Chile, 2014, p. 9.

En ambos modelos de intervención se suman decisiones de diferente naturaleza que buscan paliar los efectos negativos de las migraciones sobre los propios migrantes y sobre los territorios de recepción. Como ambos tipos de políticas no suelen estar coordinadas, se presentan habituales contradicciones en las legislaciones de los Estados que simultanean medidas de protección con medidas de seguridad, medidas que buscan la integración de los extranjeros al tiempo que se esfuerzan en conseguir el control y la expulsión del mayor número de extranjeros posible¹².

Como la expulsión se fundamenta en una violación de las normas migratorias, y, puntualmente, de las normas penales, y forma parte de una disciplina regulatoria cargada de un fuerte automatismo, la asociación de una figura como esta con objetivos político criminales resulta muy maleable, de forma que la conexión de la misma con objetivos propios de la seguridad puede ser fácilmente buscada sin que las normas sobre la expulsión administrativa busquen tales objetivos.

De hecho, las políticas de seguridad en relación con aquellos dos modos de afrontar los movimientos migratorios obedecen a la visualización de los riesgos reales o potenciales que las migraciones masivas pueden generar, de modo que a los retos sanitarios, laborales, ocupacionales o de integración cultural, se suman otros de orden político criminal como la integración en organizaciones delictivas, el terrorismo, la delincuencia patrimonial, las toxicomanías, la prostitución, etc¹³.

Estas políticas se aplican sobre realidades diversas con semejantes criterios, lo que en las regiones latinoamericanas representan contradicciones relevantes que, con los informes de Naciones Unidas sobre la materia, pueden visualizarse con cierta claridad: “la emigración de latinoamericanos creció de manera importante, principalmente hacia los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), sobre todo de 1990 a 2005. México y Colombia

¹² Rodríguez Mesa, M.J., “Instrumentos jurídicos para la gestión y control de los flujos migratorios Marruecos-España”, en *Entelequia. Revista Interdisciplinar*, monográfico, 2007, pp. 231 y ss.

¹³ Al respecto, Wacquant, señala las consecuencias del rechazo a los colectivos que representan la pobreza mediante el distanciamiento y la calificación de los distintos como peligrosos (*Parias urbanos. Marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio*, ed. Manantial, Buenos Aires, 2001, pp. 178-179).

son los países que más emigrantes registran en la región, aunque como porcentaje de la población total, varias naciones caribeñas cuentan con más del 20% de su población en el exterior (SICREMI 2011). De acuerdo con datos del Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE), el número de emigrantes latinoamericanos y caribeños se incrementó entre 2000 y 2005, de un total estimado de 21 millones de personas a 25 millones (CEPAL, 2006b). En la segunda mitad de la década, este número se acercó a los 30 millones, aunque recientemente se ha registrado una desaceleración en el flujo -especialmente en el marco de la crisis económica mundial de 2009 (CELADE 2011)-. En particular, la emigración hacia España se redujo un 38% entre los periodos de 2005-2007 y 2008-2010, y los flujos -autorizados- hacia Estados Unidos disminuyeron un 4% (SICREMI 2012).¹⁴

Estos datos ponen de manifiesto que, si bien, los destinos finales de los movimientos migratorios siguen siendo esencialmente los mismos en las últimas cuatro décadas, las políticas de restricción de movimientos de los países destinatarios, han supuesto cambios relevantes en las legislaciones y en las políticas de los países que se consideraban tradicionalmente de puro tránsito, para comenzar un proceso de diversificación de destinos por razones históricas, económicas, geográficas, culturales e, incluso, administrativas.

Así, países como Panamá o Costa Rica, que durante décadas han sido países de simple tránsito hacia los Estados Unidos de América, por razones de emergencia económica, por decisiones políticas tomadas en otros estados (por ejemplo, el cierre de fronteras en Nicaragua), o por la dispersión de los países de origen de los migrantes, se han encontrado con la necesidad de afrontar legal y ejecutivamente el tráfico y la trata de personas como un problema interno al que darle una solución sostenida en el tiempo, tanto persiguiendo los crímenes relacionados con la organización criminal del tráfico de personas, como implementado medidas de atención a un colectivo creciente.

Estos movimientos no solo se han incrementado por diversos factores coadyuvantes a la consolidación de los mismos, siendo una

¹⁴ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe Regional de Desarrollo Humano. Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina*, 2013-2014, p. 26.

realidad innegable y sin posibilidades de modificación a corto o medio plazo, al no existir previsión de cambio en los motivos estructurales que lo producen, sino que se han visto acompañados en los últimos años por un elemento añadido que está transformando la regulación y la organización de la justicia penal de todos los países de la región, la concurrencia de elevados niveles de violencia que acompañan a los procesos migratorios. Como señala el informe del Instituto Tecnológico Autónomo de México de 2014, “en la última década, estos movimientos migratorios irregulares hacia Estados Unidos se han producido en un contexto de incremento de la inseguridad y, por tanto, de mayor vulnerabilidad de las personas migrantes frente a amenazas de extorsión, asalto, violación, secuestro e incluso homicidio, entre otras. Esta situación se ha acentuado y agravado por el aumento de la violencia en México, Honduras, El Salvador y Guatemala, así como por el endurecimiento cada vez mayor del control fronterizo en el sur de Estados Unidos y la continuidad de las acciones de retención de migrantes indocumentados por el gobierno mexicano a lo largo de todo el país”¹⁵.

Al incremento de la violencia estructural padecida por estos territorios, se suma un factor material que se encuentra en la base de la coincidencia en el tiempo y en el espacio entre la inseguridad de los migrantes y otros factores delictivos, y no es otro que las políticas de control fronterizo auspiciadas por los Estados Unidos de América y asumida, de facto, por algunos de los países centroamericanos y, especialmente, por México. Las dificultades administrativas y físicas para realizar la migración deseada, impiden que el tránsito por territorios, de por sí complejos, se pueda realizar por iniciativa personal del migrante hasta el final del trayecto, lo que obliga a la mayor parte de estas personas a conectarse con redes delictivas de tráfico de personas que, en este caso, sí disponen de los medios y capacidades para consumir la migración con muchas más altas probabilidades que la emigración individual.

Habiéndose constatado que las redes de tráfico de personas coinciden en la mayor parte de las ocasiones con organizaciones

¹⁵ Instituto Tecnológico Autónomo de México, “Migración centroamericana en tránsito por México hacia Estados Unidos: diagnóstico y recomendaciones. Hacia una visión integral, regional y de responsabilidad compartida”, México DF, 2014, p. 10.

delictivas dedicadas a otras actividades criminales, el narcotráfico de manera principal, el migrante se encuentra rodeado durante el proceso, por todos los frentes de riesgo que se derivan de desarrollar su actividad migratoria bajo las condiciones de una organización delictiva y trasladando “voluntariamente” su decisión de migrar desde el terreno de la infracción administrativa hasta el ámbito de la actividad delictiva, aunque sea la desarrollada por terceros.

En ese momento, las personas que se trasladan se convierten por voluntad propia en víctimas de los delitos tipificados en los códigos y leyes penales, lo cual las coloca en una posición legal y criminológica peculiar, como cooperadores necesarios de la infracción –aunque se trate de conductas impunes- y como víctimas participantes no ajenas a las infracciones cometidas por las redes de tráfico, situándolos, desde una perspectiva sociológico-criminal, en una posición de rechazo al no ser considerados como víctimas de delitos de forma completa.

De este modo, confluye en el colectivo de migrantes un doble análisis: son sujetos necesitados de protección como víctimas de graves delitos y, al tiempo, representan un riesgo, una amenaza para la seguridad por facilitar, aunque sea de forma indirecta, la existencia y reforzamiento de las redes de crimen organizado a quienes nutren voluntariamente de recursos para conseguir el traslado al territorio deseado¹⁷. Pero, estos análisis tienden a analizar los movimientos migratorios con cierto monolitismo, unificando causas, procesos y consecuencias, aprovechando la ausencia de datos cuantitativos y cualitativos determinantes para armar conclusiones sólidas sobre estos aspectos. Como afirma el Instituto

¹⁷ Es destacable, a este respecto, la siguiente paradoja: la creciente inclusión formal de la migración en todas las agendas internacionales de desarrollo, que auspicia avances de largo plazo, coexiste en lo inmediato con un diálogo restringido, estigmatizador y reduccionista acerca de la situación de los migrantes y del papel de la migración en el mundo. El abordaje de la migración como factor de progreso está aún muy polarizado entre las visiones del norte y las del sur, y prima la perspectiva de la seguridad, el utilitarismo y las restricciones en el primer caso, y el enfoque de los derechos humanos en el segundo (Martínez Pizarro, J., Cano Christiny, V. y Soffia Contrucci, M., *Tendencias y patrones de la migración latinoamericana y caribeña hacia 2010 y desafíos para una agenda regional*, ed. CEPAL, *Serie Población y Desarrollo*, núm. 109, 2014, p. 10).

Tecnológico Autónomo de México, “en la región mesoamericana son escasas las estadísticas sistematizadas sobre los flujos de migrantes en tránsito, en cuanto a su volumen y características. Si bien hay diversas publicaciones sobre las agresiones y los abusos de los que son objeto, aún hace falta información empírica que permita realizar análisis más profundos. La falta de estadísticas consistentes y seriadas impacta de manera negativa en la toma de decisiones gubernamentales y no permite un diálogo más constructivo entre el gobierno y la sociedad civil”¹⁸.

En efecto, la política criminal frente al tráfico y la trata de personas se desarrolla mediante un diálogo habitualmente viciado entre gobiernos y sociedad civil, diálogo que, por ejemplo, en Europa, se encuentra condicionado por el fenómeno terrorista y las múltiples interpretaciones que se hacen respecto de cuánta es la relación entre inmigración y terrorismo, y cuáles son los verdaderos riesgos que se asumen con el tránsito masivo de personas, especialmente, si profesan ideologías o confesiones religiosas con interpretaciones violentas de su implantación. Obviamente, si se diferencia entre tráfico y trata, las perspectivas de análisis varían de forma notable, ya que las víctimas de trata son visualizadas con un perfil de víctima inocente, si bien, ello no ha impedido, por ejemplo, en España, no pocas situaciones incomprensibles de expulsión administrativa de víctimas de trata, en una priorización formal del cumplimiento de la normas administrativas de entrada y permanencia, por encima de los compromisos de protección de víctimas de delitos graves.

En cualquier caso, es la medición lo más real posible de un fenómeno lo que da la medida precisa para la toma de decisiones adecuada. De forma razonable, a las cifras se deben añadir soluciones políticas, esto es, ideológicas y técnicas, pero, al menos, es exigible que estas tengan una mínima base empírica en aras de eludir la más que probable arbitrariedad política. Para Latinoamérica, se estiman como globales los siguientes datos: “como síntesis de la situación actual de emigración puede decirse que existen alrededor de unos 30 millones de latinoamericanos y caribeños

¹⁸ Instituto Tecnológico Autónomo de México, “Migración centroamericana en tránsito por México hacia Estados Unidos: diagnóstico y recomendaciones. Hacia una visión integral, regional y de responsabilidad compartida”, op. cit., p. 12.

residiendo en países distintos al de su nacimiento —más exactamente, 28,5 millones—, cifra mayor a los 26 millones registrados en la ronda de censos de 2002. Este número de emigrados equivale a aproximadamente el 4% de la población total de América Latina y el Caribe. El stock total de emigrantes se compone de la población nacida en países de América Latina y el Caribe residente en otras regiones, por una parte, y de la población nativa residente en otros países distintos al de su nacimiento dentro de la región, por la otra. El componente extrarregional de la emigración es el que ha experimentado la mayor merma en comparación con las décadas anteriores. No obstante, el stock total de inmigrantes debe analizarse sobre la base de sus dos componentes: la denominada inmigración de ultramar y la inmigración de población nacida en la propia América Latina y el Caribe. Mientras la primera representa un 37,2% de la población inmigrante y continúa perdiendo importancia relativa, la segunda constituye el 62,8% de esta población y sigue creciendo en relación a las décadas anteriores”¹⁹.

Cuantificando sólo la trata de personas, la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, UNODOC, ofrece hasta 2011 las siguientes cifras fundamentales²⁰, cifras actualizadas en el Informe Mundial sobre la Trata de Personas de 2014²¹:

- *Se estima en 2,5 millones el número de personas víctimas de la trata. Sin embargo, se calcula que por cada víctima de la trata de personas identificada existen 20 más sin identificar.*
- *La mitad de las víctimas de trata son menores de 18 años. 15 a 20% de las víctimas son niños*

¹⁹ Martínez Pizarro, J., Cano Christiny, V. y Soffia Contrucci, M., Tendencias y patrones de la migración latinoamericana y caribeña hacia 2010 y desafíos para una agenda regional, op. cit., pp. 11-12.

²⁰ UNODOC, Algunos datos relevantes sobre la trata de personas, en https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/sobre-unodc/Fact_Sheet_Dados_Trafico_de_Pessoas_geral_ESP.pdf

²¹ UNODOC, Informe Mundial sobre la Trata de Personas. Resumen Ejecutivo, 2014, https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP14_ExSum_spanish.pdf

- *Las 2 terceras partes de las víctimas detectadas por las autoridades son mujeres, el 79% de ellas sometidas a explotación sexual seguido por un 18% de casos con fines de explotación laboral, trabajos o servicios forzados.*
- *El 13% de las víctimas de la trata de personas detectadas en Europa Central y occidental provienen de países de América del Sur.*
- *El 66% de las víctimas de trata de personas identificadas desde 2006 en países de América Latina son mujeres, el 13% niñas, el 12% hombres y el 9% niños.*
- *El 63% de los 155 países y territorios que han ratificado el Protocolo de Naciones Unidas contra la Trata de Personas, han aprobado leyes internas que sancionan este delito y el número de países que han promulgado leyes para combatir la trata de personas se duplicó con entre el años 2003 y el año 2008.*
- *Entre el 2003 y el 2008 el 40% de los países con leyes vigentes contra la trata de personas no registraron ninguna condena por este delito.*
- *Según el Informe la Globalización del Crimen, publicado por UNODC en el 2010, los principales países de destino para la explotación sexual de víctimas de la trata que provienen de Suramérica son España, Italia, Portugal, Francia, Países Bajos, Alemania, Austria y Suiza.*
- *En los últimos años de las víctimas de trata de personas que son trasladadas desde Suramérica hacia Europa se ha identificado un incremento significativo en el número de mujeres que provienen de Brasil.*
- *Se calcula que en España ejercen la prostitución un número cercano a las 350.000 mujeres de las cuales el 80% son extranjeras en situación de migración irregular provenientes de Brasil, Colombia, Nigeria, Rumania, Rusia y Ucrania.*
- *El mercado ilícito se estima en 32 billones de dólares.*
- *Según Información de la Iniciativa Global contra la Trata de Personas UNGIFT de las ganancias globales que se mueven*

detrás del mercado ilícito de la trata de personas 1.3 billones de dólares que equivalen al 4.1% son generados en América Latina. El 49% se genera en países industrializados caracterizados por ser los principales destinos de las víctimas que provienen de Latinoamérica.

- *Según información de las autoridades el 52% de los tratantes o personas dedicadas al tráfico humano son hombres y el 42% mujeres. Sin embargo, en el 30% de los países donde se sabe el sexo de los autores, más mujeres fueron declaradas culpables de delitos relacionados con la trata.*

Datos globales, sin embargo, que no representan una realidad homogénea, sino que, como consecuencia de las normas y políticas nacionales, de las diferentes realidades socioeconómicas de los estados y de las estrategias, bilaterales y regionales, ofrecen resultados particulares en cada país, de modo que un mismo fenómeno puede generar una situación de emergencia o de normalidad dependiendo de las cifras concretas que presenten. Así “debe decirse que el peso relativo de los inmigrantes sobre la población nacional no es necesariamente coincidente con este *ranking*, pues los volúmenes totales de la población nativa varían enormemente. Así, por ejemplo, aunque México es uno de los países que mayor cantidad de inmigrantes recibe —casi un millón de personas—, estos representan menos del 1% de su población. En Costa Rica, en cambio, los 385.000 inmigrantes registrados por el censo representan el 9% de la población total, el más alto porcentaje de la región”²², lo cual obligará a entrar en el detalle de las regulaciones penales y administrativas de los diferentes países de acuerdo con los datos estadísticos de cada uno para comprender el diseño político criminal relativo a la inmigración ilegal, el tráfico y la trata de personas.

Estas soluciones particulares, además de las acordadas regionalmente en diferentes organismos de cooperación internacional, afrontan, además, un fenómeno relativamente reciente, como es la migración interregional en el contexto de unas condiciones socioeconómicas más favorables que las de los tradicionales países de destino en el norte del continente americano o hacia los países europeos, particularmente,

²² Ibídem, p. 14.

España. De este modo, “es relativamente aceptable la idea de que en los últimos años la región ha experimentado una mejora en diversos ámbitos, tales como la disminución de la pobreza, la mejora de sus índices macroeconómicos, la mayor creación de empleo (especialmente formal), así como la estabilidad política que han logrado la mayoría de los países. Esto, sumado a la situación de crisis económica en los países del norte, al endurecimiento de las políticas de ingreso y estadía, y al clima anti-inmigrante, ha contribuido posiblemente a posicionar a la región como una alternativa —coyuntural o no— de destino de la migración. Así, existiría una incipiente llegada a la región de inmigrantes de alta calificación provenientes de algunos países de Europa y América del Norte que, aunque de pequeña cuantía y probable carácter temporal, plantea interesantes desafíos a la cooperación en materia migratoria”²³.

Esta nueva situación, sobre todo, determina la necesidad de comprender el fenómeno migratorio como una cuestión interna de cada Estado, con sus especificidades legales, políticas y socioeconómicas, impidiendo realizar una lectura distante y ajena de la cuestión a título de mero observador durante el tránsito de personas por el propio territorio.

El incremento notable de la vinculación de la migración con la comisión de delitos asociados a la misma²⁴, ha despertado igualmente el interés y la necesidad de dar respuesta a los retos sociales y legales que este fenómeno provoca, en general, mediante declaraciones programáticas emanadas de organismos internacionales y regionales, normalmente no vinculantes, y la adopción por parte de los Estados de parte de esos contenidos mediante la adaptación de sus ordenamientos a esta realidad cambiante. Tanto en Latinoamérica como en Europa, las reformas legales a nivel de regulación migratoria, pero, sobre todo,

²⁴ Ibidem, p. 22.

²⁴ En el caso de Argentina, la nacionalidad extranjera aparece en el 70% de las víctimas de explotación laboral, ya que “el desplazamiento acrecienta, así, su situación de vulnerabilidad, que en muchas oportunidades es aprovechada por los empleadores para imponer condiciones de trabajo abusivas que en ciertos casos traspasan las fronteras del derecho laboral e ingresan como formas modernas de esclavitud y reducción a servidumbre” (Procuraduría de Trata y Explotación de Personas, *Trata laboral en Argentina. El trato judicial de los casos en el fuero federal*, ed. Procuraduría de Trata y Explotación de personas, Buenos Aires, 2014, p. 35).

de leyes penales sancionadoras del tráfico y trata de personas, ha sido profusa en los últimos años, bien mediante modificaciones de los códigos penales, o a través de la incorporación a los ordenamientos de leyes penales especiales dirigidas a afrontar estas formas de criminalidad.

Sin embargo, estas reformas, tienen un alcance menor sobre la cuestión de fondo, esto es, sobre los propios movimientos migratorios y la valoración política que se haga de los mismos. En Europa, el caso de Hungría es paradigmático de una posición de puertas cerradas y criminalización de la migración, sean cuales sean las causas que la impulsen. Con recientes reformas penales que incorporan el castigo penal de la entrada irregular en el país²⁵, la situación llega a alcanzar altos niveles de esquizofrenia, regulando penalmente la protección de las personas víctimas del tráfico y castigando, a un tiempo, con sanciones penales a la víctima que realiza la entrada ilegal como parte de la actividad delictiva de la organización contra la que se actúa.

Y no difiere sustancialmente la situación cuando se castiga con penas privativas de libertad a los sujetos que han sido expulsados o deportados administrativamente, aun siendo víctimas del tráfico de personas, y vuelven a intentar la entrada en ese territorio que los expulsó, poniéndose por encima de la protección de la víctima del tráfico el cumplimiento del ordenamiento del Estado, la vigencia de la ley sobre otra consideración, como ocurre en los Estados Unidos de América que, mediante el programa de la Agencia de Aduanas y Protección Fronteriza (CBP) penaliza con sentencia obligatoria de cárcel la re-aprehensión de los retornados y deportados desde Estados Unidos.

En estos casos, la condición de víctima desaparece, aunque las circunstancias que motivaron la migración y la participación de las organizaciones delictivas en el traslado sean las mismas. La contumacia del migrante se convierte, en estos casos, en factor decisivo para modificar la protección de los mismos, incluso en los supuestos en los que se mantenga la persecución de los traficantes, ya que la transformación del migrante de víctima a infractor, incluso a delincuente, anula el interés de la persona y sus derechos como objeto de primer nivel, para ser el interés

²⁵ Al respecto, véase el Informe anual sobre Hungría de Amnistía Internacional, 2015-16: <https://www.amnesty.org/es/countries/europe-and-central-asia/hungary/report-hungary/>

de la organización el que prevalezca. Incluso en contra del migrante, en contra de la Resolución de Naciones Unidas surgida del Segundo Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo, celebrado en 2013, en cuyo documento se pone énfasis en las “contribuciones que realizan las personas migrantes a los países de origen, tránsito y destino, en la necesidad de protección de sus derechos humanos y en la compleja relación y las sinergias mundiales, regionales y nacionales entre la migración y el desarrollo”. Los asuntos relativos a los derechos humanos constituyen uno de los temas centrales de la declaración, y el que amerita los compromisos más enfáticos. Así es como los signatarios del documento reafirman la necesidad de promover y proteger de manera efectiva los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los migrantes con independencia de su estatus migratorio, y condenan enérgicamente los actos, manifestaciones y expresiones de racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas de intolerancia en su contra. Castigar penalmente los intentos de ingreso a un territorio constituye en la práctica una de estas manifestaciones indeseables a las que se refiere la declaración.

Tal vez la explicación de estas políticas no residan sólo en la valoración objetiva de los hechos, sino en su dimensión y volumen, realidad que, en Europa, es perfectamente visible en los últimos tiempos a partir de la denominada “crisis de los refugiados” provocada por el conflicto bélico en Siria, que ha contaminado toda la región.

2.2. Situación en Europa

Europa en su conjunto representa un destino principal de la inmigración procedente de diferentes regiones del planeta, en la que se suman dos realidades tradicionales que ofrecen un perfil algo diferenciador con el continente americano, la suma de la migración por razones económicas, a la originada por conflictos sociales violentos producidos, especialmente, en el continente africano y el medio oriente.

Las cifras que ofrecen los organismos oficiales europeos al respecto muestran una gran movilidad de personas hacia, dentro y desde la Unión Europea con los siguientes datos globales para 2013 ofrecidos por EUROSTAT:

“A lo largo de 2013, un total de 3,4 millones de personas inmigraron a uno de los Estados miembros de la EU-28 mientras que al menos 2,8 millones emigrantes abandonaron un Estado miembro de la UE. Estas cifras totales no representan los flujos migratorios hacia y desde la UE en su conjunto, ya que también incluyen los flujos entre distintos Estados miembros de la UE.

De estos 3,4 millones de inmigrantes en 2013, se calcula que 1,4 millones eran ciudadanos de países terceros, 1,2 millones tenían la nacionalidad de un Estado miembro de la UE diferente de aquel al que habían emigrado, unas 830 000 personas habían emigrado a un Estado miembro de la UE del que tenían la nacionalidad (por ejemplo nacionales que regresan o nacionales nacidos en el extranjero) y alrededor de 6 100 personas eran apátridas.

Alemania notificó el mayor número de inmigrantes (692 700) en 2013, seguida del Reino Unido (526 000), Francia (332 600), Italia (307 500) y España (280 800). España declaró el mayor número de emigrantes (532 300) en 2013, seguida del Reino Unido (316 900), Francia (300 800), Polonia (276 400) y Alemania (259 300). Dieciséis Estados miembros de la UE declararon más inmigración que emigración en 2013, pero en Bulgaria, Irlanda, Grecia, España, Croacia, Chipre, Polonia, Portugal, Rumanía y los tres Estados miembros bálticos los emigrantes fueron más numerosos que los inmigrantes²⁶.

²⁶ Eurostat, *Estadísticas de migración y población migrante*, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics/es

	Total immigrants		Nationals		Non-nationals						
	(thousands)	(thousands)	(%)	Total		Citizens of other EU Member States		Citizens of non-member countries		Stateless	
				(thousands)	(%)	(thousands)	(%)	(thousands)	(%)	(thousands)	(%)
Belgium	118.3	17.5	14.8	100.5	85.0	62.0	52.4	38.4	32.5	0.0	0.0
Bulgaria	18.6	4.7	25.2	13.8	74.3	1.6	8.8	12.0	64.5	0.2	1.0
Czech Republic	30.1	5.3	17.7	24.8	82.3	14.0	46.5	10.8	35.8	0.0	0.0
Denmark	60.3	19.0	31.5	41.3	68.5	21.3	35.3	19.6	32.5	0.4	0.7
Germany	692.7	83.2	12.0	606.8	87.6	354.0	51.1	252.1	36.4	0.7	0.1
Estonia	4.1	2.5	60.2	1.6	39.8	0.1	3.6	1.5	36.3	0.0	0.0
Ireland	59.3	12.7	21.4	46.6	78.6	23.3	39.4	23.2	39.1	0.1	0.1
Greece	47.1	21.6	46.0	25.4	54.0	12.2	25.9	13.2	28.2	0.0	0.0
Spain	280.8	32.4	11.5	248.4	88.5	90.4	32.2	157.8	56.2	0.1	0.0
France	332.6	115.4	34.7	217.2	65.3	90.6	27.2	126.6	38.1	0.0	0.0
Croatia	10.4	5.1	49.0	5.3	50.9	1.8	17.8	3.4	33.1	0.0	0.0
Italy	307.5	28.4	9.2	279.0	90.8	77.5	25.2	201.5	65.5	0.0	0.0
Cyprus	13.1	1.5	11.7	11.5	87.5	6.7	50.7	4.8	36.8	0.0	0.0
Latvia	8.3	4.8	57.5	3.5	42.5	0.9	11.0	2.6	31.4	0.0	0.1
Lithuania	22.0	19.0	86.2	3.0	13.8	0.7	3.0	2.4	10.7	0.0	0.0
Luxembourg	21.1	1.3	6.2	19.7	93.5	15.5	73.5	4.2	20.1	0.0	0.0
Hungary	39.0	17.7	45.5	21.3	54.5	10.4	26.8	10.8	27.7	0.0	0.0
Malta	8.4	1.8	21.6	6.6	78.4	3.1	37.3	3.5	41.0	0.0	0.0
Netherlands	129.4	36.3	28.1	93.1	71.9	52.2	40.3	40.8	31.6	0.1	0.0
Austria	101.9	9.2	9.1	92.6	90.9	60.2	59.1	32.2	31.7	0.1	0.1
Poland	220.3	131.4	59.7	88.7	40.3	29.6	13.4	59.0	26.8	0.1	0.0
Portugal	17.6	12.2	69.2	5.4	30.8	1.7	9.5	3.7	21.3	0.0	0.0
Romania	153.6	138.9	90.4	14.7	9.6	1.0	0.7	13.7	8.9	0.0	0.0
Slovenia	13.9	2.3	16.2	11.6	83.8	3.3	23.6	8.3	60.1	0.0	0.0
Slovakia	5.1	2.7	51.9	2.5	48.1	2.0	38.2	0.5	9.8	0.0	0.0
Finland	31.9	8.1	25.3	23.4	73.2	10.2	31.8	13.2	41.3	0.1	0.2
Sweden	115.8	20.5	17.7	94.9	81.9	26.4	22.8	64.2	55.4	4.3	3.7
United Kingdom	526.0	76.1	14.5	449.9	85.5	201.4	38.3	248.5	47.2	0.0	0.0
Iceland	6.4	2.8	43.7	3.6	56.3	2.8	43.0	0.8	12.9	0.0	0.3
Liechtenstein	0.7	0.2	23.7	0.5	76.3	0.3	46.8	0.2	29.5	0.0	0.0
Norway	68.3	7.0	10.3	61.3	89.7	36.4	53.3	24.5	35.8	0.4	0.6
Switzerland	160.2	26.1	16.3	134.1	83.7	96.8	60.5	37.2	23.3	0.0	0.0

(*) The values for the different categories of citizenship may not sum to the total due to rounding and the exclusion of the category 'unknown citizenship' from the table. Source: Eurostat (online data code: migr_imm1ctz)

Fuente: Eurostat

Estas cifras de 2013 son muy representativas de la situación de crisis económica iniciada en 2007 en el continente europeo y cuyos efectos aún perviven con bastante intensidad entre la población.

Sin embargo, no incluyen las relativas al desencadenante de la mayor crisis migratoria en Europa de las últimas décadas, la crisis de los refugiados procedentes de Siria y otros países en conflicto o emergencia a través del sureste europeo con destino preferente en Alemania²⁷. Si bien conflictos como el de Libia o la situación de inseguridad existente

²⁷ Sobre la situación por países, vid. Delgado Godoy, I, “La inmigración en Europa: realidades y políticas”, en *Unidad de Políticas Comparadas*, CSIC, Documento de Trabajo 02-18, pp. 6 y ss; Fernández Suárez, B., *Políticas migratorias comparadas en el Sur de Europa: lecciones cruzadas entre España y Portugal*, ed. Fundación Alternativas, Madrid, 2010, pp. 8 y ss.

en la línea sur del Sahara ya habían generado un importante incremento migratorio con fuerte componente de refugiados en los últimos diez años, tanto por el volumen, por la caótica situación siria, como por la mezcla de migrantes y refugiados en los mismos canales de tráfico de personas, la crisis ha tomado dimensiones no conocidas hasta la fecha en el continente.

Y lo más significativo del modo de afrontar la situación ha sido la renuncia absoluta a abordarla mediante la planificación de un modelo de actuación legal, económico y social frente a la crisis, sustituyéndolo por una solución operativa consistente en derivar el problema hacia un territorio extracomunitario a cambio de compensaciones económicas. Al margen de lo vergonzante de la situación, derivada de la negativa de la Unión Europea a aplicar las políticas migratorias y de asilo, tal y como las tiene incorporadas a su normativa comunitaria, durante todo el proceso de negociación con Turquía del acuerdo para el redireccionamiento de los refugiados e inmigrantes a ese país, sin analizar la condición de las personas en particular, lo más preocupante está siendo la confusión interesada que desde algunos de los países de la Unión se ha hecho entre inmigración, refugiados y seguridad.

La producción de los últimos atentados terroristas cometidos en algunos países europeos, los más graves en Francia, cometidos por radicales yihadistas de confesión musulmana, ha llevado a muchas instituciones oficiales a considerar la llegada de sujetos que huyen del conflicto sirio, también del afgano o del libio, y de otros que se desarrollan en el África subsahariana, como un riesgo para la seguridad de los ciudadanos europeos y el normalizado funcionamiento de las instituciones de los Estados.

Este proceso valorativo, sin embargo, se viene produciendo en un contexto de ausencia absoluta de datos que lo verifique²⁸, más allá

²⁸ En este sentido, ya se anticipaba a la crisis migratoria Triandafyllidou: “a pesar de que los presuntos terroristas aparentemente se encuentran entre los inmigrantes legales de clase media, cultos – los inmigrantes “buenos” por los que las sociedades occidentales han estado compitiendo en la última década– el argumento del terrorismo se utiliza ahora en los debates políticos para justificar unos controles más duros sobre la inmigración en general. Dichos controles infringen, en nombre de la seguridad, los

del convencimiento silogístico de que eso puede ser así, o mediante la transmisión de informaciones inverificables de diferentes servicios secretos europeos que afirman la relación entre estos movimientos de personas y las amenazas de seguridad por la criminalidad terrorista. En ambos casos, se trata de una cuestión de fe o confianza ciega en fuentes que, normalmente, no revelan el origen de los datos que sirven de base a sus aseveraciones. De este modo, bastaría con repasar las estrategias de seguridad de algunos países europeos para encontrar numerosas referencias a la relación entre los movimientos de población procedentes de países en conflicto y el terrorismo islamista.

Se trata de un discurso que a las propias autoridades europeas les resulta difícil eludir y que aparece, de nuevo, recientemente, en el Plan de la Comisión, debatido en el Parlamento Europeo el 7 de junio de 2016, para afrontar los retos de la inmigración masiva, proponiendo crear, entre otros recursos, la Guardia Europea de Fronteras, entre cuyas funciones se encontraría garantizar la seguridad interna de la Unión y la prevención de atentados terroristas, mezclando, de nuevo, el fenómeno migratorio con el terrorismo, criminalizando el traslado de personas por toda clase de razones como un potencial riesgo para la seguridad europea. A ello se suma la propuesta de la creación de una lista de países de origen seguros, concepto casi imposible de establecer como consecuencia de que los inmigrantes y refugiados utilizan las mismas vías de acceso, que incluyen casi siempre países “inseguros”, además de atribuir a las personas, con una fórmula automática, la condición de peligrosa por la situación de guerra, conflicto civil o inestabilidad política en la que se encuentre el país en cuestión.

Es evidente que la migración tiene que ver de forma directa con retos específicos de seguridad, pero son retos de seguridad que presentan una

derechos individuales básicos de los ciudadanos de la UE y también de los nacionales de terceros países. Sin embargo, no hay pruebas de que los inmigrantes indocumentados que cruzan ilegalmente las fronteras de los Estados miembros de la UE y que trabajan en sus economías sumergidas, que poco a poco se establecen e incluso llegan a regularizar su situación, se encuentren entre los sospechosos de ataques terroristas tan sofisticados como el del 11-S” (“Nuevos retos para Europa: migración, seguridad y derechos de ciudadanía”, en Revista CIDOB d’Afers Internacionals, núm. 69, 2005, p. 40).

dimensión básica de seguridad humana para los propios migrantes, más que para los países y las poblaciones receptoras de la inmigración²⁹. El análisis relacional entre fenómeno y objetivo no es ilógico, pero tampoco puede ser lo fundamental, el elemento determinante del diseño de las políticas migratorias en la región, sobre todo, porque la ausencia de datos suficientes que acrediten y justifiquen esta deriva obliga a buscar formas de relacionar la seguridad interna de las personas y los Estados receptores de inmigrantes que aporten objetividad al análisis y racionalidad a las medidas. Como se asegura en el documento *Política Migratoria Integral para Costa Rica*, del Consejo Nacional de Migración, de 2013, “este enfoque reconoce los riesgos, amenazas y vulnerabilidades que enfrentan las personas migrantes y refugiadas, tanto aquellas que llegan al país o que están en tránsito, como aquellas que han migrado hacia otros países. Por lo tanto, este enfoque busca priorizar la seguridad de las personas en diversas dimensiones tales como: alimentaria, jurídica, social, laboral y ambiental. Asimismo, este enfoque, reconoce la responsabilidad del Estado de generar las condiciones adecuadas para la seguridad humana, ante potenciales riesgos, amenazas y vulnerabilidades. También implica o comprende la responsabilidad de las personas migrantes por alcanzar la seguridad humana”.

3. Los modelos de actuación

Tanto en Europa como en Latinoamérica los asuntos de la seguridad relacionados con las poblaciones migrantes son abordados con la complejidad propia del fenómeno y las numerosas caras con las que se presenta. Si bien los aspectos de seguridad más relevantes son aquellos que tienen que ver con la protección de los bienes jurídicos personalísimos de los propios migrantes, en mayor riesgo por la propia situación ilegal en la que transcurre la mayor parte del proceso migratorio, no son estos los que forman parte del centro de las políticas migratorias de los países receptores de inmigrantes, especialmente cuando es la seguridad el objetivo a satisfacer.

²⁹ Díaz, G. y Abad, G., “Migración y seguridad en España: seguridad humana y el control de fronteras. El caso de FRONTEx”, en UNISCI Discussion Papers, núm. 17, 2008, p. 148.

Resulta ilustrativa la Estrategia de Seguridad Nacional española acordada por el Gobierno en 2013, que incluye entre los objetivos de la misma “prevenir, controlar y ordenar los flujos migratorios en nuestras fronteras, que constituyen, a su vez, límites exteriores de la UE”. Si bien el documento inicia la explicación de la incorporación de esta materia entre las áreas centrales de la seguridad nacional con vocación de eludir el rechazo a los inmigrantes (“así, la gravedad de la crisis económica y el empeoramiento de las condiciones de vida de diversos sectores de la población, pueden llevar a actitudes erróneas de rechazo contra la inmigración en general (p. 32)”³⁰), y destacando los aspectos positivos de la misma en el ámbito económico, social y cultural³¹, de inmediato, el documento oficial pasa a enumerar los potenciales riesgos para la seguridad que representa la inmigración o, mejor dicho, los aspectos más negativos de la misma extendidos a los extranjeros³².

Realmente, ninguno de esos efectos debería ser objeto de especial atención por parte de las instituciones responsables de la gestión de la seguridad, al menos de manera diferenciada de lo que para la misma resultan los procesos de exclusión social comunes a la población española en situación de emergencia y riesgo. Pretender que existen condiciones más favorables para la conflictividad en situaciones de pobreza o exclusión entre el colectivo de extranjeros supone un prejuicio que dispone a las instituciones y los instrumentos de la seguridad al servicio de un control y seguimiento de este sector de la población de claro carácter discriminatorio³³.

³⁰ Estrategia de Seguridad Nacional 2013, http://www.lamoncloa.gob.es/documents/seguridad_1406connavegacionfinalaccesiblepdf.pdf

³¹ Ibidem, p. 32.

³² “a) Un incremento de los procesos de inadaptabilidad y de falta de identificación con la sociedad española derivados del debilitamiento de la cohesión social.

b) Un incremento de la conflictividad social derivada del empeoramiento de las condiciones de vida y del aumento de los procesos de exclusión.

c) La creación de guetos urbanos y sus efectos sobre la convivencia, la cohesión social y la integración de los inmigrantes.

d) Un incremento de la vulnerabilidad de los migrantes como destinatarios de formas de explotación laboral, de la acción de grupos criminales organizados vinculados a la trata de personas y el tráfico de drogas”.

³³ Estrategia de Seguridad Nacional 2013, op. cit., p. 33.

Al respecto, De Giorgi, A., “Control de la inmigración, post-fordismo y

Si se continúa con la lectura de este capítulo de la Estrategia de Seguridad, tal vez se entienda mejor la inclusión de un capítulo especial dedicado a los flujos migratorios. En particular, cuando se afirma que “la radicalización extremista, resulta especialmente importante, porque la vulnerabilidad económica, la exclusión y el sometimiento de ciertos sectores de inmigrantes a credos radicales e intolerantes, fundados o no en motivos religiosos, pueden ser instrumentalizados por organizaciones extremistas y violentas o terroristas para la consecución de sus propios objetivos. El carácter plural y abierto de la sociedad española ha tenido su mejor expresión en la acogida que los inmigrantes han tenido en nuestro país. La tónica positiva general, sin embargo, no puede minimizar el riesgo de la aparición de minorías que fomenten una percepción negativa de la inmigración. Inversamente, la severidad de la crisis puede generar frustración entre los propios inmigrantes, quienes por incumplimiento de sus expectativas laborales, falta de acceso a servicios o sentimientos de exclusión social, pueden verse tentados por el llamado “repliegue identitario” que dificulta su integración”³⁴.

Este reconocimiento de que la inmigración, como realidad de múltiples caras, representa un riesgo para la seguridad del Estado, no sólo es relevante como declaración de principios, como opinión institucional, sino que tiene la capacidad, y la voluntad expresa, de condicionar la actuación de los poderes públicos en línea con esa interpretación conflictiva del fenómeno. Por mucho que se introduzcan algunas frases

menor elegibilidad: una crítica materialista de la criminalización de la inmigración en Europa”, en Revista Crítica Penal y Poder, núm. 2, 2012, p. 146: “En Europa, así como en los EEUU, los trabajadores inmigrantes se concentran en los más bajos y menos protegidos sectores de la economía. Allí ellos proveen servicios sin cualificación de donde crecientemente depende la economía post-fordista, pero que no pueden ser deslocalizados - exportados a regiones del mundo donde el coste de trabajo es inferior y las protecciones son virtualmente inexistentes-, a pesar de que la fuerza de trabajo local está cada vez más dispuesta a realizarlos: trabajo doméstico, trabajo en la agricultura intensiva, construcción, entre otras ocupaciones de baja formación. La hiperexplotación ha sido documentada en todos estos sectores, como ha sido la determinación de la mayoría de inmigrantes -especialmente aquellos indocumentados- para tolerar estas condiciones en nombre de un proyecto migratorio en el cual hay mucho en juego, especialmente en tiempos de intensos controles migratorios y de fronteras”.

³⁴ Estrategia de Seguridad Nacional 2013, op. cit., p. 33.

algo retóricas sobre las bondades de una inmigración ordenada y sobre la buena disposición de los ciudadanos e instituciones españolas ante su llegada, lo cierto es que llevar el fenómeno migratorio a un documento dedicado a identificar los más graves riesgos colectivos y las estrategias para afrontarlos, no deja de mostrar una visión esencialmente negativa del mismo, y condicionar el trabajo de las instituciones de la seguridad –policía, servicios secretos, instituciones militares- en la identificación y control de esos riesgos sobre amplios colectivos de población previamente etiquetados como pertenecientes a esa fuentes de peligros difusos sobre los que intervenir de forma genérica.

Para el cumplimiento del citado objetivo, se establecen las siguientes líneas de acción estratégicas:

1. Ordenación eficaz de los flujos migratorios.
2. Vigilancia y control de los accesos a las fronteras exteriores españolas en el marco del Sistema Integrado de Gestión de las Fronteras Exteriores de la UE.
3. Cooperación con los países de origen y tránsito migratorio, para favorecer su desarrollo, fomentar vías de inmigración legal y prevenir en origen la inmigración irregular.
4. Independientemente de la condición jurídica, se seguirán las siguientes líneas de acción estratégica:
 - 4.1 Defensa de la legalidad y preservación de la seguridad ciudadana, para facilitar la lucha contra el crimen organizado, las redes de inmigración irregular y de tráfico de seres humanos, así como impedir que determinados grupos instrumentalicen o capten a inmigrantes para actividades ilícitas.
 - 4.2. Lucha contra la discriminación y garantía del principio de igualdad con atención especial a los colectivos más vulnerables, especialmente, los menores no acompañados, las familias y las mujeres.
 - 4.3. Promoción de la integración social con espacios de convivencia y apoyo para los inmigrantes más vulnerables. En esta línea, se impulsará la responsabilidad de las comunidades de inmigrantes en un marco de intereses políticos y sociales compartidos.

5. Estrecha colaboración entre las Administraciones Públicas y, en su caso, con las ONG y el sector privado, con el objetivo de prevenir los riesgos asociados a la inmigración irregular.

Resulta interesante la elusión expresa del terrorismo en este apartado de la estrategia dedicada a la seguridad nacional. Todas las políticas migratorias llevadas de facto en la Unión Europea en los últimos años, de las que la crisis de los refugiados sirios es prueba irrefutable, integran un indudable componente de seguridad antiterrorista producto de la identificación no confesa entre practicante de la religión musulmana y potencial riesgo para la seguridad. La referencia genérica a la seguridad ciudadana y las redes organizadas como vínculo entre inseguridad e inmigración, intenta colocar a los Estados en una posición cómoda, por su evidente valor positivo, para el diseño de políticas migratorias que, sin embargo, criminalizan de forma indirecta a una parte sustancial del colectivo inmigrante, particularmente a aquel que se identifica con credos o ideologías consideradas peligrosas y presenta, además, riesgos para la seguridad ciudadana por su pertenencia o proximidad con las zonas de exclusión social que, no hay que olvidar, generan y mantienen las sociedades desarrolladas y no quienes pasan a formar parte de ellas³⁵.

En un plano más concreto, no sólo las grandes líneas de seguridad o político criminales fijan posiciones respecto a la inmigración y lo que representa para el sistema de justicia penal, sino que la concreción legal de numerosas instituciones del modelo penal ahonda en la idea del trato diferencial entre nacionales y extranjeros, a pesar de la vigencia del estricto principio de igualdad que rige en la mayoría de las instancias penales, especialmente, la procesal y la penitenciaria. Basta con comparar las tasas de aplicación de la prisión preventiva en los países europeos entre nacionales y extranjeros para observar una aplicación desigual de

³⁵ Al respecto, De Giorgi, quien afirma que “con frecuencia enmarcado en un lenguaje racializado que postula conexiones autoevidentes entre algunas nacionalidades o etnicidades y determinados tipos de actividad criminal -por ejemplo, europeos del Este y delincuencia violenta, norteafricanos y tráfico de drogas, mujeres subsaharianas y prostitución, gitanos y delitos contra la propiedad-, el miedo al delito y a la desviación de los inmigrantes ha sido constantemente amplificado por los partidos políticos y los principales medios de comunicación ansiosos por explotar las inseguridades públicas en la construcción de un consenso populista (op. cit., p. 149).

la figura, o la ausencia de equilibrio entre los porcentajes de presos en las prisiones europeas por la desigual aplicación de los elementos de progresión en el cumplimiento de las penas , para comprender que los sistemas penales y de la seguridad no son neutrales en la aplicación de sus instrumentos ante el factor de la nacionalidad y la situación administrativa de las personas a las que se aplican.

Estos efectos son comunes en los países europeos receptores de migrantes y denotan una desconfianza, no contrastada empíricamente por datos consistentes, hacia el hecho de que los extranjeros se sometan a las reglas de la justicia penal como lo harían los sujetos nacionales de cada Estado.

En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 13 de mayo de 2015, por la que se propone la Agenda Europea de Migración, se reitera el modelo analizado en la estrategia española, al iniciar el documento resaltando la inevitabilidad de las migraciones, la necesidad de afrontarla con instrumentos legales y materiales suficientes y poniendo uno de los focos en la protección de los migrantes frente a los abusos delictivos sufridos en el proceso de tránsito por los diferentes territorios. En esta línea, el documento afronta la lucha contra el tráfico de personas con acciones inmediatas como la que se detalla al inicio del mismo: “la Alta Representante/Vicepresidenta (AR/VP) ha presentado ya posibles operaciones en el marco de la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD), con miras a la identificación, captura y destrucción sistemáticas de las embarcaciones utilizadas por los traficantes. Tales medidas, puestas en práctica en el pleno respeto del Derecho internacional, demostrarán de manera inequívoca la voluntad de actuar de la UE”. A esta acción se debería unir una política migratoria real que atendiese a la presencia de los migrantes en la Unión, lo cual se precisa con cierto detalle en el mismo texto al afirmarse que “la Comisión presentará, a más tardar a finales de 2015, una propuesta legislativa con vistas a la implantación de un régimen de reubicación obligatorio y de

³⁶ Al respecto, vid Ruiz Rodríguez, L.R., “Penas de prisión y extranjeros. Principios de igualdad y de resocialización”, en *Inmigración y sistema penal: retos y desafíos para el siglo XXI*, coord. Ruiz Rodríguez y Rodríguez Mesa, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 289-320.

activación automática para distribuir a las personas manifiestamente necesitadas de protección internacional dentro de la UE a raíz de una afluencia masiva. Este régimen tendrá en cuenta los esfuerzos ya desplegados voluntariamente por los Estados miembros. A la espera de la puesta en práctica de estas dos medidas, los Estados miembros tendrán que dar muestras de solidaridad e intensificar sus esfuerzos para ayudar a los países situados en primera línea”.

Ese plazo, y seguramente la voluntad de fondo, ha quedado en el olvido, especialmente tras el acuerdo con Turquía para la reubicación de los refugiados e inmigrantes llegados por el este de Europa en el territorio de este tercer país, rebajando la presión a la que se refería el propio documento y postergando una decisión de fondo sobre la postura definitiva a adoptar por la Unión Europea en esta materia.

Del análisis de los contenidos del texto, las referencias a la seguridad de las fronteras son constantes, sin que se pueda extraer con claridad a que se está refiriendo la Comisión cuando habla de la seguridad de las mismas. Esto es, si se está refiriendo simplemente al acto de traspaso y vulneración irregular de la misma, lo cual representa en sí una infracción de los ordenamientos nacionales, o si está efectuando una asociación material entre inmigración irregular y fuentes de riesgo para la seguridad en general, deduciendo que la infracción fronteriza en sí misma pone en riesgo otros intereses generales de los Estados y del conjunto de la Unión.

Si se atiende a los contenidos literales expresados, las referencias son constantes al elemento de seguridad relacionado con el acto de violación de la frontera. No obstante, en momentos puntuales se reconoce a la inmigración irregular como una amenaza general para la seguridad, por ejemplo, en la reflexión relativa a la política de visados, donde se hace depender directamente la seguridad, en abstracto, de la calidad de la gestión y desarrollo de la concesión de visados a ciudadanos extracomunitarios. De este modo, la incorrección política que supone afirmar abiertamente que la seguridad ciudadana se ve comprometida por el colectivo de inmigrantes en situación de irregularidad administrativa, ejerce de límite literario en la confección de estos documentos, pero no deja de estar en el fondo de un proceso de toma de decisiones que centraliza la inseguridad fundamentalmente en el grueso de los sujetos sobre los que planea la sospecha de peligrosidad: los pobres, los miserables y los desheredados, precisamente porque son estas cualidades

las que les hacen peligrosos, no el mecanismo de entrada o la situación administrativa que tengan.

Es cierto que la Estrategia Europea de la Seguridad de 2003 planteaba una situación más optimista para el continente que la que actualmente se visualiza, y no incluía referencias directas a la inmigración, pero las voces en el sentido de exigir una nueva estrategia acorde a los cambios sociales, políticos y estratégicos de la última década, que incluyan a la inmigración como un objetivo específico de la seguridad, no cesan de crecer³⁷.

La Organización Internacional para las Migraciones resulta más clara en esta cuestión, en su documento-manual Migración y Seguridad, al asegurar en sus conclusiones que “la política migratoria no puede, por sí misma, prevenir el terrorismo y otras amenazas para la seguridad. Sin embargo, la política migratoria es una parte clave de un enfoque global de la seguridad. La prevención, el enjuiciamiento y la protección son las bases de las políticas sobre inmigración diseñadas para aumentar la seguridad. Las políticas y los procedimientos sobre migración deberían tratar de identificar, disuadir la entrada de, y, hasta donde sea posible, aprehender a las personas que representen riesgos para la seguridad para enjuiciamiento criminal siempre de conformidad con los estándares internacionalmente reconocidos para la protección de las libertades civiles y los derechos civiles³⁸”. La convicción de que las principales amenazas para la seguridad proceden del exterior de los Estados carece de soporte científico suficiente y parece más dirigida a mantener una especie de cohesión interna para relativizar las amenazas internas -que son consecuencia de los defectos propios de funcionamiento de los Estados y sus propias estructuras sociales-, que a diagnosticar correctamente las casusas de tales riesgos y los mecanismos de actuación frente a los mismos.

En la realidad europea, los ataques terroristas más graves han sido cometidos por ciudadanos europeos o por extranjeros con residencia legal en Europa, pero al identificar el origen de los riesgos se señala al exterior de la Unión Europea, tanto en lo relativo a la construcción

³⁷ Así, Vázquez Ramos, A., “¿Una nueva estrategia de seguridad para Europa?”, en Documento Opinión. Instituto Español de Estudios Estratégicos, núm. 106, 2015, p. 6.

³⁸ Organización Internacional de las Migraciones, Migración y Seguridad, en http://www.crmsv.org/documentos/IOM_EMM_Es/v2/V2S08_CM.pdf

ideológica que sustenta las acciones delictivas como en el señalamiento de los sujetos responsables de las mismas. Es evidente que resulta más sencillo y más sostenible en el tiempo la identificación de un enemigo exterior, especialmente si éste tiene caracteres muy definibles, y ese es el argumento central de la construcción de las políticas de seguridad de las dos últimas décadas, en el centro de la cual se han situado los migrantes casi como factor casual, dando solidez a las políticas migratorias restrictivas fundamentadas en la mejora de la seguridad.

Esta realidad está contribuyendo a mantener un modelo legal e institucional paralelo para los ciudadanos de la Unión, por un lado, y para un tipo de extranjeros bien perfilado, por otro. De todo el andamiaje que, nivel a nivel, sostiene esta doble realidad, los centros de internamiento para extranjeros, presentes en la mayor parte de países de la Unión, representan el paradigma del problema³⁹. Centros de detención equivalentes a centros penitenciarios, con mínima supervisión judicial y control opaco de las fuerzas y cuerpos de seguridad⁴⁰, mediante los cuales se pretende ejecutar las políticas de extranjería basadas en la expulsión bajo la constante afirmación de que su existencia y tales políticas mejoran la seguridad ciudadana y la seguridad de las fronteras exteriores de la Unión. Como afirma RODRIGUEZ YAGÜE, “una pretendida conciliación entre estos dos ámbitos normativos, política de extranjería y política criminal, necesaria para garantizar la coherencia interna del Ordenamiento español en esta materia, requeriría no obstante un replanteamiento de las figuras de expulsión judicial y expulsión penal contempladas en la LOEX y en el CP, sustituyendo en ambas su buscado automatismo por el carácter excepcional de las mismas, vinculándose además a delincuencia de escasa importancia y desligando su aplicación a partir de la situación administrativa del extranjero. Para ello, sería necesario flexibilizar el concepto de arraigo, del tal manera que se pudiera permitir la permanencia en España de extranjeros que, a pesar de su situación

³⁹ Como recoge De Giorgi (op. cit., p. 150) en 2007 había más de 218 centros de detención para inmigrantes en toda Europa, y de acuerdo a estimaciones recientes - ya que no hay datos fiables accesibles sobre esta materia-, alrededor de 100.000 inmigrantes son detenidos cada año (vid. Jesuit Refugee Service Europe, 2004).

⁴⁰ Rodríguez Yagüe, C., “El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 14-07, 2012, p. 7.

de irregularidad administrativa, demostraran que tienen una conexión relevante con el país que posibilite su futura reinserción, permitiéndoles el acceso para ello a las figuras recogidas en la LOGP, particularmente a aquéllas que suponen una modificación en la forma de ejecución penal”⁴¹.

Mientras tanto, política criminal y política de extranjería se entremezclan bajo directrices securitarias que impiden una regulación racional de la materia que atienda al factor migratorio como el centro de la cuestión y, las cuestiones conexas de seguridad que aparezcan, adecuadamente reenviadas al sector del ordenamiento donde deben ser tratadas, en el sistema penal. Mientras que se utilice la política de extranjería y la regulación de la materia para dar respuesta directa a las cuestiones de la seguridad, se seguirán cometiendo los mismos errores técnicos y perjuicios personales para los destinatarios de dichas normas. Estos errores llevan a consecuencias como la que señala GARCIA ESPAÑA: “la reforma del Código penal español de 2015, relativa a la expulsión, recogida en el artículo 89 del texto legal, introduce algunas mejoras centradas en dar al juez una mayor posibilidad de valoración de las circunstancias del sujeto para valorar si procede la expulsión, pero, en realidad se trata de una reforma que produce un retraso en el proceso, porque finalmente la Ley de Extranjería funciona de forma automática expulsando al extranjero en situación irregular condenado aunque se haya observado arraigo por parte del juez. De este modo, el extranjero con arraigo recibe del sistema un trato más grave que el español o que el extranjero sin arraigo, que es expulsado de inmediato sin cumplir buena parte de la pena impuesta”⁴².

Como asegura TRIANDAFYLLIDOU, “el discurso político referente al establecimiento de un <Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia> ha desembocado en una agenda política dominada por la seguridad (p.ej. cooperación de la policía fronteriza, creación de bases de datos TI para las huellas de los solicitantes de asilo, desarrollo del Sistema de Información Schengen), mientras que las consideraciones sobre libertad y justicia se han dejado bastante de lado. Las medidas tomadas y los debates políticos pertinentes se concentran en ampliar y profundizar la

⁴¹ *Ibidem*, p. 40.

⁴² García España, E., “La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015”, en REPC, 2016, núm. 18-07, pp. 28-29.

cooperación policial, armonizar los procedimientos criminales, restringir el asilo y otras formas de migración y combatir el crimen organizado”⁴³.

De este modo, las normas comunitarias se suman a la visión de la asociación entre inmigración y riesgos de naturaleza criminal de forma explícita, en particular, a través de la Directiva del Consejo 2003/109/EC, de 25 de noviembre, de modo que un Estado miembro puede tomar la decisión de expulsar a un residente de larga duración “cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública” (artículo 12, párrafo 1). La directiva da prioridad a los asuntos de orden público y de seguridad pública estableciendo que “los nacionales de terceros países que deseen adquirir y conservar el estatuto de residente de larga duración no deben constituir una amenaza para el orden público o la seguridad pública. El concepto de orden público podrá incluir una condena por la comisión de un delito grave” (consid. 8 y artículo 6). A los efectos del artículo 6 y el artículo 12 citado más arriba, la directiva sólo define vagamente el tipo de delitos que constituyen una amenaza para el orden público. Tampoco estipula explícitamente que la gravedad o tipo de delito o el peligro derivado del interesado deba referirse sólo a la propia persona y no a su grupo étnico de origen o religión. La directiva sugiere que al tomar su decisión, las autoridades

⁴³ Triandafyllidou, A., op. cit, pp. 47-48, y continua, “así pues, el proceso político queda aislado de la política normal, del control democrático y de la justicia social. Los asuntos de interior y de justicia en el ámbito europeo parecen estar dominados y configurados por una “burocracia que va más allá del Estado” y más allá del control democrático. Un discurso de “efectividad” a la hora de restablecer el orden y la seguridad refuerzan estas circunstancias, presentando este tipo de gobernanza como el único viable. Teniendo en cuenta que son muchos los expertos y ciudadanos que ya tachan a la burocracia de la UE de opaca e inextricable, las agendas de seguridad corren el riesgo de exacerbar esta tendencia. En mi opinión, las políticas y los discursos europeos sobre seguridad deben ceñirse más efectivamente a un marco de ciudadanía, responsabilidad y transparencia democráticas. Al mismo tiempo, los discursos y políticas sobre seguridad y migración deben separarse, sus objetivos deben diferenciarse y sus áreas de solapamiento deben definirse claramente. En el actual marco de securización se mezclan la migración, el crimen y el terrorismo internacional. Este discurso justifica erróneamente unos controles migratorios más estrictos y una menor atención a los derechos de los ciudadanos y de los inmigrantes”.

deben tener debidamente presente “la duración de la residencia y la existencia de vínculos con el país de residencia”⁴⁴.

Otros documentos estratégicos de seguridad de países europeos, como Francia, no incorporan la cuestión migratoria a los mismos, al diseñarse la seguridad del Estado de acuerdo con criterios más orientados a la defensa del territorio que a cuestiones sociales controvertidas. Así, el Libro Blanco sobre Defensa y Seguridad nacional de 2013 cuando identifica las amenazas y los riesgos a abordar, se refiere a aquellas y aquellos que pesan sobre los flujos de bienes, mercancías o personas, en constante aumento con la globalización económica. Es cierto que incluye los flujos de personas como fuente de riesgo, pero no aborda la inmigración como una cuestión de seguridad interior. Obviamente, ello no implica que la posición francesa y de otros países europeos⁴⁵ ante los movimientos de población sea menos refractaria que la de España u otros países que hacen de forma más expresa esa conexión entre inmigración y seguridad⁴⁶, lo que provocó ya en 2007 una profunda reforma migratoria fundada en la seguridad como argumento clave para su desarrollo⁴⁷. En cualquier caso, no hay una explícita declaración oficial francesa que

⁴⁴ Triandafyllidou, A., op. cit, p. 53.

⁴⁵ Lara Salinas, A.M., “Migraciones internacionales, seguridad y xenofobia: los límites del modelo francés de integración”, en *Oasis Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales*, núm. 12, 2007, p. 225.

⁴⁶ Laborie Iglesias, M., “Las estrategias de seguridad nacional de Francia y España: un análisis comparado”, en Documento Análisis. Instituto Español de Estudios Estratégicos, núm. 42, 2013, p. 11.

⁴⁷ La nueva política francesa de inmigración de 2007: “el aumento del número de devoluciones a la frontera de los clandestinos constituye asimismo uno de dichos instrumentos. A este respecto, la ley de 26 de noviembre de 2003 ha alargado el plazo de retención administrativa de 12 a 32 días como máximo (plazo que todavía es uno de los más cortos en Europa) y han sido impuestos a los prefectos objetivos anuales de devoluciones a la frontera y, así, han podido duplicarse, en tres años, el número de medidas de alejamiento ejecutadas, pasando de 10 000 en 2002 a 20 000 en 2005. El objetivo de 23 000 devoluciones en 2006 ha sido fijado por el ministro del Interior y Ordenación Territorial. La capacidad de retención administrativa destinada al alejamiento, inferior a 1 000 plazas a finales de 2004, llegará a 3 000 plazas a finales de 2008”, en <http://www.ambafrance-es.org/La-nueva-politica-francesa-de>.

asocie inmigración con seguridad, porque la perspectiva de integración sigue dominando el modelo francés⁴⁸.

En el contexto latinoamericano la característica es la excepcionalidad de documentos o normas nacionales o regionales que de forma explícita expongan un acercamiento a la cuestión de las migraciones como una cuestión prioritaria de la seguridad. Así, la Organización de Estados Americanos, a través de su Comisión de Asuntos Migratorios, no ha realizado, en alguno de los documentos elaborados en los últimos años en la materia, conexión alguna entre los flujos migratorios y las cuestiones propias de la seguridad. Obviamente, afronta en numerosos documentos⁴⁹ los problemas penales relativos a las migraciones cuando los mismos se refieren a la trata o al tráfico de personas, pero en ningún caso vinculando de forma directa el fenómeno migratorio con la seguridad interna de los Estados miembros o de las fronteras de los mismos. Y ello, a pesar de la presencia entre los miembros de los Estados Unidos de América, que, particularmente, sí incluye entre sus estrategias de seguridad el abordaje de las políticas migratorias como un todo. De facto, el Departamento de Estado, durante la Presidencia de George Bush, incluía en su proyecto estratégico de inmigración objetivos explicitados de la siguiente manera: “El Presidente está tratando de eliminar las normas insensatas que requieren que el gobierno ponga en libertad a los inmigrantes ilegales si sus países de origen no los aceptan dentro de un periodo determinado. Entre aquellos que el gobierno se ha visto forzado a liberar se encuentran asesinos, violadores, abusadores de niños y otros delincuentes violentos. El Presidente también está trabajando con el Congreso para abordar el ciclo de litigación interminable que congestiona las cortes de inmigración, recompensa el comportamiento ilegal y retrasa la justicia para los inmigrantes con reclamos legítimos. Las demandas y la burocracia no deben obstaculizar la protección del pueblo estadounidense”⁵⁰.

⁴⁸ Sarachaga Sánchez, M., *Análisis comparado de las políticas de migración e integración de España, Francia y Holanda. Período 1997-2007*, Bogotá, 2009, pp. 24-25.

⁴⁹ Al respecto, consultar en http://www.oas.org/es/cidi/cidi_CAM.asp

⁵⁰ Abiertamente, la reforma migratoria propuesta por el gobierno de George Bush para afrontar las cuestiones de seguridad interior del Estado. Vid, <http://dosfan.lib.uic.edu/ERC/spanish/col/57514.htm>.

No es sencillo encontrar un mejor ejemplo de manipulación subjetiva de la relación entre delito e inmigración ilegal. La afirmación genérica de que entre los inmigrantes ilegales se encuentran toda clase de sujetos criminales, como ocurre en Europa con los potenciales terroristas islámicos, y que esa sospecha debe ser el pedestal sobre el que se construya la política migratoria, no sólo es falaz, sino que busca realmente establecer controles de acceso de migrantes ocultando las verdaderas causas por las que dichos controles se establecen, y, todo ello, mediante la vía sencilla y eficaz de acrecentar la sensación de inseguridad de los ciudadanos con construcciones simbólicas potentes que reflejen el peligro que en apariencia representan.

En realidad, la criminalización de la inmigración es reflejo de un modelo de gestión de la economía que necesita contar con grupos de sujetos en situación de permanente vulnerabilidad que faciliten, en momentos de crisis, articular respuestas rápidas que los eliminen del mercado de trabajo mediante la automática transformación en ilegales de quienes pierdan el empleo y sean declarados expulsables por decisión legal. Ante esa situación, la asociación entre estancia irregular y delincuencia ya está suficientemente construida, por lo que los mecanismos de reasignación de personas y recursos se convierten en muy dinámicos. Como describe DE GIORGI, “reflejando lo que sucede en la economía legal, los inmigrantes tienden a concentrarse en los niveles más bajos del sector criminal, realizando las actividades de alto riesgo como el tráfico de drogas en la calle y la prostitución callejera. En otras palabras, también en estos sectores los inmigrantes tienden a coger los trabajos que los nacionales ya no están dispuestos a hacer. Estas actividades tienden a ser no solo menos provechosas para aquellos que las realizan -especialmente cuando están insertadas en empresas criminales de organización jerárquica-, sino que también comportan más riesgos como consecuencia de su mayor visibilidad. A su vez, esta mayor visibilidad conduce a detenciones repetidas y a redadas que también contribuyen a inflar las estadísticas de la delincuencia inmigrante, así como a actitudes intolerantes de ciudadanos asustados. En la medida en que la retórica de la calidad de vida coge fuerza, equiparando la mera presencia de los inmigrantes en las calles con decadencia urbana, la propensión pública

a llamar a la policía ante cualquier signo menor de desorden aumenta, contribuyendo a exponer a los inmigrantes a prácticas arbitrarias -y a menudo discriminatorias- de gestión policial de ‘tolerancia cero’⁵¹ .

De interés resulta, igualmente, la Estrategia de Seguridad Centro Americana, ESCA, y sus actualizaciones posteriores, que eluden por completo incorporar a las cuestiones de seguridad las migraciones. En las actualizaciones por países, por ejemplo, en la de Nicaragua de 2015, ya aparecen referencias a los tráfico ilícitos de personas, pero sin asociar de forma alguna la seguridad nacional con la movilidad humana. Esta ausencia es significativa al punto de que la propia Unión Europea, en su Estrategia de la *UE sobre seguridad ciudadana en América Central y el Caribe*, adoptada por el Consejo en octubre de 2014⁵², elude realizar cualquier referencia a las cuestiones migratorias para apoyar los esfuerzos centroamericanos y del caribe frente a los retos de la seguridad, realizados en la Estrategia de Seguridad de Centroamérica (ESCA), adoptada en 2011 en la Conferencia de Guatemala y coordinada por el Sistema de Integración Centroamericana (SICA), y la Estrategia de Seguridad del Caribe, adoptada en febrero de 2013 por los Jefes de Estado de la Comunidad del Caribe (Caricom).

En cambio, no siendo un documento estratégico de seguridad, es destacable el ya mencionado documento de Política Integral de Migración para Costa Rica, de 2013, que siendo un documento encaminado a afrontar y resolver los desafíos relativos a las migraciones, no puede evitar jalonar a lo largo del texto referencias permanentes a la seguridad pública y a criminalidad en relación con los movimientos de personas, y no sólo para valorar y afrontar los tráfico ilegales con personas. Directamente, adopta, de forma específica, y entre otros, un enfoque de prevención social orientado a “reducir, eliminar y neutralizar anticipadamente las condiciones que propician la inseguridad, tales como delitos, emergencias médicas y desastres naturales, entre otros. Esto implica la participación activa y solidaria de las personas de la comunidad y las instituciones públicas y privadas a fin de realizar acciones coordinadas y planificadas en

⁵¹ De Giorgi, A., op. cit., p. 151.

⁵² http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/ES/foraff/144176.pdf

conjunto para el mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y culturales que favorezcan el desarrollo del país (por ejemplo, en materia de salud, educación, trabajo, recreación, etc.). Todo este esfuerzo debe estar orientado a desestimular las conductas criminales, disminuir la victimización de personas migrantes y refugiadas y, consecuentemente, generar en el país un entorno más seguro para todas las personas”. Por lo tanto, la lógica indiscutible de que las personas en situación de riesgo social se encuentran más próximas a las zonas de conflicto, en general, y del delito, en particular, se eleva a la categoría de evidencia general ante el fenómeno migratorio, evidencia que debe pronunciarse en voz alta o ponerse negro sobre blanco en cada ocasión en la que se aborda la cuestión migratoria.

Ante la ausencia de documentos estratégicos latinoamericanos significados por vincular la inmigración con la inseguridad, queda por analizar si la normativa de inmigración de cada Estado acoge o no dicho modelo en la justificación política de la regulación migratoria. En este vacío, emerge con fuerza el único ejemplo de documento estratégico de seguridad que se aproxima a la cuestión de la inmigración con una visión diferenciada de lo analizado en Europa y en el contexto latinoamericano. Se trata del Plan Nacional de Seguridad Integral de Ecuador, de 2011, que, de manera explícita afirma que “un aspecto significativo de la política exterior del Ecuador ha sido el impulso de la libre movilidad que garantice los derechos de ecuatorianos y ecuatorianas en el exterior y extranjeros en el Ecuador, así como el sentido de la ciudadanía universal y América Latina. Para el efecto, dentro de la política de Seguridad, el Ecuador garantiza estos derechos mediante controles sobre los flujos migratorios, en el marco que define la Constitución de Montecristi, legitimada por el pueblo ecuatoriano”, declaración que incorporaría cierto grado de retórica, si no fuese porque algunos datos migratorios reflejan dicha voluntad con hechos materiales, como son los relativos a las deportaciones que pasaron de una cifra superior a las 4.500 en 2006, a un número no superior a los 700 en 2011. La ausencia de referencias explícitas a una estrecha relación entre inmigración y seguridad y la constatación material de la implementación de un modelo de actuación ante el control migratorio con resultados que no debilitan la seguridad, permite afirmar que el modelo mayoritario implantado es fruto de la voluntad y no de la necesidad, por lo que las leyes y la respuesta penal en este ámbito puede encontrar caminos diferentes más acordes al cumplimiento de los compromisos de los Estados con la protección los Derechos Humanos de los migrantes.

4. El enfoque de seguridad en la regulación de la materia

Quizá el punto de partida, de nuevo, deba ser la más reciente aportación en esta materia, esto es, la propuesta de la Presidencia de Ecuador de modificar la normativa migratoria con un nuevo proyecto de Ley de Movilidad Humana, enviado a la Asamblea Nacional en 2015, cuya sola nomenclatura comporta un cambio de concepción novedosa, aunque aislada, en el abordaje normativo de la materia. Novedosa por cuanto parte de una declaración inicial de rechazo a la calificación antijurídica de las personas migrantes, sea cual sea su estatus jurídico en el país, eso sí, sin renunciar al control de las fronteras con un argumento que no abandona los viejos modelos que justifican estas leyes en el objetivo de “evitar que ingresen delincuentes” en el país.

Esta finalidad de seguridad y orden público se reitera a lo largo de la mayor parte de las normas reguladoras de la emigración tanto en Europa como en Latinoamérica, y no deja de ser una finalidad tan vacía de contenido como suficientemente cargada de simbolismo punitivo dirigido a contener la sensación de inseguridad de los ciudadanos.

Si se realiza el ejercicio de dar contenido a la expresión “evitar que ingresen delincuentes”, no resulta sencillo determinar si las leyes de inmigración y extranjería pretenden que no ingresen en los Estados personas condenadas que ya han cumplido la pena impuesta, o que no accedan personas en busca y captura internacional, o, tal vez, impedir la entrada de personas a quienes el Estado de acceso se permite atribuirles características criminógenas por causas difícilmente determinables en los textos legales reguladores de la extranjería. Al mismo tiempo, estas regulaciones vinculan el modelo sancionatorio que incorporan a razones de orden público, asociando habitualmente la medida más extrema, la expulsión, con razones de esa naturaleza, sin que siempre quede claro si el riesgo para el orden público es un juicio de peligrosidad por hechos pasados, por hechos actuales no delictivos, o por hechos futuros no producidos, pero sobre los cuales se realiza un juicio indiciario que sustenta la resolución administrativa o judicial que lleva a la expulsión del Estado⁵³.

⁵³ Sobre la objetivización de la cláusula de orden público en la normativa española de extranjería, vid., Elvira Perales, A., “Libertad de circulación y orden público en España”, en *InDret*, núm. 2, 2008, p. 17: “de las SSTs de 13 de diciembre de 2006 y 29 de marzo de 2007, en dos casos sustancialmente

La Directiva Europea 2004/38/CE, en su art. 28, apartado 3, regula esta posibilidad de expulsión por razones de orden público o de seguridad, específicamente para ciudadanos europeos residentes por un periodo superior a los diez años en otro estado de la Unión, habiendo sido interpretada esta posibilidad como excepcional y de interpretación restrictiva por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵⁴. Si bien se trata de una situación excepcional, aplicable a sujetos con una situación muy especial, residencia superior a diez años, en realidad la interpretación de la afectación a la seguridad y el orden públicos debe ser interpretada de igual forma para estos sujetos como para los sujetos extracomunitarios sin residencia legal. No cabe una interpretación de orden público y de seguridad pública mensurable atendiendo a la situación administrativa o civil del sujeto al que se aplica la norma. Por lo tanto, la Directiva restringe la expulsión de ciudadanos europeos con larga residencia en otro país, pero no permite varias interpretaciones de la motivación de la expulsión para otros sujetos.

Pues bien, si la Directiva, interpretada por el TJUE, determina la posibilidad de expulsión por las mencionadas causas, la resolución

idénticos, por lo que aquí interesa, cabe destacar dos puntos: uno, que la inclusión de una persona en unas diligencias previas, no resultaba suficiente, de acuerdo con la normativa vigente, para decretar su expulsión; dos, que al aplicarse unas Instrucciones de carácter interno (una Resolución de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración) se vulnera el principio de legalidad, provocando la indefensión del recurrente e inseguridad jurídica, de acuerdo con la regulación aplicable en el momento de los hechos –la L.O. 4/2000, sin las modificaciones que después introduciría la L.O. 8/2000; todo ello lleva establecer la nulidad de las resoluciones que privaban al recurrente de la obtención del Permiso de Residencia Temporal-

⁵⁴ Al respecto, Villar Fuentes, I., “Motivos graves de orden público, una excepción a la protección reforzada contra la expulsión de ciudadanos comunitarios con 10 años de residencia en el estado de acogida”, en Revista Internacional de Justicia y Jurisprudencia, núm. 4, 2013, p. 3, quien señala que “caso de que el ciudadano europeo tenga residencia permanente, o en el caso máximo de protección, la residencia supere los diez años, será preciso que se trate de motivos “graves” o “imperiosos”, respectivamente de seguridad pública. La citada Directiva para poder valorar “seguridad pública” y “orden público” acude al principio de proporcionalidad y a la necesidad de que se trate de una conducta personal, así como a evaluar los lazos económicos y sociales, en definitiva la raigambre con el Estado de acogida”. Ibidem, p. 10.

judicial en este punto debe ser válida para todas las personas sometidas a las mismas medidas sancionadoras y por las mismas causas en cualquier Estado de la Unión. Y, en este orden, los límites aplicativos de la expulsión vienen determinados por la proporcionalidad y la conducta personal del interesado⁵⁵, no pudiendo basarse nunca en razones económicas para los ciudadanos que cumplan estos requisitos. Es evidente que para los ciudadanos no europeos o europeos con menor tiempo de residencia, la motivación del orden público o la seguridad no será la única causa de expulsión, pero, cuando sea aplicada, no puede ser interpretada con contenidos diferentes, o más laxos. La Directiva, en el apartado segundo de su artículo 27, determina que:

“Las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas. La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general”.

Estas limitaciones legales impuestas para la expulsión de ciudadanos de la Unión deben ser válidas para cualquier persona que pueda ser objeto de expulsión por estas causas, por lo que se rechaza, y esta quizás sea la condición más relevante para el colectivo de extranjeros extracomunitarios, la posibilidad de expulsión no individualizada, es decir, las que se fundamente en un juicio de peligrosidad de un sujeto por su pertenencia a un colectivo o por características relacionadas con la nacionalidad, la religión, el sexo o la raza del sujeto.

Así, la normativa española de extranjería permite expulsar por razones de orden público, por ejemplo, al solicitante o aceptante de servicios sexuales con otro adulto en las proximidades de un colegio (artículo 36.11 de la Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana), ya que se trata de una infracción grave de esta norma, que,

⁵⁵ *Ibidem*, p. 10.

a su vez, se sustenta en una infracción grave de la Ley de Extranjería, que sanciona con expulsión por razón de orden público a quien participe en cualquier infracción grave de aquella ley. Claramente, esta es una situación en la que no podría expulsarse a un ciudadano europeo no español, mediante la aplicación de la Directiva comentada, basándose en razones de orden público, pero que, con el mismo argumento, sí sería aplicable a cualquier extranjero extracomunitario. De este modo, la ley española permite considerar a ciudadanos europeos o extracomunitarios como un riesgo diferenciado para el orden público, a pesar de que practiquen idénticas conductas administrativas ilícitas.

Pues bien, si, a priori, resulta proscrita la expulsión de personas por razones de orden público basadas en razones preventivo generales, o no resulta suficiente la existencia de antecedentes penales, e incluso las condenas individuales previas que no afecten al orden público, es lógico preguntarse si estas razones tienen el mismo valor en el desarrollo de las políticas de acceso a través de las fronteras de los Estados.

Es cierto que la posición jurídica de quien ya se encuentra en un territorio, sea cual sea su estatus, no recibe la misma protección que la de quien busca acceder al mismo y aún no ha entrado, pero ello no legitima el establecimiento de mecanismos automáticos o el desarrollo de normativas generales que impidan la movilidad de las personas mediante una equiparación injustificada de la entrada ilegal con la existencia de riesgos reales para la seguridad pública o el orden público de un Estado.

Sin embargo, esa es una posición común de numerosas legislaciones, que anticipan un control en frontera por razones de seguridad u orden público que resulta mucho más extenso e inflexible que el recogido en la normativa de salida del territorio. Y, sobre todo, más arbitraria o, al menos, menos sometida a razones condiciones y motivaciones objetivas que las relacionadas con la expulsión.

En el conjunto de Latinoamérica no es homogéneo el recurso a la idea de orden público o de seguridad como declaración genérica sobre la que se fundamenta la regulación migratoria. Paraguay, Cuba, Argentina, Bolivia o Colombia, por ejemplo, no realizan declaraciones generales en sus leyes migratorias que señalen como función básica de las mismas sustentar ese interés público, mientras que sí lo hacen de manera expresa Costa Rica (art. 2 de la Ley General de Migración y Extranjería, de 2009),

Honduras (Considerando 1º del Decreto Legislativo 209/2003), Brasil (art. 2 de la Ley de Emigración 6.815 de 1980), Chile (art. 2 de la Ley de Extranjería de 1975, reformada en 1996) o México (art. 1 de la Ley de Migración, reformada en 2014).

Si bien esta disparidad pudiera apuntar en un principio a la existencia de dos posibles modelos de acercarse a la cuestión migratoria, uno anclado en la gestión del control de acceso y de la seguridad, y, otro, más preocupado por la regulación de la movilidad y el establecimiento de mecanismos de protección de las personas migrantes, bajo parámetros mínimos de respeto a los derechos humanos (Considerando 3º de la reforma de 2015 de la Ley guatemalteca de Migración de 1998; Exposición de Motivos de la Ley 761/2011 General de Migración y Extranjería, de Nicaragua), no necesariamente ese posible planteamiento filosófico frente a la cuestión se traduce en el articulado de dichas normas en una efectiva coherencia respecto del nivel de prioridad que la seguridad y el orden público, por un lado, o la protección de los derechos humanos y los intereses de los migrantes, representan. Son las cláusulas sancionadoras o los motivos y mecanismos operativos de control en la frontera los que efectivamente determinan la orientación del modelo migratorio por el que se opta en cada caso y que definen realmente los objetivos a satisfacer en esta materia. Como tampoco son determinantes las alusiones genéricas que estas regulaciones suelen hacer a la naturaleza de orden público de la misma, ya que esta referencia lo que invoca es la función de policía gubernativa de control del cumplimiento de la legalidad administrativa vigente, en este caso, la relativa a los procesos de acceso y salida migratorios, lo que, en sí mismo, no supone la elección de modelo alguno.

Son las razones objetivas de autorización o rechazo al ingreso al Estado, los principios de aplicación de las normas y el régimen sancionador, los que determinan cuáles son las prioridades de cada legislador, normalmente asociados a la condición del Estado en cuestión como receptor neto de inmigración, como territorio de tránsito o como Estado del que salen nacionales para instalarse en otro territorio.

Como se vio más arriba, en el caso latinoamericano hay países que claramente encajan en alguna de las tres categorías, con los matices necesarios que imponen la ubicación geográfica, las políticas migratorias de los países fronterizos, o la situación de seguridad ciudadana que

prevalece en cada uno de ellos. Así Costa Rica ha mantenido durante mucho tiempo una posición clara de país de tránsito, escorada hoy a una posición mixta de país receptor neto y de tránsito, por circunstancias externas más que por cambios legales o materiales en el propio territorio. En cambio, El Salvador u Honduras representan claramente a los países de salida de migrantes, condicionados por las circunstancias económicas y de violencia que definen estos países. Chile o Argentina, aunque este último ha presentado ciertos niveles de emigración hacia Europa, representarían, al menos en el contexto latinoamericano, a países de recepción neta de inmigración⁵⁶.

En el caso de países netos de migrantes hacia el exterior, las regulaciones sobre entrada y salida de extranjeros no son homogéneas, pero tienden a dar la misma relevancia a las cuestiones de seguridad pública en la reglamentación de la materia que los países receptores netos. La vigente Ley de Migración de El Salvador, de 1958, reformada en 1993, por ejemplo, no realiza planteamiento alguno securitario en la justificación de la regulación, no haciendo referencias expresas a la seguridad pública o al orden público, pero plantea la posibilidad de la expulsión como una fórmula de respuesta automática a la entrada ilegal o a la comisión efectiva de delitos (art. 61), manteniendo un proceso gubernativo de expulsión discrecional cuando la presencia del extranjero sea contraria a los intereses nacionales (art. 63), por lo que se abre la posibilidad de una expulsión genérica sin causas tasadas, a determinar en cada caso por los responsables de la gestión migratoria. Del mismo modo, Guatemala, en su ley de Migración de 1998, reformada por Decreto 10-2015, permite la suspensión administrativa de permanencia en el territorio por causas de orden público, interés nacional o seguridad del Estado (art. 92), exigiéndose resolución razonada para la suspensión, sin que, igualmente, se tasan las situaciones en las que tales riesgos pueden materializarse, resolviéndose caso a caso la expulsión según los criterios

⁵⁶ Al respecto, Salinero, S., “La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”, *en Política criminal*, vol. 6, núm. 11, 2011, p. 107: “según el último informe de la Organización Internacional para las Migraciones, Chile pasó de tener 177.000 inmigrantes en el año 2000 a más de 231.000 en 2005.2 Sin embargo, el Departamento de Extranjería y Migración contabilizó 352.344 personas a diciembre de 2009.3 El crecimiento inmigratorio entre los años 2000 y 2009 se ha duplicado, es el más alto que ha experimentado la región”.

atinentes al sujeto concreto que vaya a ser objeto de esta medida. Con una fórmula similar, el artículo 81 del Reglamento de la Ley de Migración y Extranjería de 2004, de Honduras, establece una cláusula genérica y abierta para sustentar la expulsión en los siguientes casos: “la Secretaría de Estado en los Despachos de Gobernación y Justicia por causas de interés público, podrá impedir la admisión o cancelar definitivamente la permanencia de los extranjeros residentes o con permiso especial de permanencia que puedan poner en peligro el orden público, la seguridad nacional, las relaciones internacionales del país y por otras causas debidamente justificadas”.

Estas fórmulas abiertas persiguen conceder a los responsables administrativos de la gestión migratoria herramientas flexibles para decidir la entrada o permanencia de un extranjero en un territorio, no diferenciándose apenas la regulación de los países con fuerte migración al exterior de los países receptores de migrantes. Así, Chile, encabeza su ley vigente de 1975, cuya última reforma es de 1996, con una declaración inicial de prohibición de acceso de cualquier extranjero por razones de interés o seguridad nacional (art. 2). Si bien la norma debe interpretarse de acuerdo con la fecha de publicación de la misma, por lo que prohíbe la entrada a extranjeros que intenten propagar doctrinas contrarias al orden social y político vigente (art. 15.1), o a quienes ejecuten actos que afecten a la moral o las buenas costumbres (art. 15.2), también se puede impedir la entrada o expulsar a quienes realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado, por lo que la movilidad de los extranjeros se condiciona, igualmente, a criterios indeterminados que permiten a las autoridades del país una interpretación discrecional de lo que puedan ser tales intereses o peligros que justifiquen la decisión administrativa. Según el propio Ministerio del Interior de Chile, estos motivos genéricos e indeterminados siguen justificando la expulsión del país, a pesar del cambio en las circunstancias políticas y sociales producidas desde la promulgación de la norma migratoria⁵⁷. También en Costa Rica, las modernas regulaciones migratorias han navegado por el terreno de la

⁵⁷ <http://www.latercera.com/noticia/chile-expulsa-a-mas-de-1000-extranjeros-por-ano/>: “las expulsiones administrativas, dictadas por Interior, se justifican en motivos que van desde ingresos ilegales hasta personas que fomenten doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, según el Reglamento de Extranjería”.

visión securitaria de la materia, de modo que “la ley 8487, aprobada por la Asamblea Legislativa en diciembre del 2005, estuvo permeada por una visión de la migración como un problema de seguridad nacional, con la promoción de una migración selectiva, sobre todo de inversionistas y pensionados, y la regulación de flujos migratorios”⁵⁸. Esta regulación, fruto de una visión alarmista de la inmigración fue corregida en parte en 2009, a través de la reforma operada por la Ley 8764, que intentó atenuar la radical restricción a la movilidad de extranjeros trabajadores, con apelaciones constantes al cumplimiento de los compromisos con los derechos humanos del Estado de Costa Rica.

Más cercano a las exigencias de taxatividad en las normas sancionadoras es el artículo 35 del decreto Ley de Panamá, de 22 de febrero de 2008, regulador de la normativa de extranjería, que establece la obligación de las autoridades de la seguridad y judiciales a comunicar al servicio de inmigración los procesos, investigaciones y medidas cautelares adoptadas y su contenido contra extranjeros, para evaluar adecuadamente una resolución de expulsión administrativa por razones de seguridad u orden público, condicionamiento que puede ser razonable que se practique en cualquier país, pero que no se explicita, con carácter general, en las normas aplicables en la materia.

Por lo tanto, tal vez no sea el modelo administrativo de acceso y permanencia de los extranjeros en los Estados lo que permita identificar modelos de tratamiento de la inmigración respecto de criterios relativos a la seguridad, sino las formas reales de aplicar las normas migratorias y los indicios que puedan llevar a identificar modelos más o menos punitivos de acuerdo con su realidad migratoria. En el caso chileno, que representa uno de los ejemplos de mayor aplicación de la medida de expulsión en Latinoamérica, además, se introducen castigos penales intensos para los migrantes irregulares, con penas de cárcel que pueden llegar hasta los cinco años de prisión, o diez si se infringe la prohibición de regreso⁵⁹.

⁵⁸ Dobles Oropeza1, I., Vargas Selva, G., Amador Rojas, K. y Arroyo Sibaja, M., “La inmigración y el poder legislativo en Costa Rica: discursos y acciones políticas”, en *Reflexiones*, núm. 92, 2013, p. 98.

⁵⁹ Salinero, S., op. cit., p. 113: “efectivamente, la LECH contempla una serie de disposiciones que a nuestro juicio tienen naturaleza penal, pues, existe una descripción típica sancionada con una pena. Así, esta legislación que en general es de naturaleza administrativa, contempla en su articulado la sanción de expulsión que se aplicaría en los siguientes casos: a) A los

Argentina, por su parte, ha decretado un total de 10.928 expulsiones en el periodo 2004-2015, de las cuales el 60% lo han sido por estancia o entrada irregular en el país y el 40% restante por aplicación del artículo 29 de la Ley 25871, relativo a la expulsión por la comisión de hechos delictivos en o fuera del país⁶⁰. Cifras que no son nada comparables con la situación especial que tiene México, por ser el territorio final de acceso al destino final preferido por la emigración latinoamericana, los Estados Unidos de América. Sólo en 2007, los extranjeros expulsados por México fueron 115.601, de un total de 120.414 extranjeros asegurados, perteneciendo el 95,1% a los países de mayor emigración de Centroamérica, El Salvador, Guatemala y Honduras⁶¹. En sólo nueve meses de 2016 esas cifras fueron superadas por encima de los 118.000 expulsados, una cifra considerablemente mayor que la practicada por los propios Estado Unidos en las mismas fechas⁶², todo ello, consecuencia práctica de la Iniciativa Mérida, acordada entre ambos Estados fronterizos. Situación que resulta aún más llamativa por la firma y vigencia para el Estado Federal Mexicano

extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él, valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona o hagan uso de ellos durante su residencia. Estos serán sancionados con pena de prisión de 3 años y 1 día a 5 años, debiendo disponerse, además, su expulsión, la que se llevará a efecto tan pronto el afectado cumpla la pena impuesta. En estos delitos no procede la remisión condicional de la pena; b) Asimismo, se sanciona a los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, con la pena de prisión de 3 años y 1 día a 5 años. Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de prisión desde 61 días a 5 años y si entraren al país existiendo a su respecto causa de impedimento o prohibición de ingreso, serán sancionados con la pena de prisión de 3 años y 1 día a 10 años. Una vez cumplida la pena impuesta en los casos precedentemente señalados, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional”.

⁶⁰ Dirección General de Migraciones: Estadísticas de Expulsiones. Informe actualizado al 1er semestre de 2015. http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/estadisticas/estadistica_expulsiones_DNM_2009-2015_1er%20semestre.pdf

⁶¹ Datos obtenidos del Instituto Nacional de Emigración de México, presentados en la VII Reunión Nacional de Estadística, Tema “Estadísticas Demográficas”. Estadísticas Generadas por el Instituto Nacional de Migración. Aguascalientes, 2008. <http://www.inegi.org.mx/rne/docs/Pdfs/Mesa1/19/GilbertoEdgardo.pdf>

⁶² <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/seguridad/2015/10/14/mexico-supera-eu-en-cifra-de-deportaciones-de-migrantes>

de la Declaración de Cartagena en 1984, en la que se afirma literalmente en su Conclusión Tercera que “la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”. La clara superación de este modelo de extensión del concepto de refugiado por las políticas migratorias de la Iniciativa Mérida es un hecho claramente demostrativo de la postergación de una gestión migratoria en favor de los migrantes y refugiados, en favor de otra, opuesta, centrada en el control y la seguridad de las fronteras, mediante la criminalización de los sujetos migrantes y en contra de su propia seguridad.

En el contexto latinoamericano, quizá sea de interés destacar el mecanismo de movilidad regional que representa la Comunidad Andina, que en materia de migraciones representa un cambio sustancial en el tratamiento de la migración laboral en la región, en un modelo próximo al de la libre circulación de trabajadores de la Unión Europea, que flexibiliza los traslados de personas por el territorio de la Comunidad Andina y suaviza, por lo tanto, los mecanismos de control y acceso en frontera mediante un uso rígido, cuando no abusivo, de la causa de orden público o seguridad para controlar la movilidad de los extranjeros. No obstante, la Decisión 545, denominada Instrumento Andino de Migración Laboral, en su artículo 2 introduce una nueva cláusula general de control migratorio que excluye su aplicación al “empleo en la Administración Pública y aquellas actividades contrarias a la moral, a la preservación del orden público, a la vida y a la salud de las personas, y a los intereses esenciales de la seguridad nacional”. El recurso al etéreo concepto de moral y el sometimiento de la movilidad laboral a razones de orden público o seguridad nacional mantiene las tradicionales bases arbitrarias del control de las personas, aunque con una clara mejora del trato dado a los trabajadores extranjeros respecto de la situación previa a la creación de esta estructura supranacional.

5. Respuestas penales

La irrupción del Derecho penal como instrumento colaborador de las políticas migratorias es relativamente cercana, y se ha venido desarrollando de forma conjunta con la normativa migratoria y de extranjería de manera global, incorporando como materia de estudio independiente a la materia migratoria como una más dentro de la política criminal de los Estados y de los organismos supranacionales. En el caso español esta confluencia es clara desde la promulgación de la Ley de Extranjería del año 2000, lo que en palabras de TERRADILLOS ha desembocado en que, “si el complejo conglomerado normativo en el que se manifiesta la política criminal de la Unión Europea (UE) en materia de migraciones ha venido siendo, ante todo, “securitaria, preventiva y represiva, hasta el punto de desembocar en un restrictivo blindaje frente a los flujos extracomunitarios, el modelo español, concretado en el PRCP 2009 y la LEX 2009, no sólo no evita estas características, sino que las enfatiza, más allá incluso de lo exigido por Europa, en el marco de una política errática de cambios vertiginosos pero de constante orientación punitivista, como denunció la sentencia de la sala 2ª del Tribunal Supremo (TS) de 8 de julio de 2004”⁶³. Con claridad, a este respecto, se pronuncia la Fiscalía General del Estado de España en su Circular 7/2015, por la que se fijan los nuevos criterios sobre la expulsión de extranjeros como medida sustitutiva de la pena, donde se afirma de manera literal que “la expulsión de los ciudadanos extranjeros prevista en el art. 89 del CP, es una medida sustitutiva de la pena de prisión por la que se restringen los derechos a entrar, residir o transitar por territorio nacional para favorecer la realización de los fines de la política inmigratoria que corresponde al Gobierno”. No hay mejor ejemplo de reconocimiento de la subordinación del sistema penal en estos casos a los fines de gestión migratoria, obviando la autonomía penal para determinar los fines de las penas que, en estos casos, son fundamentalmente de control migratorio.

Si bien el grueso de la normativa penal de los últimos años relacionada con los extranjeros ha navegado por la senda del castigo creciente de los delitos relacionados con la trata de personas y el tráfico ilegal de migrantes, no lo es menos que buena parte de esta normativa

⁶³ Terradillos Basoco, J., “Reflexiones y propuestas sobre inmigración”, en InDret, núm. 1, 2010, p. 5.

se ha exacerbado en su promoción y en sus consecuencias ocultando, de forma conveniente, que los sistemas penales de los Estados receptores de migrantes ejercen una fuerte presión sobre los extranjeros en situación de irregularidad administrativa para acabar con el fenómeno mismo de esta clase de inmigración. Resulta notablemente hipócrita asegurar que la regulación penal del tráfico de personas pretende terminar con la afectación a los migrantes irregulares en sus derechos fundamentales, cuando el objetivo de fondo es acabar con la inmigración irregular en sí misma, es decir, con la llegada a los países de personas al margen de las restringidas vías que admiten los Estados⁶⁴.

De lo contrario, las leyes penales no se habrían lanzado tan abiertamente a colaborar con la normativa migratoria en situar a la expulsión del extranjero en la respuesta prototípica de la ley penal ante la delincuencia protagonizada por los mismos. Como afirma TERRADILLOS, “las consecuencias que, sobre la cuestión penal, proyecta la omnipresente expulsión, o la amenaza de expulsión son, como ya denunciara la sentencia TS (2ª) de 5 de febrero de 1998, bien conocidas: marginalización e indefensión del inmigrante irregular. Con inevitables corolarios: proliferación de comportamientos xenófobos y racistas; dificultades de acceso a la Administración y a la Justicia, así como a la vivienda, a la escuela o a la sanidad; potenciación de situaciones de explotación sexual y de explotación laboral –con el consiguiente incremento de la siniestralidad-; etc.”⁶⁵ Resulta ilustrativo, a este respecto, el contenido del artículo 33 del Código penal de la República Dominicana, que impone la pena de encarcelamiento obligatoria para los extranjeros condenados también a penas de inhabilitación o degradación cívica como pena principal, cuando el encarcelamiento en estos casos es

⁶⁴ *Ibidem*, p. 14: “el objetivo proclamado, en línea con las exigencias comunitarias, es acabar con el fomento y explotación de la inmigración irregular, pero también con la propia inmigración irregular. Aunque, como es obvio, el grueso de los argumentos sobre los que se pretende legitimar el nuevo rumbo político-criminal aluda a las organizaciones criminales que, en cuanto propulsor básico de los fenómenos migratorios, organizan el cruce de fronteras y obtienen con ello suculentos beneficios, sin reparar en que los flujos migratorios tienen raíces estructurales que, por encima de la pérfida condición de los comerciantes de personas, determinan su existencia y evolución.”

⁶⁵ *Ibidem*, p. 7.

potestativo para los nacionales de este país. La idea de riesgo o peligro del extranjero es la que subyace en este tipo de reglas penales no sometidas a objetivización de clase alguna.

Por lo tanto, la proliferación de acuerdos, normas internacionales y nacionales, y documentos estratégicos elaborados para afrontar los fenómenos del tráfico y la trata de personas no pueden visualizarse sólo como una toma en conciencia de la gravedad de las conductas y el daño que se produce a las víctimas de estos delitos, sino, además, como una respuesta a dos fenómenos que se presentan de forma conjunta: por un lado, la propia inmigración irregular que subyace en una parte de esas conductas delictivas; por otro lado, el fenómeno de la absorción del grueso de la actividad migratoria ilegal por parte de organizaciones criminales que han sumado, en muchos casos, los tráfico con personas a actividades delictivas previas para las que ya existía la estructura organizada.

Por eso, en este afán por extender la aplicabilidad de las normas penales sobre los extranjeros de forma diferenciada, se vienen incluyendo en los textos penales normas que buscan no dejar vías de escape al control migratorio desarrollado desde la justicia penal. Así, tanto los códigos penales de España (art. 96.3.2ª), de Nicaragua (art. 100) o de Honduras (art. 83) prevén la expulsión del extranjero condenado a medidas de seguridad, situaciones en las que, por definición, se produce una situación de inimputabilidad o semi imputabilidad que requiere una actuación sobre esa causa de exención de responsabilidad penal tras fundamentarse un juicio de peligrosidad. Que la expulsión tenga alguna relación con el tratamiento del inimputable es más que dudoso, por lo que se convierte esta expulsión en una forma más de facilitar la política migratoria, con el añadido de la evidente dejación de funciones por parte de las instituciones del sistema penal.

Esta inadecuada utilización de las instituciones penales para cumplir los objetivos administrativos de control migratorio produce situaciones de complicada gestión, o de directo mal funcionamiento, por ejemplo, en el caso español, en los supuestos en los que se suspende la ejecución de una pena privativa de libertad con orden de expulsión judicial, y el extranjero es conducido a un Centro de Internamiento de Extranjeros privado de libertad, generando problemas competenciales. “Ello es así porque no en pocos casos el juez o tribunal sentenciador acuerda la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, pero no se

pronuncia sobre el ingreso en centro penitenciario ni en el CIE (artículo 89.6). En estos casos, cuando el penado es detenido posteriormente es frecuente que sea puesto a disposición del Juez de Instrucción de guardia del lugar de la detención, acompañando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a esta puesta a disposición, una solicitud de internamiento como si de un procedimiento administrativo sancionador se tratara. Es estos casos es también harto frecuente que el Juez de Instrucción se cuestione su propia competencia para llevar a cabo ese internamiento, al no existir un mandamiento del tribunal sentenciador, a cuya disposición, entiende, debiera haberse puesto el detenido”⁶⁶.

Esta realidad, convierte en completamente ficticio el intento de realizar un separación clara y estanca entre la delincuencia que sufren los extranjeros a manos de organizaciones criminales, tanto en el tráfico como en la trata de personas, de la criminalidad de extranjeros como fenómeno criminológico independiente. Y no es posible realizar esa nítida división porque hay un elemento común entre ambos fenómenos que no es posible mantener al margen: el sujeto protagonista de ambos, el extranjero en situación irregular, el extranjero sin papeles.

Cuando los sistemas penales, de manera globalizada, se han lanzado a la protección penal contundente de los sujetos víctimas del tráfico de personas, parecen dejar al margen realizar una mínima reflexión acerca del automatismo con el que un extranjero traficado de un país a otro, pasa de ser una víctima de un delito, es decir, un sujeto objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico, a un enemigo del sistema sobre el que el ordenamiento jurídico de inmediato se revuelve para proceder a la expulsión de aquella víctima que, al mismo tiempo que es sujeto pasivo de un delito, se convierte en un infractor de las leyes de extranjería.

Esta doble cara que muestran los Estados en el tratamiento de esta materia, traslada un alto nivel de cinismo legislativo, lo cual permite deducir que el castigo del tráfico de personas no está fundamentado de manera principal en la retórica protección de los derechos humanos de los migrantes (a modo de ejemplo, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica española 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución

⁶⁶ Muñoz Ruiz, J. “La expulsión penal. Nuevas tendencias legislativas”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, núm. 16-05, 2014, p. 38.

extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas; los Considerandos 1 y 2 de la Ley n° 137-03 de la República Dominicana sobre tráfico ilícito de migrantes y trata de personas; el artículo 2 de la Ley de Migración mexicana de 2011; o la Introducción del Plan de Acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes (2015 – 2020)), sino en el objetivo de mejorar la capacidad de los Estados para afrontar la inmigración irregular y, de camino, afrontar una nueva línea de actuación de las redes criminales en todo el mundo.

En aras a evitar esta falta de honestidad en el tratamiento del problema, tal vez sea más correcto adoptar el camino tomado por el Código penal peruano, que incluye, sin ambages, los delitos relativos al tráfico ilícito de migrantes (artículo 303-A) en su Título XII, título dedicado a regular los “Delitos contra la Seguridad Pública”. Este reconocimiento de que el interés primordial de esta regulación penal es la seguridad pública permite encajar mejor las piezas del modelo. La seguridad pública y el orden público constituyen la guía central del tratamiento de la inmigración y la extranjería, por lo tanto, la intervención penal y el tratamiento administrativo que reciben en realidad presentan un mayor nivel de coordinación en los objetivos de lo que, en apariencia muestran⁶⁷.

Esta subordinación del Derecho penal a las políticas migratorias ha sido suficientemente denunciada⁶⁸, pero lo más perjudicial de este sometimiento no es, quizá, la transformación del Derecho penal y las instituciones del sistema en una herramienta válida para la gestión de las políticas migratorias, sino la “penalización” progresiva del ordenamiento administrativo migratorio, que ha incorporado a su tradicional arsenal punitivo herramientas y procedimientos de naturaleza claramente

⁶⁷ Terradillos Basoco, J., op. cit, p. 9: “al igual que el vigente art. 89.1, párrafo cuarto, el PRCP 2009 prevé que “La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España” (art. 89.3). Dicho de otro modo, la expulsión jurisdiccionalmente acordada, y basada en hechos anteriores (el delito), predetermina la decisión administrativa sobre una solicitud de permiso de residencia o trabajo que puede estar fundamentada en datos posteriores al delito y a la sentencia o al auto que decidieron la expulsión. Estos despliegan, así, una eficacia ultra vires carente de justificación”.

⁶⁸ Martínez Escamilla, M., “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, en InDret, núm. 3, 2009.

penales: la capacidad de privar de libertad en centros de internamiento, proscrita constitucionalmente a la Administración; la primacía de la gestión policial en todos los asuntos relacionados con la materia; la equivalencia de la respuesta básica de cada sistema centrada en la expulsión, sin que exista un sistema de graduación del castigo similar al resto de sanciones; la conversión de la irregularidad administrativa de la estancia en el país en un problema de seguridad ciudadana.

Este proceso de criminalización de la inmigración y de todos sus protagonistas no permite realizar una separación nítida entre delito e infracción administrativa, no permite desarrollar una gestión del control migratorio en términos de policía gubernativa, visibiliza los mecanismos de privación de libertad como los más adecuados para afrontar la materia y contribuye, sobre todo, a crear un estado de opinión mayoritaria que vincula los niveles de seguridad efectivos al mayor control posible del fenómeno por parte de los responsables públicos del sistema penal.

Este modelo, que se encuentra ampliamente asentado en el territorio europeo, y que empieza a consolidarse en buena parte de los países latinoamericanos, sean receptores de inmigración o no, admite pocos mecanismos de modificación sustancial. La proximidad buscada de manera calculada entre inmigración ilegal y crimen organizado, gracias a la sencilla conexión que supone haber convertido al tráfico o trata de personas en la bisagra que une ambos mundos, parece impedir que puedan emerger reflexiones o alternativas para un tratamiento autónomo de cada fenómeno, por numerosas que sean las conexiones entre ellos.

Redefinir a los movimientos migratorios como realidad propia, conforme a las causas políticas, económicas y sociales que los sustentan, supone impedir que los factores criminológicos, que siempre están presentes en cualquier actividad humana, sean los que emerjan en primer término como los únicos que permiten explicar su existencia y evolución, y, por lo tanto, su tratamiento como evento criminal. Con este proceder, las posibilidades de manipulación en la construcción social de un fenómeno son altamente eficaces, por lo cual, los mecanismos para eludir esa trampa deben ser de igual eficacia para contrarrestarlos. El problema es que los mecanismos puestos al servicio de la transmisión de la idea de la naturaleza criminógena de la inmigración ilegal superan considerablemente a los medios y esfuerzos por llevar la cuestión al

terreno de la racionalidad intelectual y legal, por lo que, en la percepción de las sociedades atenazadas en sus libertades por las demandas de seguridad, esta cuestión sólo se mantiene como prioridad en lo criminal.

Ganar espacio frente a estas corrientes, pasa por continuar transmitiendo un discurso científico acorde con la verdadera naturaleza del objeto de análisis, es decir, profundizar sobre las bases criminológicas que sustentan o rechazan estos discursos securitarios y punitivistas, atenerse al desarrollo de líneas político criminales que sean compatibles con orientaciones acordes con los textos constitucionales de los estados democráticos⁶⁹ y, finalmente, mantener a la ciencia penal apegada al fin de protección de bienes jurídicos y a la idea de lesividad material de las conductas⁷⁰, despejando del sistema penal, en su conjunto, la ilicitud administrativa migratoria como objeto de interés directo y las infracciones penales que representen una simple desobediencia formal de las normas.

Pero, además, es necesario apoyar y difundir frente a los responsables de las políticas ejecutivas de la seguridad y de las migraciones resoluciones como la recientemente dictada por la Corte de Casación de Francia, mediante la cual se ha determinado que los controles de identidad realizados por la policía de acuerdo con el color de la piel de un sujeto es “discriminatorio” y constituye “una grave falta” cometida por la Administración⁷¹.

Lo más relevante de una resolución de estas características, además de la importancia del contenido en sí mismo considerado, es el rechazo que representa ante los modos de ejecución de normas generales objetivamente no discriminatorias de forma que constituyan un atentado a los derechos y libertades fundamentales de las personas⁷². En España, los controles policiales injustificados sobre personas con “apariencia de extranjeros” han sido continuamente denunciados y

⁶⁹ Al respecto, Carranza, E., La política criminológica integral de las Naciones Unidas, conferencia pronunciada en el XVIII período de sesiones de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, del 15 al 24 de abril de 2009, Viena.

⁷⁰ Chirino Sánchez, A., “Tendencias en la reforma penal y lecciones aprendidas.”, en Revista de Derecho, núm. 11, 2005, p. 106

⁷¹ http://www.lemonde.fr/police-justice/article/2016/11/09/la-cour-de-cassation-se-prononce-mercredi-sur-le-controle-au-facies_5027834_1653578.html

⁷² Al respecto, destacan Pomed Sánchez y Velasco Caballero la necesidad de vincular estas actuaciones policiales no sólo con el derecho a la igualdad

se han sustentado exclusivamente en ordenes policiales internas de ejercicio de la actividad policial de control, ya que no existen normas generales que los sostengan⁷³, por lo cual, el seguimiento de la actuación de la Administración en materia migratoria debe ser uno de los pilares del mantenimiento efectivo del Estado de Derecho⁷⁴. Seguimiento que se ha de traducir, en particular, en el control judicial de las actuaciones de la Administración contrarias al ejercicio de la libertad de las personas, y en el control constitucional de aquellas normas que, como la española Ley Orgánica 4/2015, de Seguridad Ciudadana, impongan sobre los ciudadanos un juicio latente de peligrosidad durante el ejercicio de sus derechos y libertades públicas que es claramente inadmisibles.

recogido en el artículo 14 de la Constitución, sino también con el Derecho fundamental a la libertad personal: “en efecto, allí donde el control policial (más conducción a comisaría y cacheo) careciera de todo fin preventivo o indagatorio (a los que se refiere el art. 20.1 y 2 LOPSC) y únicamente presentara una motivación racista, habría que concluir que el derecho fundamental en cuestión es la libertad personal (art. 17.1 CE) y no el derecho a la igualdad. En efecto, dado que el control policial de identidad (cuando se practica de oficio) sólo es legítimo en los casos que autoriza la Ley, cuando la actuación administrativa se desvía de los concretos supuestos de autorización legal estaríamos no sólo ante una vulneración de la Ley (en este caso, del art. 20.1 y 2 LOPSC) sino ante una vulneración del derecho fundamental de fondo: la libertad personal” (op. cit., p. 147).

⁷³ *Ibidem*, p. 149: “la huida hacia el criterio de la extranjería (como forma de eludir el criterio de la raza) es tautológica: siendo la extranjería un dato jurídico, sólo es posible calificar a una persona como extranjero una vez que ha sido identificado; y por eso no es lógicamente posible que una Ley autorice a la policía a exigir la identificación de los extranjeros, porque antes de la identificación no se sabe quién es extranjero. A no ser que lo que se esté autorizando sea la identificación de quien fuera «sospechoso» de ser extranjero; pero entonces la autorización para el control de identidad no reposaría sobre la condición de extranjero sino sobre ciertos indicios que normalmente llevan a la conclusión de extranjería: el idioma, la raza, el color. Y vuelta a empezar”.

⁷⁴ “Chirino Sánchez, A., “*Política criminal, riesgo e inseguridad. Un análisis en las antípodas del Derecho penal moderno*”, en Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, núm. 3, 2011, p. 680: “una política criminal democrática no puede comprometerse con un aumento del “Estado Policial”, en el sentido de crear condiciones para que aumente la represión de la disidencia, de las desviaciones o la simple persecución por “color” o estereotipos. Debe insistirse en la mejor formación de la policía para que esta aprehenda contenidos de derechos humanos y defina su actividad en la vida social a partir de estos parámetros”

6. Bibliografía

- BENÍTEZ MANAUT, R., “México, Centroamérica y Estados Unidos: migración y seguridad”, en *Migración y Seguridad: nuevo desafío en México*, ed. Casede, México DF, 2011.
- BOLAÑOS ARMIJOS, Y., *Percepción de inseguridad ciudadana e inmigración en Quito, 2007-2012: estudio de caso 2012*, ed. IAEN, Quito, 2016.
- BUNFINO, A., “Between unity and plurality: the politicization and securitization of the discourse of immigration in Europe”, en *New Political Science*, núm. 26, 2004, pp. 23-49.
- BUTCHER, K.F. y PIEHL, “Cross-city evidence on the relationship between immigration and crime”, en *Journal of Policy Analysis and Management*, núm. 17, 1998, pp. 457-493.
- CARRANZA, E., *La política criminológica integral de la Naciones Unidas, conferencia pronunciada en el XVIII período de sesiones de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal*, en Viena, del 15 al 24 de abril de 2009.
- CHIRINO SÁNCHEZ, A., “Tendencias en la reforma penal y lecciones aprendidas”, en *Revista de Derecho*, núm. 11, 2005, pp. 99-136.
- “Política criminal, riesgo e inseguridad. Un análisis en las antípodas del Derecho penal moderno”, en *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, núm. 3, 2011, pp. 660-686.
- DE GIORGI, A., “Control de la inmigración, post-fordismo y menor elegibilidad: una crítica materialista de la criminalización de la inmigración en Europa”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 2, 2012, pp. 139-162.
- DELGADO GODOY, L., “La inmigración en Europa: realidades y políticas”, en *Unidad de Políticas Comparadas, CSIC, Documento de Trabajo 02-18*, pp. 1-18.
- DÍAZ, G. y ABAD, G., “Migración y seguridad en España: seguridad humana y el control de fronteras. El caso de FRONTEX”, en *UNISCI Discussion Papers*, núm. 17, 2008, pp. 135-150.

- DOBLES OROPEZA, I., VARGAS SELVA, G, AMADOR ROJAS, K. y ARROYO SIBAJA, M., *“La inmigración y el poder legislativo en Costa Rica: discursos y acciones políticas”*, en Reflexiones, núm. 92, 2013, pp. 97-108.
- EIVIRA PERALES, A., *“Libertad de circulación y orden público en España”*, en InDret, núm. 2, 2008, pp. 1-19.
- EUROSTAT, *Estadísticas de migración y población migrante*, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics/es
- FERNÁNDEZ SUÁREZ, B., *Políticas migratorias comparadas en el Sur de Europa: lecciones cruzadas entre España y Portugal*, ed. Fundación Alternativas, Madrid, 2010.
- GARCÍA ESPAÑA, E., *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- *“La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015”*, en RECPC, 2016, núm. 18-07.
- HISKEY, J., MALONE, M. y ORCÉS, D., *“Violencia y migración en Centroamérica”*, en Perspectivas desde el Barómetro de las Américas: 2014, núm. 101, 2014, pp. 1-10.
- INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO, *“Migración centroamericana en tránsito por México hacia Estados Unidos: diagnóstico y recomendaciones. Hacia una visión integral, regional y de responsabilidad compartida”*, México DF, 2014.
- LABORIE IGLESIAS, M., *“Las estrategias de seguridad nacional de Francia y España: un análisis comparado”*, en Documento Análisis. Instituto Español de Estudios Estratégicos, núm. 42, 2013.
- LAGOS, M. y DAMMERT, L., *La inseguridad ciudadana. El principal problema de América Latina*, en http://www.latinobarometro.org/documentos/LATBD_La_seguridad_ciudadana.pdf:
- LARA SALINAS, A.M., *“Migraciones internacionales, seguridad y xenofobia: los límites del modelo francés de integración”*, en Oasis Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales, núm. 12, 2007, pp. 209-221.

LUIS RAMÓN RUIZ RODRÍGUEZ / ROSARIO RODRÍGUEZ GALÁN: La inmigración ilegal y su tratamiento político criminal en los contextos europeo y latinoamericano bajo el enfoque de la seguridad

LLOBET RODRÍGUEZ, J., “*Derechos Humanos en la Justicia penal juvenil*”, en Espiga, enero-junio, 2002, pp. 35-61.

MAQUEDA ABREU, M.L., “*La criminalización del espacio público. El imparable ascenso de las <<clases peligrosas>>*”, en RECPC, 2015, 17-12

MARTÍNEZ, R. y LEE, M.T., “*Inmigración y delincuencia*”, en Revista Española de Investigación Criminológica, núm. 1, 2004, pp. 1-34

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “*Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?*”, en InDret, núm. 3, 2009, pp. 1-45.

MARTÍNEZ PIZARRO, J., CANO CHRISTINY, V. y SOFFIA CONTRUCCI, M., Tendencias y patrones de la migración latinoamericana y caribeña hacia 2010 y desafíos para una agenda regional, ed. CEPAL, Serie: Población y Desarrollo, núm. 109, 2014.

MILLER, T. A., “*Blurring the boundaries between immigration and crime control after September 11th*”, en Boston College Third World Law Journal, núm. 25, 2005, pp. 81-123.

MONREAL GIMENO, M.C., CÁRDENAS RODRÍGUEZ, M.R. y TERRÓN CARO, M.T., “*La percepción del fenómeno de la inmigración por la juventud española. Un estudio comparado entre Andalucía y Madrid*”, en Revista de Humanidades, núm. 17, 2010, pp. 93-117.

MUÑOZ RUIZ, J. “*La expulsión penal. Nuevas tendencias legislativas*”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, núm. 16-05, 2014.

NUNZIATA, L., “*Immigration and Crime: New Empirical Evidence from European Victimization Data*”, en IZA. Discussion Papers, núm. 8.632, 2014, pp. 1-55.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES, Migración y Seguridad, en http://www.crmsv.org/documentos/IOM_EMM_Es/v2/V2S08_CM.pdf

POMED SÁNCHEZ L. y VELASCO CABALLERO, F., “*Inmigración y policía administrativa de seguridad*”, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 7, 2003, pp. 227-260.

- PROCURADURÍA DE TRATA Y EXPLOTACIÓN DE PERSONAS, *Trata laboral en Argentina. El trato judicial de los casos en el fuero federal*, ed. Procuraduría de Trata y Explotación de personas, Buenos Aires, 2014.
- PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Informe Regional de Desarrollo Humano*. Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina, 2013-2014.
- RODRÍGUEZ MESA, M.J., “*Instrumentos jurídicos para la gestión y control de los flujos migratorios Marruecos-España*”, en *Entelequia*. Revista Interdisciplinar, monográfico, 2007, pp. 219-238.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “*El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes*”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14-07, 2012.
- RUIZ RODRÍGUEZ, L.R., “*Penas de prisión y extranjeros. Principios de igualdad y de resocialización*”, en *Inmigración y sistema penal: retos y desafíos para el siglo XXI*, coord. Ruiz Rodríguez y Rodríguez Mesa, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 289-320.
- “Informe sobre condiciones de marginalidad y exclusión de extranjeros en España”, en *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, coord. Ruiz Rodríguez, ed. Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 1-36.
- SALINERO, S., “*La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile*”, en *Política criminal*, vol. 6, núm. 11, 2011, pp. 106-141.
- SARACHAGA SÁNCHEZ, M., *Análisis comparado de las políticas de migración e integración de España, Francia y Holanda*. Período 1997-2007”, Bogotá, 2009.
- TERRADILLOS BASOCO, J., “*Reflexiones y propuestas sobre inmigración*”, en *InDret*, núm. 1, 2010, pp. 1-25.
- TRIANDAFYLIDOU, “*Nuevos retos para Europa: migración, seguridad y derechos de ciudadanía*”, en *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 69, 2005, pp. 39-59.
- UNODOC, Algunas datos relevantes sobre la trata de personas, en https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/sobre-unodc/Fact_Sheet_Dados_Trafico_de_Pessoas_geral_ESP.pdf

LUIS RAMÓN RUIZ RODRÍGUEZ / ROSARIO RODRÍGUEZ GALÁN: La inmigración ilegal y su tratamiento político criminal en los contextos europeo y latinoamericano bajo el enfoque de la seguridad

UNODOC, *Informe Mundial sobre la Trata de Personas*. Resumen Ejecutivo, 2014, https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP14_ExSum_spanish.pdf

VÁZQUEZ RAMOS, A., “*¿Una nueva estrategia de seguridad para Europa?*”, en Documento Opinión. Instituto Español de Estudios Estratégicos, núm. 106, 2015, pp. 1-13.

VILLAR FUENTES, I., “*Motivos graves de orden público, una excepción a la protección reforzada contra la expulsión de ciudadanos comunitarios con 10 años de residencia en el estado de acogida*”, en Revista Internacional de Justicia y Jurisprudencia, núm. 4, 2013, pp. 1-16.

VITE PÉREZ, A., “*La inmigración y su criminalización*”, en Mundo Siglo XXI, núm. 12, 2008, pp. 57-64.

WACQUANT, L., *Parias urbanos. Marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio*, ed. Manantial, Buenos Aires, 2001.

WAGMAN, D., “*Estadística, Delito e Inmigrantes*”, en Mugak, núm. 17, 2002, pp. 121-124.