

Revista Crítica Penal y Poder
2019, nº 18
Diciembre (pp. 1-7)
Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos
Universidad de Barcelona



LA MOVILIDAD HUMANA: ENTRE LOS DERECHOS Y LA CRIMINALIZACIÓN

HUMAN MOBILITY: IN BETWEEN RIGHTS AND CRIMINALISATION

Margarita Martínez Escamilla*

Catedrática de Derecho penal. Universidad Complutense de Madrid

José Miguel Sánchez Tomás*

Letrado del Tribunal Constitucional

Profesor Titular de Derecho penal. Universidad Rey Juan Carlos

PRESENTACIÓN

El presente número monográfico de *Crítica Penal y Poder* ha sido coordinado por Margarita Martínez Escamilla y José Miguel Sánchez Tomás en el marco del proyecto I+D+i Iusmigrante (DER 2016-74865-R), que también lleva por título “La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización”. Las tareas de corrección y edición de textos han corrido a cargo de Ascensión García Ruiz y Carmen José Segovia Bernabé, a quienes agradecemos el trabajo y su decisivo empuje en la recta final de esta publicación. Y por supuesto, agradecer a los responsables de *Crítica Penal y Poder* el interés por nuestro trabajo y las facilidades para su publicación.

El proyecto “La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización” es, en parte, continuación de uno anterior también sobre migraciones. Durante estos años, quienes formamos parte del proyecto, hemos analizado temas claves de la realidad de las personas migrantes y refugiadas que no tienen “papeles”. Algunos de estos temas han dado lugar a

* Investigadora Principal del Proyecto I+D+i “La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización” (IUSMIGRANTE), [DER2016-74865-R (AEI/FEDER, UE)].

* Miembro del Proyecto I+D+i “La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización” (IUSMIGRANTE), [DER2016-74865-R (AEI/FEDER, UE)].

líneas de investigación mantenidas en el tiempo, desarrolladas con vocación de que el esfuerzo académico se tradujera en una mejora de los estándares de respeto a los derechos de las personas migrantes y refugiadas. Durante la ejecución de nuestro proyecto hemos abordado temas claves como los centros de internamiento de extranjeros (CIE), redadas racistas, expulsiones de extranjeros, devoluciones en caliente, protección internacional, delitos de odio o trata de seres humanos, y quisiéramos en este número monográfico dejar constancia de algunas de las líneas de investigación desarrolladas. De ese modo, los artículos de fondo de este número monográfico se repartan en dos grupos: por un lado, las aportaciones de los miembros del proyecto, a modo de resultados del mismo, y, por otro, los artículos de autores invitados que también vienen trabajando en esta materia para abordar otros aspectos vinculados con la temática de la movilidad humana. Durante el tiempo que venimos desarrollando esta línea de investigación, hemos tenido ocasión de conocer y colaborar con personas expertas en migraciones, tanto de dentro como de fuera del ámbito académico, y - aunque tan solo algunas puedan estar representadas - hemos querido que sus análisis estuvieran también presentes en este número, completando u ofreciendo un contrapunto a los nuestros, a veces desde perspectivas no jurídicas que igualmente enriquecen. Gracias a todos por su colaboración en este número.

Finalmente, el presente número monográfico está compuesto de 32 artículos, compensando su elevado número con la moderada extensión de los mismos. A través de estas aportaciones, el lector interesado por el Derecho migratorio y por la realidad sobre la que incide, encontrará análisis - mayoritariamente jurídicos - de normas, realidades y problemas a los que se enfrentan las personas migrantes y refugiadas en situación de irregularidad administrativa. Un recorrido que, a modo de escaneo, nos acerca a algunas de las acuciantes realidades que a continuación se exponen.

La temática abordada: movilidad humana, criminalización y derechos humanos

Nuestro proyecto *Iusmigrante* y el presente número monográfico son una investigación transversal a tres fenómenos que caracterizan el momento presente: (i) la movilidad humana, determinada por causas diversas; (ii) la cada vez más precaria cultura de los derechos humanos; y (iii) el uso expansionista del *ius puniendi* en la gestión de estos movimientos. El control de la migración irregular se ha convertido en uno de los ejes fundamentales de las políticas migratorias de la Unión Europea y, por extensión, de todos los países miembros, lo que propicia un ingente despliegue de medios materiales, pero también de instrumentos jurídicos que permitan controlar un fenómeno que ha pasado a tener la calificación de desafío y amenaza para la seguridad nacional. Para ello se pone al servicio de los Estados el *ius puniendi*, la posibilidad que tienen los Estados de castigar, y se despliegan políticas públicas criminalizadoras porque impera la consideración de la persona migrante como un infractor, un delincuente, un enemigo a batir. A continuación, permítasenos un rápido repaso por los temas abordados en este número a modo de hilo conductor.

A) Las fronteras: espacios sin derechos

En esta obra colectiva miramos a las fronteras, que se han convertido en espacios sin derechos. Dejar morir a quienes debemos auxiliar, además de hostigar a quienes les socorren, es parte de esta “necropolítica”, que ha transformado el Mediterráneo en el mayor cementerio del mundo. Analizaremos el marco normativo de la Unión Europea y de España que posibilita la persecución penal de quienes realizan comportamientos solidarios con personas “sin papeles” y confrontaremos las políticas criminalizadoras de quienes salvan vidas con las normas del Derecho penal y del Derecho marítimo. En este recorrido por las fronteras prestaremos especial atención a nuestra “Frontera Sur”, a Ceuta y Melilla, donde el Estado infringe no más cuyo respeto debería garantizar, como ocurre a nuestro juicio de forma flagrante con las denominadas “devoluciones en caliente”. De momento, el TEDH ha condenado a España por estas prácticas, estándose a la espera de que la Gran Sala resuelva el reenvío solicitado por el Gobierno de España para solventar de manera definitiva esta crisis jurídica de los derechos humanos protagonizada por los gobiernos españoles durante los últimos 15 años. Pero las “devoluciones en caliente” no son el único ejemplo de vulneración de derechos en estas ciudades autónomas, analizándose también en este número las restricciones a la libertad de movimientos que se impone a los solicitantes de asilo, práctica que mantiene el Ministerio del Interior a pesar de que los órganos jurisdiccionales la han declarado contraria a Derecho. Más allá de esta circunstancia, en el monográfico también se indaga a través de un análisis de los datos disponibles, la realidad actual y del marco jurídico aplicable por los motivos por los que pocas personas piden asilo a su llegada por mar o por tierra a Ceuta y Melilla. Una mirada a las fronteras que se completa con el estudio de la función que desempeña y está llamada a desempeñar la Agencia Europea de Fronteras y Costas, y unas reflexiones sobre la privatización del control migratorio y la incipiente implantación de políticas de control post-coloniales que externalizan esa función dejándola en manos de países sin un estándar asumible de respeto a los derechos humanos.

B) La expulsión y las limitaciones de derechos que la preceden

Junto a la impermeabilización de las fronteras, la expulsión de personas extranjeras en situación administrativa irregular es uno de los pilares en que se asienta la política migratoria de la UE, y por ende de los Estados miembros. La Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular de retorno, supuso una normativa mínimamente estable. A partir del año 2017, diferentes iniciativas adoptadas por la Comisión de la UE comenzaron una escalada en el rigor del control que ha culminado en septiembre de 2018 con la propuesta por parte de la Comisión UE de una revisión específica de la Directiva de retorno. Este proceso de reforma que está ya muy avanzado, si bien ha debido paralizarse como consecuencia de las elecciones al Parlamento europeo y la conformación de una nueva Comisión, supone una vuelta de tuerca en la restricción de los derechos de las personas migrantes en situación irregular, apostando por un mayor uso de la expulsión forzosa, restringiendo las posibilidades de salida

voluntaria, promoviendo la privación de libertad por causas de mera irregularidad migratoria y recortando las garantías que, de acuerdo con el Derecho internacional y constitucional español, deben respetarse en el ámbito de la expulsión. En relación con las expulsiones administrativas, en nuestro país ha sido determinante la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015, conocida como “doctrina Zaizoune”, que consideraba contraria a la directiva de retorno la ley de extranjería española por permitir la opción entre la multa o la expulsión en los casos de estancia irregular, pues, de acuerdo con dicha directiva, a salvo las excepciones expresamente previstas, procedería siempre la expulsión del extranjero en situación irregular. Esta resolución, así como la aplicación que de ella están haciendo los órganos judiciales, será analizada críticamente en este monográfico, donde también - a partir de los datos obtenidos a través del Portal de Transparencia - se analiza el volumen de expulsiones dictadas y ejecutadas en los últimos años, así como los motivos jurídicos que las fundamentaron, lo que permitirá valorar la evolución de esta figura y cuestionar el coste humano y estructural que la misma ha ocasionado.

Más allá del propio contenido aflictivo de las expulsiones forzosas, en la mayoría de los casos las medidas de repatriación se ven precedidas por un circuito de privación de libertad y derechos, que suele comenzar con requerimientos policiales de identificación, en muchos casos vinculados al uso de perfil étnico. La inclusión en el art. 16 LOPSC de un régimen de causalidad en los requerimientos de identificación y la prohibición del uso del sesgo racial parecen no haber sido suficientes para erradicar estas prácticas. Además de los requerimientos de identificación basados en el perfil étnico y las conducciones a comisaría para la comprobación de la regularidad migratoria, se analizan otras realidades como las denominadas “expulsiones exprés”, es decir, las practicadas desde comisaría dentro de las 72 horas de detención policial. En el sistema español, los CIE fueron diseñados como instituciones para planificar la repatriación. Sin embargo, las cifras oficiales ponen de manifiesto que son mayoritarias las repatriaciones que se realizan desde las comisarías de policía sin un internamiento judicial previo. Los problemas jurídicos que plantean este tipo de expulsiones son objeto de análisis en este monográfico, donde también se establecen estrategias de defensa a utilizar por los abogados de los migrantes en este tipo de situaciones. En lo que se refiere a la realidad de los internamientos y el nivel del respeto a los derechos y las garantías en que se desenvuelven, si bien hay que reconocer algunos avances como la introducción de los juzgados de control de los CIE o el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, como marco normativo, no cabe desconocer la necesidad de mantenernos vigilantes sobre lo que ocurre en estos espacios si atendemos a los indicios que demuestran las frecuentes vulneraciones de derechos en estos lugares, que, tras sus treinta y cinco años de historia, siguen siendo uno de los eslabones más oscuros de la política migratoria, como demuestran las nulas consecuencias penales, administrativas o políticas de las once muertes contabilizadas hasta el momento en el interior de sus muros, de personas cuya única ilicitud fue no estar en una situación de regularidad migratoria administrativa.

C) Extranjería y sistema penal y penitenciario

En este monográfico hemos querido incluir un análisis sobre las relaciones entre extranjería y sistema penal y penitenciario, que suelen saldarse con la prevalencia de políticas migratorias, en concreto por la apuesta por la expulsión, sobre otras consideraciones político-criminales. Un claro ejemplo es el artículo 57.7 de la Ley de Extranjería, que permite al juez autorizar la ejecución de una orden de expulsión administrativa sobre el extranjero investigado o procesado, en detrimento de la averiguación criminal y del ejercicio de la acción penal. Aunque el órgano judicial considerara oportuno la continuación del proceso penal, figuras como la sustitución por la expulsión de todo o parte de las condenas privativas de libertad, prevista en el artículo 89 del Código Penal, o los antecedentes penales como causa de expulsión administrativa (art. 57.2 de la Ley de Extranjería) apuestan decididamente por la expulsión, que se intentará ejecutar a no ser que la persona pueda hacer valer su arraigo en nuestro país o que por otras razones no resulte expulsable. Además, la posible expulsión determina el paso de la persona por la prisión, sus itinerarios penitenciarios, de los que también nos ocuparemos.

Se abordan dos cuestiones de gran complejidad técnica pero que constituyen el día a día de los abogados como son los problemas - con propuestas de solución - que plantea: (i) la acumulación de condenas en supuestos de presos extranjeros cuando todas o varias están afectadas por la expulsión; y (ii) los supuestos en los que el juez o tribunal sentenciador puede sustituir la pena de prisión impuesta por la expulsión en fase de ejecución de sentencia y el procedimiento que se ha de seguir. Es frecuente asociar el fenómeno de la inmigración con la delincuencia. Este monográfico incide en las razones por las que se considera una falsa dependencia y en las nefastas consecuencias que ello tiene, siendo evidente su efecto estigmatizador. Especial atención se presta a los efectos que los estereotipos sobre dicha relación producen en la infancia más desprotegida, sobre cuya realidad también hemos indagado. También son destacables en este aspecto los serios problemas que desde una perspectiva protectora está teniendo el desarrollo del concepto del discurso del odio como uno de los elementos protectores de los grupos minoritarios y tradicionalmente discriminados.

D) La infancia migrante

El efecto criminalización de las políticas públicas y de la aplicación que de ellas se hace se observa claramente en el trato que recibe la infancia migrante. Los niños, niñas y adolescentes que llegan solos a España se encuentran en una situación de gran vulnerabilidad que requiere una especial atención por parte de las administraciones públicas. Sin embargo, en la práctica son frecuentes los conflictos entre menores y administraciones encargadas de su protección. La determinación de la edad es uno de los caballos de batalla, pues la mayoría de edad determina que prime el control migratorio sobre el interés del menor. Esta problemática también es objeto de este número monográfico, donde asimismo se prestará atención a la realidad menos conocida de aquellos menores acompañados niños y niñas africanos que llegan a España en unión de

adultos (mujeres en su mayoría) que afirmaban tener vínculo materno-paterno filial con el menor o ser sus familiares sin acreditarlo.

E) Protección internacional: el refugio y la protección subsidiaria

Los últimos años han puesto de manifiesto el auge y la importancia del derecho a la protección internacional con motivo de los grandes movimientos poblacionales en busca de situaciones de salvaguarda propiciadas por la eclosión de conflictos armados en África y Oriente Medio, pero también de conflictos surgidos en Latinoamérica - Colombia, Venezuela y el fenómeno de las maras en Centroamérica son un buen ejemplo -, y las emergencias de nuevas realidades que están precipitando desplazamientos de huida de riesgos ciertos para la seguridad y la vida de los afectados.

En el ámbito de la protección internacional, además de los problemas específicos que plantea el ejercicio de este derecho en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, a los que ya hemos hecho alusión, abordaremos otras tres problemáticas concretas. La primera es la contextualización de la situación de la crisis venezolana, que ha conllevado a un movimiento poblacional sin precedentes en América del Sur y convertido a los ciudadanos venezolanos en los principales solicitantes de protección internacional en España en los últimos años. La segunda es la evolución de la orientación sexual como motivo de protección. Una vez que es una cuestión pacífica en la Unión Europea el reconociendo de este motivo de persecución, es objeto de análisis los problemas concretos derivados de las cuestiones probatorias en los procedimientos de protección internacional vinculados tanto a la prueba de la persecución como, específicamente, de la orientación sexual del solicitante, profundizando en la jurisprudencia del TJUE al respecto. Por último, también se aborda el hecho de que la situación de emergencia climática que vive el planeta, a partir especialmente del calentamiento global, ha determinado movimientos migratorios y ha puesto de manifiesto el desamparo normativo de los denominados refugiados climáticos, destacando la circunstancia de que el sistema de justicia penal internacional no incluye la protección del medio ambiente frente a los nocivos efectos del ecocidio.

F) La trata de seres humanos

La movilidad humana propiciada por cualquier tipo de motivación degenera en una dramática realidad cuando tiene que desarrollarse en los márgenes de la legalidad de los países de tránsito y receptores de esos movimientos poblacionales. Un drama inimaginablemente cruel cuando esa movilidad tiene como finalidad la explotación incluso tratándose de niños. La trata de seres humanos no es la esclavitud del siglo XXI, como gusta repetir a los responsables de políticas públicas en la materia, es la mayor tragedia del siglo XXI, solo comparable con la desatención y la ineficiencia con la que está siendo objeto de tratamiento por los Estados. En su momento, el proyecto de investigación del que el presente es continuador, ya dedicó un libro colectivo al tema de la trata de seres humanos titulado *Trata de seres humanos: Persecución penal y protección de las víctimas* (Madrid,

Edisofer, 2015). En este monográfico, como no podía ser otro modo por la relevancia del tema, se reincide en el análisis de algunas de sus cuestiones más problemáticas.

En el presente monográfico, las aportaciones sobre esta cuestión son las relativas a las tres siguientes cuestiones. La primera, tomando como fundamento que la trata de personas con fines de explotación sexual y laboral, que especialmente afecta a mujeres y niñas, afecta cada año a alrededor de 2,5 millones de personas en el mundo, habiéndose convertido en el segundo negocio del mundo por volumen de beneficios por detrás de los tráficos de droga, suscita un acercamiento a esta realidad desde la óptica de los derechos humanos, con especial incidencia en los casos de mujeres sometidas a trata con fines de explotación sexual. La segunda contribución se centra en una cuestión relativa a los fenómenos de victimización secundaria de las víctimas de trata. En demasiadas ocasiones, estas víctimas pueden verse obligadas a cometer determinadas actividades delictivas que ahonden en su situación de vulnerabilidad. Los instrumentos internacionales establecen la obligación de no sanción. Por ello, es objeto de análisis la excusa absolutoria contenida en el art. 177 *bis* CP. Por último, también es objeto de atención una de las situaciones más crueles y duras de esta realidad: las menores víctimas de trata. A ese respecto se abordan tanto los procedimientos utilizados para la determinación de la edad y los protocolos utilizados para la identificación de las víctimas de trata en general y, en particular, para los menores de edad, como el papel que juega el sistema de protección de menores en su identificación y protección desde la perspectiva del derecho del menor extranjero a ser escuchado y de los mecanismos existentes para la determinación de su interés superior.

A modo de conclusión

Se ha dicho, con razón, que el trato que damos a las personas migrantes y refugiadas es la mejor prueba del grado de respeto de nuestras democracias por los derechos humanos. Si ello es así, que lo es, una mirada a nuestras fronteras, a nuestros CIE, a nuestras normas de extranjería, no puede sino llenarnos de horror. Hay que sumarse a esos “actos de ciudadanía” protagonizados por los sujetos individuales o colectivos, activistas, demandantes de asilo y refugiados, “sin papeles”, mujeres migrantes, que reaccionan frente a estas políticas migratorias y criminales. No cabe ponerse de perfil, no caben medias tintas, no queremos ser considerados, rememorando el libro de Ingo Müller, “los juristas del horror”. No cabe tampoco su legitimación a través del silencio.

Y de ahí que terminemos la presentación de este número monográfico con otra de las voces que lo integran, la de Luigi Ferrajoli, a quien agradecemos especialmente su participación. Ferrajoli denuncia que las normas de extranjería, a las que califica de “sadismo legislativo”, además tienen un efecto des-educador porque generan la imagen del otro como alguien naturalmente inferior, porque ya es inferior jurídicamente. Con ello se están reconstruyendo los fundamentos ideológicos del racismo. Frente a tan tenebroso panorama, no cabe sino una apuesta por el derecho a la movilidad, de cuya existencia son prueba los incontables seres humanos en movimiento. Una apuesta por la igualdad, contra cualquier forma de exclusión y por la universalización de los derechos humanos.