



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN CRIMINOLOGÍA

Derecho Público General

Área de conocimiento: Derecho Penal

Curso 2016/2017

INMIGRACIÓN ILEGAL Y POLÍTICA CRIMINAL

Nombre del/la estudiante: JAVIER NÚÑEZ MIGUEL

Tutora: NIEVES SANZ MULAS

Mes: 05

Año: 2017

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN CRIMINOLOGÍA

Derecho Público General

Área de conocimiento: Derecho Penal

**INMIGRACIÓN ILEGAL Y
POLÍTICA CRIMINAL**

**IRREGULAR IMMIGRATION AND
CRIMINAL POLICY**

Nombre del/la estudiante: Javier Núñez Miguel
e-mail del/a estudiante: javiernunezmi@usal.es

Tutor/a: Nieves Sanz Mulas

RESUMEN

La línea argumental de este Trabajo de Fin de Grado es el estudio de los movimientos migratorios contemporáneos y de las diversas respuestas que, tanto desde el ámbito de la Unión Europea como desde la perspectiva española, se están llevando a cabo en nuestros días. El grueso de esta investigación va a estar centrado en el análisis de la normativa correspondiente a la materia migratoria, con el objetivo final de proporcionar una visión holística acerca de las prácticas que se realizan al respecto y situarlas bajo el prisma de la sana crítica, con el fin de modificar los aspectos disfuncionales de las mismas. Tras ello, y para finalizar el proyecto, se expondrán una serie de propuestas criminológicas encaminadas a solucionar dichas deficiencias y darle al problema migratorio el trato que merece, siempre bajo el prisma del respeto de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional.

PALABRAS CLAVE: Inmigración, Irregular, Política Criminal, Unión Europea, España, Criminología.

ABSTRACT

The plot line of this final degree project is the study of the current migratory flows and of the different reactions that, both from the European Union and Spanish perspective, are being carried out nowadays. The gross of this investigation is focused on the analysis of the current laws regarding this migratory flows, to show a vision as a whole of the practices carried out on this topic, to place them under a constructive criticism to modify the dysfunctional aspect of them. After that, and to sum up this project, several criminological ideas will be proposed in order to fix those deficiencies, and give the migratory problem the importance that it should have, always respecting the human rights and the international law.

KEYWORDS: Immigration, Irregular, Criminal Policy, European Union, Spain, Criminology

ÍNDICE:

| | |
|--|----|
| I. INTRODUCCIÓN | 6 |
| II. GLOBALIZACIÓN Y MOVIMIENTOS MIGRATORIOS | 7 |
| 1. Los movimientos migratorios contemporáneos..... | 7 |
| 2. Europa como la nueva “tierra prometida”..... | 9 |
| III. EUROPA COMO FOCO DE ATRACCIÓN MIGRATORIA | 11 |
| 1. Del abrazo al rechazo de la inmigración..... | 11 |
| 2. La reciente criminalización sufrida por ciertos tipos de migrantes..... | 14 |
| 3. La creación de un marco normativo común en materia migratoria..... | 16 |
| A. <i>El interés existente en la Unión Europea en dar una respuesta a este problema</i> | 16 |
| B. <i>La idea de elaborar una política migratoria común</i> | 16 |
| C. <i>Evolución y desarrollo del marco normativo</i> | 17 |
| a) Periodo de “Puertas Abiertas” (1945-1973)..... | 17 |
| b) Periodo de “Puertas Cerradas” (1973-1992)..... | 18 |
| c) La “Europa Fortaleza” (desde 1992 hasta la actualidad)..... | 19 |
| 4. La incesante “lucha” comunitaria contra la inmigración irregular..... | 25 |
| a) Impidiendo que salgan de sus países..... | 25 |
| b) Impidiendo que se nos aproximen..... | 25 |
| c) Impidiendo que permanezcan en el territorio, forzándoles a salir..... | 26 |
| 5. Política migratoria europea y Derechos Humanos..... | 27 |
| IV. LA SITUACIÓN MIGRATORIA ESPAÑOLA Y SU TRATAMIENTO | 27 |
| 1. España, de país emisor a receptor de migrantes..... | 27 |
| 2. El Derecho español de extranjería..... | 28 |
| A. <i>Evolución de la normativa de extranjería</i> | 28 |
| a) Primera etapa del Derecho de extranjería..... | 28 |
| b) Segunda etapa del Derecho de extranjería..... | 28 |
| c) Tercera etapa del Derecho de extranjería..... | 29 |
| B. <i>Los procesos de regularización extraordinarios</i> | 29 |
| C. <i>El fenómeno de las “expulsiones en caliente”</i> | 31 |
| D. <i>Medidas cautelares y el ingreso en los centros de internamiento de extranjeros (CIE’S)</i> | 32 |

| | | |
|------------|--|----|
| 3. | El Derecho penal, una herramienta de combate más | 34 |
| A. | <i>El castigo de la ayuda a la inmigración irregular (Art. 318 bis. CP)</i> | 34 |
| | a) Ayuda a la entrada irregular, art.318 bis. 1 CP..... | 34 |
| | b) Ayuda a la permanencia, art. 318 bis. 2 CP..... | 35 |
| | c) Supuestos hiperagravados, art. 318 bis. 3 CP..... | 36 |
| | d) ¿Qué es lo que se quiere proteger? ¿Cuál es el bien jurídico?..... | 36 |
| B. | <i>La punición a los empleadores de trabajadores extranjeros irregulares (Arts. 311 bis y 312.2 CP.)</i> | 38 |
| C. | <i>La expulsión del territorio, sustitución de la pena (Art. 89 CP.)</i> | 39 |
| D. | <i>¿Resulta legítimo recurrir al Derecho penal para hacer frente al problema migratorio?</i> | 40 |
| V. | PROPUESTAS CRIMINOLÓGICAS AL PROBLEMA MIGRATORIO | 41 |
| 1. | Políticas de recuperación económica en los países de origen..... | 41 |
| 2. | Una regularización migratoria ordenada y coherente por parte de los países receptores..... | 42 |
| 3. | Propuestas a nivel legislativo y reglamentario..... | 43 |
| A. | <i>Reformulación de los tipos penales en materia migratoria</i> | 43 |
| B. | <i>Delimitación competencial entre el Derecho Administrativo y el Penal</i> | 44 |
| C. | <i>Solución reglamentaria a los Centros de Internamiento de Extranjeros</i> | 44 |
| 4. | Medidas educativas y sociales..... | 45 |
| VI. | CONCLUSIONES | 46 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 47 |

I. INTRODUCCIÓN:

Como ya sabemos, el fenómeno de la globalización que está teniendo lugar actualmente conlleva una serie de consecuencias, no todas ellas positivas. La transformación en los movimientos migratorios como resultado del reparto desigual de la riqueza está llevando a la población más precaria a desplazarse a zonas más prosperas donde buscar una vida mejor. Sin embargo, la sucesión de estos acontecimientos no sería de tan crucial relevancia si no fuera por las respuestas que los países “prósperos” le proporcionan a estos flujos migratorios. Respuestas insolidarias que, en la mayoría de los casos, comprometen los Derechos Humanos de los migrantes.

Por tanto, es en este tema donde he querido centrar mi interés para la elaboración de este Trabajo de Fin de Grado. Se trata de un importante asunto de actualidad del que, hasta día de hoy, no se han proporcionado soluciones realistas y eficaces. Por ello mismo, el objetivo que pretendo alcanzar con dicho proyecto es ofrecer una serie de aclaraciones sobre el fenómeno y proporcionar algunas propuestas y recomendaciones con el fin de facilitar una concepción más solidaria y humana del fenómeno y, en última instancia, contribuir a esa necesaria metamorfosis en estas situaciones que tanto afectan a aquellos que menos tienen y más indefensos se encuentran.

El trabajo se encuentra estructurado en cuatro puntos esenciales: en primer lugar, y a modo de introducción al tema, trata el fenómeno de la globalización y los movimientos migratorios dirigidos hacia Europa. Posteriormente, se evaluarán las actitudes y respuestas proporcionadas por Europa ante a estos desplazamientos “imprevistos”. Seguido de ello, se dará una visión de la situación migratoria que vive concretamente nuestro país y se analizarán los diversos instrumentos con los que cuenta para su control. Por último, y a consecuencia de todo lo expuesto anteriormente, se ofrecerán una serie de propuestas criminológicas para orientar a la solución del problema migratorio actual.

La metodología empleada para la elaboración de este trabajo ha sido, por un lado, la revisión bibliográfica de múltiples obras, abordadas desde varias posturas y disciplinas afines respecto al fenómeno en cuestión. Por otro lado, también se ha optado por realizar un estudio comparado acerca de la evolución y desarrollo de la legislación vigente en materia migratoria.

Todo ello se ha visto enormemente enriquecido gracias a la inestimable ayuda y apoyo de Nieves Sanz, profesora de la Universidad de Salamanca y tutora del trabajo.

II. GLOBALIZACIÓN Y MOVIMIENTOS MIGRATORIOS.

1. Los movimientos migratorios contemporáneos

Si existe un fenómeno que tenga especial relevancia en nuestro tiempo, éste es sin duda el incremento sin precedentes de los movimientos migratorios. Desplazamientos de personas desde las zonas más precarias y con menos recursos de planeta hacia territorios más prósperos, propiciados, directa o indirectamente, por los efectos del proceso globalizador del que estamos siendo testigos.¹ Sin embargo, resulta interesante recordar que esto no es algo nuevo puesto que no es la primera vez que los flujos migratorios se producen en el contexto de unas relaciones de interdependencia económica (por ejemplo, también predominaba este fenómeno no la “edad de la migración en masa”, entre 1820 y 1910, que tenía como destino América, Inglaterra y Centroeuropa).²

Por ello mismo, hoy en día están teniendo lugar una serie de procesos globales que instan a transformar la sociedad contemporánea. Estos son, entre otros: la internacionalización del capital, la difusión de los medios masivos de comunicación y el incremento de la intensidad y las formas de movilidad geográfica de la población. Tales procesos se encuentran íntimamente relacionados y alteran la estructuración social en todos los lugares del mundo, aunque con distinta intensidad. La consecuencia más inmediata de esta reestructuración social tiene su reflejo en el modo de vida de los sujetos sociales: donde constantemente se busca su bienestar, viendo en la migración el modo de lograr dicho objetivo. Por esta razón, la migración y el desarrollo son dos procesos fuertemente interrelacionados.³

Los incentivos que empujan a estos sujetos a tomar la decisión de migrar son muy variados (sociales, económicos y políticos) y siempre resultado de factores de “empuje” y de “atracción”. Los factores de “empuje” o “expulsión” están relacionados con la situación existente en el país de origen y surgen cuando las perspectivas presentes y futuras de conseguir ganarse la vida en ese país cada vez se hacen más difíciles. Ejemplos de ello podría ser el aumento de la competencia en el mercado laboral, la inestabilidad política o la existencia de conflictos armados. En cambio, los factores de “atracción”

¹ SANZ MULAS, N., *Política Criminal*, Ratio Legis, 2016, pág. 199.

² MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “¿Puede utilizarse el Derecho Penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art.318 bis en clave de legitimidad.”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 10-06; 2008; pág. 2.

³ NIN, M. C. & SHMITE, S. M., “El Mediterráneo como frontera: desequilibrios territoriales y políticas migratorias”. *Perspectiva Geográfica*, 20(2), 2015, pág. 341.

tienen que ver con la situación del país de destino y aparecen cuando las perspectivas presentes y futuras de conseguir ganarse la vida son mejores y más prometedoras en el país de destino potencial que en el propio; por ejemplo, la oferta de trabajo en los países de destino o la estabilidad política.⁴ Como consecuencia de la confluencia de ambas tipologías de motivaciones se produce el movimiento migratorio, propiciado por el “empuje” que las condiciones del país de origen les confieren y por la “atracción” de las supuestas perspectivas futuras de bienestar ofrecidas por el país de destino.

Pero tampoco hay que olvidarse de las consecuencias negativas que las propias migraciones tienen para el país de origen. El fenómeno de la “fuga de cerebros” y de mano de obra, es decir, la pérdida del capital intelectual y laboral, supone un impacto dañino al desarrollo del país en cuestión, sobre todo en el continente africano, por constituir una importante pérdida económica y social.⁵ Esta deplorable situación agudiza las desigualdades sociales puesto que los recursos humanos que tuvieron oportunidades de formarse y trabajar en sus países, contribuyendo a la mejora de la economía nacional, deciden abandonarlos para lograr un mayor bienestar y mejores condiciones económicas en otros países.

Los inmigrantes utilizan diferentes vías para desplazarse, entre ellas la aérea, marítima o terrestre, así como varias direcciones: de Sur a Norte, de Sur a Sur, de Norte a Norte y de Norte a Sur. Sin embargo, y según lo que indica el Informe sobre Migraciones en el Mundo 2013 (OIM), la dirección más numerosa (representando el 40% del total de estos desplazamientos) es la que tiene como origen el Sur y como destino el Norte. Una parte importante de ese flujo corresponde a las migraciones desde África hacia Europa a través del Mediterráneo.⁶

⁴ SANDELL, R., “¿Saltaron o les empujaron? El aumento de la inmigración subsahariana”, *Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos*. Área: Demografía y Población – Asociación revistas de información nº 133; 2005, pág. 5.

⁵ KABUNDA BADI, M., “Inmigración y desarrollo: el caso africano”, en *Revista Miscelánea*, nº1, 2011, pág.72.

⁶ NIN, M. C. & SHMITE, S. M., “El Mediterráneo como frontera...”, *Op. Cit*, pág. 341.

2. Europa como la nueva “Tierra Prometida”

En cuanto a los flujos migratorios llegados a Europa procedentes de África, se ha constatado su incremento acelerado en las últimas décadas. Pese a ello, los datos de EUROSTAT nos revelan que sólo el 26,2% de los extranjeros en la Unión Europea son africanos. El número de africanos que logran acceder ilegalmente a Europa oscila entre 25.000 y 35.000 cada año mientras que la gran mayoría de ellos entran legalmente en Europa y se mantienen hasta que expira su visado, siendo Italia y España los países que reciben mayor número de inmigrantes. Los principales países de procedencia son: Senegal, Gambia, Sierra Leona, Liberia, Malí, Costa de Marfil, Ghana, Nigeria, Camerún, Sudán y los países del Cuerno de África.⁷

En cambio, no todos ellos terminaron entrando en Europa a través de la misma frontera. Según FRONTEX 2013, el número de inmigrantes varía según el área de acceso. En el Mediterráneo occidental (noroeste de África hacia España) se redujo un 13% el flujo en inmigrantes entre 2012 y 2013; en el Mediterráneo oriental (Medio Oriente hacia Grecia y Europa del este) también disminuyó un 68%; mientras que la ruta que se dirige desde el Cuerno de África a Italia, pasando por Egipto, creció un 13%. Por último, la ruta del Mediterráneo central (Libia y Túnez hacia Italia) aumentó notablemente en un 108% en 2013 respecto a 2012.⁸

¿Por qué eligen Europa como destino? ¿Qué alicientes posee para ser elegida como ubicación por los inmigrantes de terceros países? Los grandes motivos que convierten a la Unión Europea en un importante foco de atracción y que impulsan la inmigración hacia dicho territorio son, aparte de la aplicación de la política europea:

- Las características geográficas de los países miembros, su posición geoestratégica en los caminos que realizan desde África,
- Sus vínculos privilegiados, históricos y culturales con América Latina (sobre todo, a través de España),
- La existencia de empleos informales (e irregulares) en las economías de países como Grecia, Italia y España.⁹

⁷ *Ibidem*, pág. 347.

⁸ *Ibidem*, pág. 355.

⁹ *Ibidem*, pág. 355.

- La estabilidad política que reina en sus Estados miembros, fundamentada en la democracia y en el respeto de los Derechos Humanos.
- La estrecha proximidad geográfica con países con los que le separa una gran brecha económica: la existencia de costas e islas en su región mediterránea, lugares más que idóneos para la llegada de numerosas lanchas y cayucos en cuyo interior transitan inmigrantes indocumentados, y de territorios pertenecientes a la Unión Europea emplazados en el propio continente africano o muy cercano a él como es el caso de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla o el archipiélago canario, pertenecientes a España.

Como consecuencia de ello, se ha producido en los últimos años un aumento considerable de inmigración irregular, favorecida por diversos elementos como los conflictos armados en Oriente Próximo y la reciente aparición del terrorismo yihadista, cuyas cruentas manifestaciones han traído consigo la llegada a Europa de inconmensurables masas de refugiados. Todo ello sumado a las deficiencias de gestión homogénea de las fronteras por parte de la Unión Europea,¹⁰ aprovechadas por los inmigrantes irregulares para acceder más fácilmente al territorio comunitario por puestos fronterizos más vulnerables, fenómeno que me he permitido bautizar como “border-shopping”. Por ello mismo se necesitaba que los controles en fronteras tuvieran la misma intensidad y estar regulados de manera homogénea en todos los países pertenecientes a la Unión.

Según los informes de la Comisión Europea, se calcula que en 2009 tuvieron lugar unos 140 millones de cruces fronterizos anuales de extranjeros que necesitaban visado, teniendo en cuenta que los visados expedidos por los Estados miembros rondaban los 11 millones.¹¹ Otro dato significativo es el del número de inmigrantes irregulares en año 2011, que alcanzó casi los 12 millones.¹² Estas cifras nos permiten ver la importancia que tiene para la Unión Europea el control de flujos migratorios en las fronteras exteriores del Espacio Schengen.

¹⁰ GOIG MARTÍNEZ, J. M., “Inmigración, asilo y refugio ante los retos actuales de la política exterior europea”, *Revista de Derecho de la UNED*, nº 18, 2016, pág. 65.

¹¹ COM (2011) 248 final 4.5.2011, Comunicación sobre migración, pág. 9

¹² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “El papel de la inmigración legal en un contexto de desafío demográfico”, en DOUE C 48/6, 25.2.2011.

III. EUROPA COMO FOCO DE ATRACCIÓN MIGRATORIA.

1. Del abrazo al rechazo de la inmigración.

La respuesta que proporciona actualmente la Unión Europea (UE en adelante) a la inmigración (tanto en su vertiente regular como irregular) se caracteriza por ser restrictiva y limitante en cuanto al acceso, estancia y residencia de ciudadanos extracomunitarios, en pro de garantizar una cierta prosperidad en sus países miembros, ya sea en cuanto a seguridad o en lo que a criterios económicos se refiere. Pero no siempre se ha sido así, hubo una época en la que el conjunto europeo veía con buenos ojos, e incluso incentivaba, la llegada de ciudadanos de otros países a su territorio en base a los beneficios que esta población podría proporcionar a las estructuras económicas nacionales.

A mediados del S. XX, años después de haber transcurrido la Segunda Guerra Mundial, tuvo lugar un intenso proceso de industrialización en los países europeos. Ello propició un significativo ascenso en el volumen de producción de las fábricas que se vio traducido en una etapa de marcado progreso económico en Europa.¹³ Tal fue el auge de este fenómeno, que se hizo necesario recurrir a la demanda de mano de obra extranjera, puesto que la población activa nacional disponible no era suficiente como para satisfacer los servicios propios de tal apogeo.¹⁴ En estos tiempos de bonanza económica, los inmigrantes, llegados de todas partes de Europa y fuera de ella, eran considerados positivamente por los nacionales ya que habían sido participantes necesarios para contribuir a la prosperidad del país durante la posguerra.

Fue muy significativa la aportación realizada por el sur de Europa, entre los que destacan los extranjeros procedentes de Italia y España (2.000.000 de personas), los yugoslavos (1.500.000), griegos (500.000) y también turcos (1.000.000). Asimismo, no cabe prescindir de señalar las demás aportaciones realizadas por Reino Unido (1.500.000), Francia (1.000.000) y Holanda (Zamora, 2003).¹⁵

La ocupación de esos puestos de trabajo vacantes era el principal objetivo de dicha solicitud de obreros extranjeros. Solicitud que beneficiaba tanto al país del que el inmigrante era nacional, por ver reducidas sus altas cifras de desempleo, como para los

¹³ Europa Occidental alcanzó una situación laboral óptima, con un nivel medio de crecimiento económico anual del 4,5 por ciento de su Producto Interior Bruto (PIB).

¹⁴ ACCEM; *Análisis de las migraciones; España como "emisor" y "receptor" de inmigrantes*, Madrid, 2008, pág. 25.

¹⁵ NIN, M. C. & SHMITE, S. M., "El Mediterráneo como frontera...", *Op. Cit.*; pág. 349.

países receptores de los mismos, puesto que compensaba con ellos su insuficiente volumen de trabajadores.

No obstante, fue a mediados de la década de los 70 cuando tuvieron lugar una serie de acontecimientos que produjeron nuevas transformaciones en la economía europea. Uno de los más importantes fue la denominada crisis del petróleo de 1973, originada a raíz de la decisión de los Estados árabes de la Organización de los Países Exportadores de Petróleo (OPEP) de no exportar más combustible a los países que habían apoyado a Israel durante la guerra que protagonizó contra Siria y Egipto. Este mandato tuvo repercusiones para EE.UU. y para sus aliados de Europa Occidental que vieron cómo el precio del carburante ascendía hasta el 400% de su precio habitual.¹⁶ Debido a este incremento, y a la completa dependencia que tenía la industria europea con respecto al petróleo, tuvo lugar una acuciada crisis en el marco de la economía europea, instaurando así el final del próspero proceso de crecimiento mantenido desde la Segunda Guerra Mundial, a mediados del pasado siglo.

A esta decadente situación en la que se encontraba la mayoría de países europeos se le añade el impacto causado por las consecuencias propias de la globalización y el neoliberalismo, cuya reacción por parte del Estado está fundamentada en respuestas de carácter conservador dirigidas a lograr un equilibrio en la economía nacional.

Estas medidas de ajuste (la mayoría orientadas a la disminución del gasto público) se tradujeron en un señalado desempleo que fue especialmente significativo entre los inmigrantes que tiempo atrás habían llegado a la nación para suplir sus deficiencias laborales. Ahora el empleo y los recursos sociales escasean y la competencia por acceder a ellos ha incrementado a niveles sin precedentes. Por tanto, aquellos mismos que anteriormente eran deseados y considerados necesarios para la prosperidad del país, ahora son vistos como duros competidores por los escasos recursos existentes en el territorio europeo. A esta situación de rechazo a la inmigración se le suman algunas organizaciones políticas que aprovechan el descontento social hacia este colectivo para ganar adeptos y ascender en el escalafón de la política estatal (ejemplo, los Frentes Nacionales de Inglaterra y Francia).¹⁷

¹⁶ ACCEM, *Análisis de las migraciones; España como...*, *Op. Cit.*; pág. 28.

¹⁷ SANZ MULAS, N., *Política Criminal*, *Op. Cit.* pág. 200.

Sin embargo, no sólo debe resultar de interés la situación económica del próspero continente, sino que también debía ser motivo de preocupación para los dirigentes de los países europeos el escenario demográfico que estaba reinando en dicho territorio a comienzos del nuevo siglo XXI. La población europea iba disminuyendo al mismo tiempo que envejecía, la población activa cada vez resultaba más insuficiente para absorber el incesante crecimiento de las pensiones de jubilación. Para hacer frente a esta caída demográfica, fácilmente interpretable como una pirámide invertida, donde cada vez hay menos nacimientos y la población es más longeva, se recurrió al establecimiento de una serie de medidas, principalmente laborales y/o sociales, para “volver a atraer” a los ciudadanos de otros países. Era indudable que necesitaban de ellos para suplir sus carencias una vez más, esta vez demográficas.

Según los datos que publicó la OIM en el año 2000, la población europea creció sobremanera en estos años, situándose ese mismo año en 150 millones de personas. No obstante, desde 2002 se han realizado entre 1,5 y 2 millones de llegadas por año que se han ido reduciendo debido a la situación de crisis económica acontecida en Europa estos últimos años, situándose en 20,7 millones de extranjeros en 2012¹⁸ (lo que supone un 4.7% de la población total europea).¹⁹

Por tanto, la inmigración ha tenido también grandes repercusiones en la demografía europea: ha supuesto un rejuvenecimiento de la población europea. También es cierto que tiene un carácter temporal, pues para mantener estos niveles es crucial mantener una política migratoria flexible y no una adoptada de manera puntual y de carácter circunstancial. Lamentablemente nos encontramos ante una Europa que, pese a que necesita de los inmigrantes para satisfacer sus necesidades demográficas (con una tasa de natalidad inferior al 1,5) prefiere blindar sus fronteras hacia esos sujetos que criminaliza y considera peligrosos.²⁰

En resumen, la inmigración europea acontecida desde el pasado siglo hasta nuestros tiempos ha sido gestionada desde nuestros intereses económicos y no sociales como muchos pudieran creer. Las necesidades tanto económicas como demográficas de los países europeos, han sido las directrices que han orientado las políticas migratorias hacia un determinado sentido u otro, demandando extranjeros cuando han considerado que son

¹⁸ COM (2012) 250 final, 30.5.2012, Tercer Informe Anual sobre inmigración y asilo, pág.4

¹⁹ COM (2013) 422 final, 17.6.2013, Cuarto Informe Anual sobre inmigración y asilo, pág. 3

²⁰ *Ibidem.*

útiles y necesarios para la prosperidad de la economía nacional y rechazándolos (restringiéndoles la entrada o dificultándoles su estancia) en el momento en el que son contraproducentes para el porvenir del país, bien porque no podemos o no queremos asumir más flujos migratorios. Todo estos mandatos que han sido expuestos, siempre sujetos a intereses estatales, van a quedar reflejado en el marco normativo europeo sobre inmigración, cuya evolución y desarrollo generará ciertas tensiones y discrepancias como ya veremos más adelante.

2. La reciente criminalización sufrida por ciertos tipos de migrantes.

Este rechazo social (y también institucional) está caracterizado por la visión como amenaza que de los extranjeros hacen los europeos (en muchos casos se utilizan términos como avalanchas o invasiones). Ya no son necesarios y, al poseer este colectivo un volumen tan significativo en nuestra población, son concebidos como serios contrincantes en lo que al acceso a recursos económicos, laborales y sociales se refiere. Todo ello, además, complementado por la masiva proliferación de actitudes conservadoras de corte racista y xenófobas en el entorno social que, sin lugar a duda, van a influir, a su vez, en la conciencia política. Esto inevitablemente va a verse reflejado en la naturaleza de sus prácticas políticas.

Como consecuencia ello, los gobiernos van a utilizar el argumento de la pérdida del control en los flujos migratorios para elaborar políticas más restrictivas en cuanto al fenómeno y controlar, en la medida de lo posible, su número. A ello se le suma el hecho de las llegadas masivas de nacionales de terceros países a Europa por causas como la pobreza o los conflictos bélicos en sus lugares de origen.²¹ Estas condiciones (enormemente mediatizadas) transmiten a la opinión pública una cierta idea de vulnerabilidad de las fronteras estatales e indefensión ante las continuas “oleadas” de extranjeros que deciden instalarse por motivos de necesidad en algún país europeo.

Por tanto, los Estados van a fijar una serie de condiciones y requisitos a la hora de permitir el acceso de inmigrantes a sus territorios. La verificación o no de esos requisitos de entrada fijados por cada Estado van a “dicotomizar” a la población extranjera en regulares/legales (si cumplen con lo dispuesto en la ley acerca de los requerimientos de

²¹ LIROLA DELGADO. I. Y FERNÁNDEZ LISTE. A., “La inmigración en el marco de la Política Común de Inmigración de la Unión Europea: De un papel secundario a un protagonismo sobrevenido”, *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, Vol. 6, 2016, pág. 54.

acceso) e irregulares/ilegales (en caso contrario). Los desplazamientos masivos de este último grupo de extranjeros, la mayoría indocumentados, son los que más van a alertar a los gobiernos europeos. La respuesta de los mismos no se ha hecho demorar: el cierre de fronteras, justificado primordialmente en la consideración de esos movimientos migratorios ilegales como una perturbación no solo del orden público sino para la propia seguridad internacional. Una situación de alarma, resultado también de la creciente inseguridad social, que ha propiciado a que estos migrantes sean tenidos en cuenta como sujetos peligrosos, al ser los nuevos protagonistas de la acción del Derecho Penal.

Al intento de restablecer esta situación no han ayudado en absoluto los medios de comunicación, cuyo papel determinante en la construcción social en la realidad ha contribuido a la imagen negativa de la inmigración, relacionada constantemente con la delincuencia y percibida por los receptores como un problema para la sociedad. La gran difusión de estereotipos sesgados e interesadamente manipulados, aunque en la inmensa mayoría de las ocasiones no se corresponden con la realidad, responde a la profunda estigmatización que los inmigrantes (sobre todo los irregulares) están sufriendo. Tampoco el reciente fenómeno del terrorismo yihadista y sus atentados en ciudades como Niza, Berlín o Bruselas, entre otros, han ayudado. Ambos elementos han potenciado y fortalecido aún más entre los autóctonos las actitudes y los comportamientos discriminatorios de índole racista y xenófoba contra los inmigrantes llegados a sus países, principalmente en aquellos de origen árabe.

Por todo ello, los Estados miembros de la Unión Europea han optado por una postura restrictiva en cuanto a política migratoria, reticente a la admisión de inmigrantes y centrada casi exclusivamente en la seguridad y control de sus fronteras.²² Además, ha configurado su política penal con respecto a los inmigrantes de una forma más estricta y discriminatoria que se han traducido en modificaciones legislativas que han contribuido a altos niveles de encarcelación en la mayoría de países europeos (superando el 30% de promedio). Estas cifras son resultado directo del control desproporcionado al que están sometidos los inmigrantes en comparación a los autóctonos, debido a la común etiqueta de delincuentes que de ellos se promociona, siendo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la principal puerta al Derecho Penal de los Estados miembros.²³ Todo ello

²² ARANGO, J., "Dificultades y dilemas de las políticas de inmigración." *Circunstancia: Revista de Ciencias Sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, 1 (2), 2003, págs. 53-66.

²³ SANZ MULAS, N., *Política Criminal, Op. Cit.* pág. 201.

aparentemente justificado en la capacidad para hacer frente a la gran preocupación social e institucional acerca del incremento de la población migratoria que está surgiendo recientemente en los gobiernos de los países miembros de la UE.

En definitiva, se ha producido en los últimos tiempos una notable criminalización hacia los inmigrantes, sobre todo aquellos indocumentados y considerados irregulares por los Estados, vistos como víctimas del entramado delictivo de las redes criminales en lo referido al tráfico ilícito de personas. Criminalización fácilmente apreciable en las numerosas políticas que se han llevado a cabo en la Unión Europea en las últimas décadas.

3. La creación de un marco normativo común en materia migratoria.

A. El interés existente en la Unión Europea en dar una respuesta a este problema.

Como hemos visto, en los últimos veinte años la cuestión migratoria de la que está siendo testigo Europa ha suscitado un creciente interés y, en pocos años, ha pasado a ser objeto de cuestiones políticas. Tanto a la sociedad como a los dirigentes europeos les inquieta este tema y, en varias ocasiones, genera polémica entre ellos. Claros ejemplos recientes de ello podrían ser el éxito que el Brexit en Reino Unido y el triunfo de las políticas racistas y xenófobas de Donald Trump en los Estados Unidos.

Por tanto, los mandatarios europeos demandan cada vez más la necesaria armonización de las políticas de inmigración instauradas por los diferentes Estados miembros de la UE. Muchos de ellos se han mostrado partidarios de crear un marco jurídico común en materia de regulación y control de flujos migratorios, considerando el asunto de la inmigración parte de la política común de la UE. Sin embargo, y nada más lejos de la realidad, estas cuestiones no son tan sencillas de regular pues, hasta el momento, muchos Estados se muestran reacios a ceder parte de su ámbito competencial al organismo supranacional europeo. Debido a esto, la elaboración y el posterior desarrollo de una política comunitaria común en materia migratoria se ha visto enormemente entorpecida.

B. La idea de elaborar una política migratoria común.

Por política migratoria puede entenderse, en palabras de LÓPEZ SALA, “*el conjunto de mecanismos legales y administrativos articulados por lo general desde el Estado, pero también desde otras instituciones supranacionales que regulan el acceso al territorio, la*

estancia y el establecimiento, la integración socioeconómica y cívica de los inmigrantes y el disfrute de derechos ciudadanos, así como la incorporación a la comunidad política.”²⁴

¿Pero tiene efectivamente la Unión Europea competencia para elaborar dicho marco normativo comunitario, aplicable homogéneamente por todos los Estados miembros? El debate con respecto a esta pregunta está focalizado en dos ideas contrapuestas: en un lado, el mantenimiento de la soberanía de los Estados miembros, y en el otro, la progresiva cesión de competencias soberanas a favor de la Unión Europea o “comunitarización” de las competencias nacionales.²⁵ Esta confrontación sigue vigente en nuestros días y parece que va prevaleciendo la perspectiva intergubernamental frente a la comunitaria, lo que conlleva directamente a no dar una respuesta homogénea a un problema que afecta al conjunto de países europeos en su totalidad. Todas estas “tira y afloja” intergubernamentales quedarán reflejados en la evolución experimentada por el marco normativo europeo.

C. Evolución y desarrollo del marco normativo.

Como hemos visto en los puntos anteriores, durante las últimas décadas en Europa se han producido diferentes acontecimientos que, para bien o para mal, han repercutido en las bolsas migratorias mediante las políticas dictaminadas por los Estados miembros, con el objetivo de dar respuesta a dichas situaciones. La evolución de la normativa europea vinculada a las migraciones se puede representar en tres periodos bastante diferenciados entre sí:

a) Periodo de “Puertas Abiertas” (1945-1973)

Esta etapa tiene lugar en la Europa próspera de la posguerra. El crecimiento económico que subyació, como ya se explicó, tuvo como resultado la enorme demanda de mano de obra extranjera para hacer frente a las carencias existentes en aquel tiempo. La intervención estatal en la regulación de la economía favoreció a la construcción del Estado de Bienestar, lo que derivó también en políticas sociales

²⁴ LÓPEZ SALA, A. M., *El control de la inmigración: política fronteriza, selección del acceso e inmigración irregular*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (España), 2005, pág. 28.

²⁵ GARCÍA COSO, E., “La estructuración de los ‘Estados Unidos de Europa’: ¿mito o realidad?”, *Revista ICADE*, nº 66, 2005, pág. 129-148.

destinadas a eliminar (o, al menos, a reducir en gran medida) las desigualdades en la sociedad de entonces. Todas estas triunfantes medidas fueron utilizadas para atraer a los inmigrantes desde sus territorios.

Pero, como ya vimos, este aventajado modelo entró en una crisis fatal debido a la ya conocida crisis del petróleo en 1973. Las políticas migratorias a partir de este declive económico se caracterizaron por ser mucho más restrictivas en cuanto al ingreso y mantenimiento de los extranjeros en el territorio nacional.²⁶

b) Periodo de “Puertas Cerradas” (1973-1992): El acuerdo Schengen.

Esta época nace como respuesta a la profunda crisis que sufría Europa tras el incesante encarecimiento de los carburantes de los que dependía la industria nacional para llevar a cabo el crecimiento económico.

A partir de esta etapa se considera el inicio de las políticas migratorias propiamente dichas, basadas en las restricciones a las migraciones y en los masivos retornos de los inmigrantes a sus países de origen propiciados por el Estado, que no paraba de recortar las prestaciones propias del Estado de Bienestar existente en la época anterior. La creciente dificultad para acceder al territorio europeo propicia la aparición del inmigrante clandestino, que busca ingresar en la UE eludiendo los estrictos requisitos de entrada previstos.

A raíz de esto, se empieza a considerar la inmigración (especialmente, la vertiente irregular) como un problema para la seguridad y el orden de la Unión Europea, y se comienzan a elaborar normas con el objetivo de controlar y gestionar el flujo de extranjeros hacia los países europeos, centradas la mayoría de ellas en el fortalecimiento de los controles de entrada.²⁷ El convenio multilateral más representativo de esta etapa es *el Acuerdo de Schengen (1985)*.

Se trata de un acuerdo de varios países europeos, firmado en 1985 pero vigente desde el año 1995, donde se busca suprimir las fronteras internas entre ellos, fortaleciendo los controles en las externas (es decir, con terceros países no pertenecientes al tratado), para crear un espacio (el Espacio Schengen) que favorezca la libre circulación de personas procedentes de Estados parte sin necesidad de ser objeto de

²⁶ NIN, M. C. & SHMITE, S. M., “El Mediterráneo como frontera...”, *Op. Cit*, pág. 349.

²⁷ *Ibidem*; pág. 350.

controles fronterizos. Se crearon una serie de medidas destinadas a reforzar el control de los flujos migratorios: una única frontera exterior con normas comunes en materia de cruces, conforme a las cuales los controles de inmigración se llevarían a cabo siguiendo procedimientos idénticos, y normas comunes para los visados y las solicitudes de asilo.²⁸ En total, el número de países que forman parte del Espacio de Schengen son 26.

c) La “Europa Fortaleza” (desde 1992 hasta la actualidad).

Los continuos intentos de los países europeos por establecer una serie de normas comunes frente a la controversia del fenómeno migratorio desembocaron en la firma del Tratado de Maastricht en 1992, cuya redacción formulaba las bases de la nueva política migratoria europea.

- *Tratado de Maastricht (o Tratado de la Unión Europea, TUE), 1992:* Se trata de uno de los tratados fundacionales de la Unión Europea²⁹, firmado en la ciudad neerlandesa que le dio nombre. A partir de la firma de este acuerdo, el tema de la política migratoria comienza a tener cierta importancia para los organismos europeos. En él, es importante destacar la distinción que se establece entre ciudadanos europeos y ciudadanos extracomunitarios³⁰ y la colocación de la cuestión migratoria en el “Tercer Pilar”, caracterizado por la gestión del mismo desde la perspectiva intergubernamental. Este acuerdo ha resultado altamente significativo en lo que se refiere a la política migratoria europea y va a ser considerado el punto de partida de un extenso recorrido normativo.
- *Tratado de Ámsterdam, 1997:* entró en vigor en el año 1999 y supone la primera modificación efectuada al Tratado de Maastricht, aunque no sustituye sino que le complementa. No es sino hasta la ratificación de dicho acuerdo cuando la UE comienza a poseer la competencia en materia migratoria, pues anteriormente (durante la vigencia del tratado de Maastricht) el asunto de los flujos migratorios tenían naturaleza intergubernamental, es decir, era competencia total y absoluta de los Estados miembros de la Unión. Este nuevo tratado incorpora un tratamiento

²⁸ ILIES, M., “La política de la Comunidad Europea sobre inmigración irregular...”, *Op. Cit.*, pág. 6.

²⁹ BIRSL, U., *Las fuentes del Derecho de la Unión Europea*, EUR-Lex, 2010.

³⁰ BRUMAT, L., “Políticas migratorias, construcciones de identidad europea y el inmigrante como una “amenaza”. Un análisis de la Directiva de Retorno.” *Revista Diversidad*, 4(6), 2013.

común de los trámites de asilo y de inmigración y se unifica bajo una misma normativa el visado, asilo e inmigración.³¹ Una vez transcurrido el plazo de su asimilación en las legislaciones nacionales, asilo e inmigración pasan a ser competencia de la Unión Europea.

Uno de los elementos más destacados de este Tratado es el fortalecimiento del Acuerdo de Schengen. La idea de la libre circulación de personas es lo que ha llevado a que no puedan existir divergencias legales a la hora de acceder a dicho territorio común, puesto que la entrada de inmigrantes en un Estado miembro implica también su entrada en el conjunto de Europa.³² Por tanto, el progresivo incremento de la presión migratoria y la perspectiva de la eliminación de las fronteras interiores refuerzan la necesidad de establecer una cooperación intergubernamental formal para establecer las bases hacia una deseada “comunitarización” de la política migratoria, aunque de momento sin obligación jurídica alguna.³³

A partir de este momento, las directrices en materia migratoria se van a llevar a cabo en programas quinquenales: el Programa de Tampere en 1999, el de La Haya en 2004 y el de Estocolmo en 2009.³⁴ Todos ellos con algo en común: el objetivo de la lucha contra la inmigración irregular.

- *Consejo de Tampere, 1999*: Su objetivo era la elaboración de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Se estableció también un sistema común de asilo y una política incentivadora de la inmigración legal y de lucha contra la vertiente ilegal de la misma (Programa de Tampere, 1999-2004). Tras el Consejo de Tampere pasa a necesitarse una labor armonizadora en materia de admisión y residencia de nacionales de terceros Estados, y de eficaz cesión de los flujos migratorios.
- *Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, 2002*: El fin de su celebración era la aprobación de un plan de acción para la efectiva gestión de las fronteras exteriores

³¹ NIN, M. C. & SHMITE, S. M., “El Mediterráneo como frontera...”, *Op. Cit*, pág. 351.

³² ILIES, M., “La política de la Comunidad Europea sobre inmigración irregular...”, *Op. Cit*, pág. 4.

³³ GARCÍA COSO, E., *La regulación de la inmigración irregular, derechos humanos y control de fronteras en la Unión Europea*, Aranzadi, 2014, pág. 22 y 23.

³⁴ ILIES, M., “La política de la Comunidad Europea sobre inmigración irregular...”, *Op. Cit*, pág. 4.

de los Estados miembros de la UE.³⁵ Dispone de una serie de mecanismos de cooperación y colaboración entre Estados miembros, una legislación común (el Código de fronteras Schengen) y un reparto de las cargas entre la Unión y sus miembros (FRONTEX).

FRONTEX (o Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la UE): es el organismo de gestión fronteriza de la UE creado en 2005 para complementar los sistemas nacionales de gestión de fronteras en los Estados miembros. Nació tras la incapacidad de los Estados miembros de ponerse de acuerdo respecto a la creación de una Guardia Fronteriza Europea. Su tarea fundamental es coordinar la cooperación de los Estados miembros en materia de seguridad fronteriza aunque también desempeña labores de salvamento.³⁶ Aunque los Estados miembros son competentes y, por tanto, los únicos responsables del control y la vigilancia de las fronteras exteriores, este organismo facilita la aplicación de las medidas comunitarias relativas a la gestión fronteriza.

- *Programa de La Haya (o también Tampere II), 2004-2009*: Aprobado por el Consejo Europeo, establece un marco normativo sobre el tratamiento de la inmigración, la integración de los inmigrantes y la seguridad de las personas. Su propósito inmediato es construir un espacio común de libertad, seguridad y justicia, y su pretensión a largo plazo es la sustitución de las legislaciones nacionales y las prácticas por las medidas de la UE.³⁷ Sus prioridades son: mejorar la cooperación comunitaria con terceros países en cuanto a la readmisión y retorno de los migrantes a su país de origen, luchar contra el terrorismo, definir un enfoque equilibrado de la inmigración, gestionar integradamente las fronteras exteriores, elaborar un procedimiento común en materia de asilo y maximizar las repercusiones positivas de la inmigración y definir un marco europeo de integración multicultural.³⁸ En definitiva, se establecen mayoritariamente medidas encaminadas a “luchar” contra todas las formas de inmigración irregular.

³⁵ Consejo Europeo (2005), Conclusiones de la Presidencia, Bruselas, 15-16/XII/2005.

³⁶ ILIES, M., “La política de la Comunidad Europea sobre inmigración irregular...”, *Op. Cit.*, pág. 6-8.

³⁷ BONN, M., “El Programa de La Haya. El espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea”, *Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, 2006, pág. 6

³⁸ NIN, M. C. & SHMITE, S. M., “El Mediterráneo como frontera...”, *Op. Cit.*, pág. 352.

- *La Directiva 2008/115/CE, relativa a normas y procedimiento comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentran ilegalmente en su territorio o Directiva de Retorno*: Apodada también como “la Directiva de la vergüenza”, fue aprobada en 2008 pero no fue hasta 2010 cuando empezó a aplicarse. No es más que un mecanismo diseñado por las autoridades europeas para ganar eficacia en lo relativo al control de la inmigración ilegal y el retorno de los inmigrantes en situación irregular.³⁹ El objetivo crucial fue la unificación de procedimientos, tiempos y métodos de repatriación de los inmigrantes irregulares en los países de la Unión Europea (Brumat, 2013). Dos de las medidas más señaladas (y criticadas) fueron:

- El internamiento de los extranjeros irregulares que se encuentren esperando la ejecución del retorno: el art.15 de la Directiva 2008/115/CE prevé la utilización de esta medida siempre que se entienda necesaria para cumplir las condiciones fijadas, relativas a garantizar la efectiva expulsión del mismo, por una temporalidad no superior a los seis meses, salvo en casos excepcionales susceptibles de prolongación (por ejemplo: desconocimiento de la nacionalidad del extranjero, ausencia de colaboración con el país de retorno...). Esta prórroga tendrá una duración máxima de dieciocho meses.⁴⁰ Los internamientos no se encuentran prohibidos por los tratados internacionales de derechos humanos siempre que cumplan las garantías previstas, lo que sí prohíbe son las detenciones y órdenes de expulsión “arbitrarias”.⁴¹
- Creación de “un sistema eficaz de control del retorno forzoso”: el sistema tiene una función supervisora respecto a las maneras que emplean los Estados para cumplir con sus obligaciones en materia de protección de los derechos humanos de los inmigrantes irregulares. Su fin último es la vigilancia y prevención de las posibles vulneraciones que puedan sufrir los derechos humanos de los inmigrantes, posicionados en una situación de vulnerabilidad. Con la creación de este mecanismo se buscó dar cumplimiento a lo dispuesto

³⁹ PÉREZ GONZÁLEZ, C., *Migraciones irregulares y derecho internacional: gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y derecho internacional de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2012, pág. 185.

⁴⁰ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n° 3, 2009, pág. 36.

⁴¹ PÉREZ GONZÁLEZ, C., *Migraciones irregulares y derecho internacional (...)*, Op. Cit. pág. 187.

en el artículo 17 del Protocolo Facultativo de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes.⁴²

- *Programa de Estocolmo, 2009-2014*: Como sucesor de los programas de Tampere y La Haya, este programa define las prioridades de la Unión Europea en materia de inmigración. Entre sus logros destacan el refuerzo de las medidas en materia de gestión de fronteras y de visados, la igualdad de derechos entre ciudadanos europeos y extracomunitarios y un mayor énfasis en la integración⁴³, así como también la publicación de un Plan de acción en el que la migración se presentaba como una ventaja para una recuperación económica sostenible⁴⁴. Sin embargo, la etapa de desarrollo de este programa no tuvo lugar ya que se vio entorpecido por la crisis económica.⁴⁵

Gracias a este programa también se ha mejorado el intercambio de información a través de la Red Europea de Migraciones, la coordinación de los funcionarios de enlace (ILOs⁴⁶) con FRONTEX y se han llevado a cabo actuaciones más efectivas contra el tráfico y la trata de seres humanos⁴⁷ (como la armonización de sanciones penales más efectivas).

- *Directiva 2011/98/UE*: Establece un procedimiento único de solicitud de un permiso que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro.⁴⁸

⁴² *Ibidem*, pág. 197 y 198.

⁴³ KOEHLER, J., LACZKO, F., AGHAZARM, C. Y SCHAD, J., *Migration and the Economic Crisis in the European Union: Implication for Policy*. Bruselas: International Organization for Migration, 2010.

⁴⁴ QUINTERO NIÑO, E., “Hacia una política común de inmigración: ‘principios e instrumentos de la política de migración de la Unión Europea’”, *Revista Aequitas*, nº1, 2011, págs. 215-248.

⁴⁵ LIROLA DELGADO. I. Y FERNÁNDEZ LISTE. A., “La inmigración en el (...)”, *Op. Cit.* pág. 54.

⁴⁶ Los ILOs, según el art.1 del Reglamento 377/2004, son representantes nombrados por los servicios de inmigración competentes de un Estado miembro y destinados en el exterior, en las instalaciones de otras autoridades competentes o en terceros países. Su función es establecer y mantener contactos con las autoridades del país de destino con el fin de contribuir a la prevención y lucha contra la inmigración ilegal y también a la correcta gestión de los flujos de inmigración legal.

⁴⁷ GARCÍA COSO, E., *La regulación de la inmigración irregular (...)*, *Op. Cit.*; pág. 30.

⁴⁸ COM (2011) 832 final, 25.11.2011.

En definitiva, los esfuerzos legislativos llevados a cabo por la UE en materia migratoria en las últimas décadas se han focalizado en adoptar mecanismos dirigidos a evitar la inmigración irregular y, en menor medida, al control y regulación de los flujos migratorios legales. Todos ellos afectan a la inmigración contraria a la ley puesto que ya no sólo se imponen medidas destinadas exclusivamente a este tipo de inmigrantes sino que, también, al regular normas dirigidas a la migración legal se ven afectados el conjunto de extranjeros que no cumplen tales requisitos (por ejemplo, la política de visados).⁴⁹ La preocupación en Europa por la inmigración irregular ha llevado a la necesidad de implementar políticas más restrictivas⁵⁰ y más lesivas de derechos humanos.

La justificación de la aplicación de estas acciones discriminatorias está basada en la idea de seguridad y protección, priorizando el control de los flujos en las fronteras exteriores e ignorando las repercusiones positivas que la población inmigrante pueden acarrear en la economía y demografía europeas.⁵¹ Es más, las más que bajas tasas de natalidad y el incesante envejecimiento de la población europea han llevado a la disminución de la fuerza de trabajo disponible y se prevé que en unos años, si no se toman las medidas necesarias para solucionarlo, no se podrán sostener los sistemas de pensiones, la sanidad y los sistemas de protección social en la Unión Europea.⁵²

No hay que olvidar que el carácter cambiante que ha sufrido (y sigue sufriendo hoy en día) la política migratoria europea es debido a la volatilidad que caracterizan tanto al fenómeno migratorio como a las características del país receptor. Las recientes políticas migratorias vienen determinadas por ciertas condiciones de elegibilidad de los migrantes. Es decir, estamos hablando de una especie de proceso de acceso selectivo condicionado por la aparición de nuevas tendencias económicas internacionales, la transformación de los mercados de trabajo nacionales y de la estructura demográfica.⁵³ El resultado final de ese proceso es escoger, de entre todos los potenciales candidatos, al tipo “inmigrante adecuado” en cada caso, el cual va a poder ingresar en el país atravesando unas barreras más laxas en comparación con otro tipo de extranjeros. Por tanto, esto también va a dar lugar a la condena de ciertas clases de inmigrantes a la clandestinidad.⁵⁴

⁴⁹ ILIES, M., “La política de la Comunidad Europea sobre inmigración irregular...”, *Op. Cit*, pág. 4.

⁵⁰ NIN, M. C. & SHMITE, S. M., “El Mediterráneo como frontera...”, *Op. Cit*, pág. 354.

⁵¹ LIROLA DELGADO, I. Y FERNÁNDEZ LISTE, A., “La inmigración en el (...)”, *Op. Cit*, pág. 57.

⁵² DUMONT, J. “Ageing Europe needs the migrants it doesn't want.” *Reuters* (entrevista en prensa), 2014

⁵³ LÓPEZ SALA, A., *Inmigrantes y Estados. La respuesta política ante la cuestión migratoria*, Anthropos, 2005.

⁵⁴ MASSEY, D, DURAND, J., “Clandestinos”, *Colección América Latina y el Nuevo Orden Mundial*, 2003.

4. La incesante “lucha” contra la inmigración irregular

Plantarle cara al fenómeno de los flujos no autorizados es, según dicta el art.79 del TFUE, uno de los objetivos específicos más importantes de la política común de inmigración. Para la Comisión Europea la inmigración ilegal abarca tres grupos de personas: los nacionales de terceros países que entran ilegalmente en el territorio de un Estado miembro, sea utilizando documentación falsa o con la ayuda de redes de delincuencia organizada; las personas que entran legalmente con un visado pero prolongan su estancia más allá de la fecha de caducidad de dicho visado; y los solicitantes de asilo que no se marchan tras una decisión final negativa.⁵⁵

Lo que muchas veces se ignora es que, para establecer una correcta política migratoria que verdaderamente responda de forma eficaz ante la inmigración ilegal, es necesaria una completa política común respecto a la inmigración legal. En cambio, los organismos de la Unión Europea prefieren combatir exclusivamente la inmigración irregular aunque de una forma completa e incidiendo en todas sus fases, estableciendo medidas de actuación en tres diferentes frentes:⁵⁶

- a) *“Impidiendo que salgan de sus países”*: a través de la externalización de las fronteras (práctica popular a partir de 2004), mediante la cual Europa tiende a desplazar los controles más allá de sus fronteras y situarlas en los países de origen de las migraciones⁵⁷, encargándoles la contención de esa inmigración potencial con destino europeo a cambio de ayudas económicas y políticas. Para la eficacia de este mecanismo es crucial el desarrollo de buenas relaciones de cooperación con terceros países como, por ejemplo, Libia, Marruecos, etcétera.
- b) *“Impidiendo que se nos aproximen”*: el intento de hacer impermeables las fronteras europeas, lejos de lo pretendido, no ha obtenido los resultados previstos. El carácter restrictivo de las políticas migratorias no ha conseguido reducir los flujos migratorios sino que, en cambio, ha hecho que la mayor parte de esa inmigración rechazada se canalice de forma irregular, fomentando la aparición y favorecimiento de las redes criminales que se lucran de estas oportunidades.

⁵⁵ COM (2006), 402 final. Comunicación de la Comisión sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países.

⁵⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Inmigración, Derechos Humanos y Política (...)”, *Op. Cit.* pág. 5 y 6.

⁵⁷ SANZ MULAS, N., *Política Criminal, Op. Cit.* pág. 203.

- c) *“Impidiendo que permanezcan en el territorio, forzándoles a salir”*: una vez que, finalmente, el inmigrante ha logrado salir de su país de origen y ha cruzado las “casi-infranqueables” fronteras exteriores europeas todavía debe enfrentarse a las diversas dificultades que tienen que afrontar los extranjeros en esa condición, denominada administrativamente irregular. Se encuentra “sin papeles”, sin derechos a ganarse un sustento y con la permanente amenaza de poder ser detenido, internado y repatriado a su país en cualquier momento.

La elaboración de una política de retorno común para todos los Estados miembros de la UE resulta un elemento fundamental en esta política migratoria. Los países europeos tienen un elevado interés en facilitar y acelerar la devolución de los extranjeros irregulares a sus países de origen y para ello se han provisto de diversas resoluciones: la Directiva 2001/40/CE, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países⁵⁸; la Decisión 2004/573/CE, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión⁵⁹; y la Directiva 2008/115/CE, relativa a normas y procedimientos comunes para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, cuyo objetivo es ofrecer un cierto grado de armonización en cuanto a los procedimientos reguladores de expulsión de inmigrantes irregulares de los territorios pertenecientes a la Unión Europea.⁶⁰

Se podría pensar que estas decisiones han sido tomadas de manera rápida y cordial pero nada más lejos de la realidad. La creación de un marco migratorio común ha sido compleja debido a las reticencias por parte de los miembros europeos. La cesión de competencias en favor de la UE es un tema controvertido para los países pues afecta directamente a su soberanía nacional, alegando una serie de limitaciones y condiciones para esa cesión competencial. Estos ámbitos competenciales aparecen regulados en el Tratado de Lisboa de 2007. Pese a ello, vemos cómo poco a poco se va consiguiendo una mayor cooperación en cuanto a prevención y control de la inmigración irregular.

⁵⁸ DO, Serie L, número 149, de 2 de junio de 2001.

⁵⁹ DO, Serie L, número 261, de 6 de agosto de 2004.

⁶⁰ ILIES, M., “La política de la Comunidad Europea sobre inmigración irregular...”, *Op. Cit.*, pág. 13.

5. Política migratoria europea y Derechos Humanos.

Como ya hemos comentado, la evolución y desarrollo de las políticas migratorias en Europa tienden a ser cada vez más estrictas y legitima el uso de la fuerza y el castigo, lo que conlleva graves lesiones a los derechos humanos de los extranjeros. Sin embargo, resulta curioso que la potestad punitiva difiera en función de la situación administrativa de los mismos, mostrándose más severos contra los irregulares. Es cierto que los Estados pueden ejercer su derecho a decidir quién entra o no en su territorio pero siempre deben garantizar y respetar plenamente los derechos de los inmigrantes. Con ello me refiero a las vulneraciones de los derechos humanos en los procesos de readmisión o expulsión realizados al margen de la Ley, como son los casos las “devoluciones en caliente” en España, practicadas en su frontera con Marruecos.⁶¹ Por tanto, resulta urgente levantar la voz frente a políticas migratorias que presentan indisimulados tintes de fascismo.⁶²

Las asociaciones de defensa de los derechos humanos han alcanzado logros en su objetivo como, por ejemplo, la creación del ya citado sistema de supervisión del retorno forzoso y actualmente abogan por fórmulas que permitan canales legales de entrada y establecimiento, así como medidas que faciliten la reagrupación familiar y la protección de refugiados y menores.⁶³ Es el colectivo de los inmigrantes irregulares el más necesitado de esta protección pues son los que ven en mayor medida vulnerados sus derechos. Por ello, esta situación de vulnerabilidad debería ser cubierta por disposiciones legales dirigidas a eliminar las trabas que les impiden disfrutar de sus derechos.

IV. LA SITUACIÓN MIGRATORIA ESPAÑOLA Y SU TRATAMIENTO.

1. España, de país emisor a país receptor de migrantes.

España ha pasado de ser una sociedad de emigrantes a una de inmigrantes en estas últimas décadas. Fue alrededor de los años 80 cuando comenzó esta transición demográfica que ha multiplicado por diez la cifra de población extranjera en nuestro país.⁶⁴ A día de hoy, según el INE, supone aproximadamente un 9,5% de la población, con una cifra de 4,4 millones. Sin embargo, además de estos datos, debemos tener en cuenta el porcentaje de inmigrantes irregulares subyacentes al fenómeno.

⁶¹ GARCÍA COSO, E., *La regulación de la inmigración irregular (...)*, *Op. Cit.*, pág. 36.

⁶² MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Inmigración, Derechos Humanos y Política (...)”, *Op. Cit.* pág. 8.

⁶³ LÓPEZ SALA, A. M., *El control de la inmigración: (...)*, *Op. Cit.* pág. 30.

⁶⁴ SANZ MULAS, N., *Política Criminal*, *Op. Cit.* pág. 199.

2. El Derecho español de extranjería.

A. Evolución de la normativa de extranjería.

El Derecho de extranjería consiste en el reflejo normativo de las decisiones políticas que toma el Estado frente al tema de la extranjería. Aparece, en su versión moderna, en el año 1984 como resultado de la preocupación política existente por regular jurídicamente (ofreciendo una respuesta formal por parte del Estado) este fenómeno y se desarrolla en tres fases diferenciadas:⁶⁵

- a) Primera etapa del Derecho de extranjería: nace a mediados de los años ochenta, coincidiendo con la creciente preocupación social acerca del incremento del número de inmigrantes que se asentaban en España de manera irregular. En esta etapa es especialmente relevante la elaboración de normas básicas como: la Ley Orgánica 7/1985 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (en adelante, Ley de Extranjería o LOEX) y la primera “Ley de Asilo” de 1984, así como sus respectivos reglamentos. Ambas legislaciones conformarán los pilares de la política en la materia, basada principalmente en el control legal y policial de los flujos migratorios, ignorando lo relativo a la integración social de los extranjeros.
- b) Segunda etapa del Derecho de extranjería: tiene comienzo a principios de los años noventa y tiene como hallazgos significativos:
 - El uso, por primera vez, de los procesos extraordinarios de regulación (de los que ya hablaremos) y la adopción de una serie de medidas enfocadas a la integración previstas en el Plan para la Integración Social de los inmigrantes (Ministerio de Asuntos Sociales, 1995)⁶⁶
 - La sustitución del Reglamento de la Ley de Extranjería en 1996 y,
 - La modificación de la Ley de Asilo antes mencionada en 1994. Con ello lo que buscaba el gobierno era dar solución a la destacada acumulación de inmigrantes irregulares existentes en España en dicha temporada.

⁶⁵ RUIZ LÓPEZ, B. y RUIZ VIEYTEZ, E. J., “Las políticas de inmigración: la legitimación de la exclusión”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, nº 13, Bilbao, 2001, pág. 33.

⁶⁶ GOZÁLVEZ PÉREZ, V., “La inmigración irregular de africanos en España, balances y perspectivas”, *Investigaciones Geográficas. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*, nº. 23, 2001, pág. 50.

- c) Tercera etapa del Derecho de extranjería: data a finales de los años noventa y su estructura está conformada por dos polémicas reformas de la Ley de Extranjería: una en 1999, de tendencia más integradora, y otra en el año 2000, de carácter mucho más restrictivo en cuanto a la situación de irregularidad y más punitivo respecto a las sanciones. Esta última legislación es la que, a día de hoy, sigue vigente y recibe la denominación de Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En resumen, la inmigración ilegal en España, al igual que en el resto de Europa, es vista como una amenaza para la seguridad y paz social ya que es asimilada y equiparada socialmente, en términos generales, con la delincuencia. Esta injusta correlación se debe a la falacia emitida por los medios de comunicación, que hace que aparezca en la opinión pública un sentimiento de inseguridad y se inste a la adopción de políticas restrictivas respecto a este tipo de extranjeros sin documentación alguna.

Observando la tendencia evolutiva de la política de extranjería española, podemos aventurarnos a calificarla como una normativa de claro carácter xenófobo, apreciando al extranjero como una amenaza y nutriéndose del miedo a lo extraño y del temor a las alteraciones del sistema de bienestar.⁶⁷ Sin embargo, ello no ha de extrañarnos en demasía pues este Derecho de extranjería español, al igual que el propio de los demás países miembros de la Unión Europea, ha sido resultado de la asimilación normativa consecuencia de la idea de la comunitarización normativa europea en lo que a políticas migratorias se refiere.

B. Los procesos de regularización extraordinarios.

Los mecanismos de regulación sirven para solucionar una disfunción acontecida en el marco de las políticas de gestión de la inmigración legal, proporcionando a posteriori un status de regularidad a aquellos extranjeros que ya se encontraban (aunque en situación de irregularidad) en el país.⁶⁸ Es decir, estos procesos permiten normalizar la situación de aquellos inmigrantes irregulares residentes en un país.

⁶⁷ RUIZ LÓPEZ, B. y RUIZ VIEYTEZ, E. J., “Las políticas de inmigración (...), *Op. Cit.*, pág. 69.

⁶⁸ ALBRECHT, H. J., “Fortress Europe? Controlling Illegal Immigration”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n° 10(1), 2002, págs. 1-22.

La tipología de estos mecanismos es variada:

- ✘ Regularizaciones por motivos laborales o de residencia.
- ✘ Regularizaciones permanentes o de duración determinada.
- ✘ Regularizaciones individuales o colectivas.
- ✘ Regularizaciones de “fait accompli” o de protección.

Estos instrumentos son utilizados por todos los países de manera puntual o recurrente. Los que optan con más frecuencia a la utilización de estos elementos se encuentran al sur de Europa, siendo España e Italia (seguidos por Grecia y Portugal) los que mayor número de programas de regularización han puesto en marcha.⁶⁹ Parece ser que la explicación a ello se deba a cuestiones geográficas (proximidad a los países de origen) y estructurales (existencia de un mercado de trabajo informal).

Concretamente, en España se han dado varios procesos de regularización en estas últimas décadas: en 1985, 1991, 1996, 2000, 2005, etc. Todos ellos, motivados la mayoría por criterios de arraigo, han sido ejecutados de manera puntual y han dotado de regularidad a un volumen bastante considerable de indocumentados (un total en torno al millón de extranjeros irregulares, mayoritariamente africanos).⁷⁰

Sin embargo, el hecho de que se recurra a este instrumento de manera frecuente por parte de algunos Estados no significa que conlleven aparejado el agrado del resto de la comunidad europea, pues recordamos que un extranjero legal (inclusive el que acaba de ser regularizado recientemente), aparte de poder transitar libremente por el territorio de su país, además puede circular por el resto del Espacio Schengen. Esto desconcierta en gran medida al resto de los gobiernos europeos, escamando sus relaciones exponencialmente. Uno de los principales puntos de inflexión fue “la propuesta Frattini de 2005”.⁷¹ Como consecuencia de todo ello, y a pesar de los “remiendos” efectuados para resolver dicha confrontación intergubernamental, la UE insiste, sin ofrecer

⁶⁹ FERRERO, R. y PINYOL, G., “¿Cómo gestionar la inmigración irregular? Los procesos de regularización en la construcción de una política europea de inmigración.”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 142, 2008, pág. 145.

⁷⁰ Fuente: APAP et al, 2000 y PAPADEMETRIOU et al, 2004.

⁷¹ La Unión Europea tuvo conocimiento de que España planeaba realizar un proceso de regularización en 2005 y ello no agradó a ciertos miembros. Los ofendidos consideraron que España debía haber notificado previamente esa decisión, ya que sus consecuencias no sólo afectaban a dicho país sino a la comunidad en su conjunto. Para solucionar estas discrepancias, el comisario Franco Frattini propuso la elaboración de un mecanismo de información mutua que no sólo afectaría a los temas de regularizaciones sino que también a la legislación de inmigración y asilo.

alternativa realista alguna, en la necesidad de prohibir los procesos de regulaciones emprendidos por distintos Estados miembros pero implícitamente refiriéndose a España e Italia.⁷²

C. *El fenómeno de las “expulsiones en caliente”*

Se entiende por “expulsiones en caliente” las actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado consistentes en la entrega a las autoridades marroquíes por vía de hecho de ciudadanos extranjeros, que han sido interceptados en territorio español tras pasando la valla fronteriza de Ceuta y Melilla, sin seguir los procedimientos establecidos ni las garantías reconocidas por la Ley.⁷³

Pese a lo que en un primer momento podamos éticamente imaginar, estas prácticas son permitidas por la Ley de Extranjería en su disposición adicional décima (transpuesta de lo previsto en la disposición final primera de la Ley 4/15 o Ley de Seguridad Ciudadana), aunque establece que siempre “respetando la normativa internacional de Derechos Humanos y de Protección Internacional.”

Pese a que se encuentren legitimadas por nuestro derecho interno y gobierno utiliza varios argumentos para justificarlas, lo cierto es que suponen una clara violación a lo dispuesto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A esta patente contradicción ética se le suma el hecho de que España, teóricamente, tiene ratificado varios tratados acerca del cumplimiento y protección de los derechos humanos⁷⁴ que, por ende, choca con lo ejecutado en la práctica.

El hecho de que las expulsiones en caliente imposibiliten a los inmigrantes del acceso a los procedimientos de extranjería, aunque se encuentre legitimado por nuestra legislación, supone una vulneración de sus derechos. Es más, podrían considerarse como un delito de coacciones (previsto en el art. 172 CP) con el agravante de ser ejecutado por un funcionario público (art. 22.7 CP).

⁷² GARCÍA COSO, E., La regulación de la inmigración irregular (...), *Op. Cit.*, pág. 34.

⁷³ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SÁNCHEZ TOMAS, J. M., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., GARCÍA ESPAÑA, E., GIMBERT ORDEIG, E., GONZÁLEZ GARCÍA, J., PÉREZ ALONSO, E., PÉREZ MANZANO, M., PÉREZ TREMP, P., PÉREZ VERA, E., REVENGA SÁNCHEZ, M., REY MARTÍNEZ, F., RÍOS MARTÍN, J. C., SAÍZ ARNAIZ, A., VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *"Expulsiones en caliente": cuando el Estado actúa al margen de la Ley.*" (2014), pág. 2.

⁷⁴ *Ibidem*, pág. 13.

D. Medidas cautelares y el ingreso en los centros de internamiento de extranjeros (CIE's).

Una vez incoado el correspondiente procedimiento de expulsión, y no pudiéndose proceder a la devolución del inmigrante de manera inmediata o en un breve periodo, el juez, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar una gran variedad de medidas cautelares (todas previstas en el art. 61 LOEX), que van desde la presentación periódica ante las autoridades hasta la retirada del pasaporte, no ignorando también la posibilidad de detención cautelar y/o internamiento en un centro de extranjeros. Por supuesto, la que nos suscita más preocupación es la medida de ingreso en un centro de internamiento de inmigrantes (art. 61.1 apartado e)) por su significativa afcción a los derechos de los inmigrantes. Hoy día encontramos en nuestro país siete centros de este tipo.⁷⁵

Esta medida (también referida por el art. 89.8 CP y consecuencia directa de la trasposición de la Directiva 2008/115/CE) puede ser acotada, de manera motivada y proporcionada, por el juez instructor en tanto que se tramita el expediente de expulsión. La Ley establece que la duración del mismo debe ser la imprescindible para los fines perseguidos, no pudiendo rebasar el límite de los 60 días. Si se cumple dicho periodo máximo el inmigrante deberá ser puesto en libertad. Su equivalente en el proceso penal sería la prisión preventiva (con la diferencia de que aquí el inmigrante no ha cometido más delito que el acceso irregular al país). En el caso de los menores, estos no podrán ingresar en el CIE, aunque podrán ser puestos a disposición de las entidades públicas de protección de menores.

A pesar de que la Ley Orgánica, en su artículo 60.2, reza que estos centros no tendrán un carácter penitenciario y estarán dotados de servicios de todo tipo, lo cierto es que en la realidad los extranjeros no sólo están privados de este derecho ambulatorio. Pese a lo dispuesto teóricamente en la normativa, existen otros muchos derechos que, tras la decisión de ingreso en este tipo de centros, se ven afectados como, por ejemplo, el derecho a la defensa, al no permitirse la celebración de entrevistas entre abogado y cliente en

⁷⁵ Los extranjeros irregulares (un total de 6.475) se encuentran internados en los diferentes CIE's, ubicados en Madrid (1.342), Algeciras (2.114), Barcelona (738), Las Palmas (843), Tenerife (58), Valencia (690) y Murcia (690). [Datos proporcionados por el Diario "20 minutos" en octubre de 2016.]

dichos centros,⁷⁶ o a la integridad física, tras las numerosas denuncias por maltrato físico y psicológico. También son motivo de denuncias, entre otras, las deficientes condiciones higiénicas, el frío, la mala comida, o la deficiente asistencia médica recibida.⁷⁷

¿Es verídico aquello que se refleja en el precepto con respecto a que los CIE's no son "como" prisiones? La realidad es que, bajo mi punto de vista, pueden ser considerados mucho peor que los centros penitenciarios convencionales pues su gestión es inadecuada (por parte de la Policía), su regulación es deficiente y anti-garantista y su supervisión judicial bastante mejorable. Por no mencionar que no son "culpables" más que de ser pobres y buscar una oportunidad vital.

La regulación actual propicia una situación de vulnerabilidad en aquellos internados puesto que no hay un "catálogo" de infracciones, ni tampoco de sanciones para las mismas, incitando verdaderamente a una clara situación de arbitrariedad que, en algunos de los casos, se traduce en casos de abuso por parte de los garantes de dichos internos. El grado de "dejadez" del legislador ha llegado a tal punto que decide encomendar al Director la imposición de las sanciones sin mencionar aquellos comportamientos objeto de los mismos.⁷⁸

Por otra parte, ¿quién es el encargado de supervisar legalmente aquello que ocurre en los centros de internamiento? Según la LOEX, en su artículo 60.3, es el mismo Juez de Instrucción que dictó el auto de internamiento. Ahora bien, la cuestión subsiguiente es si ese juez es suficientemente competente como para llevar el control de esa serie de sucesos que, no debemos ignorar, han sido consecuencia de una decisión circunstancial.

Todas estas disfunciones nos llevan irremediabilmente a pensar que los centros de internamiento de extranjeros se van asimilando cada vez más a los centros penitenciarios convencionales. A mi juicio creo que la única diferencia que radica entre ambos modelos es el hecho de que los inmigrantes internados no son delincuentes, pero a pesar de ello el funcionamiento del centro y los tratos que allí se reciben parecen alegar lo contrario. Es más, son peores ya que no tienen acceso a permisos de salida, actividades culturales, etc.

⁷⁶ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Los derechos de los extranjeros que llegan a las Islas Canarias siguen siendo vulnerados. Resultados de la misión de investigación de Amnistía Internacional los días 14 al 16 de junio, 2006*, pág. 22,

⁷⁷ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., "Inmigración, Derechos Humanos y Política (...)", *Op. Cit.*, pág. 32.

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 34.

3. El Derecho Penal, una herramienta de combate más.

Pero el Estado español no sólo va a disponer del Derecho Administrativo para desincentivar estos proyectos migratorios sino que, además, va a recurrir al tan lesivo Derecho Penal con el objetivo de impedir más eficazmente que se produzcan estos movimientos migratorios. Como resultado de ello, el legislador va a tipificar como delito una serie de conductas relacionadas con el favorecimiento de tales actividades, desaprobadas por el Estado.

A. *El castigo de la ayuda a la inmigración irregular (Art.318 bis CP.)*

Dicho artículo se incorporó en el Código Penal por primera vez con la LO 4/2000 (Ley de Extranjería), recogido en el también incorporado Título XV bis, relativo a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Desde entonces ha sufrido cuantiosas modificaciones al tratarse de un tipo penal de clara naturaleza política. Su última reforma tuvo lugar a través de la LO 1/2015, trasponiendo literalmente la Directiva 2002/90/CE de la Comisión Europea.⁷⁹

- a) Ayuda a la entrada irregular, art.318 bis. 1 CP.: Se castigará cualquier acto o conducta, independientemente del tipo que sea, siempre que tenga como finalidad proporcionar ayuda a una persona para entrar en nuestro país o transitar por él, vulnerando así la legislación sobre entrada y tránsito de extranjeros con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. Se trata de un delito de mera actividad, que se consuma con la realización de este tipo de comportamientos, sin exigir que se consiga la efectiva llegada a España. Se le conoce también como “delito de solidaridad” puesto que no se castiga al inmigrante, sino a la persona que le ofrece ayuda. Además, tampoco requiere ánimo de lucro (para diferenciarlo así del tráfico ilegal) ni un determinado número de personas para ser punible (es indiferente que la conducta tenga por objeto un extranjero o una gran cantidad de los mismos).

Esta conducta ha sufrido durante los últimos años importantes modificaciones en su redacción. En su redacción original castigaba “cualquier acto de promoción, facilitación o favorecimiento del tráfico ilegal de personas”. Sin embargo, y tras las últimas reformas sufridas, el tipo penal se ha ampliado de tal manera que,

⁷⁹ SANZ MULAS, N., *Política Criminal, Op. Cit.* pág. 207.

actualmente, abarca cualquier movimiento de personas no previstos por la legislación vigente. Esta regulación omnicomprendiva es un claro ejemplo de la tendencia expansiva característica del Derecho Penal de nuestro tiempo.

Dicho comportamiento se encontrará excluido de punibilidad cuando se lleve a cabo únicamente por motivos de ayuda humanitaria (que no deben confundirse con motivos de carácter solidario, igualmente punibles). Para la correcta aplicación de esta eximente de responsabilidad penal debería aparecer, en el propio Código Penal, una definición de lo que cabe entenderse como “motivos humanitarios”, suceso que hasta hoy no ha acontecido y poca seguridad jurídica ha proporcionado. Pese a ello, se podría interpretar como ese tipo de asistencia desinteresada dirigida a personas desplazadas cuya vida o salud se encuentra amenazada como resultado de una catástrofe natural o conflicto armado. Concepto que no cabe confundir con los supuestos de ayuda a familiares o conocidos del autor para entrar en el país (ayuda solidaria).

En caso de que la conducta se realice con un fin lucrativo, se podrá entender como un supuesto de tráfico ilegal de extranjeros y llevará aparejada una circunstancia agravante que incrementará la pena prevista para el tipo en su mitad superior.⁸⁰

- b) Ayuda a la permanencia, art.318 bis. 2: se castiga separadamente y con idéntica pena del apartado anterior a quien, intencionadamente y con finalidad lucrativa, ayude a un extranjero irregular a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros. Este criterio desnaturaliza la base conceptual del tráfico ilegal de migrantes: su carácter transnacional. Por tanto, sanciona expresamente el castigo del mero favorecimiento del inmigrante, y no de la inmigración ilegal.

Ahora bien, al igual que nos ocurría en el apartado 1, los términos establecidos no son muy claros respecto a las conductas objeto de pena, pudiendo considerarse tales, por ejemplo, el alquiler de un domicilio.

⁸⁰ POMARES CINTAS, E., “La colaboración de terceros en la inmigración ilegal a partir de la reforma de 2015 (artículo 318 bis CP.): ¿una cuestión penal?”, en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentario a la reforma penal del 2015*, Aranzadi, 2015, pág. 624.

- c) Supuestos hiperagravados, art.318 bis. 3: Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:
- Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades.
 - Cuando se hubiera puesto en peligro la salud o la vida de las personas objeto de la infracción.⁸¹

Respecto a la pena prevista, hemos de decir que ésta ha sufrido importantes modificaciones a lo largo de las reformas legislativas operadas. Ha sido criticado por la severidad de las penas (de 4 a 8 años de prisión ante cualquier tipo de ayuda), sin embargo, afortunadamente la LO 1/2015 tiene en cuenta las finalidades humanitarias por las que se realiza la acción y atenúa las penas cuando no existe ánimo de lucro ni medios violentos o engañosos.

- d) ¿Qué es lo que realmente se quiere proteger? ¿cuál es el bien jurídico?

Como ya hemos señalado, el artículo 318 bis no es muy claro en lo que a redacción se refiere, incluso llegando a difuminar el bien jurídico que se quiere proteger. Por todo ello, las interpretaciones acerca del precepto son numerosas aunque se pueden refundar en dos diferentes posturas: por un lado, la postura de quienes consideran que dicho artículo protege los derechos de los inmigrantes irregulares y, por otro lado, aquellos que piensan que detrás de este tipo penal realmente se encuentran ocultos intereses estatales en la prevención y represión del cruce ilegal de fronteras.⁸²

- *¿Los derechos de los inmigrantes irregulares?*

Cuando uno, inocentemente, lee por primera vez la rúbrica y el artículo 318 bis. CP, lo primero que se le viene a la cabeza es que su finalidad es la de proteger los derechos de aquellos ciudadanos no nacionales. Pero... ¿de qué derechos estamos hablando concretamente? Según Martínez Escamilla⁸³, gran parte de la doctrina defensora de esta postura argumenta que principalmente se refieren, en general, a

⁸¹ *Ibidem*, pág. 625.

⁸² MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “¿Puede utilizarse el Derecho Penal (...)”, *Op. Cit.*, pág. 3.

⁸³ *Ibidem*, pág. 5.

los derechos propios del inmigrante regular (necesarios para la plena integración del extranjero en nuestro país) y, particularmente, a la dignidad del mismo.

En relación a este último, se entendería que la ayuda a la inmigración irregular no es que obstaculice el acceso de determinados derechos que solo se conceden a los inmigrantes regulares, sino que afecta a los propios derechos de los que el inmigrante “sin papeles” es titular, como la dignidad humana, bajo el argumento de que las condiciones de ilegalidad en el traspaso de fronteras la lesionarían.⁸⁴ A mi juicio considero que dicha postura no resulta de las más convincentes puesto que el simple hecho de ser irregular no atenta, per se, a la dignidad de la persona titular.

- *¿O los intereses del Estado en la contención de la inmigración irregular?*

La gran complejidad a la hora de determinar cuáles son los derechos objeto de protección del tipo penal es debida a que realmente no son los bienes jurídicos a amparar. En realidad, el Estado, al igual que hace la UE, no protege “a los inmigrantes” sino que pretende defenderse “de ellos”, es decir, de aquellos que no podemos o queremos aceptar.⁸⁵

Uno de los argumentos más utilizados entre los adeptos a esta postura es que la redacción del art.318 bis, en su tipo básico, no incluye ningún elemento que suponga el menoscabo o peligro para los derechos de los inmigrantes.⁸⁶ Simplemente lo que prohíbe es realizar cualquier conducta opuesta a lo previsto en la Ley de Extranjería, es decir, hacer cualquier cosa que “no quiera” el Estado (por mucho que se trate de ayudar a otro que se encuentra en condiciones más precarias), convirtiendo al Derecho Penal en un potente instrumento dirigido a contribuir al control de los flujos inmigratorios irregulares.

⁸⁴ PÉREZ CEPEDA, A., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, 2004, pág. 199-200.

⁸⁵ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “¿Puede utilizarse el Derecho Penal (...)”, *Op. Cit.*, pág. 6

⁸⁶ *Ibidem*, pág. 7.

B. La punición a los empleadores de trabajadores extranjeros irregulares (Arts. 311 bis y 312.2 CP.)

Otro de los mecanismos que utiliza el Estado para reprimir el fenómeno de la inmigración irregular en su territorio, es el castigo de aquellas personas que ofrezcan trabajo a extranjeros sin permiso para ello. Esta pretensión se ve materializada en la elaboración del art. 311 bis, introducido en el Código Penal tras la última reforma (LO 1/15) y también, aunque de manera menos directa, del 312.2.

El artículo 311 bis castiga a quien “de forma reiterada, emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo”. Por otra parte, el art. 312. 2 sanciona a aquellos que empleen a estos mismos “en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos”.

Lo que se pretende “formalmente” es proteger los derechos de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo pero, realmente, se está persiguiendo este tipo de contrataciones en favor de la protección de los trabajadores nacionales.⁸⁷ Por lo tanto, estamos una vez más ante un evidente reflejo de simbolismo en el Derecho Penal que sólo busca, detrás de una máscara pro-inmigración, la satisfacción de los propios nacionales (intragrupa) frente a los demás (extragrupa).

Pero ello no es todo, la responsabilidad de que estos trabajadores extranjeros se encuentren en dicha situación de ilegalidad (y de que sean consecuentemente discriminados por ello) pertenece al Estado español, el cual posee el monopolio total en cuanto a la concesión de permisos de trabajo. Por tanto, ¿por qué querría el Estado proteger aparentemente los derechos de aquellos trabajadores extranjeros, cuya situación de vulnerabilidad es propiciada por él mismo? Pues, a mi parecer, porque el fin último perseguido es controlar la inmigración irregular mediante esta concesión selectiva (y discriminatoria) de permisos de trabajo. Se trata, en definitiva, de una forma más de “incordiar” estatalmente a los extranjeros “sin papeles”, proporcionándoles un motivo más para forzarles a salir.

⁸⁷ SANZ MULAS, N., *Política Criminal, Op. Cit.* pág. 205.

C. *La expulsión del territorio, sustitución de la pena (Art. 89 CP.)*

Ya comentada la articulación penal que tiene como objeto a los ciudadanos extranjeros, cabe hablar ahora acerca de la posibilidad de que las penas impuestas a los mismos puedan ser sustituidas por la expulsión del territorio español.

Sobre ello versa el artículo 89 CP, influido por la Directiva 2008/115/CE relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Establece que, en términos generales, “las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español.” A ello se le suma que “cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma y/o cuando la pena impuesta supere los cinco años de prisión, el juez podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español”.

Leyendo este precepto no podemos ignorar la relación que guarda con el artículo 57 de la LOEX, donde se castiga administrativamente con la expulsión en lugar de la sanción de multa correspondiente o cuando el extranjero haya sido condenado con pena de prisión superior a un año. No hay duda de que se trata de una sanción que es materialmente administrativa aunque va enfundada formalmente como consecuencia jurídica del delito al ser impuesta por un juez penal en una sentencia condenatoria.⁸⁸

Los efectos de la expulsión (previstos en los apartados 5 y 6) consisten en la prohibición de entrada en territorio español en un plazo de cinco a diez años, así como en el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. En caso de quebrantamiento, se deberá cumplir las penas que le fueron sustituidas, salvo excepciones. En caso de ser sorprendido en la frontera, se procederá a su devolución (que determina la salida inmediata del territorio) y al reinicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada.

⁸⁸ SANZ MULAS, N., *Política Criminal, Op. Cit.* pág. 204.

D. ¿Resulta legítimo recurrir al Derecho Penal para hacer frente al problema migratorio?

Nuestro país utiliza de forma indiscriminada el Derecho Penal para frenar aquellas conductas que no son acordes a los intereses del mismo, incluso cuando a la contención de inmigración irregular se refiere. En base a ello, utiliza todos los preceptos anteriormente citados con el objetivo de obstaculizar los proyectos migratorios⁸⁹ en pro de satisfacer sus intereses económicos y garantizar su seguridad. Pero... ¿es legítima esta utilización para hacer frente a estas conductas? ¿Justifica el fin los medios empleados? Ante estas cuestiones debemos alegar que se cometen sistemáticas vulneraciones a los principios esenciales del *ius puniendi*.

En primer lugar, el hecho de que un precepto penal persiga el control de los cruces migratorios irregulares supondría elevar a la categoría de delito unas acciones que no son más que simples infracciones administrativas. El castigo de ciertas conductas, por muy lejos del “supuesto” bien jurídico que esté el alcance de las mismas, no es más que uno de tantos ejemplos de Derecho penal simbólico, funcionalista y lesivo del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.⁹⁰ ¿Tienen, en realidad, estos comportamientos tal entidad para ser consideradas infracciones penales?, ¿son todas estas conductas, tan amplias e indeterminadas, tan lesivas al bien jurídico protegido como para ser consideradas delitos y, además, para recibir tan altas sanciones?

Además, con esa tendencia expansiva de conductas penales antijurídicas también se atenta contra el principio de lesividad. Nuestro legislador, para conseguir una mayor eficacia en la contención de flujos migratorios, ha optado por una tipificación lo más amplia posible por muy ínfimo que sea el potencial lesivo de estas conductas⁹¹, difuminando así el contenido de injusto de los hechos sancionados e imponiendo penas excesivas para la entidad de dichas conductas (en estos casos también resultaría vulnerado el principio de proporcionalidad).

No obstante, el problema no queda ahí sino que, asimismo, se utilizan en su redacción fórmulas abiertas, laxas o indeterminadas, lo cual es evidentemente opuesto al principio de taxatividad, certeza o indeterminación.⁹²

⁸⁹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Inmigración, Derechos Humanos y Política (...)”, *Op. Cit.* pág. 40.

⁹⁰ PÉREZ CEPEDA, A., *Globalización, tráfico internacional ilícito (...)*, *Op. Cit.* págs. 157 y 162.

⁹¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “¿Puede utilizarse el Derecho Penal (...)”, *Op. Cit.* pág. 15.

⁹² SANZ MULAS, N., *Política Criminal*, *Op. Cit.* pág. 210.

Por último, uno de los principios vulnerados más importantes el principio de intervención mínima y última ratio. Respecto a ello, el Derecho Administrativo está dotado de instrumentos suficientemente potentes para sancionar dichas conductas irregulares sin necesidad de la intervención, mucho más gravosa, del Derecho Penal. De hecho, el respeto a este principio crucial es fundamental a la hora de considerar como legítima y justificada la intervención penal.

Por todo ello, considero que el Derecho Penal en este ámbito es un instrumento, aparte de injustificado, de escasa eficacia. La hipotética desaparición del tipo básico del art.318 bis no supondría un incremento significativo de la inmigración irregular, pues seguiría siendo sancionada, aunque de manera administrativa, por la Ley de Extranjería. Lógicamente, la intervención penal continuaría para aquellos casos en los que se ven afectados ciertos bienes jurídicos de los inmigrantes como, por ejemplo, la salud, la vida, etc.⁹³ ¿Entonces por qué no utilizamos simplemente del Derecho Administrativo para castigar estas conductas, dejando para el Derecho Penal aquellas que resulten más lesivas a los bienes jurídicos de los inmigrantes, si es un instrumento adecuado, proporcional, menos drástico y eficaz para el fin perseguido?

V. PROPUESTAS CRIMINOLÓGICAS AL PROBLEMA MIGRATORIO.

1. Políticas de recuperación económica en los países de origen.

Como ya hemos comentado en epígrafes anteriores, factores como la pobreza, la falta de trabajo o la falta de infraestructuras necesarias para satisfacer las necesidades básicas de la población son los que en la gran mayoría de los casos empujan a la inmigración hacia otros destinos más prósperos. Por tanto, si queremos evitar que lleguen a nuestras fronteras estos inmensurables flujos migratorios, se hará necesaria una intervención a nivel económico en estos países tercermundistas.

No debemos olvidar que estas migraciones están justificadas en la necesidad de sus participantes y no en el placer y el ocio, por ello seguirá creciendo de manera exponencial si las condiciones en su país de origen no mejoran. Por tanto, la solución es bastante sencilla: o movemos los recursos de norte a sur o las personas se seguirán moviendo del sur al norte.⁹⁴

⁹³ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Inmigración, Derechos Humanos y Política (...)”, *Op. Cit.*, pág. 12.

⁹⁴ SANZ MULAS, N., *Política Criminal*, *Op. Cit.*, pág. 211.

Tal hipotético movimiento “solidario” de recursos propiciaría cambios en el entorno y en la situación general del país, dotándole de mayores oportunidades y aspiraciones de progreso, aunque para la consecución de este fin es crucial la colaboración internacional. Ello contribuiría a eludir el fenómeno de la fuga de cerebros y de mano de obra existente hoy en día en dichos países y ayudaría a incrementar el nivel de desarrollo, en todos los ámbitos.⁹⁵

Ahora bien, lamentablemente las respuestas ofrecidas por parte de los países receptores de inmigración hoy en día carecen de fines solidarios y se encuentran muy lejos de lo anteriormente expuesto. Además, la tendencia cada vez más individualista promovida por estos países está contribuyendo a generar una más que preocupante conciencia social que incentiva y promociona ciertas actitudes y comportamientos xenófobos que buscan mantener el control exclusivo sobre los recursos valiosos del Estado, limitando el acceso de los mismos a aquellos grupos sociales etiquetados como diferentes.

2. Una regularización migratoria ordenada y coherente por parte de los países receptores.

Visto que los flujos migratorios son inevitables (mientras existan desequilibrios económicos y políticos en su origen) y que la voluntad de los Estados por incentivar un crecimiento económico en los países de origen brilla por su ausencia, otra posible solución sería el establecimiento de un sistema de regularización más ordenado y coherente con la capacidad de absorción estatal.

En mi opinión, una correcta configuración de una política común de inmigración en la Unión Europea debe incorporar un completo marco legal armonizado que aborde tanto la vertiente regular/legal de la inmigración como la irregular/ilegal, proporcionándole un enfoque holístico al fenómeno.

Establecer una serie de normas comunes que dictaminen los requisitos de entrada, residencia y trabajo legal en todo el territorio europeo ayudaría a canalizar mejor los flujos migratorios y serviría para combatir el mercado de trabajo “oculto” que se aprovecha de la inmigración irregular, frenando la actuación de las mafias que se lucran de estas labores

⁹⁵ ABC, “¿Existen soluciones para la inmigración?”, 05/09/2006, Acceso: 16/05/2017, http://www.abc.es/hemeroteca/historico-05-09-2006/abc/CastillaLeon/existen-soluciones-para-la-inmigracion_1423160052878.html

ilícitas.⁹⁶ La propuesta de constituir unas normas mínimas para las regularizaciones podría entenderse como una respuesta flexible y más que satisfactoria frente a las políticas “primarias, insuficientes e insatisfactorias”⁹⁷ que se están llevando a término en nuestros días.

Por otra parte, el refuerzo y mejora de gestión de las fronteras por parte de la Unión Europea puede ser abordado desde cuatro fases: medidas en los consulados de los Estados miembros en los terceros países, medidas de cooperación con países vecinos, medidas en la frontera misma y medidas en el interior del área Schengen. Tres de las medidas más destacadas serían la creación de un sistema que facilite el cruce de fronteras de los viajeros de “bona fide”, un sistema de registro automático de entradas y salidas y un sistema electrónico de autorizaciones de viaje.⁹⁸

Con todos estos mecanismos lo que pretende finalmente la Unión Europea es reducir (ya que eliminar completamente resultaría francamente utópico) el uso de medios y vías migratorias irregulares.⁹⁹

3. Propuestas a nivel legislativo y reglamentario.

A. Reformulación de los tipos penales en materia migratoria.

La idea de establecer una nueva redacción para ciertos tipos penales abstractos y poco concretos sería más que necesaria para dar pie a un cambio de orientación en la política migratoria.

Actualmente los preceptos penales referidos a materia migratoria están focalizados en los inmigrantes sin papeles como víctima vulnerable del fenómeno, castigando a todos aquellos que intentan ayudar y favorecer su entrada a nuestro país (sin ánimo de lucro) para ver mejoradas sus condiciones de vida. Lo cierto es que, en la mayoría de los casos, son ellos mismos los que voluntariamente se ponen en riesgo con el único fin de llegar hasta nuestras costas.

Por ello, creo que se debería modificar el articulado al respecto, concretamente el art.318 bis, dándole otro enfoque: eliminando las conductas de favorecimiento a entrada

⁹⁶ LIROLA DELGADO. I. Y FERNÁNDEZ LISTE. A., “La inmigración en el (...)”, *Op. Cit.* pág. 56.

⁹⁷ ABC, “¿Existen soluciones para la inmigración?”, *Op. Cit.*

⁹⁸ GARCÍA COSO, E., La regulación de la inmigración irregular (...), *Op. Cit.* págs. 275 y 276.

⁹⁹ *Ibidem*, pág. 17.

y permanencia en nuestro territorio sin ánimo de lucro y elevando a la categoría de delito solamente aquellos que realizan estas labores con fin de beneficiarse económicamente (es decir, las relativas al tráfico ilegal de personas), porque ni todos los inmigrantes son víctimas ni todos los que colaboran o participan de alguna forma son traficantes y explotadores.¹⁰⁰

B. Delimitación competencial entre Derecho Administrativo y Derecho Penal

Otra disfunción normativa que se debe enmendar es el evidente intrusismo del Derecho Penal en cuestiones propias del Derecho Administrativo que genera tantas vulneraciones tanto a los derechos fundamentales de los afectados como a los principios rectores del *ius puniendi*. Por tanto, se ve necesario el firme establecimiento de una serie de márgenes de actuación que delimite las competencias y el alcance de las prácticas de ambas ramas del Derecho.

Actualmente, la imprecisión normativa reinante está llevando a considerar como delitos acciones que simplemente deberían ser objeto de sanción por parte de la Administración. Sin embargo, y como hemos visto en epígrafes anteriores, nos consta que el Derecho Administrativo es un instrumento lo suficientemente potente como para hacerse cargo de la punición de dichas conductas que no tienen la entidad suficiente como para ser consideradas delitos penales. Entonces, mostrada la inutilidad del Derecho Penal en este ámbito administrativo, nos lleva a barajar la idea de delimitar los campos de actuación de ambas disciplinas.

C. Una solución reglamentaria a los Centros de Internamiento de Extranjeros.

La posible solución a las vulneraciones denunciadas en los CIE's españoles podría pasar por un cierto "arreglo normativo" en cuanto a su regulación. Disponer de una regulación adecuada reduciría ese comentado riesgo de arbitrariedad y abuso que, desgraciadamente, tiene cabida en este tipo de centros puesto que en la regulación vigente no se prevén las condiciones en las que dichos internos se deben encontrar, a diferencia de lo dispuesto para los centros penitenciarios.

¹⁰⁰ SANZ MULAS, N., *Política Criminal, Op. Cit.*, pág. 211.

También sería de interés la propuesta de formar jueces competentes en el control de este tipo de centros de internamiento, así como también en lo que respecta a la materia migratoria general. Es decir, la creación de una especie de Jueces de Vigilancia Penitenciaria para salvaguardar las garantías de los extranjeros internados en centros de reclusión.¹⁰¹

4. Medidas educativas y sociales.

Para completar el círculo de interés y competencia criminológica en este ámbito, terminaremos argumentando una serie de mejoras destinadas evitar la criminalidad fruto del aislamiento social y la falta de oportunidades, así como a fomentar la integración social de los inmigrantes en nuestro territorio. Considero que ello es una parte fundamental

El procedimiento crucial para ello sería descriminalizar socialmente a los inmigrantes y entender desde una perspectiva más abierta el fenómeno migratorio. Solo así se podrá reducir (aunque no erradicar) las conductas xenófobas y racistas propiciadas por los prejuicios y estereotipos. Llevar a cabo actuaciones sociales y de inculturación así como procesos de educación e intercambio cultural les dotarán de oportunidades y capacidades sociales, impidiendo que se creen guetos culturales que perjudicarían la convivencia social.

¹⁰¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Inmigración, Derechos Humanos y Política (...)”, *Op. Cit.*, pág. 36.

CONCLUSIONES:

- Tras la elaboración de este trabajo he podido ser consciente de la ausencia de actitud solidaria por parte de todos y cada uno de los países e instituciones analizados ante un fenómeno basado en la necesidad de otras personas en buscar un territorio mejor en el que vivir. Por lo tanto, queda patente cada vez más la interposición de los intereses propios de los países occidentales a las actitudes éticas y morales de prestar asistencia a aquellos, considerados diferentes y ajenos a nosotros, que realmente lo necesitan y que, con su llegada y posterior estancia, pueden contribuir a la prosperidad del país.
- En relación a lo anterior, también queda demostrado que tanto la legislación española como la comunitaria europea son demasiado restrictivas con respecto a este tipo de fenómenos. La respuesta suministrada no se corresponde con una propia de países democráticos, ni con un Estado Social y Democrático de Derecho como se supone que es nuestro país.
- Otro de los puntos débiles de este tema es la falta de publicaciones académicas referidas a su solución. Es cierto que existe una ingente cantidad de obras acerca de la legislación y las consecuencias del fenómeno de la migración pero he comprobado que la cantidad de documentos acerca de su afrontamiento es prácticamente nula. Por tanto, si nadie da respuestas reales y eficaces, limitándose exclusivamente a describir una realidad “sin solución” no avanzaremos correctamente en el asunto migratorio.
- Por último, considero que para un mejor tratamiento de este fenómeno resultaría ideal la intervención de criminólogos en los equipos de gobierno de los diferentes países e instituciones europeas. Su función en este ámbito podría corresponder, por ejemplo, al asesoramiento y colaboración a la hora de establecer políticas migratorias flexibles que conjuguen de manera adecuada los derechos de los inmigrantes irregulares y los intereses económicos y demográficos de los países en cuestión.

BIBLIOGRAFÍA:

- # 20 MINUTOS, *Así son los siete CIE de España: casi 7.000 extranjeros pasaron por alguno de ellos en 2015*, 19/10/2016, Acceso: 27/05/2017, <http://www.20minutos.es/noticia/2866400/0/asi-son-cie-espana-casi-7000-extranjeros-pasaron-2015-hay-siete/>
- # ABC, *¿Existen soluciones para la inmigración?*, 05/09/2006, Acceso: 16/05/2017, http://www.abc.es/hemeroteca/historico-05-09-2006/abc/CastillaLeon/existen-soluciones-para-la-inmigracion_1423160052878.html
- # ACCEM, *Análisis de las migraciones; España como “emisor” y “receptor” de inmigrantes*, Madrid, 2008.
- # ALBRECHT, H. J., “Fortress Europe? Controlling Illegal Immigration”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, nº 10(1), 2002.
- # AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Los derechos de los extranjeros que llegan a las Islas Canarias siguen siendo vulnerados. Resultados de la misión de investigación de Amnistía Internacional los días 14 al 16 de junio*, 2006.
- # ARANGO, J., “Dificultades y dilemas de las políticas de inmigración.” *Circunstancia: Revista de Ciencias Sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, 1 (2), 2003.
- # BIRSL, U., *Las fuentes del Derecho de la Unión Europea*”, EUR-Lex, 2002.
- # BONN, M., “El Programa de La Haya. El espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea”, *Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, 2006.
- # BRUMAT, L., “Políticas migratorias, construcciones de identidad europea y el inmigrante como una “amenaza”. Un análisis de la Directiva de Retorno.” *Revista Diversidad*, 4(6), 2013.
- # COM (2006), 402 final. Comunicación de la Comisión sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países.
- # COM (2011) 248 final 4.5.2011, Comunicación sobre migración.
- # COM (2011) 832 final, 25.11.2011.
- # COM (2012) 250 final, 30.5.2012, Tercer Informe Anual sobre inmigración y asilo.
- # COM (2013) 422 final, 17.6.2013, Cuarto Informe Anual sobre inmigración y asilo.
- # Consejo Europeo (2005), *Conclusiones de la Presidencia*, Bruselas, 15-16/XII/2005.
- # DOUE C 48/6 (2011), “El papel de la inmigración legal en un contexto de desafío demográfico”, 25.2.2011.

- # DUMONT, J., “Ageing Europe needs the migrants it doesn't want.” *Reuters* (entrevista en prensa), 2014.
- # FERRERO, R. y PINYOL, G., “¿Cómo gestionar la inmigración irregular? Los procesos de regularización en la construcción de una política europea de inmigración.”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 142, 2008.
- # GARCÍA COSO, E., “La estructuración de los ‘Estados Unidos de Europa’: ¿mito o realidad?”, *Revista ICADE*, nº 66, 2005.
- # GARCÍA COSO, E., *La regulación de la inmigración irregular, derechos humanos y control de fronteras en la Unión Europea*, Aranzadi, 2014.
- # GOIG MARTÍNEZ, J. M., “Inmigración, asilo y refugio ante los retos actuales de la política exterior europea”, *Revista de Derecho de la UNED*, nº 18, 2016.
- # GOZÁLVEZ PÉREZ, V., “La inmigración irregular de africanos en España, balances y perspectivas”, *Investigaciones Geográficas. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*, nº. 23, 2001.
- # ILIES, M., “La política de la Comunidad Europea sobre inmigración irregular: medidas para combatir la inmigración irregular en todas sus fases.”, *Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales Estratégicos, Área: Demografía y Población. Documento de Trabajo 38/2009* (traducido del inglés), 2009.
- # KABUNDA BADI, M., “Inmigración y desarrollo: el caso africano”, en *Revista Miscelánea*, nº1, 2011.
- # KOEHLER, J., LACZKO, F., AGHAZARM, C. Y SCHAD, J., *Migration and the Economic Crisis in the European Union: Implication for Policy. Bruselas: International Organization for Migration*, 2010.
- # Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- # Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- # LIROLA DELGADO. I. Y FERNÁNDEZ LISTE. A., “La inmigración en el marco de la Política Común de Inmigración de la Unión Europea: De un papel secundario a un protagonismo sobrevenido”, *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, vol. 6, 2016.
- # LÓPEZ SALA, A. M., El control de la inmigración: política fronteriza, selección del acceso e inmigración irregular, *Consejo Superior de Investigaciones Científicas*, 2005.

- # LÓPEZ SALA, A., *Inmigrantes y Estados. La respuesta política ante la cuestión migratoria*, Anthropos, 2005.
- # MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “¿Puede utilizarse el Derecho Penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art.318 bis en clave de legitimidad.”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 10-06; 2008.
- # MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2009.
- # MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SÁNCHEZ TOMAS, J. M., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., GARCÍA ESPAÑA, E., GIMBERT ORDEIG, E., GONZÁLEZ GARCÍA, J., PÉREZ ALONSO, E., PÉREZ MANZANO, M., PÉREZ TREMP, P., PÉREZ VERA, E., REVENGA SÁNCHEZ, M., REY MARTÍNEZ, F., RÍOS MARTÍN, J. C., SAÍZ ARNAIZ, A., VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “*Expulsiones en caliente*”: cuando el Estado actúa al margen de la Ley.”, 2014.
- # MASSEY, D, DURAND, J., “Clandestinos”, *Colección América Latina y el Nuevo Orden Mundial*, 2003.
- # NIN, M. C. & SHMITE, S. M., “El Mediterráneo como frontera: desequilibrios territoriales y políticas migratorias”. *Perspectiva Geográfica*, 20(2), 2015.
- # PÉREZ CEPEDA, A., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, 2004.
- # PÉREZ GONZÁLEZ, C., *Migraciones irregulares y derecho internacional: gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y derecho internacional de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2012.
- # POMARES CINTAS, E., “La colaboración de terceros en la inmigración ilegal a partir de la reforma de 2015 (artículo 318 bis CP.): ¿una cuestión penal?”, en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentario a la reforma penal del 2015*, Aranzadi, 2015.
- # QUINTERO NIÑO, E., “Hacia una política común de inmigración: ‘principios e instrumentos de la política de migración de la Unión Europea’”, *Revista Aequitas*, nº1, 2011.

- # RUIZ LÓPEZ, B. y RUIZ VIEYTEZ, E. J., “Las políticas de inmigración: la legitimación de la exclusión”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, nº 13; Bilbao, 2001.
- # SANDELL, R., “¿Saltaron o les empujaron? El aumento de la inmigración subsahariana”, *Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos. Área: Demografía y Población* – Asociación revistas de información nº 133, 2005.
- # SANZ MULAS, N., *Política Criminal*, Ratio Legis, 2016.