

Droit Pénal et Politique Criminelle Derecho Penal y Política Criminal

éditeurs – editores

José Hurtado Pozo
Thierry Godel

avec la collaboration – con la colaboración

Ana Carla Farrer Gonçalves

impresum

Revue

Annuaire électronique en libre accès, publié en septembre (1 volume). Anuario electrónico en libre acceso, publicado en septiembre (1 volumen).

Revista

ISSN: 3042-8483

c/o Thierry Godel, Case postale, 1701 Fribourg

Email: info@dppc.online

Éditeurs scientifiques

Prof. hon. mult. Dr José Hurtado Pozo (Suiza, Perú)

Editores científicos

Prof. Dr Thierry Godel, UniDistance Suisse (CH), Email: thierry.godel@unidistance.ch

Email: editor@dppc.online

Équipe de rédaction

Prof. Dr Thierry Godel, UniDistance Suisse (CH), responsable

Equipo de redacción

Prof.^a Dra. Alicia Rodríguez Sánchez, Universidad de Salamanca (ES)

MLaw Sophie Chambordon, UniDistance Suisse (CH)

MLaw Ana Carla Farrer Gonçalves, UniDistance Suisse (CH)

MLaw María Leticia Mariño von Hildebrand, UniDistance Suisse (CH)

MLaw BPhil Nicolas Wider, UniDistance Suisse (CH)

Email: submit@dppc.online (articles/artículos)

Comité scientifique

Prof.^a Dra. Carolina Boleal Bardon, Universidad de Barcelona (ES)

Consejo científico

Prof. Dr. Emiliano Borja Jiménez, Universidad de Valencia (ES)

PhD Kabiri Bula, African Center for Migration & Society (ZA)

Prof. Dr. José Luis de la Cuesta Arzamendi, Universidad del País Vasco (ES)

Prof. Dr. José Luis Díez Ripollés, Universidad de Málaga (ES)

Prof. Dr Cathrine Konopatsch, UniDistance Suisse (CH)

Prof.^a Dra. Caronina Moreno Velásquez, Universidad de los Andes (CO)

Prof. Dr Camille Perrier Depeursinge, Université de Lausanne (CH)

Prof. Dr Bertrand Perrin, Université de Fribourg (CH)

Dr Giulia Raimondo, Université de Fribourg (CH)

Prof. Dr. Sergio Salazar Araya, ECP-CIEP, Universidad de Costa Rica (CR)

Prof.^a Dra. Laura Zuñiga Rodríguez, Catedrática, Universidad de Salamanca (ES)

Le Comité scientifique réunit des universitaires et, au besoin besoins, des praticiennes et praticiens reconnus. La liste n'est pas exhaustive. D'autres expertes et experts participent à la révision des articles selon les besoins.

El Consejo científico está compuesto por académicos y, según las necesidades, por profesionales reconocidos en su ámbito. La lista no es exhaustiva. Otras expertas y otros expertos participan en la revisión de los artículos según las necesidades.

Avis légal

Toute reproduction, totale ou partielle, de ce volume, par quelque procédé que ce soit, est interdite sans l'autorisation expresse des éditeurs. Tous droits d'auteur réservés. Prohibida la reproducción total o parcial de este volumen, por cualquier medio, sin la autorización expresa de los editores. Todos los derechos de autor reservados.

Aviso legal

Site Internet www.dppc.online (proudly made by Agence MiNT°)

Página web

Newsletter

S'abonner / Abonarse: www.dppc.online

Boletín

© 2026 (2) – Revue DPPC / Revista DPPC

à propos de la revue – sobre la revista

La revue de Droit Pénal et Politique Criminelle (DPPC) est consacrée aux évolutions du droit pénal et de la politique criminelle en Suisse, en Europe et en Amérique du Sud. Elle accorde une attention particulière aux grandes questions d'actualité (violences, extrémisme, terrorisme, droits des victimes, cybercriminalité et nouvelles formes d'infractions liées à la digitalisation) ainsi qu'à leur influence sur les transformations du droit pénal contemporain.

La revue promeut **la relève scientifique. Elle offre aux jeunes chercheuses et chercheurs** un espace pour publier leurs travaux, faire connaître leurs analyses et contribuer aux débats qui traversent la doctrine pénale.

La revue DPPC s'inscrit dans le prolongement de l'Anuario de Derecho Penal, publié de 1988 à 2016, dont les archives sont disponibles pour consultation.

Grâce à son partenariat avec UniDistance Suisse et aux collaborations développées avec des membres de la communauté scientifique en Suisse et à l'étranger, la DPPC favorise les échanges scientifiques et la circulation des idées à l'échelle internationale. Ses publications sont disponibles en libre accès, afin de rendre la recherche accessible au plus grand nombre..

La revista de Derecho Penal y Política Criminal (DPPC) está dedicada al análisis de la evolución del derecho penal y de la política criminal en Suiza, Europa y América del Sur. Presta especial atención a los principales desafíos contemporáneos (violencia, extremismo, terrorismo, derechos de las víctimas, ciberdelincuencia y nuevas formas de criminalidad vinculadas a la digitalización), así como a su incidencia en las transformaciones del derecho penal contemporáneo.

La revista otorga **especial importancia a la promoción de las nuevas generaciones de investigadores. Ofrece a jóvenes investigadoras e investigadores un espacio para publicar** sus trabajos, difundir sus análisis y contribuir a los debates que configuran la doctrina penal.

La DPPC se inscribe en la continuidad del Anuario de Derecho Penal, publicado entre 1988 y 2016, cuyos archivos se encuentran disponibles para consulta.

Gracias a su colaboración con UniDistance Suisse y a los vínculos desarrollados con la comunidad científica en Suiza y en el extranjero, la DPPC promueve los intercambios científicos y la circulación internacional de ideas. Sus publicaciones están disponibles en acceso abierto, con el fin de favorecer una amplia difusión de la investigación.

auteurs – autrices – autores – autoras

Jean Carlo Astorga Cordero	Diplômé en droit et étudiant en philosophie à l'Université du Costa Rica. Assistant juridique en droit pénal et en droit pénal des mineurs. Egresado de derecho y estudiante de filosofía en la Universidad de Costa Rica. Asistente jurídico en derecho penal y derecho penal juvenil.
Raphaël Bagi	Docteur en droit de l'Université de Lausanne et ancien assistant diplômé au Centre de droit comparé, européen et international. Ses recherches portent sur la protection des droits des personnes LGBTIQ et la politique suisse en la matière. Doctor en Derecho por la Universidad de Lausana y antiguo asistente de posgrado en el Centro de Derecho Comparado, Europeo e Internacional. Sus investigaciones se centran en la protección de los derechos de las personas LGBTIQ y en la política suiza en esta materia.
Fabian Brand	Docteur en droit (Dr. iur.) et chercheur senior à l'Institut de droit pénal et de procédure pénale de l'Université de Lucerne (Suisse). Doctor en derecho (Dr. iur.) e Investigador sénior en el Instituto de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad de Lucerna (Suiza).
José Ángel Brandariz	Professeur droit pénal et de criminologie au sein d'ECRIM (Criminologie, psychologie juridique et justice pénale au XXI^e siècle), Université de La Corogne (Espagne). Profesor de derecho penal y criminología en ECRIM (Criminología, Psicología Jurídica y Justicia Penal en el siglo XXI), Universidad Da Coruña (España).
Mansah Dondo Amoha	Titulaire d'un LLB et d'un LLM en droits humains multidisciplinaires. Chercheuse et chargée de projet au sein des unités consacrées aux droits des personnes migrantes et aux cours avancés en droits humains, et doctorante au Centre for Human Rights de la faculté de droit de l'Université de Pretoria (Afrique du Sud). Ses recherches portent sur le droit des migrations et les droits humains, en particulier sur le contrôle des frontières, le trafic illicite de migrants et la sécurisation des politiques migratoires en Afrique australe. LLB y LLM en derechos humanos multidisciplinarios. Investigadora y responsable de proyectos en las unidades de derechos de las personas migrantes y de cursos avanzados de derechos humanos, y doctoranda en el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pretoria (Sudáfrica). Su investigación se centra en el derecho migratorio y los derechos humanos, en particular en el control de fronteras, el tráfico ilícito de migrantes y la securitización de la migración en África austral.

Karin
Georges Trabert

Doctorante et assistante académique à la chaire de droit pénal et de procédure pénale de l'Université de Lucerne (Suisse). Diplômée en droit de l'Université d'Augsbourg (Allemagne).

Doctoranda y asistente académica en la cátedra de derecho penal y derecho procesal penal de la Universidad de Lucerna (Suiza). Graduada en derecho por la Universidad de Augsburgo (Alemania).

Mateo González
Figuerola

Avocat, politologue et titulaire d'un master en droit de l'Université des Andes (Colombie). Titulaire d'un master en citoyenneté et droits humains et doctorant en droit à l'Université de Barcelone. Domaines de recherche : droit constitutionnel, histoire et philosophie du droit.

Abogado, politólogo y máster en derecho por la Universidad de los Andes (Colombia). Máster en ciudadanía y derechos humanos y doctorando en derecho en la Universidad de Barcelona. Línea de investigación: derecho constitucional, historia y filosofía del derecho.

Molya
Vundamina

Titulaire d'un LLB et d'un LLM en droit public. Chargée de projet au sein de l'unité consacrée aux droits des personnes migrantes du Centre for Human Rights de l'Université de Pretoria et doctorante en droit public à l'Université Nelson Mandela (Afrique du Sud). Ses recherches portent sur les migrations, la protection des personnes réfugiées, l'intégration régionale et le Protocole sur la libre circulation de l'Union africaine.

LLB y LLM en derecho público. Responsable de proyectos en la unidad de derechos de las personas migrantes del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Pretoria y doctoranda en derecho público en la Universidad Nelson Mandela (Sudáfrica). Su investigación se centra en la migración, la protección de las personas refugiadas, la integración regional y el Protocolo de Libre Circulación de la Unión Africana.

éditorial – editorial

L'usage du droit pénal à des fins migratoires / El uso del derecho penal con fines migratorios

Thierry Godel, Ana Carla Farrer Gonçalves

La peine suppose une infraction, et l'infraction un comportement que la société a de bonnes raisons d'interdire. Cette logique élémentaire se brouille lorsque le droit pénal intervient face à l'entrée et au séjour irréguliers sur le territoire. La personne concernée peut avoir franchi la frontière sans y être autorisée, être restée sur le territoire sans avoir obtenu de titre de séjour ou y demeurer après l'expiration de celui-ci. Dans ces différentes situations, ce qui lui est reproché ne consiste pas nécessairement à porter atteinte à la vie, au patrimoine ou à la liberté d'autrui, mais à se trouver sur le territoire sans l'autorisation juridique requise.

Lorsque l'irrégularité résulte du maintien sur le territoire malgré une obligation de départ, le comportement reproché prend la forme d'une omission: ne pas avoir quitté le pays alors que le droit l'exige. Mais cette omission se confond alors avec la simple présence de l'intéressé, et l'exécution de l'obligation ne dépend pas toujours de sa seule volonté.

Dans tous les cas, le droit pénal en vient à sanctionner moins une atteinte à autrui qu'une présence jugée contraire aux règles migratoires. Ce constat est le point de départ de ce deuxième volume, consacré à l'usage du droit pénal à des fins migratoires. Avant d'aborder les questions qu'il soulève, il faut comprendre l'ampleur du phénomène.

L'incrimination du séjour irrégulier, l'expulsion prononcée par le juge pénal, la détention en vue du renvoi ou encore la répression de l'aide à l'entrée ne relèvent pas d'un régime unique. Le droit des étrangers et le droit de l'asile appartiennent au droit administratif, mais ils comprennent des dispositions pénales qui en

La pena presupone un delito, y el delito una conducta que la sociedad tiene buenas razones para prohibir. Esta lógica elemental se desdibuja cuando el derecho penal interviene frente a la entrada o la permanencia irregulares en el territorio. La persona afectada puede haber cruzado la frontera sin autorización, haber permanecido en el territorio sin obtener nunca un permiso de residencia o seguir en él una vez expirado el suyo. En estas distintas situaciones, lo que se le reprocha no consiste necesariamente en atentar contra la vida, el patrimonio o la libertad de otro, sino en encontrarse en el territorio sin la autorización jurídica exigida.

Cuando la irregularidad resulta de la permanencia en el territorio pese a una obligación de salida, la conducta reprochada adopta la forma de una omisión, la de no haber abandonado el país cuando el derecho lo exige. Pero esa omisión se confunde entonces con la simple presencia del interesado, y el cumplimiento de la obligación no siempre depende de su sola voluntad.

En todos los casos, el derecho penal acaba sancionando menos una lesión a otro que una presencia considerada contraria a las reglas migratorias. Esta constatación es el punto de partida de este segundo volumen, dedicado al uso del derecho penal con fines migratorios. Antes de abordar las cuestiones que plantea este fenómeno, conviene comprender su alcance.

La tipificación de la estancia irregular, la expulsión acordada por el juez penal, el internamiento para asegurar la devolución o la represión de la ayuda a la entrada no

répriment la violation, tandis que le code pénal y ajoute ses propres mesures, à l'image de l'expulsion judiciaire. Police administrative et répression pénale répondent ainsi à des logiques propres. Pourtant, tous ces mécanismes convergent vers un même résultat: **déterminer qui a le droit de demeurer sur le territoire de celles et ceux qui n'ont pas l'autorisation d'y rester.**

La doctrine anglophone (J. STUMPF, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, in: American University Law Review 56/2, 2006, pp. 367-419) a donné un nom à cette convergence: **le terme « crimmigration » désigne l'imbrication croissante du droit pénal et du droit de l'immigration.**

Stephen H. LEGOMSKY a décrit ce phénomène comme une « incorporation asymétrique » des normes de la justice pénale dans le droit de l'immigration. Ce dernier emprunte au droit pénal sa sévérité sans en reprendre toutes les garanties (S. H. LEGOMSKY, *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, in: Washington and Lee Law Review 64/2, 2007, pp. 469-528). **L'État conserve ainsi, selon les besoins, la force coercitive de l'un et la souplesse procédurale de l'autre.**

Par quelles voies le droit pénal entre-t-il dans le contrôle migratoire ? L'analyse développée dans ce volume s'articule autour de quatre configurations. La première concerne la pénalisation directe des comportements migratoires: franchissement irrégulier de la frontière, séjour non autorisé, réentrée après expulsion ou exercice d'une activité lucrative sans permis. La deuxième comprend les infractions périphériques, qui ne visent pas directement la personne migrante, mais les comportements de tiers qui facilitent son entrée ou son séjour irréguliers: la falsification de documents, l'aide à l'entrée ou au séjour, transport, hébergement ou emploi. La troisième porte sur les conséquences qu'une condamnation pénale peut produire en matière migratoire et qui, par nature, ne touchent que les

pertencent à un régime unique. El derecho de extranjería y el derecho de asilo forman parte del derecho administrativo, pero contienen disposiciones penales que castigan su infracción, mientras que el código penal añade sus propias medidas, como la expulsión judicial. Policía administrativa y represión penal responden así a lógicas propias. Todos estos mecanismos convergen, sin embargo, hacia un mismo resultado: **determinar quién tiene derecho a permanecer en el territorio y disponer la salida de quienes carecen de autorización para permanecer en él.**

La doctrina anglófona (J. STUMPF, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, en: American University Law Review 56/2, 2006, pp. 367-419) ha dado nombre a esta convergencia: el término **« crimmigration » (crimigración) designa la imbricación creciente del derecho penal y del derecho migratorio.**

Stephen H. LEGOMSKY describió este fenómeno como una « incorporación asimétrica » de las normas de la justicia penal en el derecho migratorio. Este último toma del derecho penal su severidad sin asumir todas sus garantías (S. H. LEGOMSKY, *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, en: Washington and Lee Law Review 64/2, 2007, pp. 469-528). **El Estado conserva así, según las necesidades, la fuerza coactiva de uno y la flexibilidad procedimental del otro.**

¿Por qué vías entra el derecho penal en el control migratorio? El análisis desarrollado en este volumen se articula en torno a cuatro configuraciones principales. La primera es la penalización directa de las conductas migratorias: cruce irregular de la frontera, estancia no autorizada, reingreso tras una expulsión o ejercicio de una actividad lucrativa sin permiso. La segunda comprende los delitos periféricos, que no afectan directamente a la persona migrante, sino a las conductas de terceros que facilitan su entrada o permanencia irregular: como la falsificación de documentos, ayuda a la entrada o a la permanencia,

personnes étrangères. La quatrième rassemble les mesures administratives de caractère coercitif, en particulier la détention, qui, bien qu'elles ne soient pas formellement qualifiées de peines, en produisent certains effets propres.

La première appelle déjà une interrogation fondamentale: quel bien juridique l'incrimination du séjour irrégulier protège-t-elle réellement ? Les réponses avancées sont connues: l'effectivité de la politique migratoire, la maîtrise des frontières, l'exécution des décisions de l'État. Encore faut-il déterminer si ces intérêts suffisent à fonder une incrimination, ou s'ils se ramènent à l'autorité de la décision administrative elle-même. Le principe d'*ultima ratio* acquiert ici une importance particulière (cf. M. A. NIGGLI, *Ultima Ratio?*, in: RPS 111, 1993, pp. 236-263).

Les conséquences migratoires d'une condamnation posent la question de l'appartenance sous un double angle: l'expulsion, qui prive du droit de demeurer dans le pays, et le refus de naturalisation, qui empêche d'accéder à la citoyenneté. Ces deux décisions peuvent parfois se fonder sur les mêmes antécédents pénaux. Les mesures administratives coercitives soulèvent, quant à elles, la question des garanties applicables: **quelle procédure doit s'appliquer, quelle autorité judiciaire doit intervenir et quels droits doivent être garantis lorsqu'une sanction produit les effets propres d'une peine ?** Se pose en outre la question de son efficacité: **la sanction atteint-elle son but, et à quel prix ?**

Enfin, le droit pénal migratoire doit être analysé au regard du principe de la proportionnalité, car ces mesures n'affectent pas tout le monde de la même manière et les personnes les plus vulnérables sont celles qui en subissent les effets avec le plus d'intensité. Ce principe exige, en premier lieu, que l'on ne recoure au droit pénal que lorsque les instruments administratifs se révèlent insuffisants. En second lieu, le principe de proportionnalité conditionne l'application des mesures de contrainte, en particulier de la détention: une privation de

transporte, alojamiento o empleo. La tercera se refiere a las consecuencias que una condena penal puede producir en materia migratoria y que, por su propia naturaleza, solo afectan a las personas extranjeras. La cuarta reúne las medidas administrativas de carácter coercitivo, en particular el internamiento, que, aunque no se califican formalmente como penas, producen algunos efectos propios de estas.

La primera suscita una pregunta fundamental: ¿qué bien jurídico protege realmente la tipificación de la estancia irregular? Las respuestas habituales son conocidas: la efectividad de la política migratoria, el control de las fronteras, la ejecución de las decisiones del Estado. Queda por determinar si esos intereses bastan para fundamentar un tipo penal, o si se reducen a la autoridad de la propia decisión administrativa. El principio de *ultima ratio* adquiere aquí una importancia particular (cfr. M. A. NIGGLI, *Ultima Ratio?*, en: RPS 111, 1993, pp. 236-263).

Las consecuencias migratorias de una condena plantean la cuestión de la pertenencia desde una doble perspectiva: la expulsión que priva del derecho a permanecer en el país, y la denegación de la naturalización, que impide acceder a la ciudadanía. Ambas decisiones pueden fundarse, en ocasiones, en los mismos antecedentes penales. Las medidas administrativas coercitivas plantean, a su vez, la cuestión de las garantías aplicables: **¿qué procedimiento debe aplicarse, qué autoridad judicial debe intervenir y qué derechos deben garantizarse cuando una sanción produce efectos propios de una pena?** Se plantea, además, la cuestión de su eficacia: **¿alcanza la sanción su objetivo, y a qué precio?**

Por último, el derecho penal migratorio debe analizarse a la luz del principio de proporcionalidad, ya que estas medidas no afectan a todos por igual y las personas más vulnerables son quienes sufren sus efectos con mayor intensidad. Este principio exige, en primer lugar, que solo se recurra al derecho penal cuando los instrumentos administrativos

liberté qui ne se fonde pas sur la commission d'une infraction suppose de contrôler tant sa durée que l'existence d'une perspective réelle d'éloignement. Enfin, le principe de proportionnalité exige que la sévérité de la peine reste dans un rapport adéquat avec la culpabilité. La détention pour le seul séjour irrégulier ou l'expulsion de longue durée qui s'ajoute à la peine mettent à l'épreuve cette exigence de proportionnalité, question qu'abordent les différentes contributions réunies dans ce volume.

Où s'arrêtent les effets de ces mesures ? Ces effets dépassent largement la personne directement visée. Peu à peu, l'« illégalité » cesse de décrire une situation pour devenir la qualification d'une personne: on n'est plus en séjour irrégulier, on devient « illégal », et chaque interaction avec une institution peut réactiver la frontière et rappeler la précarité du statut migratoire (N. P. DE GENOVA, Migrant "illegality" and deportability in everyday life, in: *Annual Review of Anthropology* 31/1, 2002, pp. 419-447).

Les conséquences s'étendent aussi aux proches. L'éloignement affecte des enfants, un conjoint, une famille qui n'ont commis aucune infraction. MENJÍVAR et ABREGO parlent de « **violence légale** » pour décrire ces effets indirects, mais bien réels, du droit de l'immigration sur les familles (C. MENJÍVAR & L. J. ABREGO, *Legal violence: Immigration law and the lives of Central American immigrants*, in: *American Journal of Sociology* 117/5, 2012, pp. 1380-1421).

Un autre effet est plus discret. Lorsqu'une personne craint qu'un simple contact avec la police ne révèle son statut, elle peut renoncer à signaler les violences ou les abus qu'elle subit, et cette vulnérabilité profite à ceux qui l'exploitent. Le contrôle migratoire produit ainsi des conséquences qui dépassent largement son objectif immédiat. Ces effets se multiplient lorsque les mesures se multiplient: condamnation, incarcération, détention administrative, expulsion, interdiction de retour.

resulten insuffisantes. En segundo lugar, el principio de proporcionalidad condiciona la aplicación de las medidas coercitivas, en particular del internamiento: una privación de libertad que no se fundamenta en la comisión de un delito exige controlar tanto su duración como la existencia de una perspectiva real de alejamiento. Por último, el principio de proporcionalidad exige que la severidad de la pena guarde una relación adecuada con la culpabilidad. La detención por la mera estancia irregular o la expulsión prolongada que se suma a la pena, ponen a prueba esta exigencia de proporcionalidad, cuestión que abordan las distintas contribuciones reunidas en este volumen.

¿Dónde se detienen los efectos de estas medidas? Los efectos van mucho más allá de la persona directamente afectada. Poco a poco, la «ilegalidad» deja de describir una situación, para convertirse en la calificación de una persona: ya no se está en situación irregular, se es «ilegal», y cada interacción con una institución puede reactivar la frontera y recordar la precariedad del estatus migratorio (N. P. DE GENOVA, Migrant "illegality" and deportability in everyday life, en: *Annual Review of Anthropology* 31/1, 2002, pp. 419-447).

Las consecuencias alcanzan también a los allegados. El alejamiento afecta a hijos, cónyuges y familias que no han cometido infracción alguna. MENJÍVAR y ABREGO hablan de «**violencia legal**» para describir estos efectos indirectos, pero muy reales, del derecho migratorio sobre las familias (C. MENJÍVAR & L. J. ABREGO, *Legal violence: Immigration law and the lives of Central American immigrants*, en: *American Journal of Sociology* 117/5, 2012, pp. 1380-1421).

Otro efecto es más discreto. Cuando una persona teme que un simple contacto con la policía revele su estatus, puede renunciar a denunciar las violencias o los abusos que sufre, y esa vulnerabilidad beneficia a quienes la explotan. El control migratorio produce así, consecuencias que desbordan con creces su objetivo inmediato. Estos efectos se multiplican

Le renforcement du droit pénal migratoire atteint de plus en plus des personnes dont la présence n'a rien de clandestin. Certaines ont vécu des décennies dans le pays en toute légalité, comme l'a montré le scandale britannique dit « Windrush », révélé en 2018, où des personnes arrivées légalement des Caraïbes entre 1948 et 1973 ont été détenues, voire éloignées, faute de pouvoir documenter un statut que personne ne leur avait jamais contesté. D'autres sont considérées comme irrégulières par le seul effet d'une décision de l'État, qu'il s'agisse de la révocation d'un statut de protection, du non-renouvellement d'un permis ou du retard de l'administration elle-même. La présence peut alors être parfaitement explicable, voire avoir été considérée comme régulière jusque-là, tout en devenant juridiquement irrégulière, et le droit pénal qui s'y applique ne sanctionne plus un comportement, mais un changement de catégorie décidé ailleurs.

On peut alors se demander à **quelles conditions le droit pénal peut servir le contrôle migratoire sans dénaturer ses propres fondements**: un comportement constitutif d'une infraction, un bien juridique identifiable, une intervention en dernier recours et une sanction proportionnée à la faute. **Comment les ordres juridiques y répondent-ils ?**

En Europe, l'accord de Schengen du 14 juin 1985 et sa convention d'application de 1990 reposent sur un compromis explicite: liberté de circulation à l'intérieur et renforcement des contrôles aux frontières extérieures. La frontière ne disparaît donc pas, elle se déplace et se différencie selon les personnes. Le passeport, le visa ou le titre de séjour déterminent si une mobilité sera qualifiée de circulation, d'immigration, de demande de protection ou d'entrée irrégulière (cf. K. F. AAS, *The ordered and the bordered society*, in: *The borders of punishment*, Oxford 2013, pp. 21-39; V. BARKER, *Penal power at the border*, in: *Theoretical Criminology* 21/4, 2017, pp. 441-457).

La dimension répressive commune de cette politique prend forme en 2002. La [Directive](#)

cuando se acumulan las medidas: condena, encarcelamiento, detención administrativa, expulsión y prohibición de regreso.

El refuerzo del derecho penal migratorio alcanza cada vez más a personas cuya presencia nada tiene de clandestina. Algunas han vivido décadas en el país con plena legalidad, como mostró el escándalo británico conocido como «Windrush», revelado en 2018, en el que personas llegadas legalmente del Caribe entre 1948 y 1973 fueron detenidas, e incluso alejadas, por no poder documentar un estatus que nadie les había discutido jamás. Otras pasan a ser consideradas como irregulares por el solo efecto de una decisión del Estado, ya sea la revocación de un estatuto de protección, la no renovación de un permiso o el retraso de la propia administración. La presencia puede entonces ser perfectamente explicable, e incluso haber sido considerada en norma hasta ese momento, y volverse sin embargo jurídicamente irregular, de modo que el derecho penal que se le aplica ya no sanciona una conducta, sino un cambio de categoría decidido en otra parte.

Cabe entonces preguntarse en qué condiciones puede el derecho penal servir al control migratorio sin desvirtuar sus propios fundamentos: una conducta constitutiva de delito, un bien jurídico identificable, una intervención como último recurso y una sanción proporcionada a la culpabilidad. **¿Cómo responden a ello los ordenamientos jurídicos?**

En Europa, el Acuerdo de Schengen del 14 de junio de 1985 y su Convenio de aplicación de 1990 reposan sobre un compromiso explícito: libre circulación en el interior y refuerzo de los controles en las fronteras exteriores. La frontera, pues, no desaparece, sino que se desplaza y se diferencia según las personas. El pasaporte, el visado o el permiso de residencia determinan si una movilidad será calificada de circulación, de inmigración, de solicitud de protección o de entrada irregular (cfr. K. F. AAS, *The ordered and the bordered society*, en: *The borders of punishment*, Oxford 2013, pp. 21-39; V. BARKER,

[2002/90/CE](#) définit l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, tandis que la [décision-cadre 2002/946/JAI](#) en organise la répression. L'avantage financier n'est exigé que dans les cas d'aide au séjour irrégulier, tandis que les États conservent la faculté d'exempter de responsabilité l'assistance humanitaire. C'est dans ce contexte qu'apparaît le « délit de solidarité », qui montre comment le contrôle de la frontière s'étend aussi aux relations sociales qui rendent possible la présence de la personne migrante sur le territoire.

La [directive « retour » 2008/115/CE du 16 décembre 2008](#) a ensuite établi les normes et procédures communes applicables au retour, rétention comprise. Sur ce fondement, la Cour de justice de l'Union européenne a posé en 2011 une limite inattendue à la pénalisation du séjour irrégulier: l'imposition d'une peine d'emprisonnement prévue par le droit national ne peut compromettre l'effet utile de la procédure de retour ([CJUE, 28.4.2011, El Dridi, C-61/11 PPU](#); [CJUE, 6.12.2011, Achughbabian, C-329/11](#)). Ainsi, ce ne sont pas ici les garanties accordées à la personne qui limitent le recours au droit pénal, mais l'exigence d'efficacité de l'éloignement.

Les événements récents rappellent toutefois la réalité à laquelle ces textes tentent de répondre. Les États font face à des arrivées soudaines et massives, difficiles à absorber, comme l'a montré, à la fin du mois de juillet 2026, l'entrée en quelques jours d'environ 60'000 personnes dans l'enclave espagnole de Ceuta, qui compte 83'000 habitants. Des dizaines de personnes sont mortes lors de la traversée, l'armée a été déployée et la quasi-totalité des arrivants ont été renvoyés au Maroc presque aussitôt. La Grèce, confrontée à la hausse des arrivées depuis la Libye vers la Crète, a suspendu en juillet 2025, pour trois mois, l'enregistrement des demandes d'asile des personnes arrivées par mer, puis a fait de l'entrée et du séjour irréguliers, en septembre 2025, une infraction passible d'au moins deux ans d'emprisonnement. Ces situations montrent l'ampleur du problème de gestion que représentent les flux migratoires, mais aussi la rapidité avec laquelle la réponse

Penal power at the border, en: *Theoretical Criminology* 21/4, 2017, pp. 441-457).

La dimension represive común de esta política toma forma en 2002. La [Directiva 2002/90/CE](#) define la ayuda a la entrada, al tránsito y a la estancia irregulares, mientras que la [Decisión marco 2002/946/JAI](#) organiza su represión. El ánimo de lucro solo se exige en los casos de ayuda a la estancia irregular, mientras que los Estados conservan la facultad de eximir de responsabilidad la asistencia humanitaria. En este contexto surge el denominado «delito de solidaridad», que evidencia cómo el control fronterizo se extiende también a las relaciones sociales que hacen posible la permanencia de la persona migrante en el territorio.

La [Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008](#), estableció posteriormente las normas y procedimientos comunes aplicables al retorno, incluido el internamiento. Sobre esta base, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció en 2011 un límite inesperado a la penalización de la estancia irregular: la imposición de una pena de prisión prevista por el derecho nacional no puede comprometer el efecto útil del procedimiento de retorno ([TJUE, 28.4.2011, El Dridi, C-61/11 PPU](#); [TJUE, 6.12.2011, Achughbabian, C-329/11](#)). Así pues, no son aquí las garantías reconocidas a la persona las que limitan el recurso al derecho penal, sino la exigencia de eficacia del alejamiento.

Los acontecimientos recientes recuerdan, con todo, la realidad a la que estos textos intentan responder. Los Estados afrontan llegadas repentinas y masivas, difíciles de absorber, como mostró, a finales de julio de 2026, la entrada en pocos días de unas 60'000 personas en el enclave español de Ceuta, que cuenta con 83'000 habitantes. Decenas de personas murieron en la travesía, el ejército fue desplegado y la casi totalidad de los llegados fueron devueltos a Marruecos casi de inmediato. Grecia, ante el aumento de las llegadas desde Libia hacia Creta, suspendió en julio de 2025, durante tres meses, el registro de las solicitudes de asilo de las personas llegadas por mar, y

glisse de l'administration vers la peine et la détention administrative.

Le **droit suisse** illustre particulièrement bien cette imbrication. Les dispositions pénales du droit des étrangers, le droit pénal accessoire, remontent à la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (cf. Valentin ROSCHACHER, *Die Strafbestimmungen des ANAG*, thèse, Zurich 1991). Celle-ci a été remplacée par la loi du 16 décembre 2005 (message du Conseil fédéral du 8 mars 2002, [FF 2002 3709](#)), devenue la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration: son article 115 réprime l'entrée, la sortie, le séjour et l'activité lucrative illicites, ses articles 116 et 117 l'aide à l'entrée ou au séjour illégaux et l'emploi d'étrangers sans autorisation (L. VETTERLI & G. D'ADDARIO DI PAOLO, Vorb. Art. 115-120e AIG, in: Caroni & Thurnherr [édit.], AIG, 2^e éd., Berne 2024).

La situation de la personne poursuivie pour séjour irrégulier peut alors devenir paradoxale. Elle est punie parce qu'elle reste, alors même qu'elle est matériellement incapable de partir, faute de documents, de coopération consulaire ou d'une voie de retour praticable. La répression risque ainsi de produire ce qu'elle prétend combattre. Lorsque le séjour régulier devient impossible sans que le départ le soit moins, le législateur contribue lui-même à créer des situations durables de séjour irrégulier (A. BÜCHLER, *Der Gesetzgeber schafft Sans-Papiers*, in: Jusletter du 20.3.2017).

L'expulsion pénale constitue le deuxième pilier du modèle suisse. Sa mise en place s'inscrit dans une chronologie précise: acceptation, le 28 novembre 2010, acceptation de l'initiative populaire « pour le renvoi des étrangers criminels » (art. 121 al. 3 à 6 Cst.), message du 26 juin 2013 (BBI 2013 5975), puis entrée en vigueur des articles 66a à 66d CP le 1er octobre 2016 (C. PERRIER DEPEURSINGE, *L'expulsion selon les art. 66a à 66d du Code pénal suisse*, in: RPS 135, 2017, pp. 389-415).

Ainsi, la commission d'une même infraction peut entraîner des conséquences radicalement différentes selon la situation migratoire de la personne. Le citoyen reste dans son pays,

convirtió después, en septiembre de 2025, la entrada y la estancia irregulares en un delito castigado con al menos dos años de prisión. Estas situaciones muestran la magnitud del problema de gestión que representan los flujos migratorios, pero también la rapidez con la que la respuesta se desliza de la administración hacia la pena y la detención administrativa.

El **derecho suizo** ilustra especialmente bien esta imbricación. Las disposiciones penales de la legislación de extranjería, el llamado derecho penal accesorio, se remontan a la ley federal de 26 de marzo de 1931 sobre la residencia y el establecimiento de los extranjeros (cfr. Valentin ROSCHACHER, *Die Strafbestimmungen des ANAG*, tesis, Zürich 1991). La cual fue sucedida por la ley de 16 de diciembre de 2005 (mensaje del Consejo Federal suizo de 8 de marzo de 2002, [BBI 2002 3709](#)), hoy ley federal de extranjería e integración: su artículo 115 castiga la entrada, la salida, la estancia y la actividad lucrativa ilícitas, y sus artículos 116 y 117 la ayuda a la entrada o a la estancia ilegales y el empleo de extranjeros sin autorización (L. VETTERLI & G. D'ADDARIO DI PAOLO, Vorb. Art. 115-120e AIG, en: Caroni & Thurnherr [édit.], AIG, 2^a ed., Berna 2024).

La situación de la persona perseguida por estancia irregular puede volverse entonces paradójica. Se la castiga porque se queda, cuando materialmente es incapaz de irse por falta de documentos, de cooperación consular o de una vía de retorno practicable. La represión corre así el riesgo de producir lo que pretende combatir. Cuando la residencia regular se vuelve imposible sin que la salida lo sea menos, el propio legislador contribuye a crear situaciones duraderas de estancia irregular (A. BÜCHLER, *Der Gesetzgeber schafft Sans-Papiers*, en: Jusletter, 20.3.2017).

La expulsión penal constituye el segundo pilar del modelo suizo. Su implantación sigue una cronología precisa: el 28 de noviembre de 2010, aceptación de la iniciativa popular «para la expulsión de los extranjeros criminales» (art. 121, párrs. 3 a 6, Cst.), mensaje de 26 de junio de 2013 (BBI 2013 5975) y entrada en vigor de

tandis que l'étranger peut en être expulsé pour plusieurs années, même s'il est né en Suisse et y a construit toute sa vie. Cette différence repose certes sur une donnée incontestable, à savoir le droit inconditionnel du national de demeurer dans son propre État. Il n'en reste pas moins que la nationalité devient déterminante dans les conséquences attachées à la condamnation.

C'est précisément le rôle de la clause de rigueur de l'article 66a alinéa 2 CP, qui doit éviter que l'automatisme de l'expulsion ne fasse disparaître tout examen de la situation individuelle (M. BUSSLINGER & P. UEBERSAX, *Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung*, in: plädoyer 2016, pp. 96-109). La conciliation de la volonté exprimée par le constituant avec l'exigence de proportionnalité n'est donc pas une question périphérique: elle est au cœur du régime.

L'**Espagne** a suivi une autre voie, ce qui oblige à la prudence lorsqu'il s'agit de transposer les catégories juridiques d'un ordre juridique à l'autre. Le séjour irrégulier n'y constitue pas un délit: la [loi organique 4/2000 du 11 janvier 2000](#) le qualifie d'infraction administrative grave (art. 53), l'expulsion pouvant se substituer à l'amende sous le contrôle de la proportionnalité (art. 57). Les réformes de [2000](#) et de [2009](#) ont durci le dispositif, l'internement pouvant atteindre soixante jours, sans modifier cette qualification, tandis que le [Code pénal](#) occupe la périphérie, avec l'aide à l'entrée et au transit (art. 318 bis) et la substitution de l'expulsion à l'emprisonnement (art. 89, remanié en [2015](#)).

L'absence d'incrimination pénale du séjour ne signifie donc pas l'absence de logique punitive. Internement, expulsion et infractions connexes forment un ensemble dont les effets peuvent rejoindre ceux des systèmes qui pénalisent directement l'irrégularité. La distinction entre sanction administrative et peine, déjà difficile à établir en termes généraux, devient plus floue encore en droit des étrangers (cf. L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *Los confines de las sanciones*, in: Revista de Administración Pública 195, 2014).

Aux États-Unis, cette imbrication a pris une forme particulièrement institutionnalisée. Les

los artículos 66a a 66d CP el 1 de octubre de 2016 (C. PERRIER DEPEURSINGE, *L'expulsion selon les art. 66a à 66d du Code pénal suisse*, en: RPS 135, 2017, pp. 389-415).

De este modo, la comisión de un mismo delito puede tener consecuencias radicalmente distintas según la situación migratoria de la persona. El ciudadano permanece en su país, mientras que el extranjero puede ser expulsado durante años, aunque haya nacido en Suiza y haya construido allí toda su vida. Esta diferenciación apoya, es cierto, sobre un dato incontestable, a saber, el derecho incondicional del nacional a permanecer en su propio Estado. No por ello deja de ser la nacionalidad determinante en las consecuencias asociadas de la condena.

Ese es precisamente el papel de la cláusula de rigor del artículo 66a, párrafo 2, CP, llamada a evitar que el automatismo de la expulsión haga desaparecer todo examen de la situación individual (M. BUSSLINGER & P. UEBERSAX, *Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung*, en: plädoyer 2016, pp. 96-109). Conciliar la voluntad expresada por el constituyente con la exigencia de proporcionalidad no es, pues, una cuestión periférica: está en el corazón mismo del régimen.

España ha seguido otro camino, lo que obliga a ser cautelosos al trasladar las categorías jurídicas de un ordenamiento a otro. La estancia irregular no constituye allí delito: la [Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero](#), la califica de infracción administrativa grave (art. 53), y la expulsión puede sustituir a la multa bajo el control de la proporcionalidad (art. 57). Las reformas de [2000](#) y de [2009](#) endurecieron el dispositivo, con un internamiento que puede alcanzar los sesenta días, sin alterar esta calificación. El [Código Penal](#) ocupa la periferia, con la ayuda a la entrada y al tránsito (art. 318 bis) y la sustitución de la prisión por la expulsión (art. 89, reformado en [2015](#)).

La ausencia de tipificación penal de la estancia no significa, por tanto, ausencia de lógica punitiva. Internamiento, expulsión e infracciones

lois de 1996, l'[Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act](#) et l'[Antiterrorism and Effective Death Penalty Act](#), ont élargi les catégories d'infractions susceptibles d'entraîner des conséquences migratoires, réduit la marge d'appréciation des juges et renforcé le recours à la détention. L'entrée et la réentrée irrégulières font par ailleurs l'objet d'incriminations fédérales spécifiques (; AMERICAN IMMIGRATION COUNCIL, [Prosecuting People for Coming to the US](#), 2026; C. C. GARCÍA HERNÁNDEZ, *Creating Crimmigration*, in: Brigham Young University Law Review 2013/6, 2014, pp. 1457-1516).

Pour l'étranger condamné, l'exécution de la peine ne met donc pas nécessairement fin à la réponse de l'État. Elle peut être suivie d'une détention migratoire, puis d'une expulsion. La sanction se dédouble, et sa seconde composante, la perte du droit de demeurer dans le pays, peut être plus lourde encore que la peine elle-même.

L'évolution récente a encore renforcé cette tendance. Le [Laken Riley Act](#), signé le 29 janvier 2025, impose la détention d'étrangers dès l'inculpation pour certaines infractions, avant tout jugement. En mars 2025, l'administration a invoqué l'Alien [Enemies Act de 1798](#) pour transférer des ressortissants vénézuéliens vers une prison de haute sécurité au Salvador, sans procédure préalable, avant que des juridictions fédérales ne jugent ces éloignements contraires aux garanties du procès équitable. Dans le même temps, la révocation de statuts de protection temporaire et de programmes d'admission humanitaire a fait basculer dans l'irrégularité, du jour au lendemain, des centaines de milliers de personnes entrées et employées légalement. Cet exemple confirme ce qui a déjà été relevé: la situation d'irrégularité n'est pas toujours la conséquence du comportement de la personne migrante.

L'Amérique latine apporte cependant un contrepoint à cette évolution. Plusieurs États de la région ont choisi de penser la mobilité davantage en termes de droits, d'intégration régionale et de régularisation, notamment à travers les mécanismes de résidence du

conexas forment un conjunto cuyos efectos pueden equipararse a los de los sistemas que penalizan directamente la irregularidad. La distinción entre sanción administrativa y pena, ya difícil de establecer en términos generales, se vuelve aún más difusa en el derecho de extranjería (cfr. L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *Los confines de las sanciones*, en: Revista de Administración Pública 195, 2014).

En Estados Unidos, esta imbricación ha adquirido una forma particularmente institucionalizada. Las leyes de 1996, la [Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act](#) y la [Antiterrorism and Effective Death Penalty Act](#), ampliaron las categorías de delitos con consecuencias migratorias, redujeron el margen de apreciación de los jueces y reforzaron el recurso a la detención. La entrada y el reingreso irregulares son, además, objeto de tipos federales específicos (; AMERICAN IMMIGRATION COUNCIL, [Prosecuting People for Coming to the US](#), 2026; C. C. GARCÍA HERNÁNDEZ, *Creating Crimmigration*, en: Brigham Young University Law Review 2013/6, 2014, pp. 1457-1516).

Para el extranjero condenado, el cumplimiento de la pena no pone entonces necesariamente fin a la respuesta del Estado. Puede seguirle una detención migratoria y, después, una expulsión. La sanción se desdobra, y su segundo componente, la pérdida del derecho a permanecer en el país, puede pesar aún más que la propia pena.

La evolución reciente ha reforzado aún más esta tendencia. La [ley Laken Riley](#), firmada el 29 de enero de 2025, impone la detención de extranjeros desde la mera imputación por determinados delitos, antes de todo juicio. En marzo de 2025, la administración invocó la [Alien Enemies Act de 1798](#) para trasladar a nacionales venezolanos a una prisión de alta seguridad en El Salvador sin procedimiento previo, antes de que tribunales federales declararan esos alejamientos contrarios a las garantías del debido proceso. Al mismo tiempo, la revocación de estatutos de protección temporal y de programas de admisión

Mercosur. Une idée s'en dégage: la frontière n'entraîne pas nécessairement la peine.

Le droit écrit ne suffit toutefois pas à rendre compte de la réalité. Les pratiques policières peuvent maintenir une logique punitive en marge des textes. Au Brésil, la doctrine a ainsi relevé le recul du paradigme humaniste qui avait accompagné la réforme du droit migratoire (T. OLIVEIRA MOREIRA, *El regreso de la crimigración y el desvanecimiento del carácter humanista de la Ley de Migración Brasileña*, in: *Latin American Law Review* 1, 5, 2020, pp. 97-120).

L'Afrique appelle une autre précaution, car l'histoire y précède les catégories juridiques contemporaines: de nombreuses mobilités commerciales, familiales ou pastorales existaient bien avant les frontières héritées de la colonisation, et la construction de l'État frontalier a transformé ces circulations anciennes en entrées et sorties juridiquement irrégulières.

L'Afrique du Sud en offre l'exemple le plus étudié. Après l'apartheid, la police des migrations a prolongé certaines logiques de contrôle élaborées sous le régime précédent (J. KLAAREN & J. RAMJI, *Inside illegality: Migration policing in South Africa after apartheid*, in: *Africa Today* 48/3, 2001, pp. 35-47).

À cette histoire s'ajoute aujourd'hui l'externalisation des politiques migratoires européennes. La frontière de l'Europe se prolonge au-delà de son territoire lorsque certaines fonctions de contrôle sont confiées à des autorités étrangères. Une question devient alors difficile à éviter: jusqu'où un État peut-il déléguer matériellement le contrôle migratoire tout en échappant aux obligations de protection qui devraient l'accompagner ? La réponse demeure ouverte.

Qui sera contrôlé, détenu, poursuivi ou éloigné ? Ces transformations normatives ont des conséquences très concrètes. Plus que les qualifications juridiques retenues, c'est donc la manière dont la contrainte se distribue qu'il faut observer. C'est précisément ce que font les **contributions réunies dans ce numéro**.

humanitaria hizo caer en la irregularidad, de un día para otro, a cientos de miles de personas que habían entrado y trabajado legalmente. Este ejemplo confirma lo ya señalado: la situación de irregularidad no siempre es consecuencia de la conducta de la persona migrante. América Latina aporta, con todo, un contrapunto a esta evolución. Varios Estados de la región han optado por pensar la movilidad más en términos de derechos, integración regional y regularización, en particular a través de los mecanismos de residencia del Mercosur. De ahí se desprende una idea: la frontera no conlleva necesariamente a la pena.

El derecho escrito no basta, sin embargo, para dar cuenta de la realidad. Las prácticas policiales pueden mantener una lógica punitiva al margen de los textos. En Brasil, la doctrina ha señalado así el retroceso del paradigma humanista que había acompañado la reforma del derecho migratorio (T. OLIVEIRA MOREIRA, *El regreso de la crimigración y el desvanecimiento del carácter humanista de la Ley de Migración Brasileña*, en: *Latin American Law Review* 1, 5, 2020, pp. 97-120).

África exige otra precaución, pues la historia precede allí a las categorías jurídicas contemporáneas: numerosas movilizaciones comerciales, familiares o pastorales existían mucho antes de las fronteras heredadas de la colonización, y la construcción del Estado fronterizo transformó esas circulaciones antiguas en entradas y salidas jurídicamente irregulares.

Sudáfrica ofrece el ejemplo más estudiado. Tras el apartheid, la policía migratoria prolongó ciertas lógicas de control elaboradas bajo el régimen anterior (J. KLAAREN & J. RAMJI, *Inside illegality: Migration policing in South Africa after apartheid*, en: *Africa Today* 48/3, 2001, pp. 35-47).

A esta historia se añade hoy la externalización de las políticas migratorias europeas. La frontera de Europa se prolonga más allá de su territorio cuando ciertas funciones de control se confían a autoridades extranjeras. Una pregunta se vuelve entonces difícil de eludir: ¿hasta dónde puede

José Ángel BRANDARIZ (Espagne) ouvre le volume avec une étude traduite de l'espagnol par Ana Carla FARRÈR GONÇALVES. Quinze ans après ses débuts, la *crimmigration* est devenue un cadre d'analyse incontournable des processus de criminalisation de la mobilité irrégulière. L'auteur en expose les principales lignes de débat, puis s'arrête sur un aspect négligé par la littérature internationale, le conflit entre les objectifs du contrôle migratoire et ceux du contrôle pénal. Perceptible au niveau normatif et plus encore dans l'application du droit, ce conflit a donné naissance, selon les pays, à des modèles punitifs différents, qui tendent généralement à faire primer les intérêts du contrôle migratoire sur ceux du droit pénal et de la justice pénale. Que reste-t-il alors des garanties pénales lorsque le fonctionnement du système est subordonné aux objectifs du contrôle migratoire ?

Fabian BRAND (Suisse) examine les parallèles entre l'expulsion obligatoire de l'article 66a du Code pénal suisse et le refus de naturalisation en raison d'une condamnation pénale antérieure. À travers les modèles de philosophie politique de HOBBS et de ROUSSEAU, il montre que l'expulsion repose sur une logique d'exclusion des personnes insuffisamment intégrées à la communauté juridique, qui ne se déclenche toutefois qu'en cas de violation des valeurs fondamentales sous-tendant le catalogue de l'article 66a alinéa 1 CP. Bien que ses effets dissuasifs lui confèrent un caractère quasi pénal, la mesure répond avant tout à une finalité préventive de neutralisation du danger. C'est dans ce cadre que prend sens la distinction entre l'étranger matériel et l'étranger seulement formel, la clause de rigueur permettant de déterminer dans laquelle de ces catégories se trouve la personne concernée. Ces réflexions sont ensuite étendues au domaine de la naturalisation, où l'article propose que l'appréciation des antécédents pénaux se conforme au catalogue prévu à l'article 66a CP, celui-ci offrant une base objective et prévisible, conforme aux exigences de la sécurité juridique. Dans les deux configurations, l'étranger acquiert pour la première fois une visibilité politique face

un Estado delegar materialmente el control migratorio y sustraerse, al mismo tiempo, de las obligaciones de protección que deberían acompañarlo? La respuesta sigue abierta.

¿Quién será controlado, detenido, perseguido o alejado? Estas transformaciones normativas tienen consecuencias muy concretas. Más que las calificaciones jurídicas elegidas, lo que hay que observar es cómo se distribuye la coerción. Eso es precisamente lo que hacen las **contribuciones reunidas en este número**.

José Ángel BRANDARIZ (España) abre el volumen con un estudio traducido del español por Ana Carla Farrèr Gonçalves. Quince años después de sus inicios, la *crimmigration* se ha convertido en un marco fundamental para el estudio de los procesos de criminalización de la movilidad irregular. El autor expone las principales líneas del debate y se detiene después en un aspecto poco atendido por la literatura internacional, el conflicto entre los objetivos del control migratorio y los del control penal. Perceptible en el plano normativo y, más aún, en la aplicación del derecho, ese conflicto ha dado lugar en diversos países a modelos punitivos distintos, que en general tienden a dar prioridad a los intereses del control migratorio sobre los del derecho penal y el sistema de justicia penal. ¿Qué queda entonces de las garantías penales cuando el funcionamiento del sistema queda subordinado a los objetivos del control migratorio?

Fabian BRAND (Suiza) examina los paralelismos entre la expulsión obligatoria del artículo 66a del Código Penal suizo y la denegación de la naturalización debido a una condena penal anterior. A través de los modelos de filosofía política de Hobbes y Rousseau, muestra que la expulsión se basa en una lógica de exclusión de las personas insuficientemente integradas en la comunidad jurídica, que solo se activa, sin embargo, en caso de violación de los valores fundamentales que subyacen al catálogo del artículo 66a, párrafo 1, CP. Aunque sus efectos disuasorios le confieren un carácter cuasipenal, la medida responde ante todo a una finalidad

au Souverain. Qui appartient à la communauté juridique, et qui en décide ? Les mêmes antécédents peuvent-ils fonder à la fois l'expulsion et le refus de la naturalisation ?

Raphaël BAGI (Suisse) interroge la compatibilité du dispositif suisse avec les droits fondamentaux lorsque sont concernées des personnes LGBTIQ en situation de migration. La détention administrative en vue du renvoi et la pénalisation du séjour irrégulier participent d'un même dispositif de contrôle migratoire, dont les effets peuvent invisibiliser les besoins spécifiques des personnes concernées et les exposer à des risques accrus de violence, d'isolement, de discrimination et de traitements contraires aux droits fondamentaux. Sa conclusion est nuancée: si le cadre juridique suisse apparaît formellement compatible avec les exigences constitutionnelles et conventionnelles, son application concrète présente, en l'absence de mécanismes explicites de prise en compte des vulnérabilités liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre, des déficiences structurelles susceptibles d'en compromettre la conformité aux droits fondamentaux. En confrontant le droit suisse aux standards européens et internationaux et à certaines pratiques étrangères, l'auteur met en évidence les limites d'une neutralité apparente et identifie des pistes d'évolution. Un cadre conforme sur le papier suffit-il à protéger les personnes les plus exposées ?

Karin GEORGES TRABERT (Suisse) et **Jean Carlo ASTORGA CORDERO** (Costa Rica) analysent la « criminalisation de la condition d'étranger », entendue comme la création de sanctions spécifiques directement rattachées au statut migratoire irrégularisé. Leur étude comparée examine la réponse sanctionnatrice de deux États: l'article 115 LEI, dont des données statistiques illustrent l'application pénale effective en Suisse, et l'article 33 alinéa 3 de la Ley General de Migración y Extranjería du Costa Rica, qui prévoit une sanction administrative dont un entretien révèle qu'elle n'est guère appliquée en pratique. L'article se clôt par la mise en regard des similitudes et des différences, et par une appréciation critique de

preventiva de neutralización del peligro. En este contexto cobra sentido la distinción entre el extranjero material y el extranjero meramente formal, pues la cláusula de rigor permite determinar en cuál de estas categorías se encuentra la persona afectada. Estas reflexiones se extienden posteriormente al ámbito de la naturalización, donde el artículo propone que la valoración de los antecedentes penales se ajuste al catálogo previsto en el artículo 66a CP, por considerar que ofrece una base objetiva y previsible, acorde con las exigencias de seguridad jurídica. En ambas configuraciones, el extranjero adquiere por primera vez visibilidad política ante el Soberano. ¿Quién pertenece a la comunidad jurídica, y quién lo decide? ¿Pueden los mismos antecedentes fundar a la vez la expulsión y la denegación de la naturalización?

Raphaël BAGI (Suiza) interroga la compatibilidad del dispositivo suizo con los derechos fundamentales cuando afecta a personas LGBTIQ en situación de migración. La detención administrativa con vistas a la devolución y la penalización de la estancia irregular forman parte de un mismo dispositivo de control migratorio, cuyos efectos pueden invisibilizar las necesidades específicas de las personas afectadas y exponerlas a riesgos acrecentados de violencia, aislamiento, discriminación y tratos contrarios a los derechos fundamentales. Su conclusión es matizada: si bien el marco jurídico suizo parece formalmente compatible con las exigencias constitucionales y convencionales, su aplicación concreta presenta, a falta de mecanismos explícitos de consideración de las vulnerabilidades vinculadas a la orientación sexual y a la identidad de género, deficiencias estructurales susceptibles de comprometer su conformidad con los derechos fundamentales. Al confrontar el derecho suizo con los estándares europeos e internacionales y con determinadas prácticas extranjeras, el autor pone en evidencia los límites de una neutralidad aparente e identifica vías de evolución. ¿Basta un marco conforme sobre el papel para proteger a las personas más expuestas?

la nécessité et de l'efficacité des instruments de sanction des deux modèles. Faut-il punir ce que l'on pourrait simplement administrer ? Et que nous apprend un pays qui n'applique guère la sanction qu'il a pourtant prévue ?

Mansah DONDO AMOAH et Molya VUNDAMINA (Afrique du Sud) examinent la criminalisation de la migration en Afrique du Sud. La gouvernance pénale des migrations n'y constitue pas une rupture soudaine avec un système administratif neutre, mais reproduit, bien que reconfigurées dans l'ordre constitutionnel contemporain, les logiques punitives héritées du contrôle des mobilités durant l'apartheid. L'apport principal de l'étude est de montrer que la défaillance administrative est un moteur de cette gouvernance: obstacles documentaires, bureaux d'accueil des réfugiés inaccessibles, arriérés, permis expirés, corruption et voies de régularisation défaillantes produisent ou prolongent le statut irrégulier, que des catégories comme celle d'« illegal foreigner » rendent ensuite juridiquement opérant pour arrêter, détenir et expulser. La comparaison finale avec les États-Unis mesure à la fois la convergence mondiale du phénomène et la singularité du cas sud-africain. Que vaut alors le reproche d'irrégularité lorsque l'État l'a lui-même fabriquée ?

Mateo GONZÁLEZ FIGUEROA (Colombie) clôt le volume depuis la Colombie, devenue le premier pays d'accueil des migrants vénézuéliens au monde. La première partie de l'article rattache le désintérêt historique de la doctrine juridique colombienne pour la migration à une relation ancienne entre le droit administratif et la population étrangère, marquée par la logique de la science de la police et par le paradigme civilisation/barbarie qui a traversé la période coloniale, la Régénération et une grande partie du XXe siècle. La seconde partie examine le régime sanctionnateur en vigueur et le processus de constitutionnalisation conduit par la Corte Constitucional. La conclusion rejoint l'étude sud-africaine: la large marge discrétionnaire avec laquelle opère aujourd'hui Migration Colombia est pour une bonne part l'héritage de cette logique historique, et, malgré

Karin **GEORGES TRABERT** (Suiza) et **Jean Carlo ASTORGA CORDERO** (Costa Rica) analysent la «criminalización de la condición de extranjero», entendida como la creación de sanciones específicas directamente vinculadas al estatus migratorio irregularizado. Su estudio comparado examina la respuesta sancionatoria de dos Estados: el artículo 115 AIG, cuya aplicación penal efectiva en Suiza ilustran mediante datos estadísticos, y el artículo 33, apartado 3, de la Ley General de Migración y Extranjería de Costa Rica, que establece una sanción administrativa que, según una entrevista incorporada al estudio, apenas se aplica en la práctica. El artículo concluye con una elaboración de similitudes y diferencias y con una valoración crítica sobre la necesidad y la efectividad de los instrumentos sancionatorios de ambos modelos. ¿Hay que castigar lo que podría simplemente administrarse? ¿Y qué nos enseña un país que apenas aplica la sanción que él mismo ha previsto?

Mansah DONDO AMOAH et Molya VUNDAMINA (África del sur) examinan la criminalización de la migración en Sudáfrica. La gobernanza penal de las migraciones no supone allí una ruptura repentina con un sistema administrativo neutro, sino que reproduce, aunque reconfiguradas en el orden constitucional contemporáneo, las lógicas punitivas heredadas del control de la movilidad durante el apartheid. La aportación principal del estudio es mostrar que la falla administrativa es un motor de esa gobernanza: obstáculos documentales, oficinas de acogida de refugiados inaccesibles, retrasos acumulados, permisos vencidos, corrupción y vías de regularización deficientes producen o prolongan el estatus irregular, que categorías como la de «illegal foreigner» convierten después en jurídicamente operativo para arrestar, detener y expulsar. La comparación final con Estados Unidos mide a la vez la convergencia mundial del fenómeno y la singularidad del caso sudafricano. ¿Qué vale entonces el reproche de irregularidad cuando el propio Estado la ha fabricado?

Mateo GONZÁLEZ FIGUEROA (Colombia) cierra el volumen desde Colombia, convertida en el

les avancées jurisprudentielles, un écart structurel subsiste entre le mandat constitutionnel et la pratique institutionnelle, au point que l'action de *tutela* est devenue le recours ordinaire pour protéger des droits qui devraient être garantis dès l'ouverture de la procédure administrative. À quoi servent des garanties constitutionnelles si le recours d'exception devient la voie ordinaire pour les obtenir ?

Six terrains, quatre continents, mais une même question. Lorsque la peine sert à administrer la présence des personnes sur un territoire, elle change de fonction. Elle ne répond plus seulement à un acte commis, mais contribue à décider qui peut rester et qui doit partir. C'est ce déplacement qu'il faut regarder en face pour pouvoir en discuter les justifications, en mesurer les effets et, lorsqu'ils l'exigent, penser la réforme.

mayor receptor de migrantes venezolanos del mundo. La primera parte del artículo vincula el desinterés histórico de la doctrina jurídica colombiana por la migración con una relación antigua entre el derecho administrativo y la población extranjera, marcada por la lógica de la ciencia de la policía y por el paradigma civilización/barbarie que atravesó el período colonial, la Regeneración y buena parte del siglo XX. La segunda parte examina el régimen sancionatorio vigente y el proceso de constitucionalización impulsado por la Corte Constitucional. La conclusión coincide con la del estudio sudafricano: la amplia discrecionalidad con la que opera hoy Migración Colombia es en buena medida herencia de esa lógica histórica y, pese a los avances jurisprudenciales, persiste una brecha estructural entre el mandato constitucional y la práctica institucional. Hasta el punto de que la acción de *tutela* se ha convertido en el recurso ordinario para proteger derechos que deberían estar garantizados desde el inicio del procedimiento administrativo. ¿De qué sirven las garantías constitucionales si el recurso de excepción se convierte en la vía ordinaria para obtenerlas?

Seis terrenos, cuatro continentes y una mismacuestión. Cuando la pena sirve para administrar la presencia de las personas en un territorio, cambia de función. Ya no responde solo a un acto cometido, sino que contribuye a decidir quién puede quedarse y quién debe irse. Ese desplazamiento es el que hay que mirar de frente para poder discutir sus justificaciones, medir sus efectos y, cuando estos lo exijan, pensar la reforma.

sommaire – sumario

éditorial – editorial	
Thierry Godel, Ana Carla Farrer Gonçalves L'usage du droit pénal à des fins migratoires / El uso del derecho penal con fines migratorios	6-19
doctrine – doctrina	
José Ángel Brandariz Crimmigration: The Risks of the Growing Use of Immigration Law within the Criminal Justice System	20-43
Fabian Brand Perspectives sur la nature juridique de l'expulsion obligatoire (art. 66a CP) et du refus de naturalisation en raison d'une condamnation pénale antérieure – Le droit pénal comme garant des valeurs fondamentales ?	44-98
Raphaël Bagi L'ombre des frontières: détention, expulsion et droits des personnes LGBTIQ	99-124
Karin Georges Trabert, Jean Carlo Astorga Cordero Punición de la migración irregularizada: un análisis comparativo entre Suiza y Costa Rica	125-158
Mansah Dondo Amoah, Molya Vundamina The Criminalisation of Migration in South Africa: Administrative Failure, Enforcement and Penal Governance	159-208
Mateo González Figueroa Migración y derecho administrativo sancionatorio en Colombia: transformaciones, constitucionalización y garantías del debido proceso	209-219

Crimmigration: The Risks of the Growing Use of Immigration Law within the Criminal Justice System

José Ángel Brandariz

Translated by **Ana Carla Farrer Gonçalves**. Original article published as: Brandariz José Ángel, *Crimigración: los riesgos del uso creciente del derecho migratorio en el marco del sistema penal*, Revista Derecho Penal y Criminología (Vol. 45/119) 2024, pp. 145-170.

Suggested citation: José Ángel Brandariz, Crimmigration: The Risks of the Growing Use of Immigration Law within the Criminal Justice System, translated by Ana Carla Farrer Gonçalves, Journal DPPC, 2026, 2, 20-43.

URL: <https://www.dppc.online/en>

Abstract

In March 2024, the fifth global congress on crimmigration studies was held in Portland (USA). Over the last fifteen years, crimmigration has become a fundamental framework for studying the processes of criminalisation of irregular mobility and, more generally, the growing interrelation between criminal law and immigration law. This paper presents the main lines of debate surrounding the theory of crimmigration. Alongside this, it analyses an aspect that has not received sufficient attention in the international literature on the subject, namely the tension between the objectives of migration control and those of criminal control. This tension, which manifests itself both at the regulatory level and even more so in the application of the law, has given rise in various countries to different punitive models, which generally tend to prioritise the interests of migration control over those of criminal law and the criminal justice system.

Keywords: crimmigration, criminalisation of immigration, migrationisation of criminal law, immigration control system.

Résumé

En mars 2024 s'est tenu à Portland (États-Unis) le cinquième congrès mondial des études sur la crimmigration. Au cours des quinze dernières années, la crimmigration est devenue un cadre d'analyse fondamental pour l'étude des processus de criminalisation de la mobilité irrégulière et, plus généralement, de l'interrelation croissante entre le droit pénal et le droit des migrations. La présente contribution expose les principales lignes du débat autour de la théorie de la crimmigration. Elle analyse en outre un aspect qui n'a pas reçu une attention suffisante dans la littérature internationale en la matière, à savoir la tension entre les objectifs du contrôle migratoire et ceux du contrôle pénal. Cette tension, qui se manifeste tant au niveau normatif que, plus encore, dans l'application du droit, a donné naissance, dans divers pays, à des modèles punitifs différents, lesquels tendent généralement à faire primer les intérêts du contrôle migratoire sur ceux du droit pénal et de la justice pénale.

Mots-clés: crimmigration, criminalisation de l'immigration, migrationisation du droit pénal, système de contrôle de l'immigration.

Resumen

En marzo de 2024 se celebró en Portland (EE. UU.) el quinto congreso mundial de estudios sobre crimigración. Durante los últimos quince años, la crimigración se ha convertido en un marco fundamental para el estudio de los procesos de criminalización de la movilidad irregular y, más en general, de la creciente interrelación entre el derecho penal y el derecho migratorio. Este trabajo presenta las principales líneas de debate en torno a la teoría de la crimigración. Asimismo, analiza un aspecto que no ha recibido suficiente atención en la literatura internacional sobre la materia, a saber, la tensión entre los objetivos del control migratorio y los del control penal. Esta tensión, que se manifiesta tanto en el plano normativo como, aún más, en la aplicación del derecho, ha dado lugar en diversos países a distintos modelos punitivos, que en general tienden a dar prioridad a los intereses del control migratorio sobre los del derecho penal y el sistema de justicia penal.

Palabras clave: crimigración, criminalización de la inmigración, migracionización del derecho penal, sistema de control migratorio.

Contents

Introduction	23
I. The crimmigration thesis: basic content	23
II. Fractures in crimmigratory convergence: the priority of immigration control objectives	27
Conclusion	36
Bibliography	37

Introduction

[1] Academic debates on the criminalisation of mobility have gained increasing relevance over the last two decades. In this context, a growing number of authors have adopted the crimmigration thesis to analyse changes in migration control. This theoretical perspective argues that (administrative) migration law (hereinafter ML) and criminal law (hereinafter CL) have been converging in the recent past, leading both to the criminalisation of breaches of ML and to the imposition of ML sanctions in cases of crimes committed by foreign nationals. The crimmigration thesis has opened up new avenues of analysis and revitalised academic discussions on immigration control, detention, deportation and, more generally, on the legal response to crimes committed by foreign nationals. It is therefore appropriate to analyse how and to what extent the type of reforms examined by the crimmigration thesis have strained basic principles of the criminal justice system, particularly in relation to immigration law. However, before doing so, it seems appropriate to review the crimmigration thesis, its content and the main debates it has generated.

I. The crimmigration thesis: basic content

[2] At the beginning of this century, the criminalisation of immigration became a topic of analysis that generated increasing interest in the American academic literature¹. At the same time, European literature was examining European Union (EU) policies in this area as an example of the securitisation of migration and asylum². Certainly, there were good reasons for academic studies to adopt such perspectives. The United States had passed a series of legislative reforms in the 1990s with the intention of facilitating the use of immigration control measures to deal with crimes committed by foreign nationals – notably the Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act and the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act, both of 1996. Subsequently, changes in budgetary policies and logistical reforms implemented at the turn of the century reinforced the criminalisation of irregular foreign nationals in the United States³. In the EU,

¹ CHACÓN J. M., *Managing Migration through Crime*, Columbia Law Review Sidebar (Vol. 109) 2009, 135 – 148; LEGOMSKY S. H., *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, Washington & Lee Law Review (Vol. 64/2) 2007, 469 – 528; MILLER T. A., *Citizenship & Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology*, Georgetown Immigration Law Journal (Vol. 17) 2003, 611 – 666.

² FERNÁNDEZ BESSA C., *Frontera Sur: Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Barcelona 2008; HUYSMANS J., *The Politics of Insecurity: Fear, Migration and Asylum in the EU*, Abingdon 2006.

³ GOODMAN A., *The Deportation Machine: America's Long History of Expelling Immigrants*, Princeton 2020; KANSTROOM D., *Deportation Nation: Outsiders in American History*, Cambridge 2007.

meanwhile, irregular migration was becoming an increasingly significant and contentious issue in the political arena⁴. Europe, too, was joining the trend towards criminalisation through the adoption in 2002 of the so-called 'Facilitators Package'⁵, which criminalises activities that facilitate irregular migration⁶.

[3] In this context, the American legal scholar Juliet Stumpf⁷ developed an innovative perspective to analyse this set of regulatory reforms. By studying the new laws and policies implemented in the United States, Stumpf highlights that although they have traditionally been two distinct and loosely related branches of the legal system, immigration law and criminal law have gradually merged to form a new legal order, distinct from its two components⁸. Specifically, Stumpf⁹ notes that "*the merging of the two branches, in both substantive and procedural terms, has created parallel systems, in which immigration law and the criminal justice system are separated only formally*".

[4] Nevertheless, Stumpf¹⁰ emphasizes that significant differences still exist between immigration law and criminal law, ranging from the validity of constitutional guarantees to the role played by race and national origin in both branches of the legal system. These are not minor differences, if only because "*the constitutional guarantees that have traditionally protected defendants in criminal proceedings [...] have not crossed the boundary between immigration law and criminal law*"¹¹.

[5] Notwithstanding these differences, Stumpf¹² considers that convergence in criminal law is particularly evident in certain specific areas. Firstly, there is an overlap between immigration law and criminal law in substantive terms¹³, as a result of various legal innovations, notably the expansion of deportation on criminal grounds, the criminalisation of immigration offences, and the detention and deportation of foreign nationals on grounds of public security. Alongside this, the progressive strengthening of immigration policing systems and agencies is leading the field of mobility control to increasingly resemble the criminal justice system¹⁴. Finally, there is a growing parallelism between criminal proceedings and immigration sanctioning procedures¹⁵: beyond the development of immigration policing powers and jurisdictional procedures of an immigration nature

⁴ BALIBAR E., *Nous, Citoyens d'Europe? Les frontières, l'État, le peuple*, Paris 2001; GUILD E., *Security and Migration in the 21st Century*, Cambridge 2009.

⁵ The "Facilitation Package" consists of Directive 2002/90/EC of 28 November 2002, aimed at defining the facilitation of unauthorised entry, movement and residence, and Framework Decision 2002/946/JHA of 28 November 2002, aimed at strengthening the criminal law framework for the suppression of the facilitation of unauthorised entry, movement and residence.

⁶ MITSILEGAS V., *The Criminalisation of Migration in Europe: Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Cham 2015; MITSILEGAS V., *The Criminalisation of Migration in the Law of the European Union: Challenging the Preventive Paradigm*, in: Gatta G. L. / Mitsilegas V. / Zirulia S. (édit.), *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Oxford 2021, pp. 25 – 45.

⁷ STUMPF J., *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, American University Law Review (Vol. 56) 2006, 367 – 419.

⁸ See also STUMPF J., *Crimmigration: Encountering the Leviathan*, in: Pickering S. / Ham J. (édit.), *The Routledge Handbook on Crime and International Migration*, Abingdon 2015, pp. 237 – 250.

⁹ STUMPF, *Crimmigration Crisis*, p. 376.

¹⁰ STUMPF, *Crimmigration Crisis*, pp. 392 – 395, 416 – 417.

¹¹ STUMPF J., *Two Profiles of Crimmigration Law: Criminal Deportation and Illegal Migration*, in: Pakes F. (édit.), *Globalisation and the Challenge to Criminology*, London 2013, pp. 91 – 109, p. 94. On the key issue of the scope of rights and guarantees in the field of criminal law, see, at length, SPALDING A., *The Treatment of Immigrants in the European Court of Human Rights: Moving Beyond Criminalisation*, Oxford 2022.

¹² STUMPF, *Crimmigration Crisis*, p. 381.

¹³ STUMPF, *Crimmigration Crisis*, pp. 381 – 386.

¹⁴ STUMPF, *Crimmigration Crisis*, pp. 386 – 390.

¹⁵ STUMPF, *Crimmigration Crisis*, pp. 390 – 392.

that resemble those of the criminal justice system, the consolidation of detention practices clearly illustrates this aspect of criminological convergence.

[6] In contrast to this body of work, which has enjoyed considerable influence, Stumpf's¹⁶ analysis of the crimmigratory turn from the perspective of membership theory and his penological reflections have had a limited impact¹⁷ and appear rather obsolete in light of the significant reforms to the criminal justice system that have taken place in the United States and elsewhere over the past fifteen years¹⁸.

[7] Following an initial phase in which the debate on crimmigration focused largely on the United States, Stumpf¹⁹ noted that "*it remains to be seen whether the crimmigration trend will gain ground in immigration law beyond the US experience*", suggesting that "*there is evidence that crimmigration is gaining some traction in Europe*"²⁰. His intuition was not misplaced. The theory of crimmigration gained global prominence in the 2010s, when a growing number of authors internationally took up Stumpf's analyses²¹ and used her perspective to study the innovations in migration control taking place across a range of countries and regions²². Stumpf herself contributed to this debate, refining her theory in various publications²³. Other US authors also engaged in the debate, adapting criminological analyses to innovations in immigration control practices²⁴.

[8] Such studies have focused substantially on legal issues and have paid attention, above all, to the practices that constitute the essence of the criminological-migrationist turn, namely the criminalisation of immigration offences, the increasing use of deportation on criminal grounds, the development of a wide-ranging detention system, and the consolidation of expansive models of immigration policing²⁵. Nevertheless, other authors have helped to broaden the scope of this

¹⁶ STUMPF, *Crimmigration Crisis*, pp. 396 – 419.

¹⁷ See, however, ARMENTA A. / VEGA I. I., *Latinos and the Crimmigration System*, Race, Ethnicity and Law (Vol. 22) 2017, 221 – 236; FRANKO K., *The Crimmigrant Other: Migration and Penal Power*, Abingdon 2020.

¹⁸ BRANDARIZ J. A., *Beyond the Austerity-Driven Hypothesis: Political Economic Theses on Penalty and the Recent Prison Population Decline*, European Journal of Criminology (Vol. 19/3) 2022, 349 – 367.

¹⁹ STUMPF, *Two Profiles*, p. 92.

²⁰ STUMPF, *Two Profiles*, p. 97.

²¹ GUIA M. J. / VAN DER WOUDE M. / VAN DER LEUN J. (édit.), *Social Control and Justice: Crimmigration in the Age of Fear*, The Hague 2013; KOULISH R. / VAN DER WOUDE M. (édit.), *Crimmigrant Nations: Resurgent Nationalism and the Closing of Borders*, New York 2020; VAN DER WOUDE M. / BARKER V. / VAN DER LEUN J. (édit.), *Special Issue on Crimmigration in Europe*, European Journal of Criminology (Vol. 14/1) 2017, 3 – 139.

²² BILLINGS P., *Crimmigration in Australia: Law, Politics and Society*, Cham 2019; GATTA G. L. / MITSILEGAS V. / ZIRULIA S. (édit.), *Controlling Immigration through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Portland 2021; MA T., *Contesting Crimmigration in Post-Hukou China*, Cham 2022; ROSENBERG-RUBINS R., *Crimmigration under International Protection: Constructing Criminal Law as Governmentality*, London 2023; STARING R. / TIMMERMAN R., *The Crimmigration Trend in the Netherlands: Some Critical Reflections*, Crimmigratie & Recht (Vol. 5/1) 2021, 60 – 71.

²³ STUMPF J., *Doing Time: Crimmigration Law and the Perils of Haste*, UCLA Law Review (Vol. 58) 2011, 1705 – 1748; STUMPF, *Two Profiles*; STUMPF J., *The Process Is the Punishment in Crimmigration Law*, in: FRANKO AAS K. / Bosworth M. (édit.), *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford 2013, pp. 58 – 75; STUMPF, *Encountering the Leviathan*; STUMPF J., *The Terrorism of Everyday Crime*, in: Koulis R. / van der Woude M. (édit.), *Crimmigrant Nations: Resurgent Nationalism and the Closing of Borders*, New York 2020, pp. 89 – 115.

²⁴ See, for example, GARCÍA HERNÁNDEZ C. C., *Creating Crimmigration*, Brigham Young University Law Review (Vol. 2013) 2014, 1457 – 1516; GARCÍA HERNÁNDEZ C. C., *Deconstructing Crimmigration*, University of California Davis Law Review (Vol. 52) 2018, 197 – 253.

²⁵ BOWLING B. / WESTENRA S., "A Really Hostile Environment": *Adiaphorisation, Global Policing and the Crimmigration Control System*, Theoretical Criminology (Vol. 24/2) 2020, 163 – 183; GARCÍA HERNÁNDEZ, *Deconstructing Crimmigration*; GATTA G. L., *Global Trends in 'Crimmigration' Policies: From the EU to the USA*, in:

academic debate. In several particularly influential publications, the Dutch socio-legal researchers Maartje van der Woude and Joanne van der Leun²⁶ emphasise that the criminological perspective must extend far beyond the legal sphere to examine the cultural, social and political factors contributing to the rise in the criminalisation of foreign nationals. This innovative proposal has the potential to open a dialogue between the theory of crimmigration and the criminology of mobility or border criminology, an equally influential theoretical framework that began to gain particular significance in the mid-2010s²⁷.

[9] In summary, the crimmigration thesis has demonstrated a remarkable ability to make sense of the migration control practices occurring in many places and to resonate with the research interests of various academic communities. However, like any theory that enjoys widespread acceptance, the crimmigration thesis has also generated a range of criticisms and questions.

[10] Various authors have questioned the very term 'crimmigration', pointing out that it may encourage xenophobic interpretations by linking immigration and crime²⁸. In addition, a section of the English-language literature has placed particular emphasis on the racial dimension of criminological models²⁹ and the differences in the treatment meted out to various groups of foreign nationals³⁰, an aspect that was scarcely considered in Stumpf's original publications³¹.

[11] The Canadian legal theorist Graham Hudson³², for his part, questions the formalist interpretation of legal categories adopted within the criminological perspective, which assumes differences between branches of law and overlooks the fact that the penetration of a punitive rationale into immigration law is part of a process that also affects other legal fields. By starting from mistaken premises, the crimmigration thesis misses the opportunity to utilise currently existing legal resources to grant constitutional guarantees to criminalised foreign nationals.

[12] A further criticism of the crimmigration thesis, and probably the most significant, is that the literature has placed excessive emphasis on the convergence between immigration law and

Gatta G. L. / Mitsilegas V. / Zirulia S. (édit.), *Controlling Immigration through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Portland 2021, pp. 47 – 79; WONDERS N., *Sitting on the Fence Spain's Delicate Balance: Bordering, Multiscalar Challenges, and Crimmigration*, *European Journal of Criminology* (Vol. 14/1) 2017, 7 – 26; see also STUMPF, *Two Profiles*; STUMPF, *Process Is the Punishment*; STUMPF, *Encountering the Leviathan*; STUMPF, *Terrorism of Everyday Crime*.

²⁶ VAN DER LEUN J. / VAN DER WOUDE M., *A Reflection on Crimmigration in the Netherlands: On the Cultural Security Complex and the Impact of Framing*, in: Guia M. J. / van der Woude M. / van der Leun J. (édit.), *Social Control and Justice: Crimmigration in the Age of Fear*, The Hague 2013, pp. 41 – 60, pp. 43 – 46; VAN DER WOUDE M. / VAN DER LEUN J. / NIJLAND J.-A., *Crimmigration in the Netherlands*, *Law & Social Inquiry* (Vol. 39/3) 2014, 560 – 579, pp. 562, 575.

²⁷ BOSWORTH M. / FRANKO K. / PICKERING S., *Punishment, Globalisation and Migration Control: "Get Them the Hell out of Here"*, *Punishment & Society* (Vol. 20/1) 2018, 34 – 53; PICKERING S. / BOSWORTH M. / FRANKO K., *The Criminology of Mobility*, in: *The Routledge Handbook on Crime and International Migration*, Abingdon 2015, pp. 382 – 395.

²⁸ CHACÓN J. M., *Producing Liminal Legality*, *Denver University Law Review* (Vol. 92/4) 2015, 709 – 767; MELOSSI D., *Crime, Punishment and Migration*, London 2015.

²⁹ ARMENTA / VEGA; BHATIA M., *Crimmigration, Imprisonment and Racist Violence: Narratives of People Seeking Asylum in Great Britain*, *Journal of Sociology* (Vol. 56/1) 2020, 36 – 52; MENJÍVAR C. / GÓMEZ CERVANTES A. / ALVORD D., *The Expansion of "Crimmigration" Mass Detention, and Deportation*, *Sociology Compass* (Vol. 12/4) 2018, e12573; VÁZQUEZ Y., *Constructing Crimmigration: Latino Subordination in a "Post-Racial" World*, *Ohio State Law Journal* (Vol. 76/3) 2015, 599 – 657.

³⁰ See also ROSENBLUM R. E., *Beyond Severity: A New View of Crimmigration*, *Lewis & Clark Law Review* (Vol. 22/3) 2018, 663 – 708.

³¹ See, however, STUMPF, *Crimmigration Crisis*; STUMPF, *Encountering the Leviathan*.

³² HUDSON G., *Does Crimmigration Theory Rest on a Mistake?*, *International Journal of Migration and Border Studies* (Vol. 4/4) 2018, 303 – 325, pp. 310, 315.

criminal law. Given its significance, this criticism and its implications are analysed in detail in the following section.

[13] In summary, the debate on crimmigration has been particularly intense in recent years, during which the thesis has played a fundamental role in consolidating an international academic community working on migration control³³. Within the framework of these debates, the reflections of van der Woude and van der Leun sound as revealing today as they did in the mid-2010s. Crimmigration studies have managed to move beyond their original focus on US immigration criminalisation³⁴, conducting comparative analyses that examine the situated factors shaping criminological practices, including, amongst others, processes of racialisation³⁵. Furthermore, criminological analyses must go beyond legal categories, developing interdisciplinary perspectives and analyses of law in action regarding the determinants and implications of criminological legal frameworks³⁶.

[14] When analysing the heterogeneity of current migration penalisation, criminological literature should take into account that the ongoing (partial) differentiation between migration control practices and criminal control practices is giving rise to varied and contextualized combinations of both types of punitive instruments. At a time when the theory of criminology is taking shape, its analyses should examine why and how practices of migration penalisation change over time. In this regard, the brilliant distinction developed by the American legal scholar Daniel Kanstroom³⁷ between ‘extended border control’ – which aims to protect the border and prevent irregular crossings – and ‘post-entry social control’ – which focuses on controlling the behaviour of foreign nationals already present in the country in question, imposing upon them a sort of probationary status may prove particularly useful for analysing the variations in criminal immigration frameworks observed in the United States, Europe and elsewhere. Specifically, this distinction can be used to analyse aspects of Stumpf’s thesis that have not been sufficiently developed, such as the internal differentiation of crimmigratory practices³⁸.

II. Fractures in crimmigratory convergence: the priority of immigration control objectives

[15] Notwithstanding the points made so far, the criminological-migration literature must address an additional question of particular relevance. Crimmigration theory appears to maintain a certain ambiguity regarding the agonistic nature of the convergence between migration interests and punitive interests. In this regard, the literature seems to have concluded that crimmigration is the result of two mirror-image processes, namely the criminalisation of irregular migration and the

³³ STUMPF, *Encountering the Leviathan*; STUMPF, *Terrorism of Everyday Crime*.

³⁴ VAN DER LEUN / VAN DER WOUDE; VAN DER WOUDE / VAN DER LEUN / NIJLAND; see also VAN DER WOUDE M. / BARKER V. / VAN DER LEUN J., *Introduction: Crimmigration in Europe*, *European Journal of Criminology* (Vol. 14/1) 2017, 3 – 6.

³⁵ FRANKO, K., *The Crimmigrant Other: Migration and Penal Power*, Abingdon: Routledge 2020.

³⁶ VAN DER LEUN / VAN DER WOUDE; VAN DER WOUDE / VAN DER LEUN / NIJLAND; see also KOULISH R. / VAN DER WOUDE M., *Introduction: The “Problem” of Migration*, in: Koulish R. / van der Woude M. (édit.), *Crimmigrant Nations: Resurgent Nationalism and the Closing of Borders*, New York 2020, pp. 1 – 30.

³⁷ KANSTROOM, *Deportation Nation*; KANSTROOM D., *Aftermath: Deportation Law and the New American Diaspora*, Oxford 2012.

³⁸ See STUMPF, *Two Profiles*, pp. 101 – 102, 104.

‘migrationisation’ of CL³⁹. When describing these processes in rather general terms, the relevant literature does not appear to give preference to either of these two dimensions⁴⁰. Although the result of this convergence is described as a new legal (and political) construct, academic studies seem to assume that criminological and migration practices and policies contribute to both border control and crime prevention. In other words, apparently, neither the interests of mobility control nor the objectives of criminal control are undermined by criminological and migration convergence. It could therefore be argued that, with criminological convergence, crime is governed through (the control of) migration and, conversely, human mobility is governed through (the control of) crime⁴¹.

[16] The literature on border criminology has clearly highlighted that changes in bordered penal systems⁴² are progressively consolidating a bifurcated penal system. This dual model reveals marked differences in the way nationals and foreigners are treated at every stage of the criminal proceedings and in the determination and enforcement of sentences⁴³. The differences are so marked that the question arises as to whether both subsystems truly pursue the interests of crime prevention, at least to the same extent. In fact, a close examination of the new models of border criminality reveals a fundamental aspect that the existing literature seems to overlook, namely that the coexistence of the objectives of immigration control and the fight against crime is less harmonious than is generally assumed. In fact, the relationship between these two types of interests is antagonistic⁴⁴ and, as will be seen below, in practice preference is being given to the immigration control agenda.

[17] There is at least one important reason why the criminological literature has overlooked, with some exceptions⁴⁵, the fundamental role played by mechanisms of migrationisation in many countries of the global North. As previously noted, this type of study has essentially focused its attention on the US context. In that country, the conclusion that criminological immigration policies serve both the interests of crime control and those of immigration control – and indeed that a far-reaching criminalisation of ML is taking place – is apparently more justifiable than in other areas. This is particularly evident in the field of immigration offences. Although irregular border-crossing behaviours, such as illegal entry and illegal re-entry, were criminalised in the early 20th century,

³⁹ The ‘immigrationisation of criminal law’ is a concept coined by the American legal scholar Teresa Miller (MILLER, *Citizenship & Severity*, p. 618) to describe the ‘intersection of regulatory and administrative practices [...] of immigration control within the criminal justice system’, as a dimension of crimmigration that must be distinguished from the ‘criminalisation of immigration law’ (see also LEGOMSKY; VAN DER WOUDE M. A. H. / VAN BERLO P., *Crimmigration at the Internal Borders of Europe? Examining the Schengen Governance Package*, *Utrecht Law Review* (Vol. 11/1) 2015, 61 – 79).

⁴⁰ KOULISH / VAN DER WOUDE, *Introduction*.

⁴¹ FRANKO AAS K., *The Ordered and the Bordered Society: Migration Control, Citizenship, and the Northern Penal State*, in: FRANKO AAS K. / Bosworth M. (édit.), *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford 2013, pp. 21 – 39; BOSWORTH M. / GUILD M., *Governing Through Migration Control: Security and Citizenship in Britain*, *The British Journal of Criminology* (Vol. 48/6) 2008, 703 – 719; WEBER L. / McCULLOCH J., *Penal Power and Border Control: Which Thesis? Sovereignty, Governmentality, or the Pre-emptive State?*, *Punishment & Society* (Vol. 21/4) 2019, 496 – 514.

⁴² FRANKO AAS K., *Bordered Penalty: Precarious Membership and Abnormal Justice*, *Punishment & Society* (Vol. 16/5) 2014, 520 – 541; FRANKO, *The Crimmigrant Other: Migration and Penal Power*, see also TODD-KVAM J., *Bordered Penal Populism: When Populism and Scandinavian Exceptionalism Meet*, *Punishment & Society* (Vol. 21/3) 2019, 295 – 314.

⁴³ EAGLY I. V., *Prosecuting Immigration*, *Northwestern University Law Review* (Vol. 104/4) 2010, 1281 – 1359; EAGLY I. V., *Criminal Justice for Noncitizens: An Analysis of Variation in Local Enforcement*, *New York University Law Review* (Vol. 88) 2013, 1126 – 1223; GARCÍA ESPAÑA E., *A criminological approach to migration*, Madrid 2018.

⁴⁴ GOODMAN M. / PAGE J. / PHELPS M., *Breaking the Pendulum: The Long Struggle Over Criminal Justice*, New York 2017.

⁴⁵ See SKLANSKY D. A., *Crime, Immigration, and ad hoc Instrumentalism*, *New Criminal Law Review* (Vol. 15/2) 2012, 157 – 223; STUMPF, *Terrorism of Everyday Crime*.

until recently these cases were primarily managed through administrative measures, such as returns/deportations⁴⁶. The reforms implemented in the first decade of the century, notably the so-called Operation Streamline in the US-Mexico border area, drastically changed this situation. Indeed, since 2005, Operation Streamline has implemented the logistical measures necessary to prosecute, on a massive scale, those who cross the border irregularly, leading to an exponential increase in federal criminal proceedings against foreign nationals⁴⁷. In the late 2010s, this policy of criminalisation was further reinforced within the framework of the Trump administration's border control agenda⁴⁸.

[18] However, the immigration and criminal justice landscape is very different in other parts of the world. Despite the efforts of EU institutions to criminalise a range of immigration offences, in empirical terms this criminalisation process has played a minor role in immigration and criminal justice reforms within the European context. Analysing the case of the United Kingdom, the socio-legal researcher Ana Aliverti⁴⁹ notes that immigration offences are rarely prosecuted. Tellingly, the author shows that criminal proceedings are only resorted to when immigration control measures, such as deportation, prove unfeasible⁵⁰. Data indicate that this situation is not very different in other Western European countries, with the exception of Italy⁵¹.

[19] At the same time, the significance of migration regimes in general has gone unnoticed because the criminological literature has placed excessive emphasis on the convergence between crime control practices and immigration control practices. Several authors have highlighted that, despite innovations in the fields of criminology and migration, criminal and migration procedures continue to operate with greater autonomy than the literature typically acknowledges⁵². In analysing what he terms 'interlegal jurisdictional games', the Canadian criminologist David Moffette⁵³ has brilliantly

⁴⁶ ABREGO L. / COLEMAN M. / MARTÍNEZ D. E. / MENJÍVAR C. / SLACK J., *Making Immigrants into Criminals: Legal Processes of Criminalisation in the Post-IIRIRA Era*, Journal on Migration and Human Security (Vol. 5/3) 2017, 694 – 715; CHAZARO A., *Challenging the "Criminal Alien" Paradigm*, UCLA Law Review (Vol. 63/3) 2016, 594 – 664; VÁZQUEZ Y., *Crimmigration: The Missing Piece of Criminal Justice Reform*, University of Richmond Law Review (Vol. 51) 2017, 1093 – 1147.

⁴⁷ KUBAL A. / OLAYO-MÉNDEZ A., *Mirrors of Justice? Undocumented Immigrants in Courts in the United States and Russia*, in: Koulis R. / van der Woude M. (édit.), *Crimmigrant Nations: Resurgent Nationalism and the Closing of Borders*, New York 2020, pp. 198 – 224; MARTÍNEZ D. E. / SLACK J. / MARTÍNEZ-SCHULTZ R., *The Rise of Mass Deportation in the United States*, in: Martínez Jr. R. / Hollis M. E. / Stowell J. I. (édit.), *The Handbook of Race, Ethnicity, Crime, and Justice*, Hoboken 2018, pp. 173 – 201.

⁴⁸ CULLEN F. / GRAHAM M., *Crime and Justice in the Trump Era*, London 2020; GARCÍA HERNÁNDEZ C. C., *Migrating to Prison: America's Obsession with Locking Up Immigrants*, New York 2019; WADHIA S. S., *Banned: Immigration Enforcement in the Time of Trump*, New York 2019.

⁴⁹ ALIVERTI A., *Exploring the function of criminal law in the policing of foreigners: The decision to prosecute immigration-related offences*, Social & Legal Studies (Vol. 21/4) 2012, 511 – 527, p. 519.

⁵⁰ ALIVERTI A., *Making People Criminal: The Role of the Criminal Law in Immigration Enforcement*, Theoretical Criminology (Vol. 16/4) 2012, 417 – 434; ALIVERTI, *Exploring the function*; ALIVERTI A., *Crimes of mobility: Criminal law and the regulation of immigration*, Abingdon 2013; see also BOSWORTH / GUILD; KUBAL A., *Struggles against Subjection. Implications of Criminalisation of Migration for Migrants' Everyday Lives in Europe*, Crime, Law and Social Change (Vol. 62/2) 2014, 91 – 111.

⁵¹ BRANDARIZ J. A., *Anti-smuggling penal policies: a cross-national exploration*, in: Militello V. / Spena A. (édit.), *The challenges of illegal trafficking in the Mediterranean area*, Cham 2023, 91-115.

⁵² FRANKO, *The Crimmigrant Other: Migration and Penal Power*; MENJÍVAR / GÓMEZ CERVANTES / ALVORD, *The Expansion of "Crimmigration," Mass Detention, and Deportation*; VAN DER WOUDE M., *A Patchwork of Intra-Schengen Policing: Border Games over National Identity and National Sovereignty*, Theoretical Criminology (Vol. 24/1) 2020, 110 – 131.

⁵³ MOFFETTE D., *The Jurisdictional Games of Immigration Policing: Barcelona's Fight against Unauthorised Street Vending*, Theoretical Criminology (Vol. 24/2) 2020, 258 – 275, pp. 259, 270; see also MOFFETTE D. / PRATT J., *Beyond criminal law and methodological nationalism: Borderlands, jurisdictional games and legal intersections*, in:

demonstrated that the ongoing (partial) differentiation between the two fields of state control is what actually drives criminological changes in practice. Indeed, such differentiation — that is, the availability of various alternatives — allows agencies within the criminal justice system to draw upon a range of control instruments and procedures⁵⁴, in accordance with their institutional needs and priorities.

[20] By focusing on what divides this dual legal order, rather than what unifies it, one can see the true nature of innovations in criminal justice, which lead agencies within the criminal justice system to employ various legal instruments when managing different populations⁵⁵. This control strategy is a good example of what the American legal scholar David Sklansky⁵⁶ termed ‘ad hoc instrumentalism’, that is, ‘[...] a way of thinking about law and legal institutions that [...] pays little attention to formal legal categories and views legal rules and procedures as a set of interchangeable instruments’. Within this framework, Sklansky⁵⁷ adds: ‘when addressing any problem, the regulatory authorities have an incentive to employ the instrument that is most effective against the person [...] who is causing the problem’.

[21] At least in the European context, the instrumentalism taking hold in the field of criminal migration policy shows some divergence from Sklansky’s analysis, suggesting the consolidation of a certain ‘migratory’ rationality. Contrary to the American legal scholar’s thesis, in the context of criminal migration there is not really an ‘ad hoc’ instrumentalism, as it does not operate on a case-by-case basis but increasingly adopts a structural framework. In reality, decision-making patterns are neither random nor changeable; rather, this type of instrumentalism aims to prioritise migration control measures. Indeed, unlike in the United States, the interests of mobility control take centre stage in the European context, which means relegating the objectives of crime control to a secondary role when managing foreign nationals involved in criminal proceedings. In Europe, in short, the criminalising dimension is not the centre of gravity of criminological change.

[22] The prominence that instrumentalist/migration-focused approaches have acquired is surprising from a legal perspective. European legal traditions and the principles derived from the *ne bis in idem* principle require that criminal proceedings take precedence where different legal systems intersect in a specific (criminal) case. However, in the context of the consolidation of a dual criminal justice system, legal principles are set aside in favour of more mundane and pragmatic considerations⁵⁸.

[23] In this regard, numerous authors have emphasised that the pre-eminence of immigration control regimes over criminal proceedings stems from the fact that the latter operate — to a greater

Côté-Lussier C. / Moffette D. / Piché J. (édit.), *Contemporary Criminological Issues: Moving beyond Insecurity and Exclusion*, Ottawa 2020, pp. 15 – 39.

⁵⁴ ALIVERTI A., *Policing the Borders Within*, Oxford 2021; BOSWORTH M., *Border criminology: How migration is changing criminal justice*, in: Bosworth M. / Hoyle C. / Zedner L. (édit.), *Changing contours of criminal justice*, Oxford 2016, pp. 213 – 226; EAGLY, *Prosecuting Immigration*.

⁵⁵ CHACÓN, *Liminal Legality*; FRANKO AAS, *Bordered Penalty*; FRANKO, *The Crimmigrant Other: Migration and Penal Power*.

⁵⁶ SKLANSKY, *Crime, Immigration, and ad hoc Instrumentalism*, p. 161.

⁵⁷ SKLANSKY, *Crime, Immigration, and ad hoc Instrumentalism*, p. 161.

⁵⁸ GUNDHUS H. O. I., *Sorting Out Welfare: Crimmigration Practices and Abnormal Justice in Norway*, in: Koulisch R. / van der Woude M. (édit.), *Crimmigrant Nations: Resurgent Nationalism and the Closing of Borders*, New York 2020, pp. 249 – 278.

or lesser extent — under a series of safeguards inherent to the rule of law⁵⁹. However, what is at stake in these cases is not only legal rules and procedural rights, but also issues of logistics and speed⁶⁰. At a time when xenophobia is spreading across Europe and institutional actors are feeling increasing pressure to adopt expedited solutions when dealing with unwanted foreigners, managerial concerns are gaining the upper hand over traditional considerations of justice. Leaving legal arguments aside, this innovation is understandable; indeed, it can be seen as an expected outcome of the alignment of crime prevention objectives with those of migration control. When deportation is established as the legal response to be applied in all cases of offences (whether immigration-related or criminal) committed by foreign nationals, it seems natural for political and administrative actors to implement measures designed to carry out expulsions as quickly as possible.

[24] This management framework is driven by compelling considerations of efficiency and cost-effectiveness⁶¹, and can be seen as a manifestation of the growing incorporation of managerial rationalities into the field of migration control⁶². Certainly, the effectiveness of deportation in terms of crime prevention is debatable⁶³. Many states lack adequate measures to prevent individuals deported on criminal or other grounds from returning to the country where they were convicted. Problems of effectiveness are exacerbated in the case of EU citizens deported from EU countries, as entry bans are of little use in such cases⁶⁴. However, despite all these drawbacks, those involved in the criminal justice system are often convinced that deportations are useful in terms of crime prevention⁶⁵. Therefore, prioritising migration considerations over crime control objectives merely needs to overcome the obstacle posed by the institutional cultures of criminal justice agencies⁶⁶. However, this obstacle has been overcome in several European countries through managerial measures, namely by imposing performance targets centred on deportation indicators⁶⁷. In this sense, instrumentalism in criminal justice — like any managerial model⁶⁸ — brings many benefits to actors within the criminal justice system. Protocols designed to remove unwanted foreign nationals as quickly as possible reduce the workload, avoid the burdensome task of criminal

⁵⁹ BOSWORTH / GUILD; VELLOSO J. G. Vieira, *Beyond Criminocentric Dogmatism: Mapping Institutional Forms of Punishment in Contemporary Societies*, Punishment & Society (Vol. 15/2) 2013, 166 – 186; ZEDNER L., *Penal subversions: When is a punishment not punishment, who decides and on what grounds?*, Theoretical Criminology (Vol. 20/1) 2016, 3 – 20.

⁶⁰ WALTERS W., *Migration, vehicles, and politics: Three theses on viapolitics*, European Journal of Social Theory (Vol. 18/4) 2015, 469 – 488.

⁶¹ FRANKO AAS, *Bordered Penalty*; FRANKO, *The Crimmigrant Other: Migration and Penal Power*; GUNDHUS, *Sorting Out Welfare: Crimmigration Practices and Abnormal Justice in Norway*.

⁶² BOSWORTH / GUILD; BRANDARIZ J. A. / FERNÁNDEZ-BESSA C., *The managerial turn: The transformation of Spanish migration control policies since the onset of the economic crisis*, Howard Journal of Crime and Justice (Vol. 56/2) 2017, 198 – 219; MOFFETTE D., *Governing Irregular Migration: Bordering Culture, Labour, and Security in Spain*, Vancouver 2018; see also ROSENBERG-RUBINS.

⁶³ Gundhus, *Sorting Out Welfare: Crimmigration Practices and Abnormal Justice in Norway*.

⁶⁴ DI MOLFETTA E. / BROUWER J., *Unravelling the 'crimmigration Knot': Penal Subjectivities, Punishment and the Censure Machine*, Criminology and Criminal Justice (Vol. 20/3) 2020, 302 – 318.

⁶⁵ FRANKO *The Crimmigrant Other: Migration and Penal Power*.

⁶⁶ ALIVERTI A., *Patrolling the 'thin blue line' in a world in motion: An exploration of the crime-migration nexus in UK policing*, Theoretical Criminology (Vol. 24/1) 2020, 8 – 27; ALIVERTI, *Policing the Borders Within*; GUNDHUS; KAUFMAN E., *Punish and Expel: Border Control, Nationalism, and the New Purpose of the Prison*, Oxford 2015.

⁶⁷ FRANKO, *The Crimmigrant Other: Migration and Penal Power*; GIBNEY M. J., *Asylum and the Expansion of Deportation in the United Kingdom*, Government and Opposition (Vol. 43/2) 2008, 146 – 167; WALTERS W., *The Flight of the Deported: Aircraft, Deportation, and Politics*, Geopolitics (Vol. 21/2) 2016, 435 – 458.

⁶⁸ BRANDARIZ J. A., *The managerial-actuarial model of penalisation: Efficiency, risk and the penal system*, Madrid 2016.

investigation, and appear to serve the interests of crime control in the eyes of the authorities and the public.

[25] In short, it is not difficult to understand why an instrumentalist, migration-oriented approach is able to take root in the European context. The remainder of this section is devoted to analysing two specific areas in which this trend can be observed.

[26] The first manifestation of the migration-oriented approach that is changing crime control practices in European countries primarily affects the policing sector. When dealing with minor criminal offences committed by foreign nationals, police agencies are increasingly prioritising the use of deportation measures (DM) rather than resorting to strictly criminal proceedings. In other words, when the requirements for expulsion are (potentially) met, the police are increasingly resorting to fast-track procedures in which alleged offenders are referred for detention and deportation, bypassing the normal criminal prosecution procedures. As is evident, this model of intervention streamlines police work and aims to provide a swift punitive response to cases of petty urban crime involving foreign nationals⁶⁹. Consequently, in this case, the prioritisation of the principles of efficiency and border control interests over the objectives of criminal justice is particularly evident.

[27] This model of intervention is found in various parts of Europe, such as in the Scandinavian countries⁷⁰ or in the United Kingdom — as part of the so-called Operation Nexus⁷¹. The Italian case is similar, though even more striking from a criminal law perspective. In Italy, as a result of the well-known ineffectiveness of the deportation mechanism, it is detention measures, rather than expulsions, that are primarily used for crime control⁷².

[28] Countries in which the tasks of crime control and border control are carried out by the same police agency are particularly conducive to this model of intervention, in which DM — in particular, deportation — becomes a primary policing tool. One such case is Spain⁷³. As is the case in other European countries⁷⁴, such strategies of 'migrationisation' are largely unknown. In fact, this efficiency-driven shift has not been debated in public discourse or in the political arena. However, certain events show that the control of foreign nationals is significantly transforming police work, distancing it from traditional forms of crime prevention and enforcement.

[29] As has been the case in other countries of the Global North⁷⁵, the punitive climate in Spain has cooled considerably over the last fifteen years. The incarceration rate fell by 28.5 per cent between

⁶⁹ ALIVERTI, *Patrolling the 'thin blue line' in a world in motion: An exploration of the crime-migration nexus in UK policing*; ALIVERTI, *Policing the Borders Within*; PARMAR A., *Arresting (non)Citizenship: The Policing Migration Nexus of Nationality, Race and Criminalisation*, *Theoretical Criminology* (Vol. 24/1) 2020, 28 – 49.

⁷⁰ FRANKO AAS, *Bordered Penalty*; FRANKO, *The Crimmigrant Other: Migration and Penal Power*; GUNDHUS, *Sorting Out Welfare: Crimmigration Practices and Abnormal Justice in Norway*.

⁷¹ ALIVERTI, *Patrolling the 'thin blue line' in a world in motion: An exploration of the crime-migration nexus in UK policing*; ALIVERTI, *Policing the Borders Within*; PARMAR, *Arresting (non)Citizenship: The Policing Migration Nexus of Nationality, Race and Criminalisation*.

⁷² CAMPESI G. / FABINI G., *Immigration Detention as Social Defence: Policing 'Dangerous Mobility' in Italy*, *Theoretical Criminology* (Vol. 24/1) 2020, 50 – 70; FABINI G., *Internal bordering in the context of undeportability: Border performances in Italy*, *Theoretical Criminology* (Vol. 23/2) 2019, 175 – 193; FABINI G., *Polizia e migranti in città: Negoziare il confine nei contesti locali*, Rome 2022.

⁷³ MOFFETTE, *Jurisdictional Games*.

⁷⁴ FRANKO AAS, *Bordered Penalty: Precarious Membership and Abnormal Justice*.

⁷⁵ See BRANDARIZ, *Austerity-Driven Hypothesis*; BROWN D., *Mass Incarceration*, in: Carlen P. / França L. Ayres (édit.), *Alternative Criminologies*, Abingdon 2018, pp. 364 – 385; KARSTEDT S. / BERGIN T. / KOCH M., *Critical*

2009 and 2022⁷⁶. At the same time, opinion polls such as those carried out by the Centre for Sociological Research or Eurobarometer show that concern about crime has fallen very significantly within Spanish society⁷⁷ since the late 2000s. Against this backdrop, media-fuelled crime waves have become increasingly rare. However, in the second half of 2019, various media outlets repeatedly reported on an alleged wave of urban crime plaguing the centre of Barcelona and the metro network⁷⁸, which led certain sections of the middle class, particularly the foreign middle class, to form neighbourhood watch groups⁷⁹. The police responded by carrying out several large-scale raids, aimed at controlling marginalised groups of foreign nationals. Despite the scale of these interventions, the results were rather limited, at least from the usual perspective of crime control. The majority of suspects detained (specifically, 59 out of 68, in the various raids carried out between August and November) were not subject to criminal proceedings but were referred to immigration control procedures⁸⁰. Police interventions of this kind, which have also taken place in Barcelona in previous years⁸¹, are a good example of the logic of ‘migrationisation’.

[30] The shift in criminal control analysed here primarily affects policing practices. This shift could be well received by the public, insofar as it focuses on petty urban crime. A second manifestation of the ‘migratory’ logic is clearly different, as it affects the strategy for combating terrorism⁸², an area far more controversial and sensitive than day-to-day policing.

[31] Europol’s annual reports entitled ‘Terrorism Situation and Trend’ (hereinafter Te-SAT)⁸³ show that both terrorist activities and counter-terrorism tactics have changed significantly in Europe over recent decades. Firstly, the main objectives of counter-terrorism have shifted, as the focus of criminal policing has moved from violence related to political independence to jihadist activities. Between 2010 and 2014, the ratio of individuals arrested in the EU for political separatist violence to those arrested for jihadist terrorism was 1 to 0.8, whilst between 2015 and 2019 this ratio increased to 1 to 8.4. This trend has continued since then⁸⁴. Secondly, these figures show that European security agencies have been stepping up their surveillance of jihadist actors⁸⁵. Indeed, the fight against jihadism has intensified during a period in which, with a few particularly tragic exceptions, radical jihadist networks have failed to increase their capacity for violent action in the countries of the Global North. The Te-SAT reports document that 150 jihadist attacks (including

Junctures and Conditions of Change: Exploring the Fall of Prison Populations in US States, Social & Legal Studies (Vol. 28/1) 2019, 58 – 80.

⁷⁶ Source: General Secretariat of Penitentiary Institutions. Spain (www.institucionpenitenciaria.es; last accessed: 5 December 2023).

⁷⁷ See https://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html; <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/browse/all/series/4961> (last accessed: 5 December 2023).

⁷⁸ See HERNÁNDEZ O., Dónde y cómo trabajan los carteristas del metro de Barcelona, *El Periódico*, 25 June 2019; HERNÁNDEZ O., Un centenar de carteristas actúan cada día en el metro de Barcelona, *El Periódico*, 25 June 2019.

⁷⁹ MARÍN H., De patrulla contra los carteristas en la ciudad “sin ley” de Colau, *El Mundo*, 21 July 2019.

⁸⁰ MUÑOZ T., Mossos y Policía Nacional identifican a 70 carteristas reincidentes en el metro en solo dos horas, *La Vanguardia*, 27 August 2019.

⁸¹ MOFFETTE, *Jurisdictional Games*.

⁸² See GOLASH-BOZA T., *The Parallels between Mass Incarceration and Mass Deportation: An Intersectional Analysis of State Repression*, *Journal of World-Systems Research* (Vol. 22/2) 2016, 484 – 509; KAUFMAN S. B., *The Criminalisation of Muslims in the United States*, 2016, *Qualitative Sociology* (Vol. 42/4) 2019, 521 – 542.

⁸³ See <https://www.europol.europa.eu/publications-events/main-reports/tesat-report> (last accessed: 5 December 2023).

⁸⁴ Between 2020 and 2022, the ratio of people detained for pro-independence political violence to those arrested for jihadist terrorism was 1 to 9.4 (source: Europol. Te-SAT).

⁸⁵ COLMENERO-FERREIRO B. / BRANDARIZ J. A., *Reinventing counter-terrorism tactics and practices in the post-ETA Spanish criminal justice system*, *Studi Culturali* (Vol. XVI/1) 2019, 43 – 67.

both completed and attempted acts) took place in Europe between 2010 and 2022, whilst 4,908 people suspected of jihadist militancy were arrested during the same period. By contrast, there were 1,043 separatist attacks and 1,630 people suspected of separatist militancy were detained during the same period.

[32] This set of innovations has significantly transformed the counter-terrorism landscape. Interventions in this field are increasingly focused on foreign nationals⁸⁶, who are considered particularly likely to be involved in jihadist violence. At the same time, the expanding remit of security agencies has enabled them to increasingly adopt pre-crime strategies⁸⁷. Consequently, counter-terrorism systems in several European countries are succeeding in preventing terrorist acts before they reach the violent stage. This development has altered the profile of terrorism cases with which European criminal justice agencies must deal; these cases are less lethal than in previous decades, such as the 1970s. In short, generally speaking, actors within the criminal justice system — the police, the judiciary and the prison system — are dealing with relatively low-profile terrorism cases.

[33] As a side effect of these changes, immigration control measures have become increasingly significant in the field of counter-terrorism. This situation is not entirely new. Indeed, as jihadist cells began to take centre stage in the counter-terrorism arena between 2000 and 2005, deportation practices found their way into the counter-terrorism toolkit, particularly in the United Kingdom⁸⁸ and the United States⁸⁹. At that time, deportations began to be used to repatriate alleged members of radical circles⁹⁰ and to manage foreign nationals with irregular status detained in the context of counter-radicalisation operations⁹¹. However, at least during the first decade of the 21st century, deportation did not become a routine component of the counter-terrorism agenda. The migration-based rationale is much more firmly established today, and its origins lie in the expanding scope of counter-terrorism interventions, not in the post-9/11 anti-jihadist drive.

[34] Spain is a case that merits attention in this regard. For historical reasons, Spain has had one of the most comprehensive counter-terrorism systems in Europe⁹², which has long been characterised by a high number of arrests, trials, convictions and prisoners. Spanish security agencies have never made public the number of people deported on anti-terrorism grounds. However, the available data show that deportations of this kind are not a marginal measure. Between 2013 and 2017, 101 people charged and arrested for their links to jihadism were

⁸⁶ BOSWORTH / FRANKO / PICKERING; CARVALHO H. / CHAMBERLEN A. / LEWIS R., *Punitiveness beyond criminal justice: Punishable and punitive subjects in an era of prevention, anti-migration and austerity*, *The British Journal of Criminology* (Vol. 60/2) 2020, 265 – 284.

⁸⁷ MCCULLOCH J. / PICKERING S., *Pre-crime and Counter-terrorism: Imagining Future Crime in the 'War on Terror'*, *The British Journal of Criminology* (Vol. 49/5) 2009, 628 – 645; PALMER P., *Dealing with the exceptional: Pre-crime anti-terrorism policy and practice*, *Policing and Society* (Vol. 22/4) 2012, 1 – 19; WALKLATE S. / MYTHEN G., *Contradictions of Terrorism: Security, Risk, Resilience*, London 2014.

⁸⁸ ALIVERTI, *Crimes of mobility*; GIBNEY.

⁸⁹ CHACÓN J., *Unsecured Borders: Immigration Restrictions, Crime Control and National Security*, *Connecticut Law Review* (Vol. 39) 2007, 1827 – 1891; WELCH M., *Scapegoats of 11 September*, New Brunswick 2006.

⁹⁰ Gibney, M. J., *Asylum and the Expansion of Deportation in the United Kingdom*, *Government and Opposition* 43(2) 2008, 146-167.

⁹¹ HERNÁNDEZ D. M., *Pursuant to Deportation: Latinos and Immigrant Detention*, *Latino Studies* (Vol. 6/1-2) 2008, 35 – 63.

⁹² COLMENERO-FERREIRO B. / BRANDARIZ J. A., *Reinventing counter-terrorism tactics and practices in the post-ETA Spanish criminal justice system*.

deported⁹³, and a further 17 were expelled between January 2018 and May 2019⁹⁴. These are figures worthy of consideration, especially when compared with judicial data. Between 2013 and 2017, 101 people were deported from Spain on grounds of jihadist terrorism; during the same period, 276 people were arrested for this type of political violence and only 90 people were brought to trial⁹⁵.

[35] These figures are particularly revealing, as they show that, in the field of counter-terrorism too, deportation measures have become a key tool. Furthermore, in this as in other areas of crime control, deportation is increasingly serving as the predominant punitive response for foreign nationals who are arrested, charged and convicted, whilst ordinary prison sentences remain the main punitive measure for nationals. This dual punitive regime would not be noteworthy if it were structured in accordance with a conventional criminal law framework, in which foreign nationals are deported after serving their prison sentences. However, this model is far from being the norm. Both the available data and official information⁹⁶ reveal that, in the field of counter-terrorism too, a standard procedure of criminal prosecution and conviction is by no means the general rule. On the contrary, in Spain, a significant number of individuals allegedly linked to jihadism are deported without following the normal criminal prosecution procedures; that is, without having been tried, convicted or having served (in whole or in part) their prison sentences. Although alleged national security reasons prevent state agencies from disclosing data on these anti-terrorism deportation practices, there are indications that such measures are also frequently used in other European countries, particularly in Italy⁹⁷.

[36] These changes are redefining counter-terrorism strategies, not only in relation to jihadism but also in relation to other forms of political violence. In this regard, the punitive approach to the so-called threat of insurrectionary anarchism in Spain is a good example. In 2014–2015, Spanish police agencies launched two large-scale operations against the radical anarchist movement, resulting in dozens of arrests⁹⁸. However, this counter-terrorism effort yielded scant results, as it led to almost no convictions⁹⁹. The only notable exception was a criminal case against two Chilean nationals. Following an initial trial, their prison sentences were commuted to deportation, leading

⁹³ CARO J. L., España expulsa en tres años a 34 extranjeros por actividades terroristas, *ABC*, 19 September 2016; CARO J. L., España ha expulsado por terrorismo este año a 28 presos, tres de ellos del 11-M, *ABC*, 9 December 2017.

⁹⁴ Source: member of the communications office of a Spanish intelligence agency. Personal communication (September 2019). This figure does not take into account the number of foreign nationals investigated on anti-terrorism grounds and deported without having been imprisoned. No subsequent data is available. However, it is well known that mobility restrictions imposed for public health reasons drastically reduced the number of deportations (which fell by 62.4% between 2020–2022 compared to the 2017–2019 period; source: Eurostat; <https://ec.europa.eu/eurostat/web/migration-asylum/managed-migration/database>; last accessed: 5 December 2023).

⁹⁵ COLMENERO-FERREIRO B. / BRANDARIZ J. A., *Reinventing counter-terrorism tactics and practices in the post-ETA Spanish criminal justice system*; source: Europol reports (Te-SAT). Although they appear to be decreasing in recent years, these discrepancies between police and judicial data in cases of jihadism are also common in other countries. Between 2010 and 2022, 4,908 people were arrested for jihadist terrorism in the EU, but only 3,093 were prosecuted (source: Europol reports. Te-SAT).

⁹⁶ CARO, España expulsa en tres años a 34 extranjeros; CARO, España ha expulsado por terrorismo este año a 28 presos; GARCÍA T. / PRAT J., Las cloacas de la “lucha antiyihadista”, *El Salto*, 30 December 2015. Citing official sources, GARCÍA / PRAT note that of 652 people arrested in Spain for jihadist terrorism between 2004 and 2015, only 216 were tried and no more than 144 were convicted.

⁹⁷ MARONE F., *The Use of Deportation in Counter-Terrorism: Insights from the Italian Case*, ICCT, 2017; PICULICKA-WILCZEWSKA A., *Deporting Muslim Immigrants Won't Make Poland Safer*, Foreign Policy, 19 October 2020.

⁹⁸ COLMENERO B., *Vidas Culpáveis: O. control neoliberal do crime*, Santiago de Compostela 2017.

⁹⁹ COLMENERO-FERREIRO B. / BRANDARIZ J. A., *Reinventing counter-terrorism tactics and practices in the post-ETA Spanish criminal justice system*.

to their deportation and release in Chile in March 2017¹⁰⁰. This is a clear example of the drive towards 'migrationisation', as a major counter-terrorism effort ultimately boiled down to the implementation of a low-profile deportation measure. This case, like many others in the fight against jihadism, demonstrates that deportation is now a crime-control tool routinely used to manage relatively minor cases of political violence in which foreign nationals are (allegedly) involved. In short, the logic of 'migrationisation' has also affected highly sensitive counter-crime strategies, such as those relating to terrorist activities.

Conclusion

[37] The theory of crimmigration has made a significant contribution to the study of migration control policies and practices, drawing attention to the growing importance of the intersections between migration policy and criminal policy. It has done so, moreover, at a crucial moment, when policy proposals aimed at managing crime committed by migrants were taking centre stage in legislative reform agendas and in public and political debate. The increase in the arrival of migrants in various regions primarily in the Global North has led to a proliferation of what Kanstroom¹⁰¹ refers to as 'probationary' status. The American legal scholar aptly points out that one of the regimes of migration control (which he terms 'post-entry social control') *'is not concerned [...] with border control, but with the actions and qualities of former foreigners following their entry'*¹⁰². It is, in effect, a model geared towards controlling the behaviour of new arrivals *'for a certain period following admission'*¹⁰³. As such, it takes the form of a probationary period, in which the imposition of administrative sanctions for criminal behaviour constitutes the most paradigmatic expression.

[38] There is no doubt that this model of governance of the foreign population has gained increasing importance in various places. In this regard, the article has paid particular attention to how this control paradigm is being articulated in the European context. Following a presentation of the most salient aspects of the theory of crimmigration and the debates it has generated, the article focuses on one of the main issues of analysis in this field, namely the political-criminal consequences of the fact that immigration law and criminal law, beyond their points of convergence, continue to operate as partially autonomous sanctioning regimes. Indeed, the study shows that, despite having generated a great deal of debate¹⁰⁴, the criminalisation of immigration offences is by no means the most significant aspect of the legal transformation we refer to as 'crimmigration'. As noted, this phenomenon of criminalising irregular entry or irregular stay is significant in some countries, such as the United States. However, in many parts of the Global North, the proportion of foreign nationals in the criminal justice system is far higher than in the United States, the United Kingdom, Australia and other Anglo-Saxon countries. It is therefore not surprising that in those places practices have developed which, following a purely managerial logic, prioritise the swift deportation of foreign nationals who have been prosecuted or convicted, over almost any other consideration. Obviously, these models of response to crime generate significant axiological and normative friction, by disregarding the aims of the CL and creating dual systems of criminal liability, differentiated by

¹⁰⁰ DUARTE F., El silencioso regreso de los chilenos condenados por bombazo en España, *La Tercera*, 7 March 2017.

¹⁰¹ KANSTROOM, *Deportation Nation*; see also MOFFETTE D., *Governing immigration through probation: The displacement of borderwork and the assessment of desirability in Spain*, *Security Dialogue* (Vol. 45/3) 2014, 262 – 278.

¹⁰² KANSTROOM, *Aftermath*, p. 38.

¹⁰³ KANSTROOM, *Deportation Nation*, p. 5.

¹⁰⁴ See MITSILEGAS, *Criminalisation of Migration in Europe*; MITSILEGAS, *Preventive Paradigm*.

criteria of nationality¹⁰⁵. The article shows that such models are not only becoming entrenched in areas of limited social relevance, such as police raids targeting petty urban crime, but more surprisingly in particularly sensitive matters, such as the fight against terrorism.

[39] In this regard, the paper aims to stimulate debate on the criminalisation of migration, highlighting a dimension of the 'migrationisation of the criminal justice system' that has not received sufficient attention. It thus suggests that the debate on crimmigration should not focus solely on regulatory reforms, but also on enforcement practices, which determine how the so-called convergence of criminal and migration law is playing out in practice, at any given time and place. In this way, the proposed perspective can enrich the discussion on the role of the criminal justice system in the governance of migration, developing a new perspective on aspects such as the presence of forms of criminal exceptionalism¹⁰⁶ – what in the German-derived criminal legal culture is termed 'enemy criminal law' – in the response to crime committed by migrants.

Bibliography

ABREGO L. / COLEMAN M. / MARTÍNEZ D. E. / MENJÍVAR C. / SLACK J., *Making Immigrants into Criminals: Legal Processes of Criminalisation in the Post-IIRIRA Era*, *Journal on Migration and Human Security* (Vol. 5/3) 2017, 694 – 715.

ALIVERTI A., *Making People Criminal: The Role of the Criminal Law in Immigration Enforcement*, *Theoretical Criminology* (Vol. 16/4) 2012, 417 – 434 (cité: ALIVERTI, *Making People Criminal*).

ALIVERTI A., *Exploring the function of criminal law in the policing of foreigners: The decision to prosecute immigration-related offences*, *Social & Legal Studies* (Vol. 21/4) 2012, 511 – 527 (cité: ALIVERTI, *Exploring the function*).

ALIVERTI A., *Crimes of mobility: Criminal law and the regulation of immigration*, Abingdon 2013 (cité: ALIVERTI, *Crimes of mobility*).

ALIVERTI A., *Patrolling the 'thin blue line' in a world in motion: An exploration of the crime-migration nexus in UK policing*, *Theoretical Criminology* (Vol. 24/1) 2020, 8 – 27 (cité: ALIVERTI, *Patrolling*).

ALIVERTI A., *Policing the Borders Within*, Oxford 2021 (cité: ALIVERTI, *Policing the Borders Within*).

ARMENTA A. / VEGA I. I., *Latinos and the Crimmigration System*, *Race, Ethnicity and Law* (Vol. 22) 2017, 221 – 236.

BALIBAR, E. (2001). *Nous, Citoyens d'Europe? Les frontières, l'État, le peuple*. Paris: La Découverte.

BHATIA M., *Crimmigration, Imprisonment and Racist Violence: Narratives of People Seeking Asylum in Great Britain*, *Journal of Sociology* (Vol. 56/1) 2020, 36 – 52.

BILLINGS P., *Crimmigration in Australia: Law, Politics and Society*, Cham 2019.

BOSWORTH M. / GUILD M., *Governing Through Migration Control: Security and Citizenship in Britain*, *The British Journal of Criminology* (Vol. 48/6) 2008, 703 – 719.

BOSWORTH M., *Border criminology: How migration is changing criminal justice*, in: Bosworth M. / Hoyle C. / Zedner L. (édit.), *Changing contours of criminal justice*, Oxford 2016, pp. 213 – 226.

BOSWORTH M. / FRANKO K. / PICKERING S., *Punishment, Globalisation and Migration Control: "Get Them the Hell out of Here"*, *Punishment & Society* (Vol. 20/1) 2018, 34 – 53.

¹⁰⁵ FRANKO AAS, *Bordered Penalty*; FRANKO.

¹⁰⁶ STUMPF, *Terrorism of Everyday Crime*; WEBER / McCULLOCH.

BOWLING B. / WESTENRA S., "A Really Hostile Environment": *Adiaphorisation, Global Policing and the Crimmigration Control System*, *Theoretical Criminology* (Vol. 24/2) 2020, 163 – 183.

BRANDARIZ J. A., *El modelo gerencial-actuarial de penalidad: Eficiencia, riesgo y sistema penal*, Madrid 2016 (cité: BRANDARIZ, *Managerial-actuarial model*).

BRANDARIZ J. A. / FERNÁNDEZ-BESSA C., *The managerial turn: The transformation of Spanish migration control policies since the onset of the economic crisis*, *Howard Journal of Crime and Justice* (Vol. 56/2) 2017, 198 – 219.

BRANDARIZ J. A., *Beyond the Austerity-Driven Hypothesis: Political Economic Theses on Penalty and the Recent Prison Population Decline*, *European Journal of Criminology* (Vol. 19/3) 2022, 349 – 367 (cité: BRANDARIZ, *Austerity-Driven Hypothesis*).

BRANDARIZ J. A., *Anti-smuggling penal policies: a cross-national exploration*, in: Militello V. / Spena A. ( dit.), *The challenges of illegal trafficking in the Mediterranean area*, Cham 2023 (forthcoming) (cité: BRANDARIZ, *Anti-smuggling penal policies*).

BROWN D., *Mass Incarceration*, in: Carlen P. / França L. Ayres ( dit.), *Alternative Criminologies*, Abingdon 2018, pp. 364 – 385.

CAMPESI G. / FABINI G., *Immigration Detention as Social Defence: Policing 'Dangerous Mobility' in Italy*, *Theoretical Criminology* (Vol. 24/1) 2020, 50 – 70.

CARO, J. L., España expulsa en tres años a 34 extranjeros por actividades terroristas. ABC, 19 de septiembre 2016. Disponible en www.abc.es/espana/abci-espana-expulsa-tres-anos-34-extranjeros-actividades-terroristas-201609190337_noticia.html ( ltimo acceso: 6 de agosto de 2023).

CARO, J. L., España ha expulsado por terrorismo este año a 28 presos, tres de ellos del 11-M. ABC, 9 de diciembre 2017. Disponible en www.abc.es/espana/abci-espana-expulsado-este-terrorismo-28-presos-tres-ellos-11-m-201712090202_noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.es%2F ( ltimo acceso: 6 de agosto de 2023).

CARVALHO H. / CHAMBERLEN A. / LEWIS R., *Punitiveness beyond criminal justice: Punishable and punitive subjects in an era of prevention, anti-migration and austerity*, *The British Journal of Criminology* (Vol. 60/2) 2020, 265 – 284.

CHACÓN J., *Unsecured Borders: Immigration Restrictions, Crime Control and National Security*, *Connecticut Law Review* (Vol. 39) 2007, 1827 – 1891 (cité: CHACÓN, *Unsecured Borders*).

CHACÓN J. M., *Managing Migration through Crime*, *Columbia Law Review Sidebar* (Vol. 109) 2009, 135 – 148 (cité: CHACÓN, *Managing Migration*).

CHACÓN J. M., *Producing Liminal Legality*, *Denver University Law Review* (Vol. 92/4) 2015, 709 – 767 (cité: CHACÓN, *Liminal Legality*).

CHAZARO A., *Challenging the "Criminal Alien" Paradigm*, *UCLA Law Review* (Vol. 63/3) 2016, 594 – 664.

COLMENERO B., *Vidas Culp veis: O. control neoliberal do crime*, Santiago de Compostela 2017.

COLMENERO-FERREIRO B. / BRANDARIZ J. A., *Reinventing counter-terrorism tactics and practices in the post-ETA Spanish criminal justice system*, *Studi Culturali* (Vol. XVI/1) 2019, 43 – 67.

CULLEN F. / GRAHAM M., *Crime and Justice in the Trump Era*, London 2020.

DI MOLFETTA E. / BROUWER J., *Unravelling the 'crimmigration Knot': Penal Subjectivities, Punishment and the Censure Machine*, *Criminology and Criminal Justice* (Vol. 20/3) 2020, 302 – 318.

DUARTE F., El silencioso regreso de los chilenos condenados por bombazo en España, *La Tercera*, 7 March 2017.

EAGLY I. V., *Prosecuting Immigration*, *Northwestern University Law Review* (Vol. 104/4) 2010, 1281 – 1359 (cité: EAGLY, *Prosecuting Immigration*).

- EAGLY I. V., *Criminal Justice for Noncitizens: An Analysis of Variation in Local Enforcement*, New York University Law Review (Vol. 88) 2013, 1126 – 1223 (cité: EAGLY, *Criminal Justice for Noncitizens*).
- EAGLY I. V., *Prosecuting Immigrants in a Democracy*, in: Langer M. / Sklansky D. A. ( dit.), *Prosecutors and Democracy: A Cross-National Study*, Cambridge 2017, pp. 227 – 249 (cité: EAGLY, *Prosecuting Immigrants*).
- FABINI G., *Internal bordering in the context of undeportability: Border performances in Italy*, Theoretical Criminology (Vol. 23/2) 2019, 175 – 193 (cité: FABINI, *Internal bordering*).
- FABINI G., *Polizia e migranti in città: Negoziare il confine nei contesti locali*, Rome 2022 (cité: FABINI, *Police and migrants*).
- FERNÁNDEZ BESSA C., *Frontera Sur: Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Barcelona 2008.
- FRANKO K., *The Crimmigrant Other: Migration and Penal Power*, Abingdon 2020.
- FRANKO AAS K., *The Ordered and the Bordered Society: Migration Control, Citizenship, and the Northern Penal State*, in: FRANKO AAS K. / Bosworth M. ( dit.), *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford 2013, pp. 21 – 39 (cit : FRANKO AAS, *Ordered and Bordered Society*).
- FRANKO AAS K., *Bordered Penalty: Precarious Membership and Abnormal Justice*, Punishment & Society (Vol. 16/5) 2014, 520 – 541 (cité: FRANKO AAS, *Bordered Penalty*).
- GARCÍA T. / PRAT J., Las cloacas de la “lucha antiyihadista”, *El Salto*, 30 December 2015.
- GARCÍA ESPAÑA E., *Enfoque criminol gico de las migraciones*, Madrid 2018.
- GARCÍA HERNÁNDEZ C. C., *Creating Crimmigration*, Brigham Young University Law Review (Vol. 2013) 2014, 1457 – 1516 (cité: GARCÍA HERNÁNDEZ, *Creating Crimmigration*).
- GARCÍA HERNÁNDEZ C. C., *Deconstructing Crimmigration*, University of California Davis Law Review (Vol. 52) 2018, 197 – 253 (cité: GARCÍA HERNÁNDEZ, *Deconstructing Crimmigration*).
- GARCÍA HERNÁNDEZ C. C., *Migrating to Prison: America’s Obsession with Locking Up Immigrants*, New York 2019 (cité: GARCÍA HERNÁNDEZ, *Migrating to Prison*).
- GATTA G. L. / MITSILEGAS V. / ZIRULIA S. ( dit.), *Controlling Immigration through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on ‘Crimmigration’*, Portland 2021.
- GATTA G. L., *Global Trends in ‘Crimmigration’ Policies: From the EU to the USA*, in: Gatta G. L. / Mitsilegas V. / Zirulia S. ( dit.), *Controlling Immigration through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on ‘Crimmigration’*, Portland 2021, pp. 47 – 79.
- GIBNEY M. J., *Asylum and the Expansion of Deportation in the United Kingdom*, Government and Opposition (Vol. 43/2) 2008, 146 – 167.
- GOLASH-BOZA T., *The Parallels between Mass Incarceration and Mass Deportation: An Intersectional Analysis of State Repression*, Journal of World-Systems Research (Vol. 22/2) 2016, 484 – 509.
- GOODMAN A., *The Deportation Machine: America’s Long History of Expelling Immigrants*, Princeton 2020.
- GOODMAN M. / PAGE J. / PHELPS M., *Breaking the Pendulum: The Long Struggle Over Criminal Justice*, New York 2017.
- GUIA M. J. / VAN DER WOUDE M. / VAN DER LEUN J. ( dit.), *Social Control and Justice: Crimmigration in the Age of Fear*, The Hague 2013.
- GUILD E., *Security and Migration in the 21st Century*, Cambridge 2009.
- GUNDHUS H. O. I., *Sorting Out Welfare: Crimmigration Practices and Abnormal Justice in Norway*, in: Koulish R. / van der Woude M. ( dit.), *Crimmigrant Nations: Resurgent Nationalism and the Closing of Borders*, New York 2020, pp. 249 – 278.

HERNÁNDEZ D. M., *Pursuant to Deportation: Latinos and Immigrant Detention*, Latino Studies (Vol. 6/1-2) 2008, 35 – 63.

HERNÁNDEZ O., Dónde y cómo trabajan los carteristas del metro de Barcelona, *El Periódico*, 25 June 2019 (cité: HERNÁNDEZ, *Where and how pickpockets operate*).

HERNÁNDEZ O., Un centenar de carteristas actúan cada día en el metro de Barcelona, *El Periódico*, 25 June 2019 (cité: HERNÁNDEZ, *A hundred pickpockets*).

HUDSON G., *Does Crimmigration Theory Rest on a Mistake?*, International Journal of Migration and Border Studies (Vol. 4/4) 2018, 303 – 325.

HUYSMANS J., *The Politics of Insecurity: Fear, Migration and Asylum in the EU*, Abingdon 2006.

KANSTROOM D., *Deportation Nation: Outsiders in American History*, Cambridge 2007 (cité: KANSTROOM, *Deportation Nation*).

KANSTROOM D., *Aftermath: Deportation Law and the New American Diaspora*, Oxford 2012 (cité: KANSTROOM, *Aftermath*).

KARSTEDT S. / BERGIN T. / KOCH M., *Critical Junctures and Conditions of Change: Exploring the Fall of Prison Populations in US States*, Social & Legal Studies (Vol. 28/1) 2019, 58 – 80.

KAUFMAN E., *Punish and Expel: Border Control, Nationalism, and the New Purpose of the Prison*, Oxford 2015.

KAUFMAN S. B., *The Criminalisation of Muslims in the United States*, 2016, Qualitative Sociology (Vol. 42/4) 2019, 521 – 542.

KOULISH R. / VAN DER WOUDE M. (édit.), *Crimmigrant Nations: Resurgent Nationalism and the Closing of Borders*, New York 2020 (cité: KOULISH / VAN DER WOUDE, *Crimmigrant Nations*).

KOULISH R. / VAN DER WOUDE M., *Introduction: The “Problem” of Migration*, in: Koulish R. / van der Woude M. (édit.), *Crimmigrant Nations: Resurgent Nationalism and the Closing of Borders*, New York 2020, pp. 1 – 30 (cité: KOULISH / VAN DER WOUDE, *Introduction*).

KUBAL A., *Struggles against Subjection. Implications of Criminalisation of Migration for Migrants’ Everyday Lives in Europe*, Crime, Law and Social Change (Vol. 62/2) 2014, 91 – 111.

KUBAL A. / OLAYO-MÉNDEZ A., *Mirrors of Justice? Undocumented Immigrants in Courts in the United States and Russia*, in: Koulish R. / van der Woude M. (édit.), *Crimmigrant Nations: Resurgent Nationalism and the Closing of Borders*, New York 2020, pp. 198 – 224.

LEGOMSKY S. H., *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, Washington & Lee Law Review (Vol. 64/2) 2007, 469 – 528.

LYNCH M., *Backpacking the Border: The Intersection of Drug and Immigration Prosecutions in a High-volume US Court*, The British Journal of Criminology (Vol. 57/1) 2017, 112 – 131.

MA T., *Contesting Crimmigration in Post-Hukou China*, Cham 2022.

MARÍN H., De patrulla contra los carteristas en la ciudad “sin ley” de Colau, *El Mundo*, 21 July 2019.

MARONE F., *The Use of Deportation in Counter-Terrorism: Insights from the Italian Case*, ICCT, 2017.

MARTÍNEZ D. E. / SLACK J. / MARTÍNEZ-SCHULDT R., *The Rise of Mass Deportation in the United States*, in: Martínez Jr. R. / Hollis M. E. / Stowell J. I. (édit.), *The Handbook of Race, Ethnicity, Crime, and Justice*, Hoboken 2018, pp. 173 – 201.

MCCULLOCH J. / PICKERING S., *Pre-crime and Counter-terrorism: Imagining Future Crime in the ‘War on Terror’*, The British Journal of Criminology (Vol. 49/5) 2009, 628 – 645.

MELOSSI D., *Crime, Punishment and Migration*, London 2015.

MENJÍVAR C. / GÓMEZ CERVANTES A. / ALVORD D., *The Expansion of “Crimmigration,” Mass Detention, and Deportation*, *Sociology Compass* (Vol. 12/4) 2018, e12573.

MILLER T. A., *Citizenship & Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology*, *Georgetown Immigration Law Journal* (Vol. 17) 2003, 611 – 666 (cité: MILLER, *Citizenship & Severity*).

MITSILEGAS V., *The Criminalisation of Migration in Europe: Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Cham 2015 (cité: MITSILEGAS, *Criminalisation of Migration in Europe*).

MITSILEGAS V., *The Criminalisation of Migration in the Law of the European Union: Challenging the Preventive Paradigm*, in: Gatta G. L. / Mitsilegas V. / Zirulia S. (édit.), *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on ‘Crimmigration’*, Oxford 2021, pp. 25 – 45 (cité: MITSILEGAS, *Preventive Paradigm*).

MOFFETTE D., *Governing immigration through probation: The displacement of borderwork and the assessment of desirability in Spain*, *Security Dialogue* (Vol. 45/3) 2014, 262 – 278 (cité: MOFFETTE, *Governing immigration through probation*).

MOFFETTE D., *Governing Irregular Migration: Bordering Culture, Labour, and Security in Spain*, Vancouver 2018 (cité: MOFFETTE, *Governing Irregular Migration*).

MOFFETTE D. / PRATT J., *Beyond criminal law and methodological nationalism: Borderlands, jurisdictional games and legal intersections*, in: Côté-Lussier C. / Moffette D. / Piché J. (édit.), *Contemporary Criminological Issues: Moving beyond Insecurity and Exclusion*, Ottawa 2020, pp. 15 – 39.

MOFFETTE D., *The Jurisdictional Games of Immigration Policing: Barcelona’s Fight against Unauthorised Street Vending*, *Theoretical Criminology* (Vol. 24/2) 2020, 258 – 275 (cité: MOFFETTE, *Jurisdictional Games*).

MUÑOZ T., Mossos y Policía Nacional identifican a 70 carteristas reincidentes en el metro en solo dos horas, *La Vanguardia*, 27 August 2019.

PALMER P., *Dealing with the exceptional: Pre-crime anti-terrorism policy and practice*, *Policing and Society* (Vol. 22/4) 2012, 1 – 19.

PARMAR A., *Arresting (non)Citizenship: The Policing Migration Nexus of Nationality, Race and Criminalisation*, *Theoretical Criminology* (Vol. 24/1) 2020, 28 – 49.

PICKERING S. / BOSWORTH M. / FRANKO K., *The Criminology of Mobility*, in: *The Routledge Handbook on Crime and International Migration*, Abingdon 2015, pp. 382 – 395.

PICULICKA-WILCZEWSKA A., *Deporting Muslim Immigrants Won’t Make Poland Safer*, *Foreign Policy*, 19 October 2020.

ROSENBERG-RUBINS R., *Crimmigration under International Protection: Constructing Criminal Law as Governmentality*, London 2023.

ROSENBLOOM R. E., *Beyond Severity: A New View of Crimmigration*, *Lewis & Clark Law Review* (Vol. 22/3) 2018, 663 – 708.

SKLANSKY D. A., *Crime, Immigration, and ad hoc Instrumentalism*, *New Criminal Law Review* (Vol. 15/2) 2012, 157 – 223.

SPALDING A., *The Treatment of Immigrants in the European Court of Human Rights: Moving Beyond Criminalisation*, Oxford 2022.

STARING R. / TIMMERMAN R., *The Crimmigration Trend in the Netherlands: Some Critical Reflections*, *Crimmigration & Recht* (Vol. 5/1) 2021, 60 – 71.

STUMPF J., *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, *American University Law Review* (Vol. 56) 2006, 367 – 419 (cité: STUMPF, *Crimmigration Crisis*).

STUMPF J., *Doing Time: Crimmigration Law and the Perils of Haste*, UCLA Law Review (Vol. 58) 2011, 1705 – 1748 (cité: STUMPF, *Doing Time*).

STUMPF J., *Two Profiles of Crimmigration Law: Criminal Deportation and Illegal Migration*, in: Pakes F. (  dit.), *Globalisation and the Challenge to Criminology*, London 2013, pp. 91 – 109 (cité: STUMPF, *Two Profiles*).

STUMPF J., *The Process Is the Punishment in Crimmigration Law*, in: Franko Aas K. / Bosworth M. (  dit.), *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford 2013, pp. 58 – 75 (cité: STUMPF, *Process Is the Punishment*).

STUMPF J., *Crimmigration: Encountering the Leviathan*, in: Pickering S. / Ham J. (  dit.), *The Routledge Handbook on Crime and International Migration*, Abingdon 2015, pp. 237 – 250 (cité: STUMPF, *Encountering the Leviathan*).

STUMPF J., *The Terrorism of Everyday Crime*, in: Koulis R. / van der Woude M. (  dit.), *Crimmigrant Nations: Resurgent Nationalism and the Closing of Borders*, New York 2020, pp. 89 – 115 (cité: STUMPF, *Terrorism of Everyday Crime*).

TODD-KVAM J., *Bordered Penal Populism: When Populism and Scandinavian Exceptionalism Meet*, Punishment & Society (Vol. 21/3) 2019, 295 – 314.

VAN DER LEUN J. / VAN DER WOUDE M., *A Reflection on Crimmigration in the Netherlands: On the Cultural Security Complex and the Impact of Framing*, in: Guia M. J. / van der Woude M. / van der Leun J. (  dit.), *Social Control and Justice: Crimmigration in the Age of Fear*, The Hague 2013, pp. 41 – 60.

VAN DER WOUDE M. / VAN DER LEUN J. / NIJLAND J.-A., *Crimmigration in the Netherlands*, Law & Social Inquiry (Vol. 39/3) 2014, 560 – 579.

VAN DER WOUDE M. / BARKER V. / VAN DER LEUN J. (  dit.), *Special Issue on Crimmigration in Europe*, European Journal of Criminology (Vol. 14/1) 2017, 3 – 139 (cit  : VAN DER WOUDE / BARKER / VAN DER LEUN, *Special Issue*).

VAN DER WOUDE M. / BARKER V. / VAN DER LEUN J., *Introduction: Crimmigration in Europe*, European Journal of Criminology (Vol. 14/1) 2017, 3 – 6 (cit  : VAN DER WOUDE / BARKER / VAN DER LEUN, *Introduction*).

VAN DER WOUDE M., *A Patchwork of Intra-Schengen Policing: Border Games over National Identity and National Sovereignty*, Theoretical Criminology (Vol. 24/1) 2020, 110 – 131.

VAN DER WOUDE M. A. H. / VAN BERLO P., *Crimmigration at the Internal Borders of Europe? Examining the Schengen Governance Package*, Utrecht Law Review (Vol. 11/1) 2015, 61 – 79.

VÁZQUEZ Y., *Constructing Crimmigration: Latino Subordination in a "Post-Racial" World*, Ohio State Law Journal (Vol. 76/3) 2015, 599 – 657 (cité: VÁZQUEZ, *Constructing Crimmigration*).

VÁZQUEZ Y., *Crimmigration: The Missing Piece of Criminal Justice Reform*, University of Richmond Law Review (Vol. 51) 2017, 1093 – 1147 (cité: VÁZQUEZ, *Missing Piece*).

VELLOSO J. G. Vieira, *Beyond Criminocentric Dogmatism: Mapping Institutional Forms of Punishment in Contemporary Societies*, Punishment & Society (Vol. 15/2) 2013, 166 – 186.

WADHIA S. S., *Banned: Immigration Enforcement in the Time of Trump*, New York 2019.

WALKLATE S. / MYTHEN G., *Contradictions of Terrorism: Security, Risk, Resilience*, London 2014.

WALTERS W., *Migration, vehicles, and politics: Three theses on viapolitics*, European Journal of Social Theory (Vol. 18/4) 2015, 469 – 488 (cité: WALTERS, *Viapolitics*).

WALTERS W., *The Flight of the Deported: Aircraft, Deportation, and Politics*, Geopolitics (Vol. 21/2) 2016, 435 – 458 (cité: WALTERS, *Flight of the Deported*).

WEBER L. / MCCULLOCH J., *Penal Power and Border Control: Which Thesis? Sovereignty, Governmentality, or the Pre-emptive State?*, Punishment & Society (Vol. 21/4) 2019, 496 – 514.

WELCH M., *Scapegoats of 11 September*, New Brunswick 2006.

WONDERS N., *Sitting on the Fence Spain's Delicate Balance: Bordering, Multiscalar Challenges, and Crimmigration*, *European Journal of Criminology* (Vol. 14/1) 2017, 7 – 26.

ZEDNER L., *Penal subversions: When is a punishment not punishment, who decides and on what grounds?*, *Theoretical Criminology* (Vol. 20/1) 2016, 3 – 20.

ZILBERG E., *Space of Detention: The Making of a Transnational Gang Crisis between Los Angeles and San Salvador*, Durham 2011.

Perspectives sur la nature juridique de l'expulsion obligatoire (art. 66a CP) et du refus de naturalisation en raison d'une condamnation pénale antérieure – Le droit pénal comme garant des valeurs fondamentales ?

Fabian Brand

Proposition de citation: Fabian Brand, Perspectives sur la nature juridique de l'expulsion obligatoire (art. 66a CP) et du refus de naturalisation en raison d'une condamnation pénale antérieure – Le droit pénal comme garant des valeurs fondamentales ?, Revue DPPC, 2026, 2, 44-98.

URL: <https://www.dppc.online>

Résumé

L'article examine les parallèles entre l'expulsion obligatoire des étrangers et le refus de naturalisation en raison d'infractions pénales. Il part de la question de savoir comment les États modernes réagissent aux personnes perçues comme dangereuses pour la société à la suite de la commission d'une infraction, ainsi que du rôle joué par les valeurs socio-éthiques et l'appréciation de la dangerosité. À travers les modèles de philosophie politique de Hobbes et de Rousseau, il montre que l'expulsion obligatoire prévue par le droit suisse repose sur une logique d'exclusion des personnes insuffisamment intégrées à la communauté juridique. Pourtant, cette exclusion n'intervient qu'en cas de violation des valeurs fondamentales qui sous-tendent le catalogue des délits de l'art. 66a al. 1 CP (Code Pénal Suisse). Celles-ci se traduisent par une hostilité absolue à la violence, qui caractérise la grande majorité des infractions visées, ainsi que par une hostilité marquée envers les modes de vie économiques parasites, à savoir les infractions contre le patrimoine commises par métier et la criminalité économique au préjudice du fisc et des assurances sociales.

L'analyse de l'art. 66a CP conduit à la conclusion que l'expulsion, bien qu'elle revête une nature quasi-pénale en raison de ses effets dissuasifs, possède avant tout le caractère d'une mesure préventive relevant d'une logique de neutralisation des dangers. Dès lors, il convient de distinguer entre l'étranger matériel et l'étranger seulement formel, dans la mesure où seul le premier est perçu comme représentant un danger quasi durable et difficilement amendable. La raison d'être de la clause de rigueur (art. 66a al. 2 CP) est précisément de déterminer à quelle catégorie d'étranger l'autorité est confrontée.

Ces réflexions sont ensuite transposées au droit de la naturalisation. Dans les deux configurations, l'étranger acquiert pour la première fois une visibilité politique face au Souverain: soit comme auteur d'atteintes aux valeurs juridiques fondamentales, soit comme aspirant à son admission au sein du corps politique. Après avoir examiné et écarté diverses approches traditionnelles du traitement d'infractions pénales dans le cadre de la procédure de naturalisation – qu'elles soient fondées sur le mode d'exécution ou le quantum de la peine – l'article préconise un alignement sur le catalogue d'infractions de l'art. 66a CP. Un tel ancrage permet de respecter la nature profondément politique de la naturalisation, tout en offrant une base prévisible, objective et respectueuse de la sécurité juridique pour le traitement des infractions au cours de la procédure de naturalisation, s'inscrivant ainsi dans les récents changements de paradigme vers un État de droit en matière de naturalisation.

Mots-clés: expulsion pénale; citoyenneté; antécédents; dangerosité; valeurs socio-éthiques

Resumen

El artículo examina los paralelismos entre la expulsión obligatoria de extranjeros y la denegación de la naturalización debido a delitos. Parte de la cuestión de cómo reaccionan los Estados modernos ante personas percibidas como peligrosas para la sociedad a raíz de una infracción, así como del papel que desempeñan los valores socioéticos y la apreciación de la peligrosidad. A través de los modelos de filosofía política de Hobbes y Rousseau, muestra que la expulsión obligatoria prevista por el derecho suizo se basa en una lógica de exclusión de las personas insuficientemente integradas en la comunidad jurídica. Sin embargo, esta exclusión solo opera en caso de violación de los valores fundamentales que subyacen al catálogo de delitos del art. 66a, párr. 1 CP (Código Penal suizo). Estos valores se traducen en una hostilidad absoluta hacia la violencia, la cual caracteriza a la gran mayoría de los delitos tipificados, así como en una hostilidad marcada hacia los modos de vida económicos parasitarios, a saber, los delitos contra el patrimonio cometidos de forma profesional y la criminalidad económica en perjuicio del fisco y de los seguros sociales.

El análisis del art. 66a CP conduce a la conclusión de que la expulsión, si bien reviste una naturaleza cuasipenal debido a sus efectos disuasorios, posee ante todo el carácter de una medida preventiva que responde a una lógica de neutralización de peligros. Por lo tanto, conviene distinguir entre el extranjero material y el extranjero meramente formal, en la medida en que solo el primero es percibido como una amenaza cuasiduradera y difícilmente corregible. La razón de ser de la cláusula de rigor (art. 66a, párr. 2 CP) es precisamente determinar a qué categoría de extranjero se enfrenta la autoridad.

Estas reflexiones se transponen seguidamente al derecho de la naturalización. En ambas configuraciones, el extranjero adquiere por primera vez visibilidad política ante el Soberano: bien como autor de atentados contra los valores jurídicos fundamentales, bien como aspirante a su admisión en el cuerpo político. Tras haber examinado y descartado diversos enfoques tradicionales sobre el tratamiento de los delitos en el marco del procedimiento de naturalización — ya estén basados en la modalidad de ejecución o en el quantum de la pena —, el artículo propugna una armonización con el catálogo de delitos del art. 66a CP. Tal anclaje permite respetar la naturaleza profundamente política de la naturalización, al tiempo que ofrece una base previsible, objetiva y respetuosa con la seguridad jurídica para el tratamiento de las infracciones en el curso del procedimiento, inscribiéndose así en el reciente cambio de paradigma hacia un Estado de derecho en materia de naturalización.

Palabras clave: expulsión penal; ciudadanía; antecedentes penales; peligrosidad; valores socioéticos

Abstract

The article examines the parallels between the mandatory deportation of foreign nationals and the refusal of naturalization due to criminal offenses. It begins by exploring how modern States respond to individuals perceived as dangerous to society following an offense, as well as the role played by socio-ethical values and the assessment of dangerousness. Through the political philosophy models of Hobbes and Rousseau, it demonstrates that the mandatory deportation provided for by Swiss law is rooted in a logic of exclusion targeting individuals deemed insufficiently integrated into the legal community. However, this exclusion occurs only in the event of a violation of the fundamental values underlying the statutory list of offenses in Article 66a of the Swiss Criminal Code (SCC). These values manifest as an absolute hostility toward violence, which characterizes the vast majority of the listed offenses, as well as a marked hostility toward parasitic economic lifestyles, namely property crimes committed on a commercial basis and economic offenses to the detriment of tax authorities and social security institutions.

An analysis of Article 66a SCC leads to the conclusion that deportation, although possessing a quasi-criminal nature due to its deterrent effects, primarily bears the character of a preventive measure operating under a logic of neutralizing dangers, rather than a punitive sanction. Consequently, a distinction must be made between material and merely formal foreign nationals, insofar as only the former are perceived as embodying a persistent and hardly amendable danger. The *raison d'être* of the hardship exception (Art. 66a para. 2 SCC) is precisely to determine which category of foreign national the authority is confronting.

These reflections are subsequently transposed to naturalization law. In both configurations, the foreign national gains political visibility before the Sovereign for the first time: either as a perpetrator of violations against fundamental legal values, or as an aspirant to admission into the political body. After examining and discarding various traditional approaches to the treatment of criminal offenses within the naturalization procedure — whether based on the method of execution or the severity of the sentence —, the article advocates for an alignment with the statutory list of offenses under Article 66a SCC. Such an anchoring respects the deeply political nature of naturalization while offering a predictable, objective basis grounded in the rule of law for the treatment of offenses during the procedure, thereby aligning with recent rule-of-law paradigm shifts in naturalization law.

Keywords: criminal deportation; citizenship; criminal record; dangerousness; socio-ethical values

Sommaire

Introduction	49
I. Points communs entre l'expulsion et le refus de naturalisation en raison d'antécédents pénaux	50
II. L'infraction et sa portée – la déviance comme rupture des valeurs.....	52
A. Communauté de valeurs et communauté de droit	52
B. Infraction et dangerosité générale	54
1. Le modèle contractuel égalitaire: l'exclusion comme conséquence de la transgression	55
1.1. Le modèle rousseauiste: la déviance comme motif d'exclusion du corps politique	55
1.2. Une infraction unique révèle un caractère « insociable »	59
1.3. La notion d'ennemi dans la pensée de Günther Jakobs	60
2. Le modèle contractuel autoritatif: la nature de l'infraction comme critère de modification du statut de l'auteur	60
2.1. Hobbes – un théoricien du droit pénal de l'ennemi, ou non ?	60
2.2. La nature de l'acte détermine sa portée	62
3. Catégorisation liée à la qualité des infractions des délinquants dans le droit pénal positif moderne.....	63
3.1. Réflexions générales sur un droit pénal de l'ennemi conforme à l'État de droit	63
3.2. Éléments de droit pénal de l'ennemi dans l'État de droit suisse	64
3.2.1. Considérations générales	64
3.2.2. Remarques préliminaires sur la logique de droit pénal de l'ennemi de l'expulsion obligatoire	65
3.3. Responsabilité de l'État et réinsertion sociale	67
3.3.1. Peine de mort, bannissement et emprisonnement	67
3.3.2. L'État moderne: coresponsable du sous-développement personnel du délinquant.....	69
3.3.3. Développement personnel du délinquant: réinsertion, non socialisation	70
III. Expulsion obligatoire, art. 66a CP.....	70
A. Nature juridique.....	70
1. Caractère pénal	71
1.1. Double peine.....	71
1.1.1. Cumul de l'infraction et de l'abus du droit d'hospitalité.....	71
1.1.2. Dissuasion par la perspective de l'expulsion; un indice de caractère pénal ..	71
1.2. L'expulsion comme peine accessoire à l'égard des étrangers.....	72
2. Expulsion obligatoire: mesure d'élimination du danger et caméléon des formes pénales	72
B. Fonctionnement	73
1. Absence de responsabilité de l'État pour la déviance de l'étranger	73
2. L'étranger face à l'impossibilité de la réinsertion	74
3. La « situation personnelle grave »: coresponsabilité de l'Etat et capacité de réinsertion sociale de l'étranger	74
3.1. Critères du cas de rigueur personnel grave	75
3.1.1. Les piliers du mode de vie suisse: maîtrise de la langue, participation sociale et indépendance économique	77
3.1.2. Le respect de la sécurité et de l'ordre publics comme aspect de l'intégration	78
3.1.3. Le respect des valeurs de la Constitution comme aspect de l'intégration	79

3.2.	L'absence de prépondérance de l'intérêt public à l'expulsion.....	80
3.3.	Synthèse des développements relatifs à l'expulsion obligatoire	81
IV.	Le refus de naturalisation en raison d'une infraction antérieure.....	82
A.	La nationalité comme droit de cité	82
B.	La portée de l'infraction en droit de la nationalité	82
C.	Admission à la nationalité par « naturalisation »	83
1.	Un acte politique ?	83
2.	Acte juridique et obligation de motivation.....	84
D.	L'impact de la nature juridique de la naturalisation sur l'examen des antécédents pénaux	84
1.	La portée de l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 mai 2025 (1C_350/2024).....	85
2.	Critères d'appréciation des condamnations pénales	87
2.1.	L'absence de pertinence du mode d'exécution de la peine	87
2.2.	La portée de la quotité de la sanction.....	88
2.3.	L'impact de la qualité de l'infraction.....	89
3.	Synthèse des développements relatifs au refus de naturalisation en raison d'une infraction antérieure	90
3.1.	La question des autres infractions (art. 66a bis CP)	91
3.2.	Le parallélisme de la naturalisation à l'expulsion	91
	Conclusion.....	92
	Bibliographie	94

Introduction

[1] Dans la présente contribution, il s'agit de dégager, à partir de la nature juridique et du fonctionnement de l'expulsion pénale conformément à l'article 66a du Code pénal suisse (ci-après: CP), des enseignements quant au sens et à la finalité du refus de naturalisation fondé sur une ou plusieurs condamnations pénales antérieures. L'expulsion pénale constitue ainsi un point de départ analytique, en ce qu'elle met particulièrement en lumière la manière dont l'infraction est appréhendée comme critère de mise à distance du corps politique.

[2] L'analyse porte, en premier lieu, sur la question de savoir pourquoi un événement passé et achevé, tel qu'une infraction, peut continuer à produire des effets juridiques dans des contextes qui dépassent le cadre des catégories strictement pénales. Il s'agit, en d'autres termes, de comprendre pourquoi une violation ponctuelle de la norme peut donner lieu à une appréciation de la personne qui, au-delà de la sanction, s'inscrit dans la durée et détermine son appartenance. Il apparaît ainsi que l'infraction n'est pas seulement envisagée dans une logique d'imputation et de soumission à la peine, mais également dans une logique d'appartenance, c'est-à-dire en des termes politiques¹.

¹ Le fait que l'analyse juridique se transforme, en définitive, en une analyse de nature politologique tient à la logique même de la matière. En effet, lorsque l'auteur d'une infraction franchit simultanément les limites de ce qui peut être régulé par le droit – autrement dit lorsqu'il apparaît comme n'étant *plus* maîtrisable par des normes –, il doit être maîtrisé autrement, à savoir par un traitement comme être extra-juridique, c'est-à-dire comme un danger aveugle

[3] Dans cette perspective, l'analyse mobilise des schèmes d'explication relevant de la philosophie du droit afin d'éclairer la nature de l'expulsion pénale et, à partir de celle-ci, les fondements du refus de naturalisation en raison de condamnations pénales. Elle met ainsi au jour une tension entre, d'une part, une conception de l'appartenance marquée par l'immédiateté et une faible médiatisation par les exigences de justification juridique et, d'autre part, les exigences de l'État de droit, qui imposent de penser la réaction étatique dans une logique d'imputation, de justification et de proportionnalité. Il s'agira dès lors de mettre en lumière ce rapport de tension, tel qu'il se manifeste notamment en matière d'expulsion pénale et de décisions relatives à la naturalisation, et d'en proposer une mise en cohérence juridiquement fondée.

I. Points communs entre l'expulsion et le refus de naturalisation en raison d'antécédents pénaux

[4] L'expulsion pénale et le refus administratif de la naturalisation constituent des instruments fonctionnellement comparables qui, malgré leurs ancrages distincts en droit positif, poursuivent une finalité commune: la protection des fondements socio-éthiques de l'ordre juridique face à des personnes considérées comme dangereuses. Certes, l'expulsion pénale et les décisions en matière de droit de cité fondées sur une infraction ne concernent, en principe, que des étrangers au sens formel du droit de la nationalité. Il ne s'agit toutefois pas, à proprement parler, de l'éloignement des étrangers en tant que tels. Cela apparaît notamment en droit de la nationalité, où la problématique du refus de naturalisation en raison d'une condamnation pénale ne se limite pas aux étrangers formels, notamment lorsque l'octroi d'un droit de cité communal supplémentaire est refusé en raison d'infractions commises². Cela se manifeste également dans d'autres formes d'action étatique défavorable liées à une condamnation pénale antérieure, notamment dans la privation du droit de cité, soumise à des conditions particulièrement strictes³. Cette logique, qui ne se rattache pas prioritairement à la nationalité mais à la dangerosité, apparaît de manière

qu'il convient de combattre pour protéger ce qui est propre. Voir, sur l'ensemble, CARL SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*. Le fait que cette logique de combat reçoive une façade compatible avec l'État de droit – notamment par l'intégration systématique, dans le Code pénal, d'une incrimination étendue à un stade très précoce (*actes préparatoires punissables*, art. 260bis CP), de l'expulsion obligatoire (art. 66a CP) ou encore du « traitement » institutionnel (mesure thérapeutique institutionnelle, art. 59 CP), ainsi que, dans le Code de procédure pénale, d'une détention provisoire fondée sur un risque de récidive dissimulant en réalité une logique de prévention (art. 221, al. 1bis CPP), au sein de laquelle une figure telle que l'exécution anticipée de la peine ou de la mesure (art. 236 CPP) ne paraît même plus comme un corps étranger – ne change rien à la transformation statutaire sous-jacente, qui voit le passage du sujet autonome à un danger aveugle. Voir, à cet égard, pour le droit positif allemand, JAKOBS Günther, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in: HRRS 2004, p. 81 ss.

² La question de savoir si tel est effectivement le cas en pratique, et selon quels critères, ne peut ici qu'être conjecturée. Les bases légales – notamment celles du canton de Luzern ainsi que de la ville de Luzern – prévoient, s'agissant de l'octroi du droit de cité communal et cantonal à des ressortissants suisses, que ceux-ci doivent « jouir d'une bonne réputation dans la commune de naturalisation » (cf. § 17 Loi sur le droit de cité cantonal du canton de Lucerne). La brochure « Acquisition du droit de cité de la ville de Lucerne » précise la notion de « bonne réputation » en exigeant notamment l'absence de poursuites, d'actes de défaut de biens et d'arriérés fiscaux. Elle étend en outre ces exigences en imposant le respect de l'ordre juridique et requiert la production d'un extrait du casier judiciaire. Dès lors, il n'est pas exclu, sur le plan technique, qu'une condamnation pénale fasse obstacle à l'octroi d'un second droit de cité communal.

³ Voir à ce sujet VON RÜTTE Barbara, *Der Entzug des Bürgerrechts. Eine Einordnung der Schweizer Praxis*, in: *sui generis* 2023, p. 95.

particulièrement frappante dans le bannissement, historiquement attesté en Suisse, en Allemagne, en Grande-Bretagne et dans d'autres États, c'est-à-dire dans l'expulsion de ressortissants de leur propre État en raison d'infractions antérieures⁴.

[5] Que le bannissement, comme réaction à l'infraction, ne soit aujourd'hui plus envisageable, du moins sous la forme de l'éloignement de ses propres ressortissants hors du territoire de l'État – même si certaines formes de déplacement forcé à l'intérieur de celui-ci subsistent –, peut certes s'expliquer par l'évolution des conceptions juridiques en droit international.

[6] Mais cela peut également s'interpréter, dans une perspective proprement pénale, comme le reflet d'une transformation à la fois de l'image et de la conception du criminel: là où l'infraction non seulement exprimait autrefois le caractère de son auteur, mais était quasi identique à celui-ci, elle est désormais comprise comme l'expression d'une désorientation momentanée du délinquant, de sorte que l'idée d'une amélioration de celui-ci par les effets de la détention devient concevable comme réaction à l'infraction. Dans cette perspective, la peine privative de liberté apparaît alors comme une réaction à l'infraction dotée de sens⁵. À la lumière d'un tel changement de paradigme, l'exécution de la peine capitale et le bannissement n'apparaissent pas pour autant comme dénués de sens. Ils conservent, au contraire, une certaine pertinence à l'égard de catégories spécifiques de délinquants considérés comme non amendables ou non susceptibles de réintégration. À l'inverse, pour les délinquants susceptibles de réinsertion, la peine privative de liberté se présente comme un instrument apte à rendre à nouveau socialement aptes – et, sans doute aussi, en partie « utiles » – des auteurs d'infractions dont la réceptivité normative apparaît défailante à l'égard de l'interdiction pénale violée, sans que leur aptitude *générale* à vivre conformément au droit s'en trouve remise en cause.

[7] Or, le passage d'une conception de l'infraction comme irréfragablement révélatrice de la personnalité – celle du délinquant conçu comme durablement inapte à la vie sociale et, partant, dangereux – à un droit pénal de l'acte constitue un changement décisif.⁶ Dans ce cadre, l'infraction n'est précisément plus comprise (uniquement) en lien avec le caractère de l'auteur comme nécessairement et durablement dangereux, mais comme susceptible d'amendement. Ce déplacement, aussi important soit-il, ne modifie pas pour autant la *portée propre de l'infraction* pour la société, sur laquelle il sera revenu par la suite.

⁴ DUBLER Anne-Marie, *Bannissement*, in: Dictionnaire historique de la Suisse (DHS), version du 11.11.2008, en ligne: hls-dhs-dss.ch, consulté le 13.04.2026, voir, pour les États précurseurs de l'Allemagne, COY Jason Philip, *Strangers and Misfits: Banishment, Social Control, and Authority in Early Modern Germany*, Leiden/Boston 2008; pour la Grande-Bretagne, le Piracy Act 1717; à ce sujet de manière approfondie COLDHAM Peter Wilson, *Emigrants in Chains. A Social History of the Forced Emigration to the Americas of Felons, Destitute Children, Political and Religious Non-Conformists, Vagabonds, Beggars and Other Undesirables, 1607–1776*, Baltimore 2007.

⁵ Voir, sur l'émergence de la prison, c'est-à-dire de la privation de liberté comme peine révolutionnaire devenue rapidement dominante, FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir: Naissance de la prison*, Paris 1975, p. 1 ss. Il est en revanche douteux que le passage à la prédominance de la peine pécuniaire constitue un changement de paradigme comparable. Une telle thèse peut néanmoins être soutenue, dans la mesure où toute dimension de corporalité disparaît. Pourtant, le renoncement au contrôle physique au profit d'un contrôle psychique y est porté à son point culminant: en infligeant au délinquant une souffrance de nature pécuniaire tout en le maintenant physiquement au sein de la société – comme travailleur, contribuable et, le cas échéant, comme parent –, la peine pécuniaire permet de préserver et d'exploiter ses capacités sociales. Elle ne doit dès lors pas être comprise comme un nouveau changement de paradigme, mais comme l'aboutissement du processus amorcé avec la peine privative de liberté.

⁶ JESCHECK Hans-Heinrich / WEIGEND Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 5e éd., Berlin 1996, § 7 III 1 et 2.

II. L'infraction et sa portée – la déviance comme rupture des valeurs

[8] La notion de portée de l'infraction désigne précisément la fonction que celle-ci exerce dans l'évaluation de l'auteur comme individu (durablement) dangereux.⁷ Il ne s'agit donc pas ici, au premier chef, d'une conception matérielle du crime, c'est-à-dire de la question de savoir ce qui caractérise l'infraction en elle-même.⁸ Il s'agit bien plutôt de comprendre en quoi la notion de crime influe sur l'appréciation de l'auteur comme étant (durablement) dangereux.

[9] Parallèlement, la notion de crime s'inscrit elle aussi dans un rapport de corrélation avec les fonctions du droit pénal⁹. À cet égard, malgré l'absence d'unanimité, l'idée de la protection des biens juridiques a néanmoins recueilli, de manière tendancielle, une large adhésion. Selon l'opinion dominante, le droit pénal aurait ainsi pour fonction de protéger les biens juridiques¹⁰. Dès lors, l'infraction ne présenterait d'autre portée que de correspondre à certains processus de mise en danger ou d'atteinte à des biens juridiques que l'autorité compétente a érigés en infractions pénales, conformément à une conception matérielle du crime¹¹.

A. Communauté de valeurs et communauté de droit

[10] Si, selon l'opinion dominante, le droit pénal poursuit ainsi l'objectif de protéger des biens juridiques par l'existence et l'application des dispositions pénales – c'est-à-dire par le prononcé de culpabilité, la condamnation et l'exécution de la peine –, il convient toutefois de s'interroger sur les conditions dans lesquelles cet objectif est susceptible d'être atteint¹². En tant que mécanisme criminologique de justification, le concept de bien juridique ne permet guère d'invoquer autre chose que l'idée selon laquelle la protection des biens juridiques passe par leur traduction en interdictions pénales. Elle suppose, partant, la connaissance de ces interdictions par les citoyens: dès lors qu'ils savent quelles mises en danger et quelles atteintes aux biens juridiques sont sanctionnées, ils respecteront les biens juridiques d'autrui – à supposer toutefois leur loyauté envers le droit, c'est-à-dire leur volonté d'obéir aux lois¹³. Or, ni la procédure pénale proprement dite ni l'exécution de

⁷ LÖFFLER Alexander, *Die Schuldformen des Strafrechts*, Leipzig 1895, p. 80 ss.

⁸ Voir ROXIN/GRECO, § 2 N 9, 24 ss.

⁹ Voir BRAND Fabian, *Strafrecht, Schuld, Verbotsirrtum. Zur schuldtheoretischen Lösung des Verbotsirrtums im deutschen und schweizerischen Strafrecht aus strafrechtsdogmatischer, strafphilosophischer und staatsrechtlicher Sicht. Zugleich ein Beitrag zu Grund und Grenzen der Berechtigung eines sozialetischen Strafrechts*, Francfort-sur-le-Main, à paraître (cité: BRAND, *Strafrecht, Schuld, Verbotsirrtum*), première partie, B.

¹⁰ HEFENDEHL Roland / VON HIRSCH Andrew / WOHLERS Wolfgang (édit.), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden 2003.

¹¹ Que l'on se réfère à la théorie de la protection des biens juridiques, au harm principle ou à d'autres constructions analogues n'est pas sans importance; en pratique, toutefois, les différences apparaissent limitées. Ni la notion de bien juridique, ni celle d'intérêt dont l'atteinte est requise pour caractériser un préjudice ne renvoient, en effet, à des catégories immédiatement accessibles aux citoyens, ni à des objets susceptibles de fonder une auto-compréhension étatique ou collective.

¹² HASSEMER Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Francfort-sur-le-Main 1972, p. 87 ss.

¹³ Toutes les théories positivistes du droit pénal reposent, en dernière analyse, sur l'existence d'une connaissance de la loi. Celle-ci se manifeste notamment dans la dogmatique de l'erreur sur l'illicéité (*Verbotsirrtum*), voir, sur l'ensemble, BRAND, *Strafrecht, Schuld, Verbotsirrtum*, première partie, C.

la peine n'ont pour objet la transmission de la connaissance de la loi. Il en va de même des institutions d'intégration sociale – telles que les crèches, les écoles primaires et secondaires, les gymnases ou les cours du soir –, qui n'ont pas pour mission de proclamer les normes pénales ni de transmettre les biens juridiques qu'elles protègent¹⁴. Ainsi, l'école n'enseigne pas, par exemple, le droit pénal patrimonial aux enfants. En dehors des études juridiques proprement dites et de certaines formations spécialisées, les institutions éducatives ne visent pas à transmettre une connaissance du droit comme condition de son application, pourtant à en exiger le respect¹⁵.

[11] Les citoyens ne reçoivent donc pas un enseignement juridique formel. Bien au contraire: les démocraties libérales se distinguent précisément par le fait qu'elles peuvent s'en passer, sans que la société ne s'effondre sous le poids de citoyens délinquants désorientés, maintenus dans l'ignorance des limites de l'agir pénalement illicite. À l'inverse, les États en période de rupture, de révolution ou d'oppression doivent précisément faire entrer dans l'univers de représentation des citoyens, par la parole, l'image et le son, les nouvelles règles – à la manière du chapeau de Gessler –, parce que la conscience des individus n'est pas en mesure, à elle seule, de les éviter comme injustes¹⁶.

[12] Le fait que les citoyens mènent, pour l'essentiel, une existence exempte de toute pertinence pénale ne découle pas d'une connaissance exemplaire de la loi. Une telle idée supposerait que l'évitement d'infractions – telles que le viol ou l'escroquerie – dépende soit d'une pure soumission à l'autorité étatique (comme le pensent les théories impératives du droit), soit d'une simple mise en balance des intérêts (comme l'enseigne l'analyse économique du droit)¹⁷. Elle réside bien plutôt

¹⁴ Au sujet de l'état actuel de l'enseignement du droit dans la formation scolaire contemporaine, voir GRAN Andreas, *Rechtsbildung als Allgemeinbildung. Fundament für freies und soziales Wirtschaftsleben*, in: JR 2023, p. 257 ss. Le profil de discipline « Économie et droit » (Wirtschaft und Recht) enseigné dans les gymnases suisses se limite pour l'essentiel à une transmission de connaissances juridiques relevant du droit privé, plus précisément du droit économique et, en son sein, du droit des contrats; cf. par exemple le plan d'études du lycée de MuttENZ Grundlagenfach | Gymnasium MuttENZ (26.04.2026). Les cours gymnasiaux sur la « formation de citoyen » (politische Bildung) sont exactement cela, des cours pour créer des *citoyens*, pas des *bourgeois* (individus orientés vers la sphère privée et l'économie de marché), et encore moins des *sujets*, simple récepteurs passifs d'ordres de l'État. Pour la portée de cette différenciation dans ce contexte voir BRAND, *Strafrecht, Schuld, Verbotsirrtum*, première partie, C.

¹⁵ Pour une critique précoce à cet égard, voir JARCKE Carl Ernst, *Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts: mit Rücksicht auf die Bestimmungen der preussischen, österreichischen, bairischen und französischen Strafgesetzgebung*, vol. 1, Berlin 1827, p. 140 ss.

¹⁶ Voir, pour des exemples tirés de la Turquie, HIRSCH Ernst-Eduard, *Zur Rechtserheblichkeit des Normirrtums in juristischer und soziologischer Sicht*, in: Kaulbach Friedrich / Krawietz Werner (édit.), *Recht und Gesellschaft. Festschrift für Helmut Schelsky zum 65. Geburtstag*, Berlin 1977, p. 211 ss, spéc. p. 220 ss, à propos d'un cas relatif à la réception de l'interdiction de la polygamie en Turquie, laquelle ne tenait pas suffisamment compte des pratiques culturelles locales. Le chapeau de Gessler constitue un épisode – ou, plus exactement, un motif légendaire – fondateur de l'imaginaire historique suisse. Selon la tradition, au début du XIV^e siècle, les territoires forestiers soumis aux Habsbourg étaient administrés par des baillis. L'un d'eux, Hermann Gessler, aurait imposé à la population un geste d'allégeance en faisant placer son chapeau au sommet d'un mât sur la place publique et en ordonnant que tout passant le salue. Guillaume Tell refusa de se soumettre à cette marque d'humiliation. Cet épisode a trouvé sa forme littéraire la plus célèbre dans le drame Wilhelm Tell de FRIEDRICH SCHILLER, publié en 1804.

¹⁷ Pour une critique de la conception de la société sous-jacente à l'analyse économique du droit pénal, voir BRAND Fabian, *Taking Behavioral Skepticism Seriously: Law and Economics' Deterrence Theory in a Moral World*, in: Mathis Klaus (édit.), *Law and Economics of Crime and Punishment*, à paraître (cité: BRAND, *Taking Behavioral Skepticism Seriously*); pour une critique de l'effet inhibiteur que la connaissance de la loi exercerait sur la

dans l'intériorisation et la préservation de représentations issues d'attitudes socialement valorisées – autrement dit, des valeurs de la communauté juridique et sociale, en somme des prétendues valeurs socio-éthiques du droit¹⁸. Tant que les citoyens demeurent orientés vers ces valeurs – ce à quoi l'État doit veiller –, ils tendent naturellement à respecter les biens juridiques de leurs concitoyens protégés par le droit pénal.

[13] Pour donner un exemple: si l'on part d'une valeur de la communauté juridique allemande et suisse que l'on pourrait qualifier de solidarité interpersonnelle, selon laquelle il convient parfois d'accorder aux concitoyens davantage que la simple abstention de leur causer un dommage, il paraît évident que les citoyens qui considèrent cette valeur comme vivante et digne d'être suivie aideront leurs concitoyens en danger de mort, n'exploiteront pas ceux qui se trouvent dans une situation de détresse économique et dénonceront aux institutions de l'État des infractions graves imminentes. Un citoyen orienté vers cette valeur ne violera donc ni l'art. 128 CP (omission de prêter secours), ni l'art. 157 CP (usure), ni le § 34 de la loi lucernoise sur les contraventions (non-dénonciation de projets criminels); il respectera ainsi les biens juridiques protégés par ces infractions, à savoir l'intégrité corporelle, la vie, le patrimoine, la liberté personnelle, l'autodétermination sexuelle, etc¹⁹.

B. Infraction et dangerosité générale

[14] Après avoir conçu la portée de l'infraction pour la société comme la violation de ses valeurs juridiques socio-éthiques, il a été montré que les incriminations peuvent être comprises comme la

commission des infractions, voir, du point de vue dogmatique, STRATENWERTH Günter, *Die Bedeutung der kriminologischen Forschung für die Strafrechtsreform*, in: MonSchrKrim 1972, p. 196 ss; voir également BRAND, *Strafrecht, Schuld, Verbotsirrtum*, première partie, C. En revanche, pour une position attribuant un tel effet exclusivement ou principalement au droit positif écrit, voir PAWLIK Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen 2012, p. 259 ss., 333 ss., 397 ss.

¹⁸ Pour une présentation générale, voir WELZEL Hans, *Das Deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*, 11e éd., 1969, p. 1 ss; du même auteur, in: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, p. 227 ss.

¹⁹ On pourrait certes objecter que l'étendue de ces obligations ponctuelles de renoncer à des comportements égoïstes demeure incertaine pour les citoyens. Le degré de civisme qui y est attaché – entendu comme l'obligation de se conformer à un modèle de conduite socialement valorisé – leur est toutefois transmis par l'éducation familiale et scolaire, ainsi que par la reproduction continue de valeurs socio-éthiques dans les médias et les interactions sociales. Des incertitudes n'en subsistent pas moins. S'il est ainsi communément admis, en Suisse comme en Allemagne, qu'il convient de porter secours à une personne en danger de mort, on ignore en revanche largement que l'obligation d'aider une personne menacée d'une infraction sexuelle grave ne donne pas nécessairement lieu, en Suisse, à une obligation pénalement sanctionnée. La difficulté devient particulièrement aiguë lorsque certaines obligations d'adaptation échappent à toute perception de leur caractère illicite, le citoyen s'exposant alors au risque d'adopter un comportement pénalement répréhensible. Cette tension se révèle avec une acuité particulière dans l'appréciation des interactions sexuelles. On y observe une évolution dont les implications ne sont pas encore intégrées dans de larges pans de la société, notamment en ce qui concerne le *stealththing*. Le caractère illicite d'un tel comportement demeure difficilement intelligible si l'on ne parvient pas simultanément à identifier l'intérêt juridiquement protégé spécifique qui est atteint. On pourrait certes être tenté de situer l'illicéité dans la violation d'un devoir de loyauté interpersonnelle; une telle construction demeure toutefois trop indéterminée pour servir de fondement à une incrimination pénale. Il apparaît dès lors plus convaincant de rattacher l'atteinte à la sphère de l'autodétermination reproductive. Une telle qualification ne demeure cependant pas sans effets. Elle tend à suggérer, de manière implicite, une conception selon laquelle le droit assurerait, par le biais du droit pénal, la possibilité d'une sexualité affranchie du risque de grossesse. Il apparaît ainsi que la détermination du bien juridique protégé ne se limite pas à une fonction dogmatique, mais qu'elle participe également à la formulation et à la consolidation de représentations normatives de la sexualité.

typification de ces valeurs. Celles-ci ont pour fonction d'en assurer la protection par l'intermédiaire d'un ou de plusieurs biens juridiques et, partant, de prémunir ces derniers contre toute atteinte²⁰. Il convient à présent de s'interroger sur la portée de l'infraction quant à l'appréciation de l'auteur, en particulier sur la manière dont elle permet de le qualifier comme dangereux (au regard de ces valeurs).

[15] Il s'agira, dans ce cadre, d'examiner si une seule infraction suffit déjà à fonder l'imputation d'une dangerosité durable – c'est-à-dire persistante – de l'auteur, ou si, pour autant qu'un tel jugement de dangerosité durable soit retenu, une pluralité d'actes est requise pour autoriser une telle conclusion. Afin d'analyser la portée de l'acte isolé – qu'il s'agisse d'une infraction pénale ou d'un autre comportement déviant – au regard de l'appréciation de la dangerosité de l'auteur, il sera fait appel à des fondements de théorie de l'État. Cette démarche s'impose dans la mesure où la question de la portée d'une violation de norme touche, en dernière analyse, à la position de son auteur par rapport au corps politique et soulève ainsi une interrogation d'ordre fondamental: le transgresseur doit-il être traité comme un membre ou, au contraire, en être exclu du corps politique en raison de son acte ?

[16] On peut également envisager qu'une telle exclusion ne se justifie qu'à titre exceptionnel, notamment en présence de certaines infractions spécifiques, par exemple en raison de leur particulière gravité. Il conviendra de montrer que l'appréciation, sur le plan de la théorie de l'État, de l'appartenance de l'auteur est étroitement liée à la prévision de sa dangerosité. Si l'analyse se limite ici à certains modèles contractuels, c'est que, depuis le dépassement des fondations purement théologiques de l'État – amorcé notamment avec Hobbes –, ces approches offrent un cadre particulièrement apte à penser l'ordre politique à partir d'individus libres²¹. Dans cette perspective, Hobbes et Rousseau apparaissent comme des figures paradigmatiques de conceptions contractuelles opposées, à travers lesquelles les conséquences de l'infraction en termes d'appartenance peuvent être mises en lumière de manière particulièrement nette, sans pour autant exclure entièrement la réalité de mécanismes d'exclusion, telle qu'elle se laisse notamment appréhender, dans une perspective hégélienne, à travers une conception selon laquelle l'infraction n'emporte jamais de jugement définitif sur la personnalité de l'auteur, celui-ci demeurant un sujet rationnel et membre de la communauté juridique²².

1. Le modèle contractuel égalitaire: l'exclusion comme conséquence de la transgression

1.1. *Le modèle rousseauiste: la déviance comme motif d'exclusion du corps politique*

[17] La première approche, fortement marquée par Rousseau, conduit à ce que toute infraction, indépendamment de sa qualité, entraîne une exclusion catégorielle de la qualité de membre parmi

²⁰ Voir pour cette conception du délit WELZEL in: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, p. 224 ss. Voir aussi BRAND, *Strafrecht, Schuld, Verbotsirrtum*, première partie, B.

²¹ Sur la théorie du contrat, voir TERREL Jean, *Les théories du pacte social: droit naturel, souveraineté et contrat*, Paris 2001; concernant l'importance de Thomas Hobbes pour la théorie moderne de l'État, voir HÜNING Dieter, *Freiheit und Herrschaft in der Rechtsphilosophie des Thomas Hobbes*, Berlin 1998, et CAMPAGNA Norbert, *Thomas Hobbes: L'Ordre et la liberté*, Paris 2000.

²² Voir pour la théorie pénale d'Hegel RAMB Michael, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, Berlin 2015.

les citoyens (selon le credo: cela, aucun des nôtres ne le fait): « *D'ailleurs, tout malfaiteur attaquant le droit social devient par ses forfaits rebelle et traître à la patrie, il cesse d'en être membre en violant ses loix, & même il lui fait la guerre* »²³.

[18] Jakobs estime que, chez Rousseau, aucune perte de personnalité ne peut à proprement parler être constatée malgré la perte de la qualité de membre, dans la mesure où l'être humain devient une personne au sens du droit déjà avant – et non seulement par – la conclusion du contrat²⁴.

[19] Rousseau expose toutefois: « *Alors la conservation de l'État est incompatible avec la sienne; il faut qu'un des deux périsse, & quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme citoyen que comme ennemi* »²⁵.

[20] Si l'on veut ici reconnaître le statut de personne non seulement au citoyen, mais également à celui qui est devenu ennemi, se pose toutefois la question de savoir si, bien que la prétention à la personnalité préexiste à la conclusion du contrat, elle ne s'éteint pas du fait de l'atteinte portée à celui-ci. Si l'on veut invoquer, en faveur du maintien d'un certain reste de personnalité, le caractère juridique formel de la constatation de la culpabilité du « malfaiteur », Rousseau montre toutefois également que « Les procédures, le jugement sont (que; ajout de l'a.) les preuves & la déclaration qu'il a rompu le traité social » et qu'il n'est dès lors « plus membre de l'État ».²⁶

[21] S'il était bien une personne avant son entrée dans la société fondée par contrat, il perd cependant ce statut lorsqu'en tant que citoyen doté d'une prétention à la personnalité il devient malfaiteur; cette conséquence s'explique, chez Rousseau, par l'idée d'une contradiction avec soi-même, déjà perceptible d'emblée, à laquelle il attache une particulière réprobation en tant que trahison: « *Or comme il s'est reconnu tel (membre de l'Etat, note de l'a.), tout au moins par son séjour, il en doit être retranché par l'exil comme infracteur du pacte, ou par la mort comme ennemi public; car un tel ennemi n'est pas une personne morale, c'est un homme, & c'est alors que le droit de la guerre est de tuer le vaincu* »²⁷.

[22] La notion d'ennemi qui apparaît ici rappelle certes le concept de droit pénal de l'ennemi élaboré par Jakobs²⁸. Cette parenté ne porte toutefois que sur les conséquences juridiques, non les conditions de la notion d'ennemi. En effet, chez Jakobs, le statut d'ennemi n'est pas acquis par tout criminel en tant que tel – ce qui serait impossible non seulement dans un droit pénal conforme à l'État de droit, mais dans tout État dépendant d'une reconnaissance internationale –, mais uniquement à certains auteurs d'infractions d'une gravité ou d'une nature particulière, ou plus précisément uniquement par les auteurs d'infractions d'une certaine qualité. À l'inverse, chez Rousseau, ce n'est pas la qualité de l'infraction qui importe, ni même sa qualité en tant qu'infraction pénale; ce qui importe, c'est de savoir si l'acte permet d'inférer une déviance de caractère par rapport aux valeurs juridiques socio-éthiques conçues par Rousseau comme religion civile, ce qui est toutefois nécessairement le cas dans les infractions.

²³ ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, Amsterdam 1762 (cité: ROUSSEAU, *Du contrat social*), Livre II, chap. V.

²⁴ JAKOBS Günther, *Norm, Person, Gesellschaft: Vorstudien zu einer Rechtsphilosophie*, 2e éd., 1999 (cité: JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*), p. 101.

²⁵ ROUSSEAU, Livre II, chap. V.

²⁶ ROUSSEAU, Livre II, chap. V.

²⁷ ROUSSEAU, Livre II, chap. V.

²⁸ Voir à ce sujet JAKOBS, in: *HRRS*, 2004, p. 81 ss.

[23] Rousseau écrit d'abord: « Or, il importe bien à l'État que chaque citoyen ait une religion qui lui fasse aimer ses devoirs; mais les dogmes de cette religion n'intéressent ni l'État ni ses membres qu'autant que ces dogmes se rapportent à la morale & aux devoirs que celui qui la professe est tenu de remplir envers autrui. Chacun peut avoir, au surplus telles opinions qu'il lui plaît, sans qu'il appartienne au Souverain d'en connoître »²⁹.

[24] Cette position n'est toutefois libérale qu'en apparence, car le minimum que le citoyen doit à l'État et à ses concitoyens ne doit pas être inférieur à celui d'un bon citoyen. Car même si l'État « n'a point de compétence dans l'autre monde » et même si « ce n'est pas son affaire (...) quel que soit le sort des sujets dans la vie à venir », cela ne vaut que « pourvu qu'ils soient bons citoyens dans celle-ci »³⁰.

[25] La portée de cette exigence apparaît avec netteté lorsque Rousseau indique l'objet de ce qui caractérise un bon citoyen. « Il y a donc une profession de foi purement civile dont il appartient au Souverain de fixer les articles, non pas précisément comme dogmes de religion, mais comme sentimens de sociabilité, sans lesquels il est impossible d'être bon citoyen ni sujet fidèle »³¹.

[26] Et encore: « Les dogmes de la religion civile doivent être simples, en petit nombre, énoncés avec précision, sans explications ni commentaires. L'existence de la Divinité puissante, intelligente, bienfaisante, prévoyante & pourvoyante, la vie à venir, le bonheur des justes, le châtement des méchants, la sainteté du contrat social & des lois; voilà les dogmes positifs. Quant aux dogmes négatifs, je les borne à un seul; c'est l'intolérance: elle rentre dans les cultes que nous avons exclus »³².

[27] Ces éléments rappellent le principe de socialité (*socialitas*) de Pufendorf ainsi que les lois naturelles de Hobbes.³³ À la différence de Hobbes, qui n'attribuait un véritable caractère juridique à ses lois naturelles que dans leur forme de lois civiles et les concevait plutôt comme des principes socio-éthiques d'évitement du conflit et des principes d'évitement de la guerre,³⁴ Rousseau confère en substance aux dogmes de la religion civile un caractère de contrainte immédiat: « Sans pouvoir obliger personne à les croire, il peut bannir de l'État quiconque ne les croit pas; il peut le bannir, non comme impie, mais comme insociable, comme incapable d'aimer sincèrement les loix, la justice, et d'immoler au besoin sa vie à son devoir »³⁵.

[28] Le verbe pouvoir n'exprime ici pas tant une simple faculté juridique au sens d'une autorisation que l'impossibilité de fait d'inculquer certaines valeurs juridiques. Car si l'État peut bannir des personnes parce qu'elles croient à de mauvaises choses, cela signifie probablement qu'il lui est également reconnu la compétence d'imposer directement celles qu'il tient pour justes. Il devient ensuite manifeste lorsque Rousseau distingue entre l'incroyance et la réalisation d'un acte dans lequel cette incroyance devient perceptible. Sans approfondir ici la distinction, connue de la réception de Hobbes, entre la *fides* demeurant purement privée et la *confessio* publiquement

²⁹ ROUSSEAU, Livre IV, chap. VIII.

³⁰ ROUSSEAU, Livre IV, chap. VIII.

³¹ ROUSSEAU, Livre IV, chap. VIII.

³² ROUSSEAU, Livre IV, chap. VIII.

³³ Voir, pour le principe de socialité chez Pufendorf, WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, spéc. chap. 3. Pour les lois naturelles chez Hobbes, voir HÜNING, p. 94 ss.; CAMPAGNA, p. 64 ss.

³⁴ Voir à ce sujet BRAND, *Strafrecht, Schuld, Verbotsirrtum*, première partie, A.; voir également HÜNING, p. 98 ss.

³⁵ ROUSSEAU, Livre IV, chap. VIII.

perceptible (et donc dangereuse en raison de sa capacité de propagation), Rousseau établit ici une identité entre droit et morale qui demeure significative aussi pour les catégories systématiques du droit pénal actuel³⁶.

[29] Ainsi écrit-il immédiatement après le passage reproduit ci-dessus: « *Que si quelqu'un, après avoir reconnu publiquement ces mêmes dogmes, se conduit comme ne les croyant pas, qu'il soit puni de mort; il a commis le plus grand des crimes, il a menti devant les loix* »³⁷.

[30] La notion de « *publiquement reconnu* » ne doit pas être comprise comme une *confessio* publique en faveur de la religion civile, mais suit la logique générale du contrat social, que Rousseau avait déjà suggérée auparavant. Le citoyen manifeste en effet, fût-ce tacitement, par son séjour dans le champ d'application du contrat social, qu'il se comprend comme membre de celui-ci; l'autocontradiction qui réside dans le fait de se percevoir comme membre du contrat avec ses dogmes, d'une part, et d'accomplir, d'autre part, un acte contraire à ceux-ci, fonde alors la qualité de « *malfaiteur attaquant le droit social* », en raison de laquelle il devient « *rebelle et traître à la patrie* ».

[31] Qu'il commette pour cela nécessairement une infraction pénale – notion qui n'a de toute façon de sens que dans un ordre étatique gouverné par le principe de légalité ou ses équivalents – apparaît secondaire. Ce qui est central, c'est plutôt que les actes – et, chez Rousseau, toutes les fautes traitées comme infractions pénales le font de toute façon – expriment un caractère qui permet de conclure qu'il « *ne les croyant pas* », c'est-à-dire qu'il n'est pas atteint par les valeurs en question et constitue à cet égard un danger pour leur maintien.

[32] On pourrait donc, chez Rousseau, envisager de concevoir le bannissement comme une mesure de lutte contre les personnes dangereuses, tandis que la mort serait réservée, comme peine et mode d'exécution, à ceux qui expriment leur dangerosité par un acte. Qu'on qualifie alors celui-ci d'« *infraction pénale* » ou non, ce qui est décisif, c'est que seul l'acte, c'est-à-dire le fait, rendu extérieur, d'être inaccessible aux dogmes de la religion civile, doit entraîner la mort. Rousseau l'explique par le fait que l'acte exprimant une orientation axiologique déviante constitue « *le plus grand des crimes* », parce que l'auteur « *a menti devant les loix* ».

[33] Le sens dans lequel celui qui manifeste, par un acte, qu'il ne croit pas aux dogmes, c'est-à-dire aux valeurs juridiques socio-éthiques de la société, « *ment devant les lois* », peut être interprétée de deux manières, dont la première rend probablement mieux justice au sens rousseauiste, tandis que la seconde va sans doute au-delà. On peut d'abord envisager une interprétation du terme « *mentir* » au sens courant, selon laquelle le malfaiteur agit de façon contradictoire envers lui-même, ou mieux: de manière trompeuse voire traîtresse, en laissant entendre, par son séjour précédé de la conclusion du contrat, qu'il entendait respecter les lois, puis en rompant cette promesse par un acte contraire aux dogmes. Dans une seconde lecture, plus exigeante, on peut considérer, dans une perspective hégélienne, que l'auteur oppose sa volonté particulière à la volonté générale incarnée dans la loi³⁸.

³⁶ Pour la discussion des différences fondamentales entre peine et mesure, voir WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, p. 224 ss; ainsi que, sur l'importance de la distinction entre droit et morale fondée sur la différenciation entre attitude et comportement, du même auteur, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, p. 297 ss; du même auteur encore, in: *Der Staat*, 1969, p. 441 ss.

³⁷ ROUSSEAU, *Du contrat social*, Livre IV, chap. VIII.

³⁸ Voir, pour la théorie pénale d'Hegel l'œuvre de RAMB.

[34] À la différence de ses équivalents germaniques – *lügen*, *to lie*, *att ljuga* –, qui renvoient plus fortement à l'idée de *rupture* de fidélité, « *mentir* » n'a pas une telle connotation spécifique.³⁹ Étymologiquement, il remonte à la racine indo-européenne *men-* (« *penser* ») et désigne à l'origine une forme d'activité mentale.⁴⁰ L'évolution sémantique vers le sens de « *mentir* » s'opère par des étapes intermédiaires telles que « *fabuler* », « *imaginer quelque chose* » ou « *feindre quelque chose* ». En ce sens, le délinquant n'apparaît pas seulement comme un violateur de règle, mais comme quelqu'un qui affirme, pour ainsi dire, la validité d'un autre dogme.

1.2. Une infraction unique révèle un caractère « insociable »

[35] Chez Rousseau, on déduit donc immédiatement d'une violation unique, d'une perturbation ponctuelle de l'ordre, un caractère « *insociable* » qui entraîne la rupture de l'appartenance à la communauté et l'exclusion, par la mise à mort ou le bannissement. Toute infraction atteint ainsi la personnalité dans son ensemble, c'est-à-dire qu'elle est tenue pour révélatrice de l'auteur en tant que tel, raison pour laquelle son statut se transforme de celui de citoyen en celui d'« *homme* », situé hors de la communauté régie par le contrat social, et devant être combattu comme ennemi du corps politique.

[36] Il n'est pas difficile de constater que Günther Jakobs, dans les fondements intellectuels de sa pensée du droit pénal⁴¹, notamment en ce qui concerne le statut des êtres humains hors des normes sociales (individu) et en leur sein (personne), s'est fortement inspiré de Rousseau, qui associait ces notions à celles d'« *homme* » et de « *citoyen* ». En revanche, Jakobs ne suit pas Rousseau quant au changement de statut qui, à la suite d'une infraction, ferait passer du citoyen à l'« *ennemi* » en quelque sorte exclu du corps politique: le délinquant, en tant que personne au sein d'un ordre social structuré par des attentes normatives, demeure formellement une personne, même s'il déçoit les attentes matérielles de fidélité au droit, c'est-à-dire s'il cesse, matériellement, d'être une personne dans le cas concret⁴². Ce n'est que pour une catégorie particulière de délinquants que Jakobs semble reprendre la logique d'exclusion de Rousseau. Son droit pénal de l'ennemi, qui a trouvé un terrain particulièrement fertile notamment dans les pays d'Amérique latine et y a été largement reçu⁴³, fût-ce parfois de manière critique, repose toutefois – même s'il conduit à des structures similaires au niveau des conséquences juridiques – sur d'autres prémisses au niveau des conditions d'application. Il se situe donc entre le concept de l'indifférence à la qualité de l'infraction dans la tradition de Rousseau et un concept selon lequel, pour l'évaluation de l'auteur

³⁹ Voir, pour l'étymologie du terme « *lügen* » (all. *lügen*, angl. *to lie*, suéd. *att ljuga*), KLUGE Friedrich (begr.) / SEEBOLD Elmar (bearb.), *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, 23e éd., Berlin 1995, s.v. « *lügen* »; Oxford English Dictionary, s.v. *lie* (verb); Svenska Akademiens Ordbok, s.v. *ljuga*.

⁴⁰ Voir, pour l'étymologie de « *mentir* », Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL), s.v. « *mentir* » (du lat. *mentiri*, dérivé de *mens*, indiquant une opération de l'esprit); Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française*, s.v. « *mentir* ».

⁴¹ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 29.

⁴² JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 29 ss.

⁴³ Voir, pour une perspective équatorienne, CORDOVA MARTÍNEZ Andrés Felipe / BEJARANO BEJARANO Erika Monserrath, *Políticas criminales contra el crimen organizado en el Ecuador: ¿insuficientes o eficaces a largo plazo?*, in: LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades (Vol. 7/1) 2026, p. 1459 ss ainsi que OJEDA ABENDAÑO Pablo Augusto / MALDONADO RUIZ Luis Mauricio, *La Prisión Preventiva en Ecuador: Desnaturalización Garantista y Criminalización Selectiva desde un Análisis Normativo, Jurisprudencial y Empírico*, in: Revista Veritas, 2024; pour une discussion approfondie de la situation salvadorienne, CÁRDENAS-GRACIA, p. 65 ss.

et de son attitude de caractère envers l'ensemble de l'ordre juridique, la *nature de l'acte* demeure déterminante.

1.3. La notion d'ennemi dans la pensée de Günther Jakobs

[37] Avant de se consacrer au contre-modèle de l'approche de Rousseau, il convient toutefois d'aborder brièvement le concept de droit pénal de l'ennemi de Günther Jakobs. Pour Jakobs, le droit pénal peut être distingué en deux types. D'une part, il existerait un droit pénal du citoyen, créé pour traiter le citoyen. On attend alors que celui-ci extériorise son acte, puis on réagit « *pour confirmer la figure normative de la société* ». D'autre part, on pourrait dégager un droit pénal de l'ennemi, qui sert précisément à traiter l'ennemi, « *intercepté très en amont et combattu en raison de sa dangerosité* ». Comme exemple du premier type, Jakobs cite le traitement d'un homicide volontaire, « *qui, en tant qu'auteur solitaire, n'est punissable qu'au moment où il commence immédiatement à réaliser l'élément constitutif* ». Le second type se manifeste dans le « *traitement du meneur ou de l'instigateur (...) d'une organisation terroriste* », « *frappé d'une peine seulement marginalement plus clémentine que l'auteur de tentative d'homicide* » déjà au moment où il fonde l'organisation ou y agit, donc éventuellement « *des années avant l'acte envisagé – plus ou moins vaguement –* »⁴⁴.

[38] L'idée est donc qu'une qualité spécifique de l'infraction, dans laquelle l'auteur ne fait pas face à l'État comme un citoyen inférieur et soumis, fait apparaître comme commandé le traitement de l'auteur en ennemi. Il faut – si l'on raisonne à partir de la conséquence juridique – qu'il apparaisse erroné de respecter l'auteur comme personne, parce que celui-ci, en tant que « *terroriste* », « *ne justifie précisément pas l'attente d'un comportement personnel en général* » et que, pour cette raison, les « *propriétés de l'État de droit du droit pénal du citoyen (...) – maîtrise des affects; réaction seulement à des actes extériorisés, non à de simples actes préparatoires; respect de la personnalité du criminel dans la procédure pénale* », etc. seraient inadéquats⁴⁵. Toutefois, ce qui doit caractériser la qualité de l'infraction pour qu'on puisse conclure à l'existence d'un ennemi au sens de Jakobs n'est pas décrit avec précision dans ses écrits. Cette flexibilité au niveau des éléments constitutifs, cette « *quasi-absence d'éléments constitutifs* », est d'une part un trait essentiel de toutes les mesures, mais elle tient aussi à sa référence spécifique aux fondements contenus dans les ouvrages de Hobbes, auxquels il emprunte le concept de droit pénal de l'ennemi.

2. Le modèle contractuel autoritatif: la nature de l'infraction comme critère de modification du statut de l'auteur

2.1. Hobbes – un théoricien du droit pénal de l'ennemi, ou non ?

[39] Hobbes écrit dans le *Leviathan*:

[40] “*It is manifest that the subject who renounces the general covenant of obedience thereby renounces all the laws at once. And this is the offence called treason: a word or deed by which the citizen or subject declares that he will no longer obey that man or assembly in whom the supreme power of the city is vested*”⁴⁶.

⁴⁴ JAKOBS, in: *HRRS*, 2004, p. 81 ss.

⁴⁵ JAKOBS, in: *HRRS*, 2004, p. 81 ss.

⁴⁶ HOBBS, Partie II, chapitre XVIII.

[41] Hobbes part de l'idée que la trahison ainsi entendue peut se produire soit explicitement, « *as one who says that we ought not simply, absolutely, and universally to obey him* », soit par un comportement qui est interprété comme si l'auteur l'avait déclaré explicitement, "*as one who denies that he has the right, at his own will, to wage war, make peace, enlist soldiers, levy money, appoint magistrates and public officials, enact laws, decide controversies, impose penalties, or do anything else without which the state cannot stand*". *Such words and deeds are treason by the law of nature, not merely by civil law*"⁴⁷.

[42] Il apparaît ainsi que l'ennemi est celui qui expose l'État au risque d'un retour à l'état de nature, parce qu'il se présente, en tant qu'unité dotée de compétences étatiques, pour ainsi dire comme une instance paraétatique:

[43] "*Hence it follows that rebels, traitors, and all others convicted of treason are punished not by civil right but by natural right; that is, not as civil subjects but as enemies of the government – not by the right of sovereignty and dominion, but by the right of war*"⁴⁸.

[44] Dans le *Leviathan*, Hobbes formule alors avec une particulière netteté la distinction entre le droit pénal et les mesures à employer contre l'ennemi, les prétendus *acts of hostility*:

[45] "*Lastly, harm inflicted upon one that is a declared enemy, falls not under the name of punishment: because seeing they were either never subject to the law, and therefore cannot transgress it; or having been subject to it, and professing to be no longer so, by consequence deny they can transgress it, all the harms that can be done them, must be taken as acts of hostility*"⁴⁹.

[46] "*But in declared hostility, all infliction of evil is lawful. From whence it followeth, that if a subject shall by fact, or word, wittingly and deliberately deny the authority of the representative of the commonwealth (whatsoever penalty hath been formerly ordained for treason), he may lawfully be made to suffer whatsoever the representative will*"⁵⁰.

[47] La différenciation hobbesienne entre le droit pénal et les *acts of hostility* est toutefois sensiblement plus étroite que le droit pénal de l'ennemi défendu par Jakobs, parce qu'elle repose sur d'autres prémisses. Elle n'en demeure pas moins précieuse pour l'analyse du droit pénal positif.

[48] Il est intéressant, par exemple, de constater que le droit pénal suisse, à la différence de celui de ses voisins ou du droit des États-Unis, connaît une large punissabilité des actes préparatoires. Alors que, dans d'autres ordres juridiques, ceux-ci ne sont punissables que lorsqu'ils prennent la forme, en substance, d'une « *conspiration* » – c'est-à-dire d'une entente en vue de commettre un crime –, tel n'est pas le cas en Suisse, où cette incrimination vaut également pour l'auteur solitaire d'un brigandage, d'une séquestration ou d'un incendie intentionnel⁵¹.

⁴⁷ HOBBS, Partie II, chapitre XVIII.

⁴⁸ HOBBS, Partie II, chapitre XXVIII.

⁴⁹ HOBBS, Partie II, chapitre XXVIII.

⁵⁰ HOBBS, Partie II, chapitre XXVIII.

⁵¹ Voir art. 260bis CP (actes préparatoires délictueux). En Allemagne les actes préparatoires sont punissables uniquement quand ils prennent une forme mettant en danger l'Etat de façon sérieuse (*schwere staatsgefährdende Gewalttat*, § 89a CP allemand); la même chose vaut pour l'Autriche (qui restreint également la punissabilité des actes préparatoires aux infractions terroristes, de haute trahison ou de mise en danger d'une collectivité, selon les § 175 et § 278b ss. CP autrichien). Pour cette logique étatiste du droit pénal allemand et autrichien voir la prochaine partie de cet article. Pour la logique citoyenne du droit pénal suisse, la situation repose sur une dynamique

[49]. Du point de vue de la théorie du droit, on peut l'expliquer en ce sens que ce n'est pas la prétention à revêtir une apparence étatique qui a conduit à la législation correspondante, mais simplement la conscience d'une dangerosité croissante. Dans cette mesure, l'idée de Jakobs selon laquelle la punissabilité en amont constituerait « *en substance (...) une mesure d'internement de sûreté anticipée, dénommée "peine"* » n'est assurément pas inexacte⁵².

2.2. La nature de l'acte détermine sa portée

[50] Si Hobbes a été présenté ci-dessus dans le contexte de l'idée de droit pénal de l'ennemi, il est déjà apparu à cette occasion que le traitement du délinquant comme ennemi ne concerne que le cas de l'auteur dont l'acte met en danger l'existence de l'État. Cette logique découle du fondement de la conception hobbesienne du contrat.

[51] Tous les hommes transfèrent toute leur « *puissance et force* » à un seul homme ou à une assemblée d'hommes qui agrège les volontés particulières en une seule volonté. La personne du souverain, conçue par Hobbes comme une instance neutre, sert à la fois à la surveillance durable des opinions pertinentes pour la coexistence et à l'arbitrage des éventuels différends issus des conceptions privées des citoyens⁵³. De la nature du contrat social conçu comme contrat de soumission, il s'ensuit que seul celui qui rompt la soumission constituant le fondement même de la survie du contrat perd la protection de l'État et donc son statut de citoyen. Il est – comme cela a été montré plus haut – traité comme un ennemi extérieur au Commonwealth, en raison de la qualification de son acte comme trahison. Mais cela signifie en même temps que tous les autres actes laissent intact le statut de citoyen. Si donc l'infraction ne constitue pas une trahison, parce qu'elle n'usurpe pas les compétences revenant exclusivement à l'État comme puissance protectrice, elle est traitée comme infraction, et son auteur comme délinquant. On ne déduit donc pas de manière générale de l'infraction un statut d'ennemi ou une dangerosité appelant une exclusion. La théorie de la peine de Hobbes est particulièrement importante pour la question qui nous intéresse ici, celle de la portée de l'infraction pour le jugement porté sur la personnalité de l'auteur; cette théorie est clairement relative, dès lors que Hobbes définit la peine en se référant à l'amendement de l'auteur en citoyen fidèle au droit:

comparable mais singulièrement élargie, marquée par un paradoxe historique notable. Introduit en 1981, l'art. 260bis CP avait initialement pour but de répondre à la montée du terrorisme international des années 1970 (notamment la Fraction armée rouge). L'intention première du législateur helvétique s'inscrivait donc, elle aussi, dans une logique de sécurité publique face à la menace terroriste. La divergence réside dans la conceptualisation de cette menace: la Suisse a appréhendé le terrorisme de manière beaucoup plus large, considérant les infractions graves (meurtre, brigandage, prise d'otage) comme étant par essence de nature à compromettre la sûreté de l'État. En punissant leurs préparatifs sans exiger de mobile politique, le droit suisse a ainsi étendu la protection étatique à une protection citoyenne immédiate. Il convient d'ajouter que si les trois pays répriment de manière équivalente la préparation sous sa forme collective – à travers l'incrimination des organisations criminelles et terroristes (§ 129a CP allemand, § 278b CP autrichien, art. 260ter CP) –, la Suisse se distingue fondamentalement par sa volonté de pénaliser les actes préparatoires individuels. Pour cette aversion à la violence comme valeur juridique socio-éthique suisse voir la prochaine partie de cet article.

⁵² Jakobs, in: *HRRS*, 2004, p. 81 ss.

⁵³ KERSTING Wolfgang, *Rechtsverbindlichkeit und Gerechtigkeit bei Thomas Hobbes: Bemerkungen anlässlich der zugleich naturrechtlichen und modernitätseuphorischen Hobbes-Interpretation von Norbert Campagna*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)* (Vol. 84/3) 1998, p. 354 ss.

[52] “(...) *that all evil which is inflicted without intention or possibility of disposing the delinquent or, by his example, other men to obey the laws is not punishment, but an act of hostility, because without such an end no hurt done is contained under that name*”⁵⁴.

[53] En outre, le dualisme du citoyen et de l'ennemi – l'ennemi n'étant que celui qui accomplit des actes (criminels) paraétatiques – apparaît également dans l'autolimitation imposée aux conséquences juridiques du droit pénal du citoyen :

[54] “(...) *if a punishment be determined and prescribed in the law itself, and after the crime committed there be a greater punishment inflicted, the excess is not punishment, but an act of hostility*”⁵⁵.

[55] Cette autolimitation se retrouve également au niveau des conditions d'application :

[56] “(...) *harm inflicted for a fact done before there was a law that forbade it is not punishment, but an act of hostility: for before the law, there is no transgression of the law: but punishment supposeth a fact judged to have been a transgression of the law; therefore harm inflicted before the law made is not punishment, but an act of hostility*”⁵⁶.

[57] Dans cette mesure, Hobbes est certes aussi un théoricien du droit pénal de l'ennemi, mais seulement à l'égard de celui dont l'acte permet d'inférer une disposition mettant en danger l'État. Plus généralement, il ne s'agit pas chez Hobbes d'imposer une adhésion aux mêmes dogmes; il s'agit qu'aucune opinion dangereuse pour l'État ne soit exprimée à l'extérieur, parce que – et non seulement dans la mesure où – cela fait naître le risque d'un retour à l'état de nature. À cet égard, il est toutefois plus libéral que Rousseau, car, chez Hobbes, l'incroyance intérieure ne donne précisément pas à l'État le droit « *(de) bannir (l'incroyant, N. de l'a.), non comme impie, mais comme insociable, comme incapable d'aimer sincèrement les loix, la justice, et d'immoler au besoin sa vie à son devoir* »⁵⁷.

3. Catégorisation liée à la qualité des infractions des délinquants dans le droit pénal positif moderne

3.1. Réflexions générales sur un droit pénal de l'ennemi conforme à l'État de droit

[58] La logique, présente chez Hobbes, d'une dualisation entre ennemi et citoyen ne se déployant que dans des cas extrêmes et au sein de laquelle, du côté des conséquences juridiques du droit applicable à l'ennemi, aucun frein n'est prévu, ne saurait prétendre valoir dans un droit pénal conforme à l'État de droit. Les tendances identifiées par Jakobs – telles que l'anticipation du droit pénal, les législations de lutte ou encore les mesures d'internement de sûreté – ne sont donc ni, dans leurs conditions ni dans leurs conséquences juridiques, abandonnées à l'arbitraire du pouvoir exécutif, et ne constituent dès lors pas non plus des *acts of hostility*.

[59] Il n'en demeure pas moins que ces figures, ainsi que d'autres encore, constituent un phénomène particulier auquel s'attache, dans un sens analogue, le reproche de droit pénal de l'ennemi: elles conduisent à une dualisation entre normalité et anormalité, ainsi qu'à un

⁵⁴ HOBBS, Partie II, chapitre XXVIII.

⁵⁵ HOBBS, Partie II, chapitre XXVIII.

⁵⁶ HOBBS, Partie II, chapitre XXVIII.

⁵⁷ ROUSSEAU, Livre IV, chap. VIII.

changement de statut opéré sur la base de critères ou de normes qui s'écartent des principes pénaux traditionnels. Que l'on qualifie le régime applicable au délinquant demeurant dans la sphère de la normalité du « citoyen » de droit pénal du citoyen, et celui dans lequel certains principes pénaux propres à l'État de droit sont écartés de droit pénal de l'ennemi, relève en définitive d'une querelle terminologique. Ce qui importe en substance, c'est de déterminer à partir de quel moment une personne est traitée comme porteuse d'une dangerosité, et non plus selon le mode qui devrait en réalité être le seul approprié en droit pénal, à savoir comme individu doué de raison; autrement dit, à partir de quel moment on infère d'une infraction, fût-elle isolée, une dangerosité. Il ne s'agit pas, dans cette perspective, de remettre en cause la légitimité de mesures de sûreté à l'égard de personnes effectivement dangereuses. La question est bien plutôt de savoir à quelles conditions une telle dangerosité peut être déduite d'un comportement donné – qu'il s'agisse d'une infraction isolée ou d'une pluralité d'infractions –, et, plus précisément, à partir de quel moment plusieurs actes sont agrégés et interprétés comme l'expression d'une disposition de la personnalité⁵⁸.

[60] Si la dimension matérielle d'un droit pénal de l'ennemi compatible avec l'État de droit peut ainsi être identifiée, sa dimension procédurale se manifeste par un affaiblissement progressif de la recherche de la vérité matérielle au profit d'une logique d'éloignement rapide des personnes perçues comme dangereuses. En témoignent notamment les ordonnances pénales, les procédures simplifiées, l'exécution anticipée de la peine, le recours à des notions peu déterminées de soupçon, la détention provisoire et, finalement, l'expulsion⁵⁹.

3.2. **Éléments de droit pénal de l'ennemi dans l'État de droit suisse**

3.2.1. *Considérations générales*

[61] La législation de lutte contre le terrorisme adoptée à la fin des années 1970⁶⁰, ainsi que celle dirigée contre les infractions sexuelles graves au détriment d'enfants des années 2010⁶¹, montrent déjà à laquelle des logiques évoquées ci-dessus la perspective suisse se rattache préférentiellement lorsqu'il s'agit d'attribuer un statut d'ennemi: à celle de Rousseau. Il ne s'agit pas de savoir si le délinquant conteste à l'État son rôle de souverain, mais bien plutôt de déterminer s'il menace les citoyens, à un degré particulièrement élevé, dans des biens juridiques d'une importance éminente.

[62] Que l'ennemi ne soit rien d'autre que l'auteur (potentiel) d'une infraction particulièrement dévastatrice pour les citoyens ressort déjà de la systématique du Code pénal. Tandis qu'en Allemagne, la République fédérale fondée en 1949, bien qu'érigée sur des bases démocratiques et orientée vers la protection des droits individuels, a pu néanmoins conserver la structure systématique du code pénal impérial de 1871, précisément parce que celui-ci reposait déjà sur

⁵⁸ Voir pour le droit suisse STUDER Rafael, *Die Ungefährlichkeitsvermutung im Massnahmenrecht: Eine Synthese aus dem Grundsatz in dubio pro reo und der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*, Berne/Zurich 2026.

⁵⁹ Art. 352 CPP (ordonnance pénale); art. 358 CPP (procédure simplifiée); art. 236 CPP (exécution anticipée des peines et des mesures); art. 221, al. 1, let. c) CPP (détention pour risque de récidive); art. 221, al. 2 (détention pour menace de passage à l'acte); art. 66a CP (expulsion pénale).

⁶⁰ Cf. notamment l'Arrêté fédéral urgent du 9 octobre 1978 instituant des mesures visant à sauvegarder la sécurité intérieure, adopté dans le contexte de la lutte contre le terrorisme international et les formes de violence politique de la fin des années 1970.

⁶¹ Cf. la mise en œuvre, en 2013, de l'initiative populaire « contre les pédophiles » (art. 123c Cst.), visant à renforcer la répression des infractions sexuelles contre les enfants.

une logique de défense contre des forces paraétatiques usurpatrices mettant en danger l'État (naissant)⁶², la Suisse se caractérise au contraire par une orientation vers la prévention d'atteintes graves aux biens juridiques des citoyens. C'est dans cette perspective que la partie spéciale du Code pénal suisse commence par les infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, qui constituent les biens juridiques les plus importants pour les citoyens.

[63] Cela témoigne de la place relativement secondaire occupée, en droit pénal suisse, par l'État entendu au sens formel, c'est-à-dire comme ensemble d'institutions étatiques⁶³. En revanche, les citoyens, en tant que titulaires des biens juridiques, occupent une position centrale, l'intégrité de ces biens apparaissant comme la valeur déterminante de l'ordre juridique.

[64] Dans cette perspective, l'infraction particulièrement grave ne se limite pas à qualifier un comportement déterminé, mais se voit conférer une portée susceptible d'influencer l'appréciation de la dangerosité de l'auteur. C'est dans ce contexte que s'inscrit le régime de l'expulsion obligatoire prévu à l'art. 66a CP, en tant qu'il invite à s'interroger sur le rapport entre certaines infractions et l'attribution d'une dangerosité à leur auteur.

3.2.2. *Remarques préliminaires sur la logique de droit pénal de l'ennemi de l'expulsion obligatoire*

[65] En ce qui concerne la nature juridique de l'expulsion obligatoire, qui sera examinée en détail plus bas, on se limitera ici à rassembler les caractéristiques déjà mises en évidence. Comme il a été exposé plus haut, les règles qui expriment un traitement spécifique, voire comme ennemi, de l'auteur d'une infraction déterminée ou d'un groupe déterminé d'infractions reposent sur l'idée que ces auteurs font peser un danger sur des biens juridiques particulièrement éminents pour l'ensemble des habitants de la Confédération, en particulier sur la vie et l'intégrité corporelle, mais également sur la liberté personnelle ainsi que sur le développement sexuel des enfants (cf. art. 101, al. 1, let. e, et art. 123 Cst.). Cet élément sera désigné ici – malgré le caractère imparfait de la notion – comme une valeur juridique socio-éthique d'aversion à la violence ou de prévention de la violence⁶⁴.

[66] Il a en outre été montré que l'on déduit du fait punissable un élément relatif à la personnalité de l'auteur, en ce sens que la commission d'une seule infraction peut déjà être comprise comme l'indice d'une orientation durable vers l'illégalité, qu'elle soit générale ou plus spécifique, liée à la

⁶² JESCHECK Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 2e éd., Berlin 1972, p. 74 ss; SCHUBERT Werner, *Die Quellen zum Strafgesetzbuch von 1870/71*, in: GA 1982, p. 191 ss.

⁶³ Cela ressort également de l'état de la recherche scientifique relative au droit pénal de la sûreté de l'État (Staatsschutzstrafrecht). Ainsi, parmi les publications recensées dans TRECHSEL Stefan / PIETH Mark / GETH Christopher (édit.), *Code pénal suisse, Commentaire pratique*, 5e éd., Zurich 2025 (cité: PK CP), seules deux portant sur une problématique relevant de ce domaine remontent au nouveau millénaire. Voir, sur la situation du droit pénal de la sûreté de l'État en Suisse, de manière instructive: PK StGB-Trechsel / HANS VEST 2025, ad art. 265 CP, n 1 ss.

⁶⁴ De manière allusive, à propos d'un tabou de la violence, voir SCHWARZENEGGER / JONAS, avant art. 111 CP, in: Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (édit.), *Strafrecht I: art. 1–110 StGB, JStGB*, 4e éd., Bâle 2019 (cité: BSK CP-SCHWARZENEGGER/JONAS), n 20; des réflexions relevant d'une sociologie de la violence se trouvent chez HARTMANN Eddie, *Die Gewalttheorie von Jan Philipp Reemtsma*, in: Zeitschrift für Theoretische Soziologie 1/2019, p. 74 ss. En Suisse, la recherche sociologique sur la violence est encore jeune, mais en cours de développement; cf. notamment BARTH Jonas / COENEN Ekkehard / HOEBEL Thomas / MAYER Lotta / NEF Susanne / VERNEUER-EMRE Lena (édit.), *Soziologische Gewaltforschung. Ein problemorientiertes Handbuch*, Stuttgart 2026 (à paraître).

nature de l'infraction commise. Il n'existe alors, à cet égard, que des délinquants d'habitude, ou bien la notion même de délinquant d'habitude perd sa signification, faute d'un véritable contraire sous la forme du primo-délinquant⁶⁵. Ce second élément, pertinent pour l'analyse de l'expulsion obligatoire, peut être qualifié de concept d'adéquation de l'infraction à la personnalité.

[67] Si l'on combine ces deux éléments, l'art. 66a CP peut être expliqué de manière cohérente: l'auteur d'une infraction violente est considéré comme durablement désorienté au regard de la valeur juridique socio-éthique d'aversion à la violence ou de prévention de la violence, et, à ce titre, comme porteur d'une dangerosité à l'égard des biens juridiques concernés des habitants de la Confédération; il doit dès lors être éloigné du territoire de l'État, sans qu'il soit nécessaire d'examiner, dans le cas concret, une éventuelle inadéquation de cette attribution à la personnalité (caractère *obligatoire* de l'expulsion). Une telle explication peut être proposée sans difficulté particulière en recourant à la *logique d'exclusion* de Rousseau et à la référence, chez Hobbes, à certaines *infractions spécifiques* fondant une qualification d'ennemi, lorsque l'expulsion intervient en vertu des let. a, b, g, h, i, j, k, l, m, o et p.

[68] En revanche, s'agissant des let. c, d, e, f et n il n'est plus possible de se référer à une quelconque aversion de la Confédération à la violence. Dans le cas de la let. d), il s'agit d'une mise en œuvre déficiente du point de vue de la technique législative⁶⁶. Le vol par effraction exprime en effet l'atteinte à un autre ensemble de biens juridiques que ceux visés par la logique des infractions violentes. En outre, la jurisprudence n'a pas encore pleinement saisi le noyau d'illicéité propre à la notion d'effraction figurant à la let. d): si elle exclut certes du champ d'application les locaux librement accessibles au public⁶⁷, elle n'exige pas, en revanche, le caractère résidentiel du lieu dans lequel l'effraction est commise. Or seul le cambriolage dans un *logement* atteint le sentiment de sécurité des citoyens d'une manière comparable aux infractions violentes et susceptible de justifier une décision d'expulsion au regard de la valeur juridique d'aversion à la violence.⁶⁸

[69] S'agissant en revanche des infractions contre le patrimoine visées aux let. c, e et f, qui ne conduisent à une expulsion que lorsque l'auteur agit par métier ou lorsque la personne lésée est la collectivité (en tant que fisc ou institution de sécurité sociale), il est possible de revenir aux fondements rousseauistes. D'une part, doit être expulsé celui qui, au sens de la let. c, exploite de manière systématique le système économique en assurant sa subsistance par la commission d'infractions. D'autre part, les let. e et f visent celui qui abuse des prestations du système de

⁶⁵ Pour une présentation de la figure du délinquant d'habitude, voir VON LISZT Franz, *Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik* (1896), in: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. 2, Berlin 1905, p. 170 ss. Sur le fond, l'ATF 136 IV 1 a également conduit à l'abandon de la figure du primo-délinquant, mais non pas dans le sens, ici visé, d'une appartenance à la communauté; cette évolution concerne plutôt la fixation de la peine. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le *primo-délinquant* ne mérite plus d'atténuation de la peine et se transforme ainsi, du point de vue de la fixation de la peine, directement en délinquant récidiviste, voire d'*habitude*.

⁶⁶ ZURBRÜGG Matthias / HRUSCHKA Constantin, ad art. 66a, in: Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (édit.), *Strafrecht I: art. 1–110 StGB, JStGB*, 4e éd., Bâle 2019 (cité: BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA), n 14.

⁶⁷ BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 14.

⁶⁸ Pour un tel rattachement au caractère d'habitation – qui justifie la gravité particulière de l'infraction –, voir § 244, para 1, n 3 et para 4 du Code pénal allemand. S'il s'agit d'une résidence privée habitée de manière permanente, la peine encourue est de 1 à 10 ans d'emprisonnement. Cela se justifie par le fait que l'atteinte à la vie privée aggrave le caractère illicite du vol. Il apparaît tout à fait pertinent d'interpréter également la disposition de l'art. 66a, al. 1, let. d CP de manière restrictive dans ce sens, afin de la concilier avec la valeur juridique socio-éthique de l'aversion pour la violence.

sécurité sociale ou du système fiscal. Ces hypothèses peuvent être comprises à la lumière d'une aversion – déjà perceptible chez Rousseau – à l'égard d'un mode de vie économiquement parasitaire, proche de l'abus et de la tromperie⁶⁹.

[70] Ainsi, la logique propre de l'expulsion obligatoire apparaît esquissée dans ses lignes fondamentales, sans pour autant en épuiser la particularité essentielle: celle de savoir pourquoi elle vise non pas les ressortissants de l'État – comme chez Rousseau – mais exclusivement les étrangers.

3.3. *Responsabilité de l'État et réinsertion sociale*

3.3.1. *Peine de mort, bannissement et emprisonnement*

[71] On pourra certes objecter ici que le bannissement des propres ressortissants n'est plus envisageable du point de vue constitutionnel, et plus encore du point de vue du droit international. Il s'agit toutefois d'arguments tirés du droit positif, constitutionnel et international, qui tendent à masquer les motivations pénales plus profondes sous-jacentes à la manière de traiter les délinquants.

[72] Dans de nombreux États, jusqu'à l'époque coloniale, la peine de mort était également prononcée pour des infractions qui, déjà selon la compréhension de l'époque, pouvaient apparaître disproportionnées⁷⁰. Avec le développement des colonies, le bannissement s'est imposé comme une forme de peine alternative, tantôt permanente, tantôt temporaire, bien que, par sa nature juridique, il ait souvent été perçu moins comme une peine au sens strict que comme un acte de grâce, à savoir comme une fuite « autorisée » ou « imposée » à des fins d'autoprotection⁷¹. La question de savoir si cette conception remonte à la caractérisation du bannissement, déjà présente

⁶⁹ Voir, pour une telle aversion à l'égard de la tromperie et de l'appropriation induite au sein de la communauté, ROUSSEAU, *Du contrat social*, liv. I, chap. 6–7; *Émile ou De l'éducation*, liv. III; *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, deuxième partie. Sur le contexte suisse, notamment en lien avec la Ausschaffungsinitiative et l'extension des motifs de renvoi à des infractions telles que l'abus des assurances sociales ou les infractions fiscales, voir en particulier la Message du Conseil fédéral du 24 juin 2009 relatif à l'initiative populaire « pour le renvoi des étrangers criminels » (FF 2009 5097 ss), qui mentionne expressément le recours abusif aux prestations sociales comme motif d'expulsion; voir également la doctrine relative à l'art. 66a CP. Dans une perspective structurelle, il convient en outre de relever le développement relativement tardif de l'assurance-chômage en Suisse: révision constitutionnelle adoptée en 1976, introduction de l'obligation d'assurance en 1977, adoption de la loi fédérale sur l'assurance-chômage (AVIG) en 1982 (entrée en vigueur en 1984). Cette évolution tardive – la couverture restant encore minoritaire jusque dans les années 1970 – témoigne d'une tradition marquée par une conception restrictive de la solidarité étatique et par une méfiance persistante à l'égard des formes d'assistance susceptibles d'être perçues comme abusives.

⁷⁰ Pour un panorama de ces infractions disproportionnées, voir RADZINOWICZ Leon, *A History of English Criminal Law and its Administration. Vol. I: The Movement for Reform*, Londres 1948, p. 3-5. Sur le fait que cette sévérité était jugée excessive par la société de l'époque elle-même, voir également KING Peter / WARD Richard, *Rethinking the Bloody Code in Eighteenth-Century Britain: Capital Punishment at the Centre and on the Periphery*, in: *Past & Present*, n° 228, 2015, p. 159-205.

⁷¹ Sur le bannissement comme forme de peine alternative et sa qualification comme acte de grâce, cf. notamment FOUCAULT, *Surveiller et punir*, p. 37 ss.

chez Cicéron, comme visant non pas la personne dangereuse, mais la personne mise en danger par sa mise au ban, n'a pas à être approfondie ici⁷².

[73] Plus importante qu'une reconstruction historique de la finalité du bannissement est la question de savoir comment la peine privative de liberté, en tant que type de peine, a pu se substituer au bannissement ainsi qu'à la peine de mort autrefois infligée pour des infractions très diverses. Lorsque Jakobs écrit que le violateur de norme n'accomplit pas l'acte « parce qu'il est une personne, mais parce qu'il est resté sous-développé comme personne »⁷³, cela constitue un point de départ fécond pour d'autres réflexions. Le terme même de violateur de norme, ou de *malfaiteur*, désigne celui qui fait le mal, tout en laissant ouverte – du moins du point de vue actuel – la question de savoir s'il est lui-même mauvais.

[74] La peine de mort, mais aussi sa forme atténuée qu'est le bannissement, ne supposent pas nécessairement que l'on déduise du fait commis une déformation durable de la personnalité du délinquant, une « essence » ou une « nature » erronée. Elles peuvent également se concevoir dans l'hypothèse d'un auteur en principe amendable, mais qui, en raison de la gravité particulière de son acte, est considéré comme étant déchu de son droit à la resocialisation, et, partant, comme n'étant plus *digne* d'un tel processus, contrairement aux autres auteurs d'infractions⁷⁴.

[75] Il n'en demeure pas moins que, dans leur logique première, ces formes de réaction pénale trouvent leur justification la plus directe dans l'idée selon laquelle l'infraction révèle de manière univoque un caractère dangereux. Dans cette perspective, la peine de mort, ou, dans une version atténuée, le bannissement, apparaissent – à l'instar de ce que l'on observe chez Rousseau – comme les instruments premiers de réaction pénale. Le bannissement temporaire contient déjà, à cet égard, une relativisation de la conclusion tirée de l'acte quant à la personnalité, et constitue ainsi un premier pas vers un droit pénal de l'acte⁷⁵.

[76] Ce déplacement du centre de gravité de la réaction pénale – de l'élimination du délinquant vers sa transformation – ne se manifeste pas seulement dans des distinctions conceptuelles, mais trouve son expression la plus nette dans l'évolution historique des formes de peine. Lorsque Foucault, dans son travail sur l'évolution des types de peine, décrit les règles sobres d'une prison moderne un siècle après la sanglante exécution de Damiens (1757), il présente le passage de la

⁷² Sur la caractérisation du bannissement comme visant non pas la personne dangereuse, mais celle qui est en danger, cf. CICÉRON, *Pour Caecina (Pro Caecina)*, in: *Discours. Tome VI: Pour Caecina, Sur la loi agraire, Sur le rabais des blés*, éd. Les Belles Lettres, Paris 2002, § 34; voir également CICÉRON, *Sur sa maison (De domo sua)*, in: *Discours. Tome XIII: Sur sa maison*, éd. Les Belles Lettres, Paris 1952, § 78.

⁷³ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 59 ss.

⁷⁴ Pour une analyse des arguments rétributifs fondés sur l'« irrécupérabilité » morale du criminel et l'exigence de son élimination définitive, voir la confrontation avec les thèses des partisans de la peine capitale retracée par BADINTER.

⁷⁵ Sur l'évolution contemporaine de la peine de mort et son abolition, cf. Conseil de l'Europe, Protocole n° 13 à la CEDH (2002) relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances. Pour une idée de l'importance de la peine de mort comme première réaction pénale, voir la *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), notamment les dispositions relatives au vol, en particulier au vol nocturne, pour lequel la peine de mort pouvait être encourue; une telle qualification s'explique également par le fait que, selon les conceptions de l'époque, ce type d'infraction était susceptible d'être compris non seulement comme une atteinte au patrimoine, mais aussi comme une atteinte à la paix publique; voir également, sur la « Carolina », BECHTEL, in: ZIS 2017, p. 641 ss; ID, in: ZIS 2018, p. 20 ss.

peine de mort à la prison comme un changement du contrôle physique vers le contrôle psychique. La punition infligée au corps est remplacée par «l' amendement» de l'esprit⁷⁶.

3.3.2. *L'État moderne: coresponsable du sous-développement personnel du délinquant*

[77] Si, comme le montre Michel Foucault, la prison moderne doit être comprise comme une institution de contrôle psychique, alors la dimension psychique – ou, plus précisément, la formation des valeurs et des représentations normatives des citoyens – acquiert une importance centrale dans la politique de sécurité de l'État. S'agissant de ses *propres* citoyens, l'État ne peut dès lors se retrancher dans un rôle purement observateur. Là où il intervient profondément, au sens de la gouvernementalité décrite par Foucault, dans la formation du sujet à travers des institutions telles que la scolarité obligatoire, il influe en même temps sur les conditions d'un comportement conforme aux normes. Le citoyen n'apparaît ainsi pas comme une donnée naturelle, mais comme le produit de processus sociaux et institutionnels, structurés et médiatisés par l'État⁷⁷.

[78] Dans cette perspective, la déviance pénale perd son caractère d'écart singulier pour apparaître comme une manifestation parmi d'autres d'une possibilité omniprésente du comportement humain. La délinquance n'est pas l'exception, mais le revers inhérent d'un ordre fondé sur la liberté⁷⁸. La ligne de partage entre le « *citoyen fidèle à la norme* » et le « *délinquant* » apparaît ainsi moins comme l'expression d'une différence catégorielle que comme le résultat d'une attribution contingente, au sein d'une frontière fondamentalement fluide, et d'un franchissement situationnel⁷⁹.

[79] Si, dans ces conditions, l'État réagit à la violation de la norme, il ne peut se décharger entièrement de la responsabilité de sa genèse. La pénétration extensive de la vie sociale par les institutions étatiques implique que des déficits d'orientation normative puissent être dus, au moins en partie, à des influences structurelles ou médiatisées. L'État se voit ainsi contraint non seulement

⁷⁶ FOUCAULT, *Surveiller et punir*, p.5 ss.

⁷⁷ Sur la gouvernementalité et le rôle de l'État dans la formation des sujets, cf. FOUCAULT, *La gouvernementalité*, Dits et écrits, t. III, p. 635 ss; ID., *Sécurité, territoire, population*. Cours au Collège de France (1977–1978).

⁷⁸ cf. LUHMANN Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort-sur-le-Main 1993; voir également DURKHEIM Émile, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris 1895, selon lequel la déviance constitue un phénomène normal des sociétés.

⁷⁹ Le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence (cf. ATF 136 IV 1), a consacré le topos de la neutralité de l'absence d'antécédents, selon lequel l'absence de condamnations antérieures ne constitue pas un élément d'atténuation, mais correspond à la situation normale. Cette évolution revient en substance à relativiser la figure du primo-délinquant et suggère un changement de statut, abrupt et immédiat. Plus encore que dans le domaine de la fixation de la peine, ce déplacement se manifeste dans le traitement du prévenu à travers des instruments de procédure pénale qui s'apparentent à un « droit pénal de l'ennemi », en ce qu'ils impliquent une dévalorisation de la vérité matérielle au profit d'un traitement pragmatique. Tel est notamment le cas de l'ordonnance pénale rendue sans participation d'un juge, qui confère au ministère public un pouvoir décisionnel de facto, mais aussi de figures moins prises en considération dans leur singularité au regard des exigences de l'État de droit, telles que l'exécution anticipée de la peine ou encore le motif de détention fondé sur un risque de récidive. Les différents niveaux de soupçon, en tant que catégories juridiques largement indéterminées et dépourvues de contenu normatif stabilisé, apparaissent toutefois comme l'expression la plus marquée de ce changement de statut: ils se transforment en une masse décisionnelle ad hoc, révélant le basculement de la personne concernée dès lors qu'elle attire l'attention des autorités de poursuite pénale, indépendamment du point de savoir si cette attention est fondée ou non.

de sanctionner la déviance de ses citoyens, mais aussi de la lire comme le reflet de sa propre (in)capacité à structurer l'ordre social⁸⁰.

3.3.3. Développement personnel du délinquant: réinsertion, non socialisation

[80] Parce que le citoyen resté « *sous-développé* » n'est pas conçu comme fondamentalement situé hors de l'ordre, son incarcération s'inscrit sous le signe de la réinsertion sociale. L'exécution de la peine privative de liberté repose sur l'idée d'un possible retour à l'ordre normatif, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un auteur qui s'en est soustrait d'une manière excluant toute possibilité de réinsertion. Dans de tels cas, l'exigence de protection prime. En règle générale, toutefois, le délinquant demeure accessible aux attentes normatives de l'ordre juridique. L'exécution de la peine tente d'en tenir compte en visant non l'exclusion, mais la réinsertion. Celle-ci ne signifie pas la création ex nihilo d'une existence sociale, mais le rétablissement d'un lien avec des orientations normatives déjà présentes, quoique perturbées dans leur rapport à la valeur juridique socio-éthique lésée par l'infraction.

[81] C'est là que se situe la limite de la prétention étatique. L'exécution de la peine ne peut assumer la tâche de « socialiser » l'auteur dans l'ensemble de sa personne. Une telle responsabilité supposerait que l'État s'attribue une compétence totale à l'égard de la formation de la personnalité du délinquant, ce qui reviendrait, en dernière analyse, à une totalisation de la responsabilité étatique. Une telle perspective – fût-elle conçue, en apparence, en faveur de l'auteur – équivaldrait, dans son principe, à une logique totalitaire, en ce qu'elle conduirait à dissoudre la frontière entre responsabilité individuelle et action de l'État.

[82] La peine marque au contraire une limite claire: en sanctionnant la violation de la norme, elle exprime que l'auteur demeure capable de répondre aux exigences normatives de l'ordre juridique, c'est-à-dire capable de répondre à l'appel des normes dans leur ensemble, même s'il ne l'a pas été à l'égard de celle qu'il a violée dans son acte. Il ne saurait dès lors être réduit à un objet dépourvu de rationalité, comme c'est le cas dans les procédures applicables aux prévenus irresponsables (cf. art. 374 Code de Procédure Pénal [SCC]). L'État ne saurait s'attribuer une telle compétence totale sans renoncer simultanément à la notion de responsabilité individuelle.

III. Expulsion obligatoire, art. 66a CP

A. Nature juridique

[83] En ce qui concerne la nature juridique de l'expulsion, il convient d'abord de déterminer selon quels critères elle doit être qualifiée. Cette qualification ne saurait dépendre de la place systématique des dispositions qui la régissent, mais du sens et de la finalité de la mesure elle-même. Cela s'impose d'autant plus que l'État ne saurait se soustraire ni aux garanties plus strictes ni au symbolisme particulier attachés à la qualification retenue en fonction de sa finalité. Il importe dès lors d'identifier ce que l'expulsion est censée atteindre.

⁸⁰ Sur la coresponsabilité structurelle de l'État dans la genèse de la délinquance, voir l'approche fondamentale de BARATTA Alessandro, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna 1982; voir également ROBERT Philippe, *Le citoyen, le crime et l'État*, Paris 1999.

1. Caractère pénal

1.1. Double peine

1.1.1. Cumul de l'infraction et de l'abus du droit d'hospitalité

[84] En faveur d'une qualification de l'expulsion comme peine, on pourrait d'abord invoquer l'ancien concept d'abus du droit d'hospitalité⁸¹. Selon cette conception, outre la peine infligée pour la réalisation fautive des éléments constitutifs de l'infraction, une sorte de seconde peine serait attachée à l'abus du droit d'hospitalité lié à la qualité d'étranger, et trouverait son expression dans l'expulsion⁸². Une telle interprétation ne saurait toutefois être déterminante pour la qualification juridique de la mesure. La référence à un abus du droit d'hospitalité permet certes d'éclairer un certain motif de réaction, mais elle ne préjuge pas du sens et de la finalité de l'expulsion elle-même. Il convient dès lors d'en déterminer la portée propre. La nature de l'expulsion doit dès lors être examinée de plus près.

1.1.2. Dissuasion par la perspective de l'expulsion; un indice de caractère pénal

[85] Au-delà des considérations proprement pénales de rétribution liées à l'injustice spécifique que constitue l'abus du droit d'hospitalité, c'est surtout la fonction dissuasive de l'expulsion qui plaide en faveur de sa qualification comme peine, dans une logique fondée sur l'idée de privilège et d'abus, et structurée par une approche d'incitation de type coûts-bénéfices. En effet, une mesure de sûreté ne saurait, du point de vue de sa logique propre, viser à influencer le comportement de l'auteur par la perspective d'un mal annoncé. Des racines utilitaristes et béccariennes du système de contrainte psychologique chez Feuerbach jusqu'à la transposition des raisonnements

⁸¹ En droit suisse, la jurisprudence exclut qu'un « abus de l'hospitalité » puisse fonder une aggravation de la peine, une telle considération revenant à prendre en compte la qualité d'étranger de manière inadmissible (cf. ATF 125 IV 1; ATF 143 IV 145). Cette solution laisse toutefois entrevoir, en creux, que la charge normative associée à un tel « abus » est déplacée vers la logique de l'éloignement, en particulier vers l'expulsion en tant qu'ancienne peine accessoire du droit pénal (art. 55 aCP). En droit allemand, une aggravation de la peine fondée sur la seule qualité d'étranger est en principe exclue. La jurisprudence admet toutefois, à titre exceptionnel, qu'une telle qualité puisse être prise en considération lorsqu'elle présente un lien direct avec l'infraction elle-même. Tel peut être le cas, notamment, lorsque l'auteur exploite des avantages spécifiques liés à sa qualité d'étranger ou à son statut (par exemple en tant que demandeur d'asile), lorsqu'il déplace son activité délictueuse vers l'Allemagne en raison de conditions pénales perçues comme plus favorables, lorsque l'infraction est en lien immédiat avec l'usage du droit d'hospitalité, ou encore lorsqu'elle porte directement atteinte à l'État ou à sa sécurité. En outre, les conséquences défavorables relevant du droit des étrangers sont, en pratique, susceptibles d'être prises en considération dans la fixation de la peine, de sorte qu'un effet atténuant peut également entrer en ligne de compte, voir OLG Köln, ordonnance du 9 décembre 2025, n 1 ORs 231/25.

⁸² Une grande partie de la doctrine met d'une part l'accent sur la nature de l'expulsion comme réponse au « abus du droit d'hospitalité », mais aussi et surtout sur ses effets, assimilables à une véritable *douleur pénale* (*Strafschmerz*), de sorte qu'elle est souvent perçue comme une sanction nettement plus sévère que la peine (elle-même), FIOKA Gerhard / VETTERLI Luzia, *Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB als strafrechtliche Sanktion*, in: plädoyer 5/2016, p. 83; BÜCHLER Alexandra, *Der Gesetzgeber schafft Sans-Papiers: Die unbedachten Folgen der neuen strafrechtlichen Landesverweisung*, in: Jusletter 20 mars 2017, n 8; GRÄDEL Rolf / ARN Raphaël, *Die neuen Bestimmungen zur Landesverweisung = Les nouvelles dispositions en matière d'expulsion*, in: Bernische Verwaltungsrechtspflege (BVR) 2017, p. 367; BRUN Stefan / FABBRI Balthasar, *Die Landesverweisung – neue Aufgaben und Herausforderungen für die Strafjustiz*, in: recht (Vol. 35/4) 2017, p. 234; HRUSCHKA, *Gastrecht*, p. 94). Certains en déduisent un caractère purement pénal (GERMANIER Fabienne, *Einige Ungereimtheiten der Landesverweisung (Art. 66a ff. StGB)*, in: Jusletter 21 novembre 2016, n 9); FIOKA/VETTERLI, in: plädoyer 2016, p. 83.

économiques au droit pénal par Gary Becker, les théories de la dissuasion reposent sur la figure d'un auteur *rationnel*⁸³. Celui-ci doit être en mesure de mettre en balance les avantages attendus de l'infraction, en termes de satisfaction, et les désavantages liés à la peine. Une telle opération de pondération n'est pas concevable chez un auteur dépourvu de rationalité, qui ne relèverait plus que d'une logique de mesures en raison de sa dangerosité totale.

[86] Il est dès lors difficile de contester – malgré le topos souvent invoqué de l'ignorance du droit par le citoyen – que la perspective de l'expulsion exerce, et doit exercer, un effet dissuasif à l'égard des étrangers, ce qui lui confère indéniablement une dimension pénale⁸⁴.

1.2. L'expulsion comme peine accessoire à l'égard des étrangers

[87] C'est aussi dans cette perspective, notamment au regard de la sanction de l'abus du droit d'hospitalité, qu'il demeure envisageable de concevoir l'expulsion comme une peine accessoire. Cette thèse trouve un appui dans le fait que, avant la réforme de 2005, l'expulsion était au moins au point de vue formel, conçue comme telle⁸⁵. De même que des peines accessoires spécifiques pouvaient être prononcées à l'égard de certaines catégories de personnes, l'expulsion pouvait être ordonnée à l'encontre des étrangers en vertu de l'ancien art. 55 CP⁸⁶.

[88] Il faut toutefois reconnaître que cet aspect ne constitue pas le centre de gravité de l'expulsion. Il peut certes apparaître comme un effet secondaire que les étrangers respectent les biens juridiques de leurs concitoyens en raison de la perspective de perdre les avantages liés à un séjour en Suisse. Mais cela ne saurait constituer la finalité principale de l'expulsion, qui s'inscrit, quant à son sens et à sa finalité, dans une logique d'élimination du danger, renvoyant à l'idée d'ennemi esquissée plus haut.

2. Expulsion obligatoire: mesure d'élimination du danger et caméléon des formes pénales

[89] À l'instar du délinquant suisse ayant transgressé la norme – du moins lorsqu'il s'agit d'infractions violentes au sens large évoqué plus haut ou d'infractions économiques portant atteinte à la société –, le délinquant étranger apparaît, à première vue, comme une menace dont il convient

⁸³ Sur la fonction de dissuasion en tant que forme de prévention générale négative et ses fondements historiques, cf. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, p. 95 ss (sur la mécanique de l'exemple dissuasif); GARLAND David, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Oxford 1990 (cité: GARLAND, *Punishment and Modern Society*), p. 49 ss; GARLAND David, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago 2001 (cité: GARLAND, *The Culture of Control*), p. 121-127 (sur le retour du populisme pénal et de la dissuasion); BECKER Gary S., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in: *Journal of Political Economy* (Vol. 76/2) 1968, p. 176 ss (sur le calcul coût-bénéfice de la peine).

⁸⁴ Voir aussi GERMANIER, in: *Jusletter* 2016; BRUN/ FABBRI, in: *recht* 2017, p. 231 ss, spéc. p. 233.

⁸⁵ Le Tribunal fédéral considérait l'expulsion comme une *mesure* même sous l'ancien droit (ATF 117 IV 229 consid. 1c bb); voir à ce sujet les développements ci-dessous.

⁸⁶ Sur l'évolution historiquement fluctuante de l'expulsion en droit suisse, initialement conçue comme peine accessoire du droit pénal (art. 55 aCP), puis supprimée du Code pénal dans le cadre de la révision de la partie générale (entrée en vigueur en 2007), avant d'être réintroduite et considérablement renforcée à la suite de l'acceptation de l'initiative populaire dite « Ausschaffungsinitiative » (2010) et concrétisée par l'introduction de l'art. 66a CP (entrée en vigueur en 2016), cf. notamment TRECHSEL / BURCKHARDT, ad art. 66a CP, in: *Code pénal suisse, Commentaire pratique*, 5e éd., Zurich 2025 (cité: PK CP-TRECHSEL/BURCKHARDT), n 1, ainsi que le Message du Conseil fédéral du 24 juin 2009 relatif à l'initiative « pour le renvoi des étrangers criminels » (FF 2009 5097 ss).

de se prémunir. En tant qu'ennemi, il est perçu comme portant une atteinte si grave aux valeurs et aux intérêts protégés par les infractions en cause que son éloignement (temporaire) de la société paraît justifié.

[90] La spécificité tient toutefois au fait que, dans le cas du délinquant étranger, la déviance tend à être immédiatement assimilée à une dangerosité, sans qu'une appréciation supplémentaire ne soit nécessaire⁸⁷. À l'inverse, pour les auteurs suisses, même dans les hypothèses les plus graves, une telle assimilation n'opère pas de manière automatique. Même lorsque des mesures particulièrement sévères, telles que l'internement – y compris à vie –, entrent en ligne de compte, elles supposent précisément une *évaluation spécifique de la dangerosité* de l'auteur. La logique d'une *présomption générale de dangerosité* fondée sur la seule infraction, telle qu'elle se manifeste dans le régime de l'expulsion, demeure ainsi étrangère au traitement des délinquants nationaux.

[91] Qu'il s'agisse d'une mesure, et non d'une peine au sens technique, résulte dès lors de cette logique d'élimination du danger. L'État entend ainsi garantir à ses citoyens que les auteurs étrangers d'infractions, qui ne se trouvent pas sur le territoire de la Confédération en qualité de citoyens, mais en tant que résidents ou titulaires d'un droit de séjour, et qui commettent des infractions d'une nature telle qu'elles touchent aux aversions fondamentales de l'ordre juridique suisse, soient écartés de la communauté⁸⁸.

B. Fonctionnement

1. Absence de responsabilité de l'État pour la déviance de l'étranger

[92] Contrairement aux délinquants suisses, cette logique du danger n'est pas contrebalancée, s'agissant de l'étranger, par une quelconque responsabilité de l'État pour la déviance de ses propres citoyens. Il n'a pas à s'attribuer la moindre part de responsabilité du fait du violateur étranger de la norme, orienté de manière erronée sur le plan axiologique et guidé par d'autres dogmes, qu'il n'a ni formé directement dans le cadre de l'école ou du service militaire, ni indirectement à travers des institutions de socialisation présentes dans la société, telles que les associations ou les structures destinées aux enfants et aux jeunes⁸⁹.

[93] Dans cette perspective, l'idée de l'ubiquité de la délinquance ne joue aucun rôle, dès lors que l'auteur de l'infraction, en raison de son statut, ne peut pas même être typiquement compté parmi ceux qui relèvent du « chez nous ».

[94] Il n'en résulte toutefois pas encore un jugement irréversible de dangerosité. Une telle conclusion ne peut intervenir qu'à la lumière d'une appréciation conjointe, d'une part, de l'inadéquation d'une réinsertion et, d'autre part, la nécessité d'une socialisation, entendue non

⁸⁷ De ces éléments, une grande partie de la doctrine déduit un caractère matériellement pénal prépondérant de l'expulsion (BRUN/FABBRI, p. 231 ss, spéc. p. 233; FIOKA/VETTERLI, p. 83).

⁸⁸ La doctrine ancienne concevait l'expulsion avant tout comme une mesure (SCHULTZ Hans, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts*, t. II, 4e éd., Berne 1982, p. 130; PFENNINGER Hans Felix, *Strafrechtliche Landesverweisung und administrative Ausweisung*, in: SJZ (Vol. 53) 1957, p. 318; HAFTER Ernst, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2e éd., Berlin 1946, p. 303), position reprise par le Tribunal fédéral (ATF 117 IV 229 consid. 1 c bb), qui qualifie l'expulsion de mesure même sous l'ancien droit.

⁸⁹ Sur le rôle du système de milice et des associations dans la socialisation politique comme sur le rôle de l'école et des obligations civiques dans la socialisation politique en Suisse, cf. LINDER Wolf / MUELLER Sean, *Swiss Democracy: Possible Solutions to Conflict in Multicultural Societies*, 4e éd., Cham 2022.

comme réintégration dans un ordre normatif déjà intériorisé, mais comme formation première à celui-ci.

2. L'étranger face à l'impossibilité de la réinsertion

[95] À cela s'ajoute que l'étranger n'est pas destiné à faire l'objet d'une réinsertion ni d'une « réhabilitation », mais, en raison de son altérité axiologique, d'une socialisation, c'est-à-dire à être rendu, le cas échéant, seulement alors « compétent » au regard de l'ordre normatif, si l'on ne veut pas courir le risque que son orientation axiologique radicalement *autre* donne lieu à de nouvelles infractions. Cette réserve à l'égard d'une réinsertion de l'étranger s'explique également par une représentation plus générale de l'altérité. Les orientations de la politique intérieure, extérieure et, plus encore, de la politique éducative suisse mettent traditionnellement l'accent sur l'autonomie et la spécificité de l'ordre propre. Les valeurs, les structures démocratiques et les pratiques sociales y apparaissent comme des expressions particulières, difficilement transposables et, partant, imparfaitement partageables par des personnes extérieures à cet ordre⁹⁰.

[96] Indépendamment de la justesse d'une telle dualisation entre un « nous » et un « eux », cette manière de se concevoir comme communauté singulière influe de manière décisive sur l'appréciation de la proximité axiologique et, partant, des possibilités d'intégration de l'étranger. Elle trouve également un écho dans certaines représentations culturelles: chez Walter Faber, dans le roman *Homo Faber*, l'altérité est fréquemment saisie à travers des catégories qui, sous couvert d'objectivité, tendent à maintenir une distance plutôt qu'à ouvrir à une véritable compréhension commune.

[97] Le caractère dissuasif de l'expulsion – plus précisément l'idée selon laquelle même un étranger dépourvu de connaissances juridiques est porté à présumer qu'une violation de la norme peut entraîner son expulsion du territoire suisse – se trouve ainsi relégué au second plan au profit de la logique de la dangerosité évoquée plus haut.

3. La « situation personnelle grave »: coresponsabilité de l'Etat et capacité de réinsertion sociale de l'étranger

[98] Le fait que l'art. 66a CP ne parvienne pas à maintenir le caractère obligatoire de l'expulsion et laisse au juge la possibilité d'y renoncer en présence d'un cas de rigueur personnel grave peut certes, à première vue, s'expliquer par les exigences du droit international⁹¹. Toutefois, si l'on interprète le cas de rigueur à la lumière d'une logique pénale, son existence se comprend de manière cohérente au regard des deux topoï centraux que constituent, d'une part, la coresponsabilité de l'État dans la déviance et, d'autre part, la réinsertion sociale.

[99] Dans cette perspective, le deuxième alinéa de l'article 66a CP permet de renoncer à l'expulsion lorsque celle-ci placerait l'étranger dans un cas de rigueur personnel grave et que les intérêts publics à l'éloignement ne l'emportent pas sur les intérêts privés de l'intéressé à demeurer

⁹⁰ Sur la spécificité de la culture politique suisse et l'importance de l'autonomie institutionnelle, cf. LINDER / MUELLER; SCARINI Pascal, *Politique suisse: institutions, acteurs, processus*, 2e éd., Lausanne 2024. Sur les dynamiques contemporaines de cette spécificité, notamment dans le cadre de mobilisations identitaires, cf. KRIESI Hanspeter et al., *West European Politics in the Age of Globalization*, Cambridge 2008. Pour une perspective historique, voir JORIO Marco, *Défense spirituelle*, in: Dictionnaire historique de la Suisse (DHS), version de 2001, remaniée le 23.11.2006, en ligne: hls-dhs-dss.ch, consulté le 22.05.2026.

⁹¹ PK CP-TRECHSEL/BURCKHARDT, Art. 66a n 10a ss.

en Suisse⁹². L'exigence de « tenir compte de la situation particulière des étrangers nés ou ayant grandi en Suisse » ne constitue, en effet, que l'unique indice textuel permettant d'appréhender ce qu'est un cas de rigueur personnel grave⁹³. Cet indice est toutefois également le seul théoriquement nécessaire du point de vue du droit. Pour les raisons exposées ci-dessus, la société suisse assume une part de coresponsabilité à l'égard de l'étranger qui, après une phase de socialisation en Suisse consécutive à sa naissance sur le territoire, commet en Suisse une infraction violente ou une infraction économique parasitaire; de surcroît, un tel auteur est, en principe, réinsérable, dès lors que sa socialisation déterminante s'est opérée en Suisse. Dans cette mesure, la référence à la naissance et à la croissance en Suisse doit être comprise comme un *hendiadys*.

[100] L'étranger au sens purement formel, même s'il ne saurait être assimilé au citoyen suisse quant à son statut juridique, n'est plus traité comme un *aliud* statutaire, mais comme un *minus*: un sujet de droit doté de moins de droits, et non plus exclusivement comme un danger à écarter. Il en va ainsi lorsque, à l'issue d'une appréciation concrète, il apparaît qu'il est « né *ou* a grandi » en Suisse et a, de ce fait, été *socialisé* comme un Suisse.

[101] Dans un tel cas, les limites précédemment exposées quant à une réaction fondée sur la seule élimination du danger s'appliquent également aux infractions visées à l'art. 66a CP. Ce ne sont donc pas, en définitive, les « liens de la personne avec la Suisse » qui sont déterminants⁹⁴, quand bien même il y a lieu de tenir compte, dans la pesée des intérêts, de la naissance en Suisse et de la durée de la croissance sur le territoire. Ce qui importe est bien plutôt la question des liens de la Suisse *dans* la personne, c'est-à-dire la mesure dans laquelle l'étranger au sens formel apparaît encore comme *tel* ou déjà comme Suisse.

3.1. Critères du cas de rigueur personnel grave

[102] En ce qui concerne la détermination des critères du cas de rigueur personnel grave au sens de l'art. 66a, al. 2, CP, une partie de la doctrine renvoie aux art. 31, al. 1, OASA et 58a LEI⁹⁵. Il ressort de ce dernier que l'autorité tient compte, pour apprécier l'intégration de l'étranger, notamment du respect de la « sécurité et de l'ordre publics », de l'adhésion aux « valeurs de la Constitution », des « compétences linguistiques » ainsi que de la participation à la « vie économique » ou à une formation. L'art. 31, al. 1, OASA complète ces critères en mentionnant l'intégration sociale et professionnelle, les liens familiaux – en particulier la période et la durée de la scolarisation –, la situation financière et la volonté de participer à la vie économique et de se former, la durée du séjour en Suisse, l'état de santé, ainsi que les possibilités de réintégration dans l'État de provenance. Il est à cet égard remarquable que ces critères figurent désormais également à l'art. 12 Loi de la Nationalité (LN) en tant que critères d'intégration dans le cadre des demandes de naturalisation.

[103] Dans ce contexte, il est peu pertinent de vouloir appréhender la « *situation particulière des étrangers (...) nés ou ayant grandi en Suisse* » (secondos) en recourant, en dépit de l'absence de

⁹² BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 39.

⁹³ BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 39.

⁹⁴ BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 39.

⁹⁵ BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 119 et suiv; BRUN/FABBRI, p. 245; FIOLKA/VETTERLI, p. 86; BUSSLINGER Marc / UEBERSAX Peter, *Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung*, in: plädoyer 5/2016, p. 100 ss.

nationalité suisse, à l'idée que la Suisse constituerait leur « *propre pays* » au sens de l'art. 12, al. 4, Pacte ONU II⁹⁶. L'enjeu même de l'appréciation du cas de rigueur consiste précisément à déterminer si la Suisse peut être regardée, pour l'étranger devenu délinquant, comme son « *pays d'origine* », du moins sur le plan matériel. Il est évident qu'il en va souvent ainsi pour les étrangers de deuxième (ou troisième) génération, de sorte que la clause de rigueur trouve – et doit trouver – une application particulière à leur égard. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs relevé que « *plus la présence d'un étranger en Suisse a été longue, plus les exigences (...) doivent en principe être strictes s'agissant des mesures d'éloignement* », tout en précisant qu'« *il n'en résulte pas une exclusion générale des mesures d'éloignement à l'égard des étrangers de deuxième génération* »⁹⁷.

[104] La doctrine admet dès lors la pertinence d'une transposition des critères des art. 31 OASA et 58a LEI, en raison tant de la terminologie identique de l'art. 66a, al. 2, CP que de la genèse de la notion de cas de rigueur⁹⁸. Cette approche s'inscrit également dans le prolongement des développements relatifs à la portée de l'infraction dans un modèle contractuel égalitaire, notamment au regard de la logique d'exclusion rousseauiste. Lorsque l'on soutient, par analogie avec d'autres branches du droit, en particulier le droit de la nationalité, que la notion de « avoir grandi » pourrait s'appliquer à une personne ayant passé ses années formatrices en Suisse, une certaine tension apparaît toutefois. En effet, la naturalisation suppose, à première vue, une intégration bien plus aboutie que la simple non-expulsion au sens de l'art. 66a, al. 2, CP ou que les décisions rendues en droit des étrangers. Ainsi, par analogie avec l'art. 9 LN, les années passées en Suisse entre 8 et 18 ans sont comptées double dans la procédure de naturalisation, ce qui réduit à cinq ans la durée minimale ordinaire de séjour⁹⁹. C'est pourquoi certains auteurs considèrent qu'une personne doit être réputée « née et ayant grandi » en Suisse au sens de l'art. 66a, al. 2, CP lorsqu'elle y a accompli au moins cinq années de scolarité obligatoire ou y a passé une part déterminante de sa petite enfance¹⁰⁰.

[105] Même en adoptant cette approche, un séjour d'au moins cinq ans entre 8 et 18 ans crée une forte présomption de socialisation à la suisse, l'intéressé ayant, pour ainsi dire, été « façonné » par cet ordre normatif. Cette constatation se heurte toutefois à l'idée, fondamentale dans une

⁹⁶ Comme le font BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a N 52.

⁹⁷ ATF 130 II 176, 190 E. 4.4; 122 II 433, 435 ff. E. 2 et 3; 125 II 521, 523 f. E. 2b). Voir aussi BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 123. CourEDH, arrêt *Emre c. Suisse* du 22 mai 2008, requête n° 42034/04, § 68-71.

⁹⁸ BRUN/FABBRI, p. 245; FIOLKA/VETTERLI, p. 86; BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 120.

⁹⁹ BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 124.

¹⁰⁰ BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 124. La jurisprudence du Tribunal fédéral ne semble pas suivre une ligne directrice claire en la matière. D'une part, dans l'arrêt ATF 146 IV 105, il a été reconnu qu'un ressortissant chilien arrivé en Suisse à l'âge de 13 ans y avait passé une partie essentielle de son enfance et de son adolescence, tout en relevant que cela valait également pour la période passée auparavant au Chili. De même, dans l'arrêt 6B_1077/2020 du 2 juin 2021, le Tribunal fédéral a considéré qu'un ressortissant russe, arrivé en Suisse à l'âge de huit ans et y ayant vécu durant quatorze ans, devait être considéré comme ayant grandi en Suisse puisqu'il y avait suivi sa scolarité obligatoire et appris la langue. D'autre part, le Tribunal fédéral a reproché une intégration insuffisante à un ressortissant marocain arrivé à l'âge de neuf ans et ayant passé treize ans en Suisse. Bien que l'intéressé parle le suisse allemand et dispose d'un cercle d'amis, le Tribunal a considéré qu'aucun autre élément ne permettait de conclure à une intégration suffisante (arrêt 6B_1260/2019 du 12 novembre 2020, consid. 4.2. Voir aussi ROSSI Florentina, *Landesverweisung (Art. 66a StGB) – eine Checkliste härtefallbegründender Aspekte für die Praxis*, in: BENius 31/2022, p. 44 ss.

perspective contractuelle, selon laquelle le citoyen, en principe, ne commet pas d'infractions (ou ne se comporte pas de façon déviante)¹⁰¹. Comme l'expose Rousseau de manière représentative pour un modèle contractuel égalitaire, le citoyen est celui qui a également adhéré intérieurement aux dogmes de la société; à défaut, il doit être exclu comme « ennemi » ou, en cas de renoncement actif à ces dogmes, puni. Si les infractions pénales expriment ces dogmes, le délinquant les viole alors activement, ce qui, en soi, demeure difficilement acceptable. Ce qui rend néanmoins cette situation supportable, c'est précisément l'idée que le délinquant – qu'il soit suisse ou étranger « né ou ayant grandi » en Suisse – peut être amendé, parce qu'il a, en principe, été socialisé aux valeurs fondamentales de la Confédération, même si la *norme concrètement* violée n'a pas été effectivement intériorisée¹⁰².

3.1.1. *Les piliers du mode de vie suisse: maîtrise de la langue, participation sociale et indépendance économique*

[106] Il s'agit dès lors d'examiner si, malgré l'infraction figurant au catalogue, l'étranger correspond encore à l'image d'un Suisse ou d'une Suissesse. À cet égard, il doit notamment disposer des compétences linguistiques nécessaires, c'est-à-dire être en mesure de se faire comprendre dans la langue nationale pertinente, à savoir celle du lieu de résidence, de manière à permettre une communication dans la vie quotidienne¹⁰³.

[107] Il doit en outre entretenir une vie sociale permettant de conclure qu'il ne se limite pas à fréquenter ses seuls compatriotes, mais qu'il est intégré dans son environnement social¹⁰⁴. Il n'est toutefois pas nécessaire que ces relations concernent des citoyens suisses d'origine. En particulier dans les zones urbaines caractérisées par une forte proportion de personnes issues de la migration, un réseau social s'étendant au-delà de sa seule sphère linguistique et culturelle peut être considéré comme suffisant. Une telle ouverture favorise en effet l'usage de la langue nationale comme lingua franca et réduit, corrélativement, l'importance des « *possibilités de réintégration dans l'État de provenance* ».

¹⁰¹ Cf. KANT Immanuel, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, Königsberg 1795 (*Vers la paix perpétuelle*), Première section, Premier supplément (« De la garantie de la paix perpétuelle »).

¹⁰² Le fait que les notions de "né" ou de "grandi" en Suisse ne doivent *pas* être interprétées littéralement, mais expriment plutôt un certain degré d'intégration, est illustré par l'arrêt 6B_69/2021 du 30 juin 2021. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a considéré que l'intégration du recourant n'était pas « particulièrement réussie », bien que celui-ci soit né et ait grandi en Suisse. La Cour a relevé qu'il n'avait achevé sa scolarité obligatoire « que » jusqu'à la 10^{ème} année, qu'il avait connu de longues périodes de chômage et n'avait occupé que des emplois temporaires. En outre, le recourant avait perçu l'aide sociale pendant plusieurs années. Cet arrêt démontre que, pour la Haute Cour, le fait d'être né et d'avoir grandi (dans son sens littéral, non-normatif) en Suisse ne suffit pas à admettre une intégration réussie si les critères socio-économiques font défaut.

¹⁰³ Cf. art. 58a al. 1 let. c LEI en relation avec l'art. 31 al. 1 let. a OASA; voir aussi Secrétariat d'État aux migrations (SEM), Directives et commentaires du domaine des étrangers (Directives LEI), octobre 2013 (état au 1^{er} janvier 2026), ch. 5.6.10.1. Ces dispositions précisent que les compétences linguistiques constituent un critère d'intégration essentiel, le SEM exigeant au minimum la maîtrise d'une langue nationale au niveau A1 (oral) pour l'admission d'un cas de rigueur, afin de permettre une communication de base dans la vie quotidienne.

¹⁰⁴ Cf. art. 31 al. 1 let. e OASA; voir aussi Secrétariat d'État aux migrations (SEM), Directives LEI, état au 1^{er} janvier 2026, ch. 5.6.10.1. Le SEM y souligne que l'intégration sociale suppose une participation active à la vie de la société locale et des contacts avec la population suisse, de manière à éviter que l'intéressé ne vive replié au sein de sa seule communauté d'origine.

[108] L'intéressé doit également exercer une activité au sens large, c'est-à-dire être en mesure, en principe, d'assurer sa subsistance sans recourir durablement à la collectivité¹⁰⁵. Exiger qu'il soit effectivement en emploi conduirait, de manière excessive, à exclure des personnes temporairement au chômage ou en formation. Il suffit qu'il existe une présomption fondée selon laquelle, au regard de son parcours, il est capable et disposé à exercer une activité, ou le sera à l'issue de sa formation¹⁰⁶. Enfin, la situation familiale ainsi que l'état de santé doivent également être pris en considération¹⁰⁷.

3.1.2. *Le respect de la sécurité et de l'ordre publics comme aspect de l'intégration*

[109] S'agissant de déterminer si l'étranger respecte la « *sécurité et l'ordre publics* » ainsi que les « *valeurs de la Constitution* », il convient de tenir compte du fait que, par l'infraction même, il a précisément démontré qu'il ne respecte pas la sécurité publique. Ce critère ne peut dès lors revêtir une importance particulière – voire décisive – que dans le cas d'un récidiviste, c'est-à-dire lorsque l'auteur a déjà commis des délits ou des crimes antérieurement. Si tel est le cas, et qu'il s'agit d'infractions relevant du catalogue, alors qu'il a déjà été renoncé à une expulsion, cela doit, en principe, faire obstacle à la reconnaissance d'une situation personnelle grave ou, d'un point de vue plus rigoureux, conduire, dans le cadre de la pesée des intérêts, à faire prévaloir l'intérêt public à l'expulsion.

[110] En l'absence d'infractions relevant du catalogue, il est en revanche douteux de savoir sur quels éléments fonder l'appréciation. Du point de vue du droit positif, on peut se référer à l'art. 4, al. 2, Ordonnance sur la nationalité (OLN), qui concrétise l'art. 12 LN en ce qui concerne le critère d'intégration lié au respect de la sécurité et de l'ordre publics en présence d'antécédents pénaux. Selon cette disposition, le candidat n'est pas considéré comme intégré avec succès lorsque le casier judiciaire (VOSTRA) fait état d'une condamnation à une peine privative de liberté ferme ou partiellement assortie du sursis pour un délit ou un crime. De même, une peine pécuniaire avec sursis de plus de 90 jours-amende ou une peine privative de liberté avec sursis de plus de trois mois fait obstacle à la reconnaissance d'une intégration réussie¹⁰⁸. La pertinence de cette distinction pour le processus de naturalisation sera examinée plus loin. Il s'agit ici de déterminer si, dans le contexte de l'expulsion, une telle différenciation conserve un sens au regard de la logique développée ci-dessus, en particulier à la lumière des critères de réinsertion sociale et de coresponsabilité de l'État.

[111] Certes, le sursis à l'exécution d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire signifie que l'exécution immédiate de la peine n'apparaît pas nécessaire, le prononcé de la condamnation étant jugé suffisant pour avertir l'auteur. Dans cette mesure, un besoin amoindri de réinsertion sociale peut justifier l'octroi du sursis à titre probatoire. Toutefois, lorsque – comme c'est fréquemment le cas – la condamnation intervient par voie d'ordonnance pénale, il demeure

¹⁰⁵ Art. 58a al. 1 let. d LEI en relation avec l'art. 31 al. 1 let. d OASA.

¹⁰⁶ Cf. Secrétariat d'État aux migrations (SEM), Directives et commentaires du domaine des étrangers (Directives LEI), octobre 2013 (état au 1er janvier 2026), ch. 5.6.10.1 (p. 95).

¹⁰⁷ Concernant les relations familiales et l'état de santé comme critères du cas de rigueur, cf. art. 31 al. 1 let. c et f OASA; voir aussi SEM, Directives LEI, ch. 5.6.10.1. Pour une présentation détaillée de la jurisprudence y relative, voir ROSSI, p. 47 ss.

¹⁰⁸ Cf. art. 12 al. 1 let. a LN en relation avec l'art. 4 al. 2 let. a et b OLN.

incertain pour quels motifs le ministère public a refusé d'accorder le sursis. Cette incertitude ne saurait toutefois jouer au détriment de l'auteur d'une infraction relevant du catalogue.

[112] Il convient dès lors, plutôt que de se fonder sur le seul mode d'exécution de la peine, de se référer à la valeur juridique socio-éthique protégée et à sa proximité avec les principes d'aversion à la violence ou avec l'infraction économique parasitaire. Ainsi, un antécédent pénal au sens des art. 94, 95 ou 98, al. 4, LCR, de l'art. 270 CP ou de nombreuses autres infractions du Code Pénal, ne touche pas ces principes et ne saurait, à lui seul, justifier la qualification de l'intéressé comme danger à expulser¹⁰⁹.

3.1.3. *Le respect des valeurs de la Constitution comme aspect de l'intégration*

[113] Il convient encore d'examiner si l'auteur respecte les « valeurs de la Constitution », comme l'exigent les décisions en droit des étrangers et en droit de la nationalité¹¹⁰. À première vue, la commission d'une infraction relevant du catalogue pourrait laisser penser que certaines valeurs fondamentales de la Constitution fédérale ne sont pas respectées. Toutefois, selon le Manuel Nationalité, les éléments qualifiés de « principes fondamentaux » ne sont considérés comme méconnus que dans des cas spécifiques, notamment lorsque la personne concernée remet en cause ces principes par des actes de propagande publique, par un extrémisme politique ou religieux mettant en danger l'État de droit, par l'organisation d'un mariage forcé ou d'une mutilation génitale, ou encore par des propos dénigrant publiquement certaines catégories de personnes¹¹¹. Il en va de même lorsque la personne méconnaît, par ses déclarations ou son comportement, des garanties essentielles telles que la liberté personnelle ou l'égalité entre femmes et hommes, ou lorsqu'elle manifeste une intolérance envers d'autres groupes ou religions¹¹². Une certaine ouverture à l'égard d'obligations fondamentales – telles que le service militaire ou civil (art. 59 Cst.), la scolarité obligatoire (art. 62 Cst.) ou encore l'obligation fiscale (art. 127 Cst.) – peut également être prise en considération¹¹³. Il existe de bonnes raisons de considérer ces hypothèses, sinon comme exhaustives, du moins comme des situations de référence auxquelles d'autres cas doivent être comparables quant à leur gravité. Dans cette mesure, si l'on entend se fonder sur le respect des valeurs constitutionnelles dans le contexte de l'expulsion, ce critère doit recevoir une portée plus exigeante que dans le cadre de la naturalisation. La seule commission d'une infraction du catalogue ne saurait suffire; il faut encore que le comportement de l'auteur fasse naître le soupçon

¹⁰⁹ Ces infractions n'ont été mentionnées ici qu'à titre d'exemple. En l'espèce, il s'agit – comme déjà indiqué – de vérifier si les antécédents pénaux, plus précisément le comportement délictuel antérieur, relèvent de l'aversion à la violence ou, avec la même conséquence juridique, d'un comportement économique parasitaire.

¹¹⁰ Cf. art. 12 LN et art. 5 OLN.

¹¹¹ Cf. § 12 al. 1 let. a et b de la Loi cantonale sur le droit de cité (LDC L[u]; SRL n° 2) en relation avec le guide pratique du service des migrations du canton de Lucerne.

¹¹² Cf. § 12 al. 1 let. b de la Loi cantonale sur le droit de cité (LDC Lu; SRL n° 2). Cette disposition, lue à la lumière des Directives du Service des migrations du canton de Lucerne (en particulier le critère du respect des valeurs constitutionnelles), précise que le mépris de l'égalité entre femmes et hommes ou l'intolérance religieuse font obstacle à la reconnaissance d'une intégration réussie.

¹¹³ Cf. § 12 al. 1 let. a LDC Lu (SRL n° 2) en relation avec l'art. 12 al. 1 let. a LN et l'art. 4 al. 1 OLN. Ces dispositions lient l'intégration réussie au respect de l'ordre public, ce qui inclut l'observation des devoirs constitutionnels fondamentaux tels que l'obligation fiscale, la scolarité obligatoire ou le service national (cf. également le message relatif à la LN, FF 2011 2639).

qu'il méconnaît plus largement les valeurs de la Constitution fédérale et qu'il se distingue ainsi, de manière significative, d'un délinquant suisse quant à sa capacité de réinsertion sociale.

[114] Il convient toutefois d'ajouter que l'exigence, formulée en droit des étrangers et en droit de la nationalité, selon laquelle l'étranger doit adhérer aux valeurs de la Constitution fédérale, revêt en pratique une portée limitée. Dans l'appréciation concrète, elle pèse en effet souvent moins que la vérification de la familiarité avec les réalités locales, telle qu'elle est notamment recherchée dans les entretiens de naturalisation au moyen de questions portant sur la vie communale ou sur des particularités du lieu, et ce non seulement dans les communes de la Suisse centrale. Dans cette mesure, les critiques formulées au nom d'une conception libérale, qui dénoncent l'indétermination de la référence aux « *valeurs constitutionnelles* », apparaissent peu convaincantes¹¹⁴. Il est en effet difficile de considérer comme plus conforme à l'État de droit le fait de renoncer à exiger un tel ancrage normatif, tout en maintenant des exigences portant sur des connaissances locales dont la pertinence pour l'intégration est, au mieux, marginale. Une telle approche ne traduit pas une exigence accrue de précision juridique, mais plutôt un déplacement du critère d'intégration vers des éléments contingents et difficilement justifiables, qui ne permettent guère de saisir l'adhésion effective à l'ordre normatif.

3.2. *L'absence de prépondérance de l'intérêt public à l'expulsion*

[115] Avant même d'aborder la question des intérêts publics susceptibles de justifier une expulsion malgré l'existence d'une situation personnelle grave, il convient de relever que ces éléments sont, la plupart du temps, déjà pris en compte au stade de l'examen de cette situation¹¹⁵. Les intérêts publics ne deviennent dès lors véritablement déterminants que dans les cas où la *gravité* de l'infraction exclut pratiquement tout renoncement à l'expulsion¹¹⁶.

[116] Lorsqu'on affirme en doctrine que tel ne serait le cas que lorsque l'infraction atteint une *gravité* telle que le maintien en Suisse constituerait un risque pour la *sécurité*¹¹⁷, une telle formule est à la fois exacte et peu déterminée. Elle ne précise ni pour quels types d'infractions un tel risque existerait, ni ce qu'il convient d'entendre par « *sécurité* ».

[117] Si l'on tient compte d'un autre intérêt public fréquemment invoqué, à savoir la mise en œuvre d'une politique migratoire restrictive, la notion de risque pour la sécurité pourrait être comprise comme un risque de trouble à l'ordre public. Un tel risque pourrait, par exemple, résulter de réactions d'indignation suscitées par le maintien en Suisse de l'auteur d'une infraction du catalogue, lorsque celles-ci dégénèrent en atteintes à des biens juridiques par des actes de violence. Une telle approche demeure toutefois problématique, en ce qu'elle fait dépendre l'appréciation de la gravité de l'infraction de réactions sociales contingentes.

[118] Du point de vue de la théorie du droit, et à la lumière des principes développés plus haut relatifs à l'aversion à la violence propre à la culture juridique suisse, il apparaît dès lors plus pertinent – et également plus conforme à la pratique – de limiter la notion de gravité de l'infraction

¹¹⁴ Voir notamment KLEY Andreas, *Die Werte der Bundesverfassung*, in: ZBI 11/2015, pp. 563 ss., et *Einfallstor zur Tyrannei*, p. 665 ss. Kley y analyse de manière critique la fonction de ces valeurs comme concept juridique indéterminé.

¹¹⁵ BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 127.

¹¹⁶ BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 127.

¹¹⁷ BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA, Art. 66a n 127.

à certaines infractions *absolument* rejetées. Relèvent en tout cas de cette catégorie les infractions sexuelles contre des enfants, l'infraction d'assassinat, les *mala in se* du droit pénal international – génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre – ainsi que certaines formes particulièrement graves de terrorisme, qui ont mis ou menacé de mettre en danger la vie et l'intégrité corporelle d'un grand nombre de personnes. Ces infractions présentent en outre la particularité d'être *imprescriptibles* (cf. art. 101, al. 1, CP)¹¹⁸. S'agissant des autres infractions, il ne saurait être admis, *de manière générale*, que l'intérêt public à l'expulsion l'emporte. Plus les infractions commises se rapprochent du noyau de la valeur socio-éthique d'aversion à la violence et de prévention de la violence – notamment en cas d'infractions intentionnelles contre la vie, de lésions corporelles graves, d'infractions sexuelles graves, ainsi que d'atteintes graves à la liberté personnelle ou de graves infractions en matière de stupéfiants –, plus l'admission d'un cas de rigueur personnel exige une motivation particulièrement approfondie et plus il y a lieu de considérer que l'intérêt public à l'expulsion l'emporte¹¹⁹.

3.3. Synthèse des développements relatifs à l'expulsion obligatoire

[119] Au terme de ces développements, la logique propre de l'expulsion au sens de l'art. 66a CP apparaît avec une certaine netteté. Loin de constituer une simple peine accessoire, notamment sur la base d'une fonction de dissuasion, elle s'inscrit dans une logique spécifique d'élimination du danger, fondée sur une présomption typifiée de dangerosité à partir de certaines infractions. Cette logique se distingue toutefois de manière décisive du traitement des délinquants nationaux, dans la mesure où elle ne suppose pas, en principe, une appréciation individualisée de la dangerosité, mais opère un déplacement du regard de l'acte vers la personne.

[120] Cette construction n'est cependant pas absolue. Elle connaît des correctifs, en particulier à travers la clause de rigueur, qui réintroduit, sous la forme d'une coresponsabilité de l'État et d'une prise en compte des possibilités de réinsertion sociale, une perspective proprement pénale. De même, l'examen des critères d'intégration montre que la qualification de l'étranger comme danger à écarter ne saurait se fonder sur des considérations purement formelles ou abstraites, mais doit s'appuyer sur une appréciation matérielle de sa position au sein de l'ordre normatif.

[121] Ainsi comprise, l'expulsion ne vise pas seulement à écarter un danger, mais à opérer une distinction entre différentes formes d'appartenance à la communauté juridique, selon que l'individu apparaît encore comme accessible à l'ordre normatif ou comme s'en étant durablement éloigné. C'est dans cette même perspective qu'il convient désormais d'examiner la question de la prise en compte des condamnations pénales dans le cadre des décisions de naturalisation, où se pose, sous une forme différente, la question des conditions d'accès à la communauté politique.

¹¹⁸ TF, 6B_378/2018 du 22 mai 2019, c. 2.2 et les nombreuses réf. citées; TF, 6B_929/2018 du 27 septembre 2019, c. 1.4.2; ATF 139 I 31, c. 2.3.3. PERRIER DEPEURSINGE Camille / MONOD Hadrien, ad art. 66a CP, in: *Commentaire Romand, Code pénal I*, 2e éd., 2021 (cité: CR CP I-PERRIER DEPEURSINGE/MONOD), n 58. L'extension de cette imprescriptibilité à l'assassinat (art. 112 CP), mentionnée ci-dessus, découle de la mise en œuvre de l'initiative cantonale 19.300 (« Pas de prescription pour les crimes les plus graves »), débattue par les chambres fédérales au printemps 2026 et dont les récents développements parlementaires demeurent encore discutés (État au 14.09.2026).

¹¹⁹ PERRIER DEPEURSINGE/ MONOD, art. 66a n 59. Il faut approuver les auteurs lorsqu'ils considèrent que le juge doit rester maître de l'appréciation de la culpabilité. Dans cette optique, l'automatisme de l'art. 66a CP trouve sa limite dès lors que l'infraction, bien que formellement rattachée au catalogue, ne présente pas la gravité matérielle nécessaire pour évincer l'intérêt privé de l'intéressé.

IV. Le refus de naturalisation en raison d'une infraction antérieure

A. La nationalité comme droit de cité

[122] Les principes dégagés ci-dessus, à partir d'un modèle contractuel égalitaire d'inspiration rousseauiste, complété par l'apport de Hobbes quant à la signification de l'infraction, peuvent être transposés *mutatis mutandis* au domaine du droit de la nationalité. Le caractère, en comparaison européenne, particulièrement restrictif du droit suisse de la nationalité – tant au niveau fédéral que dans ses déclinaisons cantonales et communales – peut ainsi être rattaché à la conception égalitaire fondamentale de la Confédération¹²⁰.

[123] Il ne s'agit pas de se soumettre à un souverain, mais, selon la manière dont la Suisse se conçoit elle-même, de « *prendre son semblable pour son maître* ». L'accès à la communauté politique ne se réduit dès lors pas à une question de résidence ou d'intégration formelle, mais suppose une proximité normative plus exigeante, fondée sur l'adhésion aux valeurs constitutives de l'ordre juridique et social. Dans cette perspective, la naturalisation ne constitue pas le simple prolongement d'un séjour régulier, mais l'aboutissement d'un processus d'intégration au terme duquel l'individu est reconnu comme participant, en tant qu'égal, à la formation de la volonté collective. L'exigence d'une telle intégration explique que le droit suisse de la nationalité fasse preuve d'une retenue particulière dans l'octroi de la citoyenneté, en réservant l'accès à ceux qui apparaissent comme durablement insérés dans l'ordre normatif.

[124] C'est dans ce cadre qu'il convient d'examiner la manière dont les condamnations pénales sont prises en compte dans les décisions de naturalisation, et, plus précisément, dans quelle mesure elles font obstacle à la reconnaissance d'une telle appartenance à la communauté politique.

B. La portée de l'infraction en droit de la nationalité

[125] Dans une nation qui ne peut se fonder ni sur une langue commune ni sur une identité construite sur une base ethnique, les dogmes – ou, dans une terminologie contemporaine, les « *valeurs* » – érigés en consensus constituent le principal, sinon le seul, lien unificateur de l'État¹²¹. Dans une telle configuration, l'infraction ne saurait être comprise comme la simple violation ponctuelle d'une norme, mais acquiert une portée qui dépasse l'acte lui-même. Non seulement l'infraction – en tant qu'acte objectivé –, mais déjà des attitudes divergentes, exprimées notamment sous forme de critiques adressées à la société ou de mises en cause de ses fondements, peuvent, d'un point de vue structurel, être perçues comme un danger pour ce substrat de valeurs juridiques socio-éthiques.

¹²⁰ Cf. LINDER / MUELLER, p. 74.

¹²¹ Cette analyse s'inscrit dans la doctrine classique de la Suisse comme « nation par volonté » (Willensnation), où l'adhésion aux valeurs politiques et juridiques supplée l'absence d'unité linguistique ou ethnique; cf. par exemple BIAGGINI Giovanni, *Verfassungsstaatlichkeit: Grundfragen und Herausforderungen* (§ 7), in: Biaggini Giovanni / Gächter Thomas / Kiener Regina (édit.), *Staatsrecht*, 2e éd., Zurich 2015, pp. 24 ss, qui souligne que le *consensus* sur ces principes est le fondement de la cohésion de l'État. Si ce modèle reposait à l'origine, il y a plusieurs siècles, sur une alliance pragmatique dictée par des impératifs géopolitiques et de survie, il a progressivement évolué pour devenir une véritable communauté de valeurs (Werteneration).

[126] Il en résulte que la prise en compte de l'infraction dans le droit de la nationalité ne vise pas seulement à sanctionner un comportement passé, mais à apprécier la relation de l'individu à l'ordre normatif dans son ensemble. L'infraction apparaît ainsi comme un indice – non pas isolé, mais intégré dans le cadre d'une appréciation aussi complète que possible de la personne du requérant à la naturalisation – de la mesure dans laquelle l'individu adhère, ou non, aux valeurs constitutives de la communauté politique.

[127] Cette exigence d'adhésion trouve son fondement dans la conception égalitaire du corps politique: l'individu n'est pas appelé à se soumettre à un souverain, mais à participer à l'exercice de la souveraineté elle-même. L'adhésion aux mêmes valeurs s'explique ainsi par le fait qu'il devient *partie intégrante* du corps politique; non pas comme un citoyen inscrit dans un rapport de supériorité ou de subordination, mais comme cotitulaire de la souveraineté.

C. Admission à la nationalité par « naturalisation »

1. Un acte politique ?

[128] Si le souverain législatif s'identifie à l'ensemble des personnes disposant du droit de vote, la naturalisation ne saurait se réduire à une simple décision positive portant sur une demande d'acquisition de la nationalité, mais implique un véritable changement de statut. Elle signifie l'admission au sein du corps politique lui-même, autrement dit dans l'instance qui non seulement porte l'ordre juridique, mais le constitue.

[129] Dans cette perspective, l'ancienne pratique, autrefois en usage dans certaines communes – notamment germanophones –, consistant à procéder à la naturalisation par une décision prise à l'urne, apparaît pleinement cohérente. Il ne s'agissait pas seulement de statuer sur une demande, mais de décider de l'admission d'un nouveau membre du corps politique¹²². Parallèlement à l'élection d'un représentant, par laquelle l'exercice du pouvoir est confié, la naturalisation par vote populaire revenait à se prononcer sur la composition même du souverain.

[130] Il s'agissait ainsi d'un acte authentiquement politique qui, comme tout acte d'autoconstitution, échappe largement à l'exigence de motivation et à la logique de représentation propre à la démocratie représentative. Dans cette mesure, la décision de naturalisation a, dans certaines pratiques, été comprise comme une décision politique relevant d'organes législatifs¹²³.

¹²² ATF 129 I 217 concernant la commune lucernoise d'Emmen sur la pratique de la naturalisation par les urnes conçue comme un acte de cooptation politique, historiquement ancrée en Suisse centrale, par opposition aux procédures administratives ou parlementaires plus précoces en Suisse romande. Cette spécificité régionale a pris fin avec l'unification de la jurisprudence en 2003, rattachant désormais la décision de naturalisation aux attributs formels de l'État de droit et imposant ses critères à l'ensemble des communes.

¹²³ Sur la critique de ce tournant, voir DÜRR David, *Das Urteil des Richters über den Gesetzgeber – Reflexionen über die Einbürgerungsrechtsfälle BGE 129 I 217 ff. und 232 ff.*, in: Forstmoser Peter / Honsell Heinrich / Wiegand Wolfgang (édit.), *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis – Festschrift Hans Peter Walter*, Berne 2005, pp. 59 ss, qui fustige l'éviction de la souveraineté populaire. À l'opposé, HANGARTNER, pp. 960 s., admet qu'une décision négative de naturalisation prise aux urnes puisse être motivée a posteriori par une autorité de la collectivité compétente. Dans le même sens, semble-t-il, HANGARTNER /KLEY, *Die demokratischen Rechte*, Zurich 2000, p. 2000 ; ATF 129 I 232, 235 s.

2. Acte juridique et obligation de motivation

[131] Cette conception n'est aujourd'hui plus soutenable. La naturalisation touche au statut juridique d'un individu et intervient sur demande de celui-ci; elle constitue ainsi, par sa nature même, une procédure dans laquelle il est statué, au regard de critères liés au cas d'espèce – notamment l'intégration et la familiarité avec les conditions de vie locales –, sur l'octroi d'une position juridique. La décision de naturalisation apparaît dès lors comme un acte individuel et concret, présentant les caractéristiques d'une décision administrative.

[132] Cette qualification a trouvé une expression contraignante dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Dans les arrêts ATF 129 I 217 et ATF 129 I 232, la naturalisation par votation populaire a été jugée inconstitutionnelle, notamment en raison de la violation du droit d'être entendu (art. 9, al. 2, Cst.), de l'interdiction de la discrimination (art. 8, al. 2, Cst.) ainsi que de l'interdiction de l'arbitraire¹²⁴. Depuis lors, la décision de naturalisation est soumise à une obligation de motivation, condition sine qua non de l'exercice effectif des voies de droit. La doctrine récente admet majoritairement l'existence d'une telle obligation, même si sa mise en œuvre dans le cas de décisions prises à l'urne demeure controversée. Tandis que certains auteurs proposent une motivation a posteriori par les autorités, d'autres soulignent l'incompatibilité de principe des décisions populaires avec les exigences de l'État de droit¹²⁵.

[133] Le Tribunal fédéral s'est finalement rallié à cette seconde position: là où, pour des raisons systémiques, une motivation est exclue, une procédure susceptible de porter atteinte à des positions protégées par les droits fondamentaux ne saurait être maintenue¹²⁶.

[134] Cette évolution révèle une transformation structurelle profonde: la naturalisation sort du champ de l'autoconstitution politique pour devenir l'objet d'un contrôle relevant de l'État de droit. Ce qui s'y perd, c'est le pouvoir démocratique immédiat de disposer de la composition du corps politique; ce qui s'y gagne, ce n'est pas seulement la sécurité juridique, mais, plus fondamentalement encore, la possibilité même, pour le candidat à la naturalisation, d'exister juridiquement.

[135] Car tant que la décision demeurerait abandonnée à une formation de la volonté du souverain échappant à toute maîtrise juridique, l'individu n'était pas seulement dépourvu de protection; il se trouvait, en un sens précis, privé de droit. Ce n'est qu'avec sa transformation en un acte juridique justiciable qu'il se voit conférer une position reconnue par l'ordre juridique et protégée par celui-ci.

D. L'impact de la nature juridique de la naturalisation sur l'examen des antécédents pénaux

[136] Si la naturalisation ne peut plus, en raison de sa nature juridique, être comprise comme une véritable admission dans le corps politique, se pose alors la question de savoir si le droit de la

¹²⁴ Cf. ATF 129 I 217, consid. 2 (discrimination) et 3 (motivation); ATF 129 I 232, consid. 3.2 (motivation) et 3.3 (arbitraire).

¹²⁵ Sur les références doctrinales relatives à l'ATF 129 I 217, voir notamment MÜLLER Georg, *Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle*, in: Eichenberger Kurt (édit.), *Recht als Prozess und Gefüge: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, Berne 1981, p. 109 ss, spéc. p. 119 (cité par le TF pour exiger la fin des « zones de non-droit »).

¹²⁶ Cf. ATF 129 I 232 consid. 3.

nationalité en vigueur – limité ici à la LN et à l'OLN – tient compte de cette évolution ou s'il demeure attaché à des conceptions héritées. Que, selon la conception traditionnelle, une condamnation pénale – fût-elle assortie d'une peine pécuniaire de quelques jours-amende seulement – s'opposât à l'admission dans le corps politique aussi longtemps qu'elle demeurerait inscrite au casier judiciaire s'inscrit dans une conception égalitaire de l'autoconstitution politique: celui qui fait partie du souverain ne peut apparaître simultanément comme violateur de norme sans rompre l'unité entre création et validité de la norme¹²⁷.

[137] Dans une perspective kantienne, on peut préciser que le législateur échappe à l'imputation pénale, en tant qu'il est lui-même la source du droit et n'est soumis à aucune contrainte supérieure. Transposée à l'État démocratique, cette idée signifie que le citoyen, en tant que partie du souverain, ne peut entretenir avec le droit un rapport qui le ferait apparaître à la fois comme son destinataire et comme son violateur.

[138] Une telle rigueur ne saurait toutefois être maintenue dans le cadre d'une compréhension transformée du droit de la naturalisation, désormais largement déterminée par le droit fédéral. Là où la naturalisation n'apparaît plus comme un acte d'autoconstitution politique, mais comme un acte juridique justiciable, l'incompatibilité catégorielle entre violation de la norme et appartenance au corps politique cède la place à une appréciation graduée des manquements juridiques.

[139] La condamnation pénale perd ainsi son caractère de critère d'exclusion absolu pour devenir un élément d'une appréciation aussi complète que possible de la personne du requérant à la naturalisation, appréciation elle-même structurée par le principe de proportionnalité et soumise à une exigence de motivation.

1. La portée de l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 mai 2025 (1C_350/2024)

[140] Pour déterminer si la pratique actuelle tient effectivement compte de cette compréhension renouvelée de la naturalisation comme acte juridique, il convient de se tourner vers la jurisprudence récente du Tribunal fédéral.

[141] Dans l'arrêt 1C_350/2024 du 21 mai 2025, celui-ci précise les exigences relatives à l'appréciation de l'intégration au regard de l'art. 12 LN. Cet arrêt s'inscrit dans une évolution amorcée par la jurisprudence relative à la naturalisation, en particulier dans l'ATF 129 I 232, dans lequel il a été établi que les décisions de naturalisation sont soumises aux droits fondamentaux, notamment à l'interdiction de la discrimination et de l'arbitraire. Parallèlement, la liberté de vote a été relativisée en ce sens qu'elle ne confère aucun droit à la reconnaissance d'un résultat matériellement illicite. Avec l'introduction d'une obligation de motivation¹²⁸, la naturalisation a ainsi

¹²⁷ Cette analyse de l'unité entre création et validité de la norme s'appuie sur la conception rousseauiste du citoyen comme membre du Souverain. Selon ROUSSEAU, Du Contrat Social, Livre I, Chapitre VII, « chaque individu, contractant, pour ainsi dire, avec lui-même, se trouve engagé sous un double rapport; savoir, comme membre du Souverain envers les particuliers, et comme membre de l'État envers le Souverain ». Dans cette optique, la violation de la norme par le citoyen rompt l'harmonie du contrat social, justifiant ainsi l'exclusion de celui qui ne peut plus être à la fois législateur et infracteur. Ce modèle s'oppose à celui de Hobbes, où les individus concluent le pacte exclusivement entre eux au profit d'un tiers, le Léviathan, qui reste extérieur au contrat. Alors que Hobbes crée ainsi une rupture radicale entre l'État et ses sujets, Rousseau consacre l'identité parfaite entre les membres constituants du Souverain et ceux qui y sont soumis.

¹²⁸ ATF 129 I 232 consid. 3.

été définitivement soustraite au domaine de l'autoconstitution politique pour être qualifiée d'acte justiciable.

[142] L'arrêt du 21 mai 2025 prolonge cette ligne en ce qui concerne la dimension pénale de l'intégration. Selon une jurisprudence constante, l'intégration ne peut être appréciée de manière schématique sur la base de critères isolés, mais requiert une appréciation d'ensemble des circonstances pertinentes¹²⁹. Ces principes ne concernent pas spécifiquement la prise en compte des condamnations pénales, mais traduisent une exigence générale d'appréciation mesurée des critères d'intégration et s'inscrivent, à ce titre, dans la logique du principe de proportionnalité. Un seul déficit ne saurait exclure l'intégration que s'il revêt une importance décisive.

[143] Appliquant ces principes, le Tribunal fédéral critique la pratique de l'instance précédente, qui avait considéré comme déterminante la condamnation du recourant à une peine pécuniaire avec sursis de 40 jours-amende et nié son intégration en se référant à un délai d'attente de trois ans issu du Manuel Nationalité, sans procéder à une appréciation d'ensemble. Une telle approche méconnaît l'exigence d'un examen individualisé fondé sur les droits fondamentaux¹³⁰. Si le Tribunal fédéral reconnaît l'importance des directives administratives internes pour assurer l'égalité de traitement, il rappelle qu'elles ne lient pas les tribunaux et ne sauraient se substituer à l'examen du cas concret¹³¹. Il en résulte une relativisation de la portée de l'infraction: la sanction en cause se situait dans la partie inférieure de l'éventail pertinent, n'atteignait pas la gravité des cas visés à l'art. 4, al. 2, OLN et se trouvait en outre atténuée par l'épreuve réussie.

[144] La portée de cette décision demeure toutefois limitée. Elle concerne les peines pécuniaires assorties du sursis et ne tranche pas la question de la qualification d'autres types de sanctions, en particulier des peines fermes. Or, c'est précisément à cet égard que se manifestent les tensions avec la pratique administrative. Celle-ci subordonne régulièrement la naturalisation à la disparition des inscriptions correspondantes du casier judiciaire VOSTRA (art. 4, al. 2, OLN en relation avec l'art. 38, al. 3 et 4, LCCJ), ce qui peut entraîner des délais d'attente de dix à vingt ans selon la sanction.

[145] Cette problématique se reflète également dans l'évolution du Manuel Nationalité: alors que les versions antérieures permettaient d'envisager une naturalisation dès la disparition de l'inscription dans l'extrait destiné aux *particuliers*, les versions récentes exigent sa disparition dans l'extrait destiné aux *autorités*, prolongeant ainsi sensiblement les délais. La comparaison avec les sanctions assorties du sursis met en évidence une divergence notable: tandis que celles-ci mettent l'accent sur l'épreuve réussie, les peines fermes conduisent à une exclusion prolongée, sans lien nécessaire avec le contenu d'injustice de l'acte.

[146] Il en résulte que les conséquences, en droit de la naturalisation, dépendent dans une large mesure de la forme concrète de la sanction, dont la détermination relève souvent du ministère public dans le cadre de la procédure d'ordonnance pénale¹³². Le choix entre une peine assortie

¹²⁹ ATF 146 I 49 consid. 4.4; arrêt 1D_5/2022 consid. 2.1.

¹³⁰ Arrêt du Tribunal fédéral du 21 mai 2025 (1C_350/2024).

¹³¹ ATF 148 V 144 consid. 3.1.3; ATF 141 III 401 consid. 4.2.2.

¹³² Sur la prédominance du prononcé par voie d'ordonnance pénale en Suisse (représentant plus de 90 % des condamnations), voir THOMMEN Marc, *Kurzer Prozess – Schnelle Justiz*, Berne 2013 (cité: THOMMEN, *Kurzer Prozess*); cf. également THOMMEN Marc, in: Donatsch/Lieber/Summers/Thommen (édit.), *Commentaire zurichois du CPP*, 3e éd., Zurich 2020, art. 352 n 1 ss. L'auteur y critique la mutation du procureur en « juge de fait et de

ou non du sursis produit ainsi des effets qui dépassent le droit pénal et influencent directement l'accès à la nationalité. Une part essentielle de la décision relative à cet accès se trouve ainsi déplacée vers une procédure préalable, sommaire, qui n'est que partiellement orientée vers ces conséquences.

[147] Dans ce contexte, l'arrêt du 21 mai 2025 apparaît moins comme une refondation que comme une correction ponctuelle d'une application excessivement schématique. La question structurelle de la pondération des condamnations pénales demeure ouverte, notamment quant au rôle des délais de visibilité du casier judiciaire dans l'appréciation d'ensemble. Dès lors, l'aptitude à la naturalisation apparaît moins comme le résultat d'une mise en balance individualisée que comme une fonction de ces règles de visibilité.

[148] Ni le rattachement schématique à ces délais, ni la seule intervention de la jurisprudence ne permettent de fonder un ordre d'évaluation cohérent. Une différenciation fondée sur des critères qualitatifs s'impose, afin de saisir à la fois le contenu d'injustice de l'acte et sa signification pour l'intégration du requérant. Cela implique une mise en balance entre l'intérêt public à la fidélité à l'ordre juridique et l'importance que revêt la naturalisation pour l'intéressé. L'exclusion ne saurait dès lors reposer sur la seule existence d'une condamnation pénale, mais uniquement sur des condamnations révélant une atteinte qualifiée aux valeurs fondamentales de l'ordre juridique.

2. Critères d'appréciation des condamnations pénales

[149] À cet égard, trois principaux critères de rattachement se dégagent: premièrement, le mode d'exécution de la sanction (sursis, sursis partiel ou peine ferme); deuxièmement, la quotité de la peine comme expression de la gravité de l'infraction; et, troisièmement, la nature de l'infraction, notamment à la lumière des différenciations opérées en matière d'expulsion pénale.

2.1. L'absence de pertinence du mode d'exécution de la peine

[150] Un premier point d'ancrage, d'apparence intuitive, réside dans le mode d'exécution de la sanction. La distinction entre peines assorties du sursis, partiellement assorties du sursis et peines fermes repose sur des appréciations relatives à la conduite future de l'auteur et n'est, à ce titre, pas étrangère à la question de l'intégration¹³³. Dans la mesure où le prononcé d'une peine ferme repose sur un pronostic défavorable quant au comportement futur, il peut sembler cohérent de tenir compte de cette évaluation dans la procédure de naturalisation. L'idée selon laquelle l'accès à la nationalité ne devrait pas être accordé à des personnes dont une récidive paraît probable s'impose en effet de prime abord.

[151] À y regarder de plus près, toutefois, le mode d'exécution ne constitue qu'un critère de portée limitée. Comme cela a déjà été relevé à propos de l'expulsion pénale, le recours à des catégories issues du droit pénal ne convainc que si celles-ci sont elles-mêmes suffisamment précises et

droit » ainsi que l'occultation de la justice, le Strafbefehl supprimant l'audience publique et le contrôle judiciaire effectif, ce qui réduit la procédure à un pur mécanisme administratif de gestion des masses.

¹³³ Cf. Secrétariat d'État aux migrations (SEM), *Manuel Nationalité*, Berne 2020 (actualisé le 1er janvier 2024), ch. 2.1.1.2. Sous l'empire de l'ancienne loi sur la nationalité (aLN) et jusqu'aux versions du Manuel de 2013 (actualisées en 2015), la pratique se référait à la disparition de l'inscription dans l'extrait pour particuliers (selon l'ancien art. 371 CP). Avec l'entrée en vigueur de la nouvelle LN le 1er janvier 2018, puis de la Loi sur le casier judiciaire (LCJ) le 23 janvier 2023, le critère s'est déplacé vers l'extrait destiné aux autorités (extrait 2). Cette modification, consolidée dans la version du Manuel du 1er octobre 2022 (puis maintenue dans celle de 2024), prolonge les délais d'attente à 10 ans pour la plupart des peines avec sursis, contre environ 5 ans auparavant.

adaptées à la finalité poursuivie. Or tel n'est pas le cas du mode d'exécution. La décision de prononcer une sanction avec ou sans sursis ne repose pas exclusivement sur des considérations de prévention spéciale; elle peut également être influencée par des considérations de prévention générale ou par la prise en compte d'antécédents, y compris non spécifiques. Elle ne reflète dès lors pas nécessairement une appréciation claire de la conduite future.

[152] S'y ajoute une dimension symbolique non négligeable. La peine privative de liberté – en particulier sous sa forme ferme – revêt une charge infamante et fortement expressive. À l'inverse, la peine pécuniaire apparaît, dans sa logique même, comme une sanction d'une autre nature: sa portée symbolique est nettement moindre et se rapproche, à certains égards, de celle des sanctions administratives. Cela vaut d'autant plus que la peine pécuniaire constitue, en pratique, de loin la sanction la plus fréquemment prononcée, même si elle l'est majoritairement sous forme assortie du sursis. Elle se situe en outre, dans la grande majorité des cas, dans des fourchettes relativement basses – typiquement entre 30 et 60 jours-amende – correspondant à des infractions de gravité légère à moyenne. Dans ce contexte, la peine pécuniaire ne saurait être investie d'une signification symbolique comparable à celle de la privation de liberté; sa charge expressive demeure, en comparaison, secondaire, ce qui explique qu'un rattachement au mode d'exécution convainc d'autant moins lorsque l'on déduit d'une peine pécuniaire ferme un obstacle à la naturalisation pouvant s'étendre sur dix ans ou davantage, par exemple dans le cas d'une condamnation à six jours-amende pour une infraction en matière de circulation routière.

[153] Si ces distinctions peuvent remplir une fonction en droit pénal, elles apparaissent dès lors moins pertinentes dans le cadre d'une décision de naturalisation orientée vers une appréciation rationnelle de l'intégration, et, à ce titre, insensible aux mécanismes de satisfaction des besoins punitifs d'ordre symbolique.

[154] L'argument décisif se situe toutefois ailleurs. Le choix du mode d'exécution intervient fréquemment dans le cadre de la procédure d'ordonnance pénale, par le ministère public, sans que celui-ci n'oriente sa décision en fonction des conséquences en droit de la naturalisation. En particulier, il n'aura en règle générale pas connaissance du fait que la qualification d'une sanction comme peine ferme peut entraîner des délais d'attente de dix ans ou davantage pour l'accès à la nationalité. Une part essentielle de la décision relative à cet accès se trouve ainsi, en pratique, déplacée vers une procédure préalable dont les acteurs ne sont ni préparés à ces effets ni en mesure de les intégrer systématiquement.

[155] Dans cette perspective, le mode d'exécution apparaît comme un point d'ancrage intuitif, mais en définitive insuffisant. Il se rattache à des catégories ayant leur logique propre en droit pénal, dont la transposition au droit de la naturalisation ne convainc que de manière limitée. Le rattachement opéré par l'OLN à ce critère ne repose dès lors sur aucune justification théorique pleinement satisfaisante.

2.2. La portée de la quotité de la sanction

[156] Il apparaît plus convaincant de se fonder sur la quotité de la sanction prononcée. Avec la qualification de la naturalisation comme acte administratif justiciable, la décision est soumise aux exigences du principe de proportionnalité. La question déterminante est dès lors de savoir si, par son poids, une condamnation est de nature à mettre sérieusement en cause l'intégration. La quotité de la peine se rattache directement à l'évaluation pénale de la culpabilité et de l'acte. Elle permet ainsi – contrairement aux délais issus du droit du casier judiciaire ou au mode d'exécution – une différenciation fondée sur la gravité de l'acte concret. La question de la pertinence pour l'intégration est ainsi rapprochée du contenu matériel de l'acte. Le droit positif offre à cet égard certains points

d'orientation. En matière de peines pécuniaires, une distinction est opérée entre les sanctions allant jusqu'à 30 jours-amende et celles comprises entre 30 et 90 jours-amende, ces dernières entraînant en règle générale un délai d'attente supplémentaire¹³⁴. En matière de peines privatives de liberté, le seuil de trois mois constitue également une césure significative¹³⁵.

[157] Le recours à la quotité de la peine modifie en outre le rôle des autorités de poursuite pénale. Contrairement au mode d'exécution, il ne s'agit pas ici de se référer à une appréciation pronostique, mais à la fixation même de la sanction, qui relève du cœur de l'évaluation pénale de la gravité l'acte. La préformation qui en résulte apparaît, à cet égard, moins problématique: elle ne repose pas sur un pronostic implicite quant à l'avenir, mais sur une appréciation déjà achevée du comportement délictueux.

[158] Cette différence se manifeste avec une particulière netteté dans les cas limites. Une peine privative de liberté avec sursis allant jusqu'à trois mois exprime une tension: l'acte constitue une infraction, tout en admettant un pronostic favorable quant à la conduite future. Dans de telles constellations, une exclusion schématique ne saurait rendre compte du caractère ambivalent de la sanction. Cette approche n'est toutefois pas exempte de limites. La quotité de la peine, si elle reflète l'évaluation pénale de la culpabilité, ne permet pas à elle seule de saisir la portée normative de l'infraction pour l'intégration. Elle renseigne sur le degré d'injustice de l'acte dans une perspective pénale, mais demeure largement indifférente à la question de savoir quels biens juridiques – et, au-delà, quelles valeurs socio-éthiques – ont été effectivement mis en cause.

[159] Or, du point de vue de l'intégration, cette distinction est déterminante. Toutes les infractions n'impliquent pas la même atteinte aux attentes fondamentales de la communauté juridique. Une sanction relativement élevée peut ainsi résulter de circonstances aggravantes ou de facteurs contextuels sans traduire une désorientation normative fondamentale de l'auteur, tandis que certaines infractions, même sanctionnées de manière modérée, peuvent révéler une remise en cause plus profonde des valeurs structurant la coexistence sociale.

[160] En outre, la détermination de la peine demeure tributaire de marges d'appréciation importantes, en particulier dans le cadre de la procédure d'ordonnance pénale, de sorte qu'elle ne saurait être comprise comme un indicateur entièrement stable et autonome. La quotité de la peine ne constitue dès lors qu'un critère intermédiaire, situé entre les catégories formelles du droit du casier judiciaire et l'appréciation qualitative de la nature de l'infraction. Elle permet ainsi de distinguer entre des infractions significatives et des manquements mineurs, sans toutefois épuiser la question de leur portée pour l'intégration.

2.3. L'impact de la qualité de l'infraction

[161] Enfin, une troisième approche consiste à se fonder sur la *qualité abstraite* de l'infraction commise. Comme il a été exposé plus haut, la question centrale est de savoir si l'on peut déduire de l'infraction une désorientation fondamentale de l'auteur à l'égard des valeurs socio-éthiques de la communauté juridique. Ce qui importe ici n'est pas la quotité de la peine, mais la portée de l'acte en tant qu'indice d'une orientation normative – ou d'une désorientation – du requérant.

[162] Une telle approche n'est pas étrangère au droit positif. Comme cela a été montré dans le contexte de l'expulsion pénale, l'art. 66a, al. 1, CP se rattache, dans des pans essentiels, à des

¹³⁴ cf. art. 4, al. 3, OLN en relation avec le Manuel Nationalité.

¹³⁵ cf. art. 4, al. 2, let. d, OLN.

catégories d'infractions déterminées. Sont visées notamment les infractions qui violent des attentes fondamentales de la communauté juridique, en particulier l'aversion à la violence entendue au sens large (cf. art. 66a, al. 1, let. a, b, g, h, i, j ainsi que, partiellement, k, l, m, o et p CP). À côté de celles-ci, certaines formes de délinquance économique ne sont prises en compte qu'à des conditions qualifiées, notamment lorsque l'auteur agit par métier ou porte atteinte à des systèmes collectifs essentiels tels que le système fiscal ou le système d'assurance sociale.

[163] Dans ces hypothèses, l'auteur apparaît – pour reprendre une intuition rousseauiste – comme « insociable », précisément en raison de l'acte commis, dès lors que celui-ci exprime, par sa nature même, un mépris fondamental pour les bases communes de la vie sociale. Il ne s'agit pas d'un simple indice, mais de la manifestation même d'une rupture avec les valeurs socio-éthiques de la communauté juridique suisse.

[164] Une transposition de cette approche au droit de la naturalisation conduirait à rapprocher le refus de naturalisation de la logique de l'expulsion pénale. Dans les deux cas, la question de l'appartenance à la communauté politique serait rattachée à des infractions apparaissant comme l'expression d'une telle désorientation. On rendrait ainsi, au moins partiellement, justice au caractère originaire de la naturalisation comme acte politique d'inclusion ou d'exclusion, caractère qui subsiste sous une forme atténuée dans l'expulsion¹³⁶.

[165] En définitive, la perspective s'en trouve profondément déplacée: la question de la naturalisation ne se rattache ni à la quantité de la sanction pénale, ni à ses modalités d'exécution, ni à sa simple visibilité dans le casier judiciaire, mais à la qualité matérielle de l'infraction commise.¹³⁷ Ce qui devient déterminant, c'est de savoir si le caractère du requérant peut encore être considéré comme réceptif aux valeurs socio-éthiques de la communauté juridique – ou s'il qualifie l'auteur d'« insociable » et met ainsi en cause son appartenance à la communauté politique.

[166] À défaut d'une telle différenciation qualitative, le risque est grand de substituer à une appréciation fondée sur la proportionnalité une logique de pure visibilité normative, dans laquelle la persistance formelle d'une inscription au casier judiciaire tient lieu de critère décisif. Une telle approche revient, en définitive, à confondre la trace administrative de l'infraction avec sa signification normative, et à faire dépendre l'accès à la nationalité non de la nature de la violation du droit, mais de sa seule persistance documentaire.

3. Synthèse des développements relatifs au refus de naturalisation en raison d'une infraction antérieure

[167] L'analyse qui précède montre que la prise en compte des antécédents pénaux dans le cadre de la naturalisation ne saurait se fonder de manière déterminante ni sur le mode d'exécution de la peine, ni sur sa seule quotité, et encore moins sur la simple persistance d'une inscription au casier judiciaire. Une telle approche reviendrait à substituer à une appréciation normative de l'intégration une logique de pure visibilité administrative.

¹³⁶ Un besoin de clarification ne se manifeste ici que ponctuellement. Ainsi, s'agissant de l'art. 66a, al. 1, let. d CP, il ne saurait être question de toute unité d'actes entre vol et violation de domicile; un cambriolage qualifié dans un *logement* doit être exigé.

¹³⁷ Il va de soi que l'effacement de l'inscription au casier judiciaire demeure une condition préalable indispensable. Toutefois, cette exigence ne doit s'appliquer qu'à l'égard des infractions susmentionnées, indépendamment de la quotité de la peine et, en particulier, sans égard au mode de sanction ou d'exécution prononcé.

[168] Cette tension s'explique par l'évolution de la nature juridique de la naturalisation. Dans une conception traditionnelle, marquée par une logique d'autoconstitution du corps politique, le citoyen – en tant que partie du souverain – ne saurait apparaître comme auteur d'une infraction sans contradiction interne. Dans cette perspective, l'existence même d'antécédents pénaux s'opposait, en principe, à l'admission dans la communauté politique.

[169] Une telle conception ne peut toutefois *plus* être maintenue depuis que la naturalisation a été qualifiée d'acte administratif soumis aux droits fondamentaux. Avec l'abandon des décisions de naturalisation par votes aux urnes, la logique purement politique de l'inclusion a cédé la place à une décision juridique, soumise au principe de proportionnalité et à une exigence de motivation. Le refus de naturalisation constitue dès lors un acte défavorable qui doit être justifié au regard des circonstances concrètes du cas d'espèce.

[170] Dans ce cadre, la persistance d'une inscription au casier judiciaire ne saurait tenir lieu de critère décisif. Elle ne constitue qu'un indice formel, qui ne dispense pas d'une appréciation matérielle de la portée de l'infraction pour l'intégration. Faire dépendre l'accès à la nationalité de délais de visibilité revient à déléguer, de facto, la décision à des mécanismes administratifs étrangers à la logique propre du droit de la naturalisation.

[171] Il en résulte la nécessité de dégager des critères abstraits permettant d'assurer à la fois la sécurité juridique et une application cohérente du droit. À cet égard, le recours à des catégories qualitatives, telles que celles sous-jacentes à l'art. 66a CP, offre un point d'ancrage pertinent. En se référant aux infractions qui traduisent une atteinte aux attentes fondamentales de la communauté juridique – en particulier l'aversion à la violence et le rejet de formes qualifiées de parasitisme économique –, il devient possible de réintroduire, sous une forme juridiquement médiatisée, certains éléments de la logique *d'autoconstitution du corps politique*.

3.1. La question des autres infractions (art. 66a bis CP)

[172] On pourrait objecter qu'un tel modèle laisse de côté les infractions ouvrant la voie à une expulsion facultative au sens de l'art. 66a bis CP. À cet argument, il convient de répliquer que l'art. 66a bis CP ne relève pas d'une injonction législative ou « souveraine » a priori, mais d'une décision judiciaire au cas par cas. Par conséquent, cette disposition ne saurait servir de fondement à la construction d'un critère abstrait, lequel doit en outre tenir compte de la dimension éminemment politique de la décision de naturalisation. Cette portée politique perdure d'ailleurs après l'arrêt ATF 129 I 217. En effet, au sein d'une démocratie directe qui se réalise à l'échelle communale, mais aussi aux autres échelons étatiques, le citoyen demeure le Souverain au sens rousseauiste. L'arrêt susmentionné et le rejet de la légitimité du vote à l'urne ne sauraient en affecter la substance.

3.2. Le parallélisme de la naturalisation à l'expulsion

[173] Une seconde objection réside dans la pertinence même d'assimiler, ou du moins de rapprocher, l'expulsion du territoire national et l'intégration au corps électoral. À cet égard, il convient de constater l'inexistence conceptuelle d'un espace intermédiaire entre le citoyen, l'étranger délinquant potentiellement expulsable et l'étranger requérant la naturalisation. Comme il a déjà été évoqué, une existence en dehors du corps politique est en soi inconcevable. Dans la logique rousseauiste, celui qui refuse le pacte social n'est pas anéanti, mais simplement exclu et toléré au sein de la cité en tant qu'étranger parmi les citoyens.

[174] Du point de vue de leur statut politique, il n'existe aucune différence qualitative entre le non-citoyen criminel et le non-citoyen non-criminel. En réalité, le simple séjour d'un étranger demeure

par essence une anomalie conceptuelle; sa présence n'est que purement tolérée et s'analyse comme un mérite continu de la part de l'étranger, lequel se doit d'être reconnaissant du droit de séjour qui lui est concédé par une soumission sans faille envers l'ordre juridique. Ce n'est qu'avec le dépôt de la demande de naturalisation que l'étranger acquiert une visibilité systémique. Les catégories de l'étranger délinquant et du candidat à la citoyenneté doivent dès lors être régies par des critères analogues.

[175] Bien que cette catégorisation radicale puisse paraître outrée sur le plan de la philosophie du droit, l'évolution politique met précisément en lumière, depuis longtemps, le problème sous-jacent: celui d'accepter des individus sans statut de citoyen, c'est-à-dire des étrangers, comme une entité distincte aux côtés du véritable corps politique. Dès lors, l'exclusion des infractions ne figurant pas dans ce catalogue s'impose au nom de la cohérence systémique, évitant qu'un simple délai d'effacement administratif dans l'extrait du casier judiciaire destiné aux autorités (extrait 2) ne bloque la naturalisation pour des infractions qui ne constituent pas une violation de l'aversion à la violence ou ne s'apparentent pas à de la criminalité économique parasitaire. Il ne s'agit ici que de déterminer la portée de l'infraction en tant qu'obstacle à la naturalisation, sans aucunement préjuger des autres conditions ordinaires. L'absence d'un antécédent majeur visé à l'art. 66a CP ne fait que lever l'empêchement pénal, laissant intacte l'obligation de remplir l'ensemble des autres critères légaux.

[176] La prise en compte des antécédents pénaux en droit de la naturalisation doit ainsi s'orienter non vers leur simple existence ou leur visibilité, mais vers leur portée normative. Ce n'est qu'à cette condition que l'on peut concilier les exigences de l'État de droit avec les fondements matériels de l'appartenance à la communauté politique.

Conclusion

[177] L'expulsion pénale et le refus de naturalisation révèlent une identité fonctionnelle, le *tertium comparationis* résidant dans la volonté d'écarter l'individu dont la dangerosité menace la pérennité de l'État. Cette formulation établit un lien direct entre dangerosité et exclusion de la communauté nationale. Si la société maintient l'infraction comme le baromètre des valeurs de la collectivité, la nature même du pronostic de dangerosité a subi une mutation conceptuelle. Le passage historique de l'élimination physique ou du bannissement à la peine privative de liberté témoigne de la reconnaissance de la *perfectibilité* de l'être humain. Cela signifie que l'État moderne ne peut plus déduire une dangerosité fixe d'un simple comportement déviant, mais doit adapter ses mécanismes de manière à préserver la paix publique tout en maintenant la cohérence interne de l'ordre juridique.

[178] Les fondements de la philosophie du droit mettent en évidence le rapport de force entre le modèle autoritaire, moins strict, de Hobbes et la structure contractuelle égalitaire, plus excluratoire mais émancipatrice, de Rousseau. Alors que Hobbes restreint l'exclusion en raison de l'hostilité manifestée aux actes qui attaquent directement la sécurité de l'État, tout manquement aux valeurs communes conduit chez Rousseau à l'exclusion du contrat social. Le droit pénal et le droit de la nationalité suisses oscillent dans ce cadre. La clause de rigueur (art. 66a al. 2 CP) démontre que le droit positif écarte l'exclusion automatique pour le citoyen matériellement suisse, réactivant ainsi la logique d'amendement et de resocialisation propre au droit pénal. Pour l'étranger matériel, en revanche, la présomption demeure qu'il se situe en dehors de ce cercle, sa présence étant tolérée au titre d'une adhésion continue à l'ordre juridique, ce qui maintient l'individu dans une forme d'invisibilité politique. Cette invisibilité ne se rompt brutalement que dans deux situations bien précises, où l'étranger se trouve contraint de se confronter directement au Souverain. D'une part,

la commission d'une infraction catalogue, par laquelle il transgresse de manière fondamentale l'aversion à la violence ou l'aversion pour un mode de vie économique parasitaire, ce qui conduit le système à réagir par l'expulsion. D'autre part, le dépôt de la demande de naturalisation, par lequel il rompt son acceptation passive pour revendiquer activement son intégration au corps électoral.

[179] Le but de cette recherche consiste à conférer une base théorique à la prise en compte des infractions pénales en droit de la nationalité. En raison de la nature éminemment politique du citoyen, appréhendé comme un membre actif du Souverain et du corps électoral, le recours aux catégories de l'appartenance politique s'avère dans une certaine mesure indispensable. Certes, de lege lata, la pratique actuelle s'appuie à juste titre sur l'art. 4, al. 2 OLN. Toutefois, en liant de manière déterminante l'évaluation de l'intégration au dualisme entre peines privatives de liberté fermes et avec sursis – et en s'étendant de la même manière aux simples peines pécuniaires légères –, cette approche engendre des délais d'effacement administratifs disproportionnés dans l'extrait destiné aux autorités (extrait n° 2 du casier judiciaire). Ce mécanisme comptable, tout comme le seul critère du quantum de la peine, demeure dépourvu de fondement théorique convaincant.

[180] En définitive, aligner l'évaluation de l'intégration pénale sur le catalogue de l'art. 66a CP permet de substituer une logique de justice matérielle à un automatisme purement administratif. Cette mise en miroir offre une solution cohérente pour éviter que l'accès au corps électoral ne dépende de critères de pure temporalité bureaucratique liés au casier judiciaire. Restituer au droit de la nationalité sa fonction propre en tant qu'instrument d'accès au corps politique et, par là même, à un statut constitutionnel, conduit ainsi à distinguer la gestion de masse des infractions quotidiennes de ce qui met véritablement en cause les fondements du lien social: la rupture de l'aversion à la violence et le choix d'une criminalité économique parasitaire.

Bibliographie

BADINTER Robert, *L'Exécution*, Paris 1973.

BARATTA Alessandro, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna 1982.

BARTH Jonas / COENEN Ekkehard / HOEBEL Thomas / MAYER Lotta / NEF Susanne / VERNEUER-EMRE Lena (édit.), *Soziologische Gewaltforschung. Ein problemorientiertes Handbuch*, Stuttgart 2026 (à paraître) (cité: BARTH ET AL.).

BECCARIA Cesare, *Dei delitti e delle pene*, Livorno 1764.

BECHTEL Alexander, *Die Constitutio Criminalis Carolina von 1532 – Wegbereiter einer eigenständigen deutschen Strafrechtsdogmatik – Teil 2*, in: Zeitschrift für das Juristische Studium 1/2018, p. 20 ss.

BECHTEL Alexander, *Die Constitutio Criminalis Carolina von 1532 – Wegbereiter einer eigenständigen deutschen Strafrechtsdogmatik – Teil 1*, in: Zeitschrift für das Juristische Studium 6/2017, pp. 641 ss.

BECKER Gary S., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in: Journal of Political Economy (Vol. 76/2) 1968, p. 169 ss.

BIAGGINI Giovanni, *Verfassungsstaatlichkeit: Grundfragen und Herausforderungen (§ 7)*, in: Biaggini Giovanni / Gächter Thomas / Kiener Regina (édit.), *Staatsrecht*, 2e éd., Zurich 2015.

BOBBIO Norberto, *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition*, trad. de l'italien par Daniela Gobetti, Chicago 1993.

BRAND Fabian, *Taking Behavioral Skepticism Seriously: Law and Economics' Deterrence Theory in a Moral World*, in: Mathis Klaus (édit.), *Law and Economics of Crime and Punishment*, à paraître (cité: BRAND, *Taking Behavioral Skepticism Seriously*).

BRAND Fabian, *Strafrecht, Schuld, Verbotsirrtum. Zur schuldtheoretischen Lösung des Verbotsirrtums im deutschen und schweizerischen Strafrecht aus strafrechtsdogmatischer, strafphilosophischer und staatsrechtlicher Sicht. Zugleich ein Beitrag zu Grund und Grenzen der Berechtigung eines sozialetischen Strafrechts*, Francfort-sur-le-Main, à paraître (cité: BRAND, *Strafrecht, Schuld, Verbotsirrtum*).

BRUN Stefan / FABBRI Balthasar, *Die Landesverweisung – neue Aufgaben und Herausforderungen für die Strafjustiz*, in: recht (Vol. 35/4) 2017, p. 231 ss.

BÜCHLER Alexandra, *Der Gesetzgeber schafft Sans-Papiers: Die unbedachten Folgen der neuen strafrechtlichen Landesverweisung*, in: Jusletter 20 mars 2017.

BUSSLINGER Marc / UEBERSAX Peter, *Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung*, in: plädoyer 5/2016, p. 96 ss.

CAMPAGNA Norbert, *Thomas Hobbes: L'Ordre et la liberté*, Paris 2000.

CÁRDENAS-GRACIA Jaime, *El régimen de excepción salvadoreño: una visión extrema del derecho penal del enemigo*, in: Boletín Mexicano de Derecho Comparado 170/2024, p. 65 ss.

CICÉRON, *Discours. Tome VI: Pour Caecina, Sur la loi agraire, Sur le rabais des blés*, éd. Les Belles Lettres, Paris 2002 (cité: CICÉRON, *Pour Caecina*).

CICÉRON, *Discours. Tome XIII: Sur sa maison*, éd. Les Belles Lettres, Paris 1952 (cité: CICÉRON, *Sur sa maison*).

COLDHAM Peter Wilson, *Emigrants in Chains. A Social History of the Forced Emigration to the Americas of Felons, Destitute Children, Political and Religious Non-Conformists, Vagabonds, Beggars and Other Undesirables, 1607–1776*, Baltimore 2007.

CÓRDOVA MARTÍNEZ Andrés Felipe / BEJARANO BEJARANO Erika Monserrath, *Políticas criminales contra el crimen organizado en el Ecuador: ¿insuficientes o eficaces a largo plazo?*, in: LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades (Vol. 7/1) 2026, p. 1459 ss.

COY Jason Philip, *Strangers and Misfits: Banishment, Social Control, and Authority in Early Modern Germany*, Leiden/Boston 2008.

DUBLER Anne-Marie, *Bannissement*, in: Dictionnaire historique de la Suisse (DHS), version du 11.11.2008, en ligne: hls-dhs-dss.ch, consulté le 13.04.2026.

DURKHEIM Émile, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris 1895.

DÜRR David, *Das Urteil des Richters über den Gesetzgeber – Reflexionen über die Einbürgerungsrechtsfälle BGE 129 I 217 ff. und 232 ff.*, in: Forstmoser Peter / Honsell Heinrich / Wiegand Wolfgang (édit.), *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis – Festschrift Hans Peter Walter*, Berne 2005, p. 59 ss.

FIOLKA Gerhard / VETTERLI Luzia, *Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB als strafrechtliche Sanktion*, in: plädoyer 5/2016, p. 83 ss.

FOUCAULT Michel, *La gouvernementalité*, in: *Dits et écrits*, t. III, Paris 1994 (cité: FOUCAULT, *La gouvernementalité*).

FOUCAULT Michel, *Sécurité, territoire, population (1977–1978)*, Paris 2004 (cité: FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population*).

FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir: Naissance de la prison*, Paris 1975 (cité: FOUCAULT, *Surveiller et punir*).

GARLAND David, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Oxford 1990 (cité: GARLAND, *Punishment and Modern Society*).

GARLAND David, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago 2001 (cité: GARLAND, *The Culture of Control*).

GERMANIER Fabienne, *Einige Ungereimtheiten der Landesverweisung (Art. 66a ff. StGB)*, in: Jusletter 21 novembre 2016.

GRÄDEL Rolf / ARN Raphaël, *Die neuen Bestimmungen zur Landesverweisung = Les nouvelles dispositions en matière d'expulsion*, in: Bernische Verwaltungsrechtspflege (BVR) 2017, p. 360 ss.

GRAN Andreas, *Rechtsbildung als Allgemeinbildung. Fundament für freies und soziales Wirtschaftsleben*, in: JR 2023, p. 257 ss.

HÄFELIN Ulrich / HALLER Walter / KELLER Helen / THURNHERR Daniela, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 11e éd., Zurich 2024.

HAFTER Ernst, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2e éd., Berlin 1946.

HANGARTNER Yvo, *Grundsätzliche Fragen des Einbürgerungsrechts*, in: AJP 2001, p. 949 ss.

HANGARTNER Yvo / KLEY Andreas, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 1re éd., Zurich 2000.

HARTMANN Eddie, *Die Gewalttheorie von Jan Philipp Reemtsma*, in: Zeitschrift für Theoretische Soziologie 1/2019, p. 74 ss.

HASSEMER Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Francfort-sur-le-Main 1972.

HEFENDEHL Roland / VON HIRSCH Andrew / WOHLERS Wolfgang (édit.), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden 2003.

HIRSCH Ernst-Eduard, *Zur Rechtserheblichkeit des Normirrtums in juristischer und soziologischer Sicht*, in: Kaulbach Friedrich / Krawietz Werner (édit.), *Recht und Gesellschaft. Festschrift für Helmut Schelsky zum 65. Geburtstag*, Berlin 1977, p. 211 ss.

HRUSCHKA Constantin, *Gastrecht und Flüchtlingsvölkerrecht. Rechte und Pflichten von Flüchtlingen*, in: von Däniken/Kamm (dir.), *Gastfreundschaft und Gastrecht*, Zurich, 2018, pp. 87 ss.

HÜNING Dieter, *Freiheit und Herrschaft in der Rechtsphilosophie des Thomas Hobbes*, Berlin 1998.

JAKOBS Günther, *Norm, Person, Gesellschaft: Vorstudien zu einer Rechtsphilosophie*, 2e éd., 1999 (cité: JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*).

JAKOBS Günther, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in: HRRS 2004, p. 81 ss (cité: JAKOBS, in: HRRS 2004).

JARCKE Carl Ernst, *Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts: mit Rücksicht auf die Bestimmungen der preussischen, österreichischen, bairischen und französischen Strafgesetzgebung*, vol. 1, Berlin 1827.

JESCHECK Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 2e éd., Berlin 1972 (cité: JESCHECK, *Lehrbuch*, 2e éd.).

JESCHECK Hans-Heinrich / WEIGEND Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 5e éd., Berlin 1996.

JORIO Marco, *Défense spirituelle*, in: Dictionnaire historique de la Suisse (DHS), version de 2001, remaniée le 23.11.2006, en ligne: hls-dhs-dss.ch, consulté le 22.05.2026.

KANT Immanuel, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, Königsberg 1795.

KERSTING Wolfgang, *Rechtsverbindlichkeit und Gerechtigkeit bei Thomas Hobbes: Bemerkungen anlässlich der zugleich naturrechtlichen und modernitätseuphorischen Hobbes-Interpretation von Norbert Campagna*, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) (Vol. 84/3) 1998, p. 354 ss.

KING Peter / WARD Richard, *Rethinking the Bloody Code in Eighteenth-Century Britain: Capital Punishment at the Centre and on the Periphery*, in: Past & Present, n° 228, 2015, p. 159 ss.

KLEY Andreas, *Die Werte der Bundesverfassung*, in: ZBI 11/2015, p. 563 ss (cité: KLEY, in: ZBI 11/2015).

KLEY Andreas, *Werte der Bundesverfassung: Einfallstor zur Tyrannei?*, in: Pahud de Mortanges René (édit.), *Staat und Religion in der Schweiz des 21. Jahrhunderts*, Zurich 2020, p. 665 ss (cité: KLEY, *Einfallstor zur Tyrannei*).

KLUGE Friedrich (begr.) / SEEBOLD Elmar (bearb.), *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, 23e éd., Berlin 1995.

KRIESI Hanspeter et al., *West European Politics in the Age of Globalization*, Cambridge 2008.

LINDER Wolf / MUELLER Sean, *Swiss Democracy: Possible Solutions to Conflict in Multicultural Societies*, 4e éd., Cham 2022.

VON LISZT Franz, *Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik (1896)*, in: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. 2, Berlin 1905, p. 170 ss.

LÖFFLER Alexander, *Die Schuldformen des Strafrechts*, Leipzig 1895.

LUHMANN Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort-sur-le-Main 1993.

MIR PUIG Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10e éd., Barcelone 2016.

MÜLLER Georg, *Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle*, in: Eichenberger Kurt (édit.), *Recht als Prozess und Gefüge: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, Berne 1981, p. 109 ss.

OJEDA ABENDAÑO Pablo Augusto / MALDONADO RUIZ Luis Mauricio, *La Prisión Preventiva en Ecuador: Desnaturalización Garantista y Criminalización Selectiva desde un Análisis Normativo, Jurisprudencial y Empírico*, in: Revista Veritas, 2024.

Oxford English Dictionary, s.v. « lie » (verbe).

PAWLIK Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen 2012.

- PERRIER DEPEURSINGE Camille / MONOD Hadrien, ad art. 66a CP, in: *Commentaire Romand, Code pénal I*, 2e éd., 2021 (cité: CR CP I-PERRIER DEPEURSINGE/MONOD).
- PFENNINGER Hans Felix, *Strafrechtliche Landesverweisung und administrative Ausweisung*, in: SJZ (Vol. 53) 1957, p. 318 ss.
- POLAINO NAVARRETE Miguel, *El bien jurídico en el derecho penal*, Séville 1974.
- RADZINOWICZ Leon, *A History of English Criminal Law and its Administration. Vol. I: The Movement for Reform*, Londres 1948.
- RAMB Michael, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, Berlin 2015.
- ROBERT Philippe, *Le citoyen, le crime et l'État*, Paris 1999.
- ROSSI Florentina, *Landesverweisung (Art. 66a StGB) – eine Checkliste härtefallbegründender Aspekte für die Praxis*, in: BENius 31/2022, p. 44 ss.
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, in: *Œuvres complètes*, t. III, 1964 (cité: ROUSSEAU, *Discours*).
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, Amsterdam 1762 (cité: ROUSSEAU, *Du contrat social*).
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Émile ou De l'éducation*, in: *Œuvres complètes*, t. IV, 1969 (cité: ROUSSEAU, *Émile*).
- ROXIN Claus / GRECO Luís, *Strafrecht Allgemeiner Teil, t. 1 : Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5e éd., Munich, 2020.
- RÜTTE VON Barbara, *Der Entzug des Bürgerrechts. Eine Einordnung der Schweizer Praxis*, in: *sui generis* 2023, p. 95 ss.
- SCHILLER Friedrich, *Guillaume Tell (Wilhelm Tell)*, 1804.
- SCHUBERT Werner, *Die Quellen zum Strafgesetzbuch von 1870/71*, in: GA 1982, p. 191 ss.
- SCHULTZ Hans, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts*, t. II, 4e éd., Berne 1982.
- SCIARINI Pascal, *Politique suisse: institutions, acteurs, processus*, 2e éd., Lausanne 2024.
- SCHMITT Carl, *Der Begriff des Politischen : Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, 9e éd., Berlin, 2015.
- SEM (Secrétariat d'État aux migrations), *Directives et commentaires LEI (Loi sur les étrangers et l'intégration)*, état au 01.01.2026 (cité: SEM, *Directives LEI*).
- SEM (Secrétariat d'État aux migrations), *Manuel Nationalité*, état au 01.01.2024 (cité: SEM, *Manuel Nationalité*).
- STRATENWERTH Günter, *Die Bedeutung der kriminologischen Forschung für die Strafrechtsreform*, in: *MonSchrKrim* 1972, p. 196 ss.
- STUDER Rafael, *Die Ungefährlichkeitsvermutung im Massnahmenrecht: Eine Synthese aus dem Grundsatz in dubio pro reo und der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*, Berne/Zürich 2026.
- Svenska Akademiens Ordbok, s.v. « ljugat ».
- TERREL Jean, *Les théories du pacte social: droit naturel, souveraineté et contrat*, Paris 2001.
- THOMMEN Marc, *Kurzer Prozess – Schnelle Justiz*, Berne 2013 (cité: THOMMEN, *Kurzer Prozess*).
- THOMMEN Marc, ad art. 352 ss CPP, in: Donatsch/Lieber/Summers/Thommen (édit.), *Commentaire zurichois du CPP*, 3e éd., Zürich 2020 (cité: THOMMEN, *Commentaire zurichois*).
- TRECHSEL Stefan / PIETH Mark / GETH Christopher (édit.), *Code pénal suisse, Commentaire pratique*, 5e éd., Zürich 2025 (cité: PK CP).

WELZEL Hans, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975 (cité: WELZEL, *Abhandlungen*).

WELZEL Hans, *Das Deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*, 11e éd., 1969 (cité: WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*).

WELZEL Hans, *Die Entstehung des modernen Rechtsbegriffs*, in: *Der Staat* 1969, p. 441 ss (cité: WELZEL, *Die Entstehung des modernen Rechtsbegriffs*).

WELZEL Hans, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, nouvelle éd., Berlin 1958 (cité: WELZEL, *Naturrechtslehre*).

ZURBRÜGG Matthias / HRUSCHKA Constantin, ad art. 66a, in: Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (édit.), *Strafrecht I: art. 1–110 StGB, JStGB*, 4e éd., Bâle 2019 (cité: BSK CP-ZURBRÜGG/HRUSCHKA).

DPPC

Droit Pénal et Politique Criminelle
Derecho Penal y Política Criminal

L'ombre des frontières: détention, expulsion et droits des personnes LGBTIQ

Raphaël Bagi

Proposition de citation: Raphaël Bagi, L'ombre des frontières: détention, expulsion et droits des personnes LGBTIQ, Revue DPPC, 2026, 2, 99-124.

URL: <https://www.dppc.online>

Résumé

L'extension des logiques pénales au domaine de la migration soulève d'importantes questions quant à sa compatibilité avec les droits fondamentaux, en particulier lorsque sont concernées des personnes LGBTIQ en situation de migration. En Suisse, la détention administrative en vue du renvoi et la pénalisation du séjour irrégulier participent d'un même dispositif de contrôle migratoire, dont les effets peuvent invisibiliser les besoins spécifiques des personnes concernées et les exposer à des risques accrus de violence, d'isolement, de discrimination et de traitements contraires aux droits fondamentaux. La contribution démontre que, si le cadre juridique suisse apparaît formellement compatible avec les exigences constitutionnelles et conventionnelles, son application concrète présente, en l'absence de mécanismes explicites de prise en compte des vulnérabilités liées à l'OSAIEGCS, des déficiences structurelles susceptibles d'en compromettre la conformité aux droits fondamentaux. En confrontant le droit suisse aux standards européens, internationaux et à certaines pratiques étrangères, elle met en évidence les limites d'un cadre reposant sur une neutralité apparente et identifie des pistes d'évolution visant à garantir une protection effective des personnes LGBTIQ.

Mots-clés: détention administrative; expulsion; personnes LGBTIQ; vulnérabilité; non-discrimination; droits fondamentaux.

Resumen

La extensión de las lógicas penales al ámbito de la migración plantea importantes interrogantes en cuanto a su compatibilidad con los derechos fundamentales, en particular cuando afecta a personas LGBTIQ en situación de migración. En Suiza, la detención administrativa con vistas a la devolución y la penalización de la estancia irregular forman parte de un mismo dispositivo de control migratorio, cuyos efectos pueden invisibilizar las necesidades específicas de las personas afectadas y exponerlas a riesgos acrecentados de violencia, aislamiento, discriminación y tratos contrarios a los derechos fundamentales. La contribución demuestra que, si bien el marco jurídico suizo parece formalmente compatible con las exigencias constitucionales y convencionales, su aplicación concreta presenta, a falta de mecanismos explícitos de consideración de las vulnerabilidades vinculadas a la OSIEGCS, deficiencias estructurales susceptibles de comprometer su conformidad con los derechos fundamentales. Al confrontar el derecho suizo con los estándares europeos e internacionales y con determinadas prácticas extranjeras, la contribución pone de relieve los límites de un marco basado en una neutralidad aparente e identifica vías de evolución destinadas a garantizar una protección efectiva de las personas LGBTIQ.

Palabras clave: detención administrativa; expulsión; personas LGBTIQ; vulnerabilidad; no discriminación; derechos fundamentales.

Abstract

The expansion of penal logics into the field of migration raises significant questions as to its compatibility with fundamental rights, particularly where LGBTIQ persons in situations of migration are concerned. In Switzerland, administrative detention pending removal and the criminalization of irregular stay form part of a single migration control framework, whose effects may render the specific needs of the persons concerned invisible and expose them to heightened risks of violence, isolation, discrimination, and inhuman or degrading treatment. This contribution demonstrates that, while the Swiss legal framework appears formally compatible with constitutional and convention-based requirements, its practical implementation reveals structural deficiencies, due to the absence of explicit mechanisms for taking into account vulnerabilities related to sexual orientation, gender identity and expression, and sex characteristics, which may undermine its compliance with fundamental rights. By confronting Swiss law with European and international standards, as well as selected foreign practices, the article highlights the limits of a framework based on apparent neutrality and identifies avenues for reform aimed at ensuring effective protection for LGBTIQ persons.

Keywords: administrative detention; deportation; LGBTIQ persons; vulnerability; non-discrimination; fundamental rights.

Sommaire

Introduction	102
I. La détention et l'expulsion des personnes LGBTIQ en droit suisse: entre mesure administrative et logique punitive.....	104
A. Cadre juridique.....	104
1. Loi sur les étrangers (LEI)	104
2. Standards européens et constitutionnels applicables	105
B. Confusion entre logique pénale et administrative	106
C. Effets différenciés sur les personnes LGBTIQ	109
1. Double vulnérabilité	109
2. Absence de mécanisme explicite dans la LEI	110
II. Les droits fondamentaux à l'épreuve des pratiques de détention et d'expulsion	112
A. Risques spécifiques en détention	112
B. Obligations découlant de la CEDH	114
C. Convergence avec les standards internationaux	115
III. Perspectives comparées et recommandations	117
A. Bonnes pratiques	117
B. Vers une approche suisse centrée sur la dignité et la non-discrimination	119
Conclusion	121
Bibliographie	121

Introduction

[1] À l'échelle mondiale, des millions de personnes migrantes risquent chaque année d'être placé·e·s en détention pour des raisons liées à l'immigration¹. Le recours à la détention pour des raisons liées à l'immigration est une caractéristique répandue et croissante des politiques migratoires à travers le monde, et représente un défi de plus en plus important en matière de droits humains².

[2] La gouvernance contemporaine des migrations se caractérise par une extension progressive des logiques pénales à des situations relevant formellement du droit administratif³. Le droit pénal et le droit de la migration sont, à la base, des systèmes d'inclusion et d'exclusion. Ils sont conçus de manière similaire pour déterminer s'il convient d'inclure des individus dans la société ou de les

¹ SAMPSON Robyn / CHEW Vivienne / MITCHELL Grant / BOWRING Lucy, *There Are Alternatives: A Handbook for Preventing Unnecessary Immigration Detention*, Melbourne 2015, p. 10 ss.

² *Ibidem*.

³ STUMPF Juliet, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, American University Law Review (Vol. 56) 2006, 368 – 418, p. 379 ss.

en excludre, et selon quelles modalités⁴. Ainsi, tous deux créent des initiés et des exclus. De même, tous deux sont conçus pour créer des catégories distinctes de personnes: innocentes ou coupables, admises ou exclues ou, comme certains le disent, « légales » ou « illégales »⁵.

[3] En Suisse, la détention en vue du renvoi prévue aux art. 75 ss LEI et la pénalisation du séjour irrégulier participent d'un dispositif de contrôle mobilisant des instruments coercitifs traditionnellement associés au droit pénal. Cette hybridation normative, analysée en doctrine sous le prisme de la *crimmigration*, interroge la compatibilité des mesures de contrainte migratoires avec les garanties relatives à la liberté personnelle et au principe de proportionnalité consacrés notamment par les conventions internationales⁶ telles que la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ou encore de la Constitution fédérale (Cst.).

[4] Ces tensions structurelles prennent une dimension particulière lorsque les personnes concernées sont lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres, intersexes ou *queer* (LGBTIQ)⁷. Les personnes migrantes LGBTIQ se situent à l'intersection de vulnérabilités cumulatives: la précarité inhérente au statut administratif se conjugue avec les risques spécifiques liés à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre⁸.

[5] Appliquées sans prise en compte des vulnérabilités liées à l'orientation sexuelle et affective, l'identité et l'expression de genre et les caractéristiques sexuelles (OSAIEGCS), la détention administrative et la répression du séjour irrégulier comportent un risque accru d'exposition à des violences, à l'isolement et à des traitements contraires aux droits fondamentaux⁹. Dans ce contexte, une question centrale se pose: dans quelle mesure la double vulnérabilité liée au statut migratoire et à l'identité LGBTIQ est-elle reconnue par le système suisse de détention et d'expulsion, comment pourrait-elle l'être davantage et quelles en sont les implications pour la garantie effective des droits fondamentaux ?

[6] Pour répondre à cette question, la contribution analysera le cadre juridique suisse de la détention et de l'expulsion, en le confrontant aux standards européens et à certaines pratiques étrangères. Elle se déclinera en trois volets: (I.) la détention et l'expulsion des personnes LGBTIQ en droit suisse; (II.) la confrontation de ces pratiques aux exigences découlant des droits fondamentaux, à la lumière notamment de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) et des standards internationaux; et (III.) une approche comparée et prospective, identifiant des modèles étrangers reconnaissant explicitement la vulnérabilité particulière des personnes LGBTIQ en contexte de détention.

⁴ *Idem*, p. 380.

⁵ *Ibidem*.

⁶ COSTELLO Cathryn, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford University Press, 2015, p. 280 s.

⁷ Pour une définition approfondie de l'acronyme LGBTIQ et des réalités qu'il recouvre, voir: Raphaël BAGI, « Principaux concepts », *La protection des droits des personnes LGBTIQ – Propositions pour une politique suisse cohérente en droit national et international*, Sui Generis, Zurich 2026.

⁸ International Detention Coalition, *LGBTI Persons in Immigration Detention – Position Paper*, Victoria 2016 (cité: *LGBTI Persons in Immigration Detention*), p. 8.

⁹ Cela nous rappelle aussi l'arrêt de la CEDH, tristement célèbre, *Rahimi c. Grèce*, requête n° 9912/15.

I. La détention et l'expulsion des personnes LGBTIQ en droit suisse: entre mesure administrative et logique punitive

[7] La détention et l'expulsion constituent des instruments de la politique migratoire suisse¹⁰. Présentées comme des mesures administratives destinées à garantir l'exécution des décisions de renvoi, elles s'inscrivent néanmoins dans un dispositif de contrôle marqué par une intensification de la contrainte et par une proximité croissante avec la logique pénale¹¹. Lorsqu'elles concernent des personnes LGBTIQ, ces mécanismes devraient en outre être examinés à l'aune des vulnérabilités spécifiques liées à l'OSAIEGCS¹². Cette section analyse dès lors le cadre juridique applicable, la porosité entre logique administrative et logique punitive ainsi que les effets différenciés que ces mesures peuvent produire sur les minorités sexuelles, sexuelles et genrées.

A. Cadre juridique

1. Loi sur les étrangers (LEI)

[8] Depuis 1986, le droit suisse autorise la détention administrative en vue du renvoi sans qu'elle repose sur une infraction pénale, et sa portée a été considérablement étendue dans les années 1990 avec l'introduction de mesures de contrainte permettant une privation de liberté prolongée, voire préalable à toute décision sur le séjour¹³. Officiellement destinée à garantir l'exécution des renvois, cette détention s'est néanmoins développée dans un contexte politique marqué par les débats sur les abus supposés du système d'asile, contribuant à légitimer une pratique à forte dimension coercitive et à nourrir une perception quasi pénale des personnes concernées¹⁴.

[9] Le droit suisse des migrations prévoit ainsi un ensemble de mesures prévoyant la détention administrative et visant à assurer l'exécution des décisions de renvoi. L'art. 64 LEI fonde la décision de renvoi, tandis que les art. 75 ss LEI organisent les différentes formes de détention administrative, notamment la détention préparatoire (art. 75 LEI), la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion (art. 76 LEI) ainsi que la détention pour insoumission (art. 77 LEI). La durée cumulée de ces mesures peut atteindre plusieurs mois¹⁵ (art. 79 LEI), sous réserve d'un contrôle judiciaire prévu à l'art. 80 LEI. La détention administrative intervient en principe en amont d'un renvoi ou d'une expulsion, notamment après le rejet d'une demande d'asile, le retrait d'un titre de séjour ou l'expiration d'un visa, et peut, depuis 2016, également suivre une expulsion pénale¹⁶. En Suisse,

¹⁰ *Enfermé-e – La détention fondée sur le droit des étrangers en Suisse*, p. 7.

¹¹ Humanrights.ch, *La détention administrative des étrangers et étrangères: règles et légitimité d'une pratique discutable*, 15 mars 2017, en ligne: <https://www.humanrights.ch/fr/pfi/droits-humains/detention/detention-administrative-etrangeurs>.

¹² JANSEN Sabine / SPIJKERBOER Thomas, *Fleeing Homophobia: Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*, Amsterdam 2011, p. 10.

¹³ *Enfermé-e – La détention fondée sur le droit des étrangers en Suisse*, p. 7.

¹⁴ REZZONICO Laura, *Confiner et exclure les « abuseurs »: la détention administrative des demandeurs et demandeuses d'asile*, in: Leyvraz Anne-Cécile / Rey Raphaël / Rosset Damian / Stünzi Robin (édit.), *Asile et abus – Regards pluridisciplinaires sur un discours dominant*, Genève 2020, p. 219 ss.

¹⁵ La durée totale ne peut cependant excéder un an et demi.

¹⁶ *Enfermé-e – La détention fondée sur le droit des étrangers en Suisse*, p. 7.

en 2024, la détention administrative a été ordonnée dans plus de 2'400 cas, un chiffre qui dépasse les 3'000 si l'on inclut les rétentions, pour une durée moyenne d'environ vingt jours, la détention en vue du renvoi et la détention Dublin¹⁷ représentant la quasi-totalité des décisions prononcées¹⁸.

[10] Parallèlement, l'art. 115 LEI érige en infraction pénale le séjour irrégulier, exposant la personne concernée à une condamnation pénale indépendante de la mesure administrative de renvoi.

[11] Si ces instruments poursuivent formellement des finalités distinctes, à savoir: exécution administrative d'une décision d'éloignement d'une part, et sanction d'un comportement illicite d'autre part, ils participent néanmoins d'un même dispositif de contrôle des flux migratoires caractérisé par un recours significatif à la contrainte¹⁹. Cette configuration soulève d'emblée la question de la nature véritablement administrative des mesures de détention prévues par la LEI, dès lors que leur intensité et leur articulation avec des sanctions pénales tendent à rapprocher leur effet concret de celui d'un régime punitif²⁰.

[12] Cette architecture normative, fondée sur des dispositions générales et abstraites, repose sur une logique de neutralité apparente. Si celle-ci vise une égalité de traitement, elle tend en pratique à ignorer des situations structurellement différenciées. En l'absence de critères explicites relatifs à l'OSAIEGCS, le cadre légal ne garantit pas une prise en compte systématique des vulnérabilités propres aux personnes LGBTIQ²¹. Il en résulte un risque accru de décisions insuffisamment individualisées, conduisant à l'invisibilisation des dangers spécifiques encourus²².

2. Standards européens et constitutionnels applicables

[13] Sur le plan conventionnel, l'art. 5 §1 let. f CEDH autorise la privation de liberté d'une personne en vue de son expulsion, pour autant que celle-ci soit conforme aux voies légales. Cette faculté n'est toutefois pas absolue: la jurisprudence de la CourEDH exige que la détention poursuive effectivement l'objectif d'éloignement, qu'elle ne soit ni arbitraire ni disproportionnée et qu'elle fasse l'objet d'un examen individualisé²³. En outre, les conditions de détention doivent respecter l'art. 3 CEDH²⁴, qui prohibe tout traitement inhumain ou dégradant. Aussi, l'art. 14 CEDH interdit les discriminations dans la jouissance des droits garantis. De telles discriminations peuvent se produire lors des parcours migratoires²⁵. Cette dimension revêt une importance particulière dans le contexte migratoire dès lors que certaines personnes peuvent être exposées à des formes de

¹⁷ La détention Dublin (art. 76a LEI) s'applique lorsque la Suisse entend transférer une personne vers l'État responsable de l'examen de sa demande d'asile en vertu du Règlement (UE) n° 604/2013 (« Règlement Dublin III »); elle suppose un risque significatif de fuite et doit respecter le principe de proportionnalité.

¹⁸ *Enfermé·e – La détention fondée sur le droit des étrangers en Suisse*, p. 7.

¹⁹ BOWLING, p. 3.

²⁰ Voir par ex. ATF 122 II 49, consid. 5; KOURAKIS Filippou, *From “crimmigration” to “enemy under-criminalization”: the Greek case of immigration control*, *The Greek Review of Social Research* (Vol. 164) 2025, 31 – 56, p. 37.

²¹ BAGI, p. 206.

²² Voir par ex. Arrêt du TAF D-7090/2018 du 30 juin 2021.

²³ Affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, requête n° 22414/93, décision du 15 novembre 1996, para. 112 à 123.

²⁴ Pour un exemple de violation en droit des migrations, voir Affaire *A.B. et autres c. France*, requête n° 11593/12, décision du 12 juillet 2016, para. 107 à 115.

²⁵ Affaire *B.S. c. Espagne*, requête n° 47159/08, décision du 24 juillet 2012, para. 67 à 72.

discrimination cumulatives liées à plusieurs caractéristiques protégées, telles que le statut migratoire, le genre, l'origine ou encore l'orientation sexuelle. Dans l'affaire *B.S. c. Espagne*, la CourEDH a précisément reconnu qu'une situation pouvait être marquée par l'intersection de plusieurs facteurs de vulnérabilité, ouvrant ainsi la voie à une prise en compte plus nuancée des discriminations dites multiples ou intersectionnelles dans l'analyse conventionnelle²⁶.

[14] En droit interne, les art. 7, 10 al. 2 et 31 Cst. protègent la dignité humaine et la liberté personnelle, toute restriction de ces droits devant satisfaire aux exigences de l'art. 36 Cst., notamment le principe de proportionnalité. Toute décision de détention doit respecter les exigences de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation découlant du droit constitutionnel et conventionnel²⁷. Elle ne peut être ordonnée qu'en dernier recours, pour une durée strictement limitée, dans le respect de la dignité et de l'intégrité de la personne concernée²⁸. Le cadre constitutionnel suisse apparaît ainsi, en théorie, particulièrement exigeant à l'égard des mesures privatives de liberté.

[15] Toutefois, l'existence de ces garanties ne saurait occulter les difficultés liées à leur mise en œuvre effective dans le contexte migratoire, où les logiques de contrôle et d'éloignement tendent à favoriser une application restrictive, voire purement formelle, des exigences conventionnelles et constitutionnelles. Dans ce cadre, les mesures de détention et d'expulsion, à visée dissuasive et préventive, apparaissent non seulement discutables quant à leur pertinence²⁹ mais soulèvent également de sérieuses interrogations au regard des garanties constitutionnelles³⁰. Elles peuvent en particulier entrer en tension avec l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) ainsi qu'avec le principe d'égalité (art. 8 Cst.), qui impose un traitement identique de situations comparables et proscriit toute discrimination fondée sur l'appartenance à un groupe ou sur des caractéristiques inhérentes à la personne³¹. Il demeure toutefois difficile d'établir de manière probante les motifs exacts qui guident les autorités cantonales dans leurs décisions de détention et d'expulsion, ceux-ci étant rarement explicités de manière transparente³². La question centrale ne réside dès lors pas dans l'existence formelle de garanties, mais dans la manière dont celles-ci sont concrètement mises en œuvre.

B. Confusion entre logique pénale et administrative

[16] La superposition de mécanismes administratifs et pénaux produit un effet cumulatif de contrainte, dans lequel une même situation migratoire peut entraîner simultanément privation de liberté, sanction pénale et éloignement du territoire. La doctrine internationale qualifie ce phénomène de « crimmigration »³³.

²⁶ Voir not. Affaire *B.S. c. Espagne*, para. 60 ss.

²⁷ *Enfermé·e – La détention fondée sur le droit des étrangers en Suisse*, p. 11 s.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Leur efficacité n'ayant par ailleurs pas été démontrée.

³⁰ UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention* (Detention Guidelines), 2012, p. 7.

³¹ *Enfermé·e – La détention fondée sur le droit des étrangers en Suisse*, p. 9.

³² *Ibidem*.

³³ STUMPF, p. 376.

[17] La « crimmigration » désigne un processus juridique caractérisé par l'imbrication croissante des logiques, catégories et techniques du droit pénal dans le domaine du contrôle migratoire, en particulier par le recours à des sanctions pénales ou à des mécanismes répressifs inspirés du droit pénal afin de sanctionner les violations du droit des étrangers par les personnes migrantes³⁴. En effet et selon STUMPF, le droit des migrations s'est progressivement vu doté d'attributs traditionnellement associés au droit pénal, au point que la frontière entre les deux domaines devient de plus en plus indistincte et que les systèmes apparaissent désormais nominalement distincts mais fonctionnellement parallèles³⁵. Plusieurs auteur·e·s soulignent également que cette évolution s'inscrit dans un mouvement plus large de sécurisation des politiques migratoires et de gestion punitive de la mobilité humaine³⁶. L'instauration de mesures à caractère punitif destinées à assurer l'application du droit de l'immigration, telles que la détention administrative en matière migratoire, ainsi que la pénalisation de l'entrée ou du séjour irréguliers, que ce soit en droit des migrations ou en droit pénal, constituent des manifestations explicites du phénomène de « crimmigration »³⁷. Cette analyse a depuis été largement développée par la doctrine, qui met en évidence l'expansion des logiques pénales dans les politiques migratoires contemporaines ainsi que les effets différenciés de ces mécanismes sur les personnes migrantes vulnérables³⁸.

[18] Cette évolution s'explique notamment par le recours croissant au pouvoir souverain d'exclusion de l'État, mobilisé à travers des instruments empruntés à la logique punitive afin de déterminer qui peut être considéré comme membre de la communauté politique. Immigration et droit pénal participent ainsi d'une même fonction d'inclusion et d'exclusion sociale, reposant sur la capacité étatique de sanctionner ou d'expulser les individus perçus comme extérieurs au corps social³⁹.

[19] La détention LEI, bien que juridiquement qualifiée de mesure administrative et non de sanction pénale, est fortement ancrée dans le système pénal et présente matériellement plusieurs caractéristiques associées à une logique punitive et stigmatisante⁴⁰. Cette dimension ne relève ainsi pas uniquement d'une perception subjective des personnes concernées, mais également des conditions concrètes de détention, souvent similaires à celles de l'incarcération pénale. Cette dimension punitive peut également affecter des éléments constitutifs de l'identité des personnes concernées, particulièrement les personnes LGBTIQ, au point que la détention peut s'apparenter,

³⁴ ATAK Idil / SIMEON James, *The Criminalization of Migration: Context and Consequences*, McGill-Queen's University Press, 2018, p. 5.

³⁵ STUMPF, p. 376.

³⁶ Voir en particulier Mary BOSWORTH, *Inside Immigration Detention*, Oxford University Press 2014. Cette autrice travaille précisément sur la détention migratoire comme espace pénal hybride. Voir également Katja FRANKO, *The Crimmigrant Other*, Routledge 2020; Maartje VAN DER WOUDE et al., *Crimmigration in Europe*, Routledge 2017.

³⁷ PROGIN-THEUERKAUF Sarah / TURHAN Orzan, *Crimmigration Law – A comparative perspective*, in: Perrin Bertrand / Meylan Patricia / Fiolka Gerhard / Niggli Marcel / Riedo Christof (édit.), *Droit pénal et criminologie – Mélanges en l'honneur de Nicolas Queloz*, Bâle 2020, p. 559.

³⁸ Voir not.: Juliet STUMPF, « The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power », *American University Law Review* 56, n° 2, 2006, 367-419; Mary BOSWORTH, *Inside Immigration Detention*, Oxford University Press 2014; Katja FRANKO, *The Crimmigrant Other*, Routledge 2020; Maartje VAN DER WOUDE et al., *Crimmigration in Europe*, Routledge 2017.

³⁹ STUMPF, p. 379 à 381.

⁴⁰ REZZONICO, p. 3.

dans certains cas, à une forme de « peine privative de genre »⁴¹. Cette proximité se matérialise notamment par le fait que la plupart des cantons continuent à utiliser des établissements pénitentiaires et que la mise en place de sections de détention administrative dans des prisons « pénales » est devenue courant en Suisse⁴². Dans ces conditions, le régime appliqué tend à se confondre avec l'incarcération pénale (conditions « trop similaires », sécurité élevée, liberté de mouvement réduite), au point que des personnes n'ayant commis aucun crime expriment la perception d'être traitées comme des criminels du seul fait de leur situation migratoire⁴³. Dès lors que l'intensité de la contrainte se rapproche matériellement d'une peine, la privation de liberté ne peut se concevoir qu'en *ultima ratio* et sous un contrôle strict de sa nécessité et de sa proportionnalité⁴⁴.

[20] La coexistence de la détention administrative prévue aux art. 75 ss LEI et de la pénalisation du séjour irrégulier au sens de l'art. 115 LEI révèle une hybridation croissante entre droit des migrations et droit pénal. Tant le droit pénal que le droit de l'immigration constituent des branches du droit public, régissant les relations entre l'individu et l'État⁴⁵.

[21] Bien que la détention administrative soit formellement présentée comme une mesure visant exclusivement l'exécution du renvoi, son articulation avec des incriminations pénales autonomes contribue à renforcer la dimension coercitive du dispositif migratoire. Pourtant, une distinction fondamentale entre le droit pénal et le droit de l'immigration réside dans leur finalité respective. Le droit pénal vise notamment à sanctionner les atteintes aux biens juridiques protégés et poursuit, selon les conceptions contemporaines, des objectifs à la fois rétributifs, préventifs et de resocialisation⁴⁶. À l'inverse, le droit de l'immigration procède essentiellement de l'exercice de la souveraineté étatique, en ce qu'il permet à l'État de déterminer les conditions d'entrée et de séjour des personnes sur son territoire ainsi que celles auxquelles l'accès à ses frontières peut être refusé⁴⁷. Cette souveraineté demeure toutefois encadrée par le droit international des réfugiés et les droits humains, qui imposent des limites substantielles à l'exercice du pouvoir d'éloignement et de contrôle migratoire⁴⁸.

⁴¹ MARKARIAN Quentin, *Peine privative de genre: ce que la prison fait aux identités et corps trans*, in: Vuille Joëlle / Kapferer Nils / Hotz Sandra / Hefti Angela / Boillet Véronique (édit.), *In-corpore, Ce que le droit fait à nos corps*, Zurich/Saint-Gall 2024, p. 184 ss.

⁴² *Idem*, p. 5-7.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ REZZONICO, p. 3.

⁴⁵ PROGIN-THEUERKAUF / TURHAN, p. 558.

⁴⁶ Voir not. HURTADO POZO José / ILLÁNEZ Federico, ad art. 1 CP, in: Moreillon Laurent / Macaluso Alain / Queloz Nicolas / Dongois Nathalie (édit.), *Code pénal I – Commentaire Romand – Art. 1-110 CP*, 2e éd., Bâle 2021 (cité: CR CP I-HURTADO POZO/ILLÁNEZ), n° 8 ss et 40d, relevant notamment les fonctions préventives de la peine ainsi que le caractère également préventif des mesures.

⁴⁷ PROGIN-THEUERKAUF / TURHAN, p. 559.

⁴⁸ Voir not. Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, en particulier le principe de non-refoulement (art. 33); art. 3 et 8 CEDH; art. 7 et 13 PIDCP; Voir également Guy GOODWIN-GILL / Jane McADAM, *The Refugee in International Law*, 4e éd. (2021; édition en ligne, Oxford Law Pro), <https://doi.org/10.1093/law/9780198808565.001.0001>, dernier accès le 20 mai 2026.

C. Effets différenciés sur les personnes LGBTIQ

[22] La détention liée à l'immigration est particulièrement préjudiciable aux personnes déjà exposées à un risque accru de discrimination, d'abus et d'exploitation, telles que les personnes LGBTIQ⁴⁹. Bien que les personnes LGBTIQ constituent un groupe non homogène, elles ont en commun d'être fréquemment exposées à des persécutions, à des discriminations, à du harcèlement ainsi qu'à des violences physiques ou psychologiques, en raison du fait qu'elles s'identifient⁵⁰ comme ne se conformant pas aux normes hétérosexuelles et cisgenres dominantes, ou encore parce que leurs caractéristiques corporelles s'écartent des standards socialement admis du féminin et du masculin⁵¹. Dans ce contexte, l'identification et la prise en compte des besoins spécifiques de ces personnes apparaissent d'autant plus problématiques qu'il n'existe aucune statistique relative au nombre de personnes LGBTIQ privées de leur liberté en Suisse⁵², y compris en détention administrative.

1. Double vulnérabilité

[23] L'OSAIEGCS sont de plus en plus reconnues comme des motifs ouvrant droit à une protection internationale. En effet, selon les orientations du HCR, les demandeur·euse·s d'asile LGBTIQ peuvent être reconnu·e·s comme réfugié·e·s au sens de l'art. 1A(2) de la Convention, au titre de l'appartenance à un certain groupe social, lorsque leur demande repose sur des persécutions liées à leur OSAIEGCS⁵³.

[24] La CourEDH a explicitement consacré cette exigence dans l'affaire *O.M. c. Hongrie*. Elle y souligne que, lors du placement en détention de demandeur·euse·s d'asile appartenant à un groupe vulnérable, les autorités doivent faire preuve d'une vigilance particulière afin d'éviter que la détention ne reproduise précisément les conditions de persécution ayant motivé la fuite du pays d'origine⁵⁴. En particulier, la CourEDH reproche aux autorités hongroises d'avoir ordonné la détention du requérant sans examiner concrètement si une personne homosexuelle pouvait être en sécurité au sein d'un environnement carcéral composé majoritairement de personnes issues de contextes culturels ou religieux marqués par de fortes discriminations envers les minorités sexuelles⁵⁵. La CourEDH relève ainsi que l'absence d'évaluation individualisée tenant compte de l'orientation sexuelle du requérant révélait un défaut structurel dans la prise de décision, incompatible avec les exigences de l'art. 5 CEDH⁵⁶. Elle rappelle que la détention des personnes

⁴⁹ *LGBTI Persons in Immigration Detention*, p. 8.

⁵⁰ ou sont perçues.

⁵¹ TABAK Shana / LEVITAN Rachel, *LGBTI Migrants in Immigration Detention: A Global Perspective*, Harvard Journal of Law & Gender (Vol. 37) 2014, 1 – 7, p. 7.

⁵² Avis du Conseil fédéral sur le postulat 18.3267 Personnes LGBTIQ* en détention. Connaître la situation en vue de l'améliorer, 16 mai 2018.

⁵³ HCR, Principes directeurs sur la protection internationale n° 9: demandes de statut de réfugié fondées sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre, 23 octobre 2012, HCR/GIP/12/01.

⁵⁴ Affaire *O.M. c. Hongrie*, requête n° 9912/15, décision du 5 octobre 2016, para. 53 s.

⁵⁵ Affaire *O.M. c. Hongrie*, para. 53.

⁵⁶ *Idem*, para. 52 s.

sollicitant une protection internationale ne peut être ordonnée qu'à l'issue d'un examen concret de leur situation personnelle et uniquement lorsque des mesures moins restrictives se révèlent insuffisantes. À défaut, la privation de liberté risque de revêtir un caractère arbitraire⁵⁷.

[25] Cet arrêt révèle ainsi la double vulnérabilité des personnes LGBTIQ placées en détention administrative: d'une part en tant que personnes migrantes privées de liberté, et d'autre part en raison de leur appartenance à une minorité sexuelle ou de genre susceptible de les exposer à des violences, du harcèlement, à l'isolement ou à des placements inadaptés au sein des structures de détention. L'invisibilisation de ces risques dans l'évaluation administrative ou judiciaire constitue, selon la CourEDH, un manquement aux obligations positives des États en matière de protection contre l'arbitraire.

2. Absence de mécanisme explicite dans la LEI

[26] À l'instar de nombreux domaines du droit suisse, la LEI repose sur des normes formulées de manière générale et abstraite, sans référence explicite aux personnes LGBTIQ⁵⁸ ni aux vulnérabilités particulières liées à l'OSAIEGCS. Cette absence de mention spécifique s'inscrit dans une tendance plus large du droit suisse, où la protection des minorités sexuelles et de genre est souvent indirecte et déduite de dispositions générales plutôt que consacrée expressément par le législateur⁵⁹, ce qui fragilise la protection de ce groupe minoritaire puisque leur sort est, bien souvent, laissé à la libre appréciation du juge⁶⁰.

[27] Dans le domaine du droit des étrangers, cette approche se traduit par l'absence de mécanisme juridique explicitement destiné à identifier et à prendre en compte la vulnérabilité particulière des personnes LGBTIQ. Les dispositions pertinentes de la LEI, notamment celles relatives aux cas de rigueur ou aux motifs personnels majeurs, sont rédigées en termes ouverts et ne contiennent aucun critère spécifique permettant d'encadrer l'évaluation des situations liées à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre⁶¹. Une telle construction normative confère aux autorités administratives un large pouvoir d'appréciation dans l'examen des situations individuelles. Si cette flexibilité peut, en théorie, permettre de tenir compte de circonstances particulières, elle présente également un risque non négligeable: celui de laisser la protection des personnes concernées dépendre principalement de l'interprétation, souvent orientée, des autorités compétentes. Cette fragilité structurelle se manifeste de manière particulièrement nette dans la jurisprudence en matière d'asile.

[28] Ainsi, dans un arrêt du Tribunal administratif fédéral (TAF) relatif à un requérant ivoirien invoquant des persécutions liées à son homosexualité, la protection n'est pas refusée en raison de l'inapplicabilité des normes pertinentes, mais en raison d'une appréciation défavorable de la

⁵⁷ *Idem*, para. 40 ss.

⁵⁸ Si ce n'est l'art. 261^{bis} CP.

⁵⁹ BAGI, p. 205 ss.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Notre expérience pratique révèle, à cet égard, que les autorités tendent à adopter une interprétation restrictive de ces dispositions, conduisant fréquemment à écarter la reconnaissance de situations pourtant marquées par des risques significatifs en cas de retour dans le pays d'origine, notamment lorsque ces risques sont liés à l'OSAIEGCS.

crédibilité du récit et de l'absence de risque personnel jugé suffisamment vraisemblable⁶². Le TAF va jusqu'à relever que, même en présence de discriminations générales, celles-ci ne concerneraient pas le requérant dès lors qu'il « ne paraît pas gay »⁶³. Une telle approche illustre de manière paradigmatique le fait que, en l'absence de consécration explicite, la protection des personnes LGBTIQ repose largement sur l'appréciation judiciaire, ouvrant la voie à des raisonnements subjectifs et à une protection inégale⁶⁴. Elle soulève d'autant plus de questions au regard de la jurisprudence récente de la CourEDH relative à la Suisse, laquelle rappelle l'importance d'une évaluation rigoureuse et individualisée des risques encourus par les personnes invoquant des persécutions liées à leur orientation sexuelle ou à leur identité de genre⁶⁵.

[29] Plus récemment, cette dépendance à l'appréciation judiciaire apparaît sous une forme encore plus marquée, en ce sens qu'elle conditionne l'accès même à la protection. Saisi d'un recours dans lequel un requérant béninois invoquait, pour la première fois, sa bisexualité, le TAF a considéré que ce motif devait être tenu pour invraisemblable en raison de son caractère tardif, sans procéder à un examen matériel approfondi de la situation alléguée⁶⁶. En application d'une jurisprudence constante, il retient ainsi que l'absence de mention de l'orientation sexuelle lors de la procédure de première instance suffit à en compromettre la crédibilité.

[30] La protection ne dépend donc pas uniquement de l'existence d'un risque de persécution, mais aussi des modalités procédurales selon lesquelles l'identité est exprimée. Faute de critères normatifs explicites, les vulnérabilités liées à l'OSAIEGCS peuvent ainsi être écartées sur la base d'éléments formels, ce qui renforce la dépendance à l'appréciation judiciaire et le risque d'une application variable des garanties de protection. Appliquée au contexte de la détention et de l'éloignement, une telle logique révèle que, faute de cadre explicite, les vulnérabilités propres aux personnes LGBTIQ risquent de ne pas être identifiées ni prises en compte, au profit d'une appréciation formelle et variable, mettant en question l'effectivité de leurs droits dans l'ombre des frontières.

[31] Ainsi, en l'absence de base légale explicite, rien ne garantit en effet que les vulnérabilités liées à l'OSAIEGCS soient systématiquement reconnues ou prises en considération dans la pratique administrative. Pour les personnes transgenres notamment, cette situation s'inscrit dans un cadre plus large caractérisé par une normativité limitée et une prise en compte encore lacunaire des identités de genre, laissant place à des pratiques hétérogènes et potentiellement arbitraires⁶⁷.

[32] Dans ces conditions, l'absence de cadre explicite pour l'identification et la prise en compte des vulnérabilités liées à l'OSAIEGCS soulève des interrogations quant à la capacité du droit suisse à garantir une protection effective de ces personnes dans le contexte des mesures de détention et d'éloignement.

⁶² Arrêt D-3211/2021, consid. 4.1 ss.

⁶³ *Idem*, consid. 7.3.2.

⁶⁴ BAGI, p. 205 ss.

⁶⁵ Voir not. Affaire *M.A.M. c. Suisse*, requête n° 29836/20, arrêt du 26 avril 2022; Affaire *M.I. c. Suisse*, requête n° 56390/21, arrêt du 12 novembre 2024.

⁶⁶ Arrêt E-4300/2025, p. 7.

⁶⁷ MARKARIAN, p. 192 s.

[33] Dès lors, si le cadre juridique suisse prévoit formellement un contrôle judiciaire et des garanties procédurales, la question demeure de savoir si, en pratique, l'application de ces mesures sans prise en compte effective des vulnérabilités liées à l'OSAIEGCS est compatible avec les exigences découlant de la CEDH et de la Constitution fédérale.

II. Les droits fondamentaux à l'épreuve des pratiques de détention et d'expulsion

[34] Si le cadre juridique applicable à la détention administrative en droit suisse apparaît, en théorie, entouré de garanties constitutionnelles et conventionnelles substantielles, la question de leur effectivité se pose dans la pratique. La mise en œuvre concrète des mesures de détention et d'éloignement intervient en effet dans un environnement institutionnel et matériel susceptible de produire des effets différenciés selon les caractéristiques personnelles des individus concernés.

[35] Pour les personnes LGBTIQ, la privation de liberté et les procédures d'expulsion peuvent ainsi accentuer des vulnérabilités préexistantes liées à l'OSAIEGCS, en les exposant à des formes spécifiques de violence, de discrimination ou d'invisibilisation. La présente section examine dès lors, dans un premier temps, les risques particuliers auxquels ces personnes peuvent être confrontées en détention, avant d'analyser les exigences découlant de la CEDH et de les confronter aux standards internationaux pertinents.

A. Risques spécifiques en détention

[36] Les personnes LGBTIQ constituent des minorités en détention et sont considérées comme des personnes incarcérées vulnérables⁶⁸. La détention participe également à la reproduction et à l'intensification des inégalités, en assignant les personnes détenues à des rôles genrés rigides qui leur sont, bien souvent, défavorables. Lorsque l'incarcération des hommes fragilise les marqueurs traditionnellement associés à la virilité, tels que l'autonomie, le contrôle de soi ou encore l'accès aux relations hétérosexuelles, elle tend à provoquer un phénomène de surcompensation identitaire⁶⁹. Cette dynamique favorise une radicalisation des normes masculines dominantes, phénomène théorisé sous l'appellation de « masculinité carcérale »⁷⁰. Plus largement, ces dynamiques s'inscrivent dans un cadre institutionnel marqué par un binarisme de genre profondément ancré⁷¹. Les hommes gays qui parfois ne se conforment pas à cette représentation « idéale » de la masculinité seront victimes de violences, ce qui peut également être applicable aux personnes trans qui peuvent être exposées à des violences similaires.

[37] Selon le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, il existe généralement, au sein des lieux de détention, une

⁶⁸ Voir not. Report to the Spanish Government on the visit to Spain, 4 février 2020, CPT/Inf(2020)5.

⁶⁹ Voir T.A. KUPERS, « Gender and domination in a prison », *Western New England Law Review*, vol. 39, n° 3, 2017, 427-447.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ MARKARIAN, p. 193.

hiérarchie stricte dans laquelle certaines personnes se retrouvent reléguées au bas de l'échelle⁷². Celles-ci, parmi lesquelles figurent notamment les enfants, les personnes âgées, les personnes atteintes de handicaps ou de maladies, ainsi que les personnes gays, lesbiennes, bisexuelles et transgenres, sont particulièrement exposées et peuvent dès lors subir une discrimination double, voire triple⁷³.

[38] Dans la mesure où, dans de nombreuses sociétés à travers le monde, l'intolérance et la discrimination envers les personnes LGBTI sont profondément ancrées en dehors des lieux de détention, ces mêmes attitudes se retrouvent également à l'intérieur des établissements de privation de liberté⁷⁴. En effet, certaines études montrent qu'une majorité d'hommes détenus considèrent que leur propre virilité est remise en cause, voire menacée, par la simple présence de personnes LGBTIQ⁷⁵. Ces résultats révèlent l'existence de manifestations particulièrement marquées d'homophobie et de transphobie dans les lieux de détention. Dans ce contexte, les personnes LGBTIQ sont fréquemment ciblées et exposées à des violences, notamment à des agressions sexuelles commises par d'autres personnes détenues⁷⁶.

[39] Les personnes LGBTIQ détenues sont exposées à un ensemble de risques spécifiques et cumulés, allant des violences physiques et sexuelles⁷⁷ aux abus verbaux et psychologiques⁷⁸, en passant par des pratiques structurelles telles que l'isolement, le placement en confinement solitaire⁷⁹ ou la détention dans des conditions inadaptées à leur identité de genre⁸⁰. Elles peuvent également être confrontées à des fouilles humiliantes⁸¹, à un manque d'accès aux soins médicaux appropriés⁸², notamment en matière de santé sexuelle, ainsi qu'à des mécanismes de dépistage et de protection insuffisants, favorisant leur invisibilisation ou, au contraire, leur exposition forcée⁸³.

⁷² NOWAK Manfred, Study on the Phenomena of Torture, 5 février 2010, A/HRC/13/39/Add.5, para. 231.

⁷³ A/HRC/13/39/Add.5, para. 231.

⁷⁴ Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Combatting Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity*, disponible en ligne.

⁷⁵ Voir par ex. UNAIDS / UNODC, *Diversidad Sexual, Derechos Humanos y VIH en el Sistema Penitenciario de Costa Rica*, Costa Rica 2012, p. 41 s.

⁷⁶ DE LA TORRE Annette, *Is Ze an American or a Foreigner? Male or Female? Ze's Trapped!*, Cardozo Journal of Law and Gender (Vol. 17) 2011, 389 – 404, p. 404.

⁷⁷ Voir European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States: Part II – The Social Situation*, 2009, 99-100.

⁷⁸ RODLEY Nigel, Torture and discrimination against sexual minorities, UN Doc. A/56/156, 3 juillet 2001, para 18.

⁷⁹ Voir Association for the Prevention of Torture (APT), *LGBTI Persons Deprived of Liberty: A Framework for Preventive Monitoring*, Penal Reform International, 2015.

⁸⁰ Voir Nations Unies, 'Fact Sheet – Refugee and Asylum', United Nations for LGBTI Equality, Free & Equal Campaign, Disponible sur: < <https://www.unfe.org/know-the-facts/factsheets/> >.

⁸¹ Voir Association for the Prevention of Torture (APT), *LGBTI Persons Deprived of Liberty: A Framework for Preventive Monitoring*, Penal Reform International, 2015.

⁸² MÉNDEZ Juan E., Report of the Special Rapporteur on Torture, 1er février 2013, A/HRC/22/53, para. 79.

⁸³ *Idem*, para. 76 ss.

L'ensemble de ces facteurs contribue à une aggravation significative de leur vulnérabilité et à un risque accru de violations graves de leurs droits fondamentaux.

B. Obligations découlant de la CEDH

[40] Les risques spécifiques auxquels sont exposées les personnes LGBTIQ en détention ne relèvent pas uniquement d'un constat empirique, mais emportent des conséquences juridiques directes au regard des obligations positives découlant de la CEDH. Ainsi, les art. 3, 5 et 14 CEDH imposent aux États non seulement de s'abstenir de porter atteinte aux droits garantis, mais également de prendre les mesures nécessaires afin de prévenir les risques de traitements inhumains, d'arbitraire et de discrimination dans le contexte de la détention administrative.

[41] L'art. 3 CEDH impose aux États non seulement une obligation négative de s'abstenir de soumettre les personnes privées de liberté à des traitements inhumains ou dégradants, mais également des obligations positives de protection contre les violences susceptibles de survenir en détention, y compris celles émanant d'autres détenus. La CourEDH a ainsi rappelé que les autorités doivent prendre des mesures raisonnables pour prévenir les risques réels et immédiats dont elles ont connaissance ou auraient dû avoir connaissance. Cette exigence revêt une importance particulière à l'égard des personnes LGBTIQ, dont la vulnérabilité spécifique en milieu carcéral est largement documentée⁸⁴. Dans l'affaire *X c. Turquie*, la CourEDH a notamment considéré que le placement à l'isolement d'un détenu gay, censé assurer sa protection, pouvait constituer un traitement contraire à l'art. 3 CEDH lorsqu'il n'est pas accompagné de garanties suffisantes⁸⁵. De même, dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, elle a souligné que des conditions de détention inadéquates peuvent, à elles seules, franchir le seuil de gravité requis⁸⁶. Il en découle que l'absence de mesures adaptées pour protéger les personnes LGBTIQ contre les violences, le harcèlement ou les agressions sexuelles en détention est susceptible d'engager la responsabilité de l'État au titre de l'art. 3 CEDH.

[42] Si l'art. 5 §1 let. f CEDH autorise la détention en vue de l'expulsion, celle-ci demeure strictement encadrée et ne saurait revêtir un caractère arbitraire⁸⁷. La CourEDH exige notamment que la détention poursuive effectivement l'objectif d'éloignement, qu'elle soit nécessaire et proportionnée, et qu'elle repose sur une évaluation individualisée de la situation de la personne concernée. Dans l'affaire *Saadi c. Royaume-Uni*, elle a précisé que toute privation de liberté doit s'inscrire dans une logique de bonne foi et présenter un lien étroit avec le but poursuivi⁸⁸. Cette exigence est renforcée lorsque la personne détenue appartient à un groupe vulnérable⁸⁹. Dans l'affaire *O.M. c. Hongrie*, la CourEDH a ainsi jugé que l'absence d'examen concret de la vulnérabilité d'un demandeur d'asile homosexuel, notamment quant à sa sécurité en détention,

⁸⁴ Voir *LGBTI Persons in Immigration Detention*.

⁸⁵ Affaire *X c. Turquie*, requête n° 24626/09, décision du 27 mai 2013, para. 43 ss.

⁸⁶ Affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, requête n° 30696/09, décision du 21 janvier 2011, para. 221-234.

⁸⁷ CourEDH, *Guide sur l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme – Droit à la liberté et à la sûreté*, Conseil de l'Europe, 2025, para. 153.

⁸⁸ Affaire *Saadi c. Royaume-Uni*, requête n° 13229/03, décision du 29 janvier 2008, para. 67-74.

⁸⁹ Affaire *O.M. c. Hongrie*, para. 53 ss.

pouvait rendre la privation de liberté incompatible avec l'art. 5 CEDH⁹⁰. Il en résulte que, lorsque la détention expose une personne LGBTIQ à des risques spécifiques de violence ou de mauvais traitements, sans que ces éléments ne soient dûment pris en compte, celle-ci est susceptible de revêtir un caractère arbitraire au sens de la Convention.

[43] Finalement, l'art. 14 CEDH garantit la jouissance des droits consacrés par la CEDH sans discrimination, notamment fondée sur l'OSAIEGCS⁹¹. Selon la jurisprudence constante de la CourEDH, une discrimination peut résulter non seulement d'une différence de traitement injustifiée, mais également de l'absence de prise en compte de situations substantiellement différentes⁹². Dans le contexte de la détention, cette exigence implique que les autorités adaptent leurs pratiques afin de tenir compte des besoins spécifiques des personnes LGBTIQ. À défaut, une neutralité apparente peut produire des effets disproportionnés sur ces personnes et ainsi constituer une discrimination indirecte. Dans les affaires *Identoba c. Géorgie* et *M.C. et A.C. c. Roumanie*, la CourEDH a rappelé que les États ont l'obligation positive de protéger les personnes LGBTIQ contre les violences motivées par la haine et de mener des enquêtes effectives lorsqu'elles surviennent⁹³. Transposée au contexte de la détention administrative, cette jurisprudence implique que l'absence de mesures spécifiques visant à prévenir les risques particuliers auxquels sont exposées les personnes LGBTIQ peut être constitutive d'une violation combinée des art. 14 et 3 ou 5 CEDH.

C. Convergence avec les standards internationaux

[44] Au-delà du cadre conventionnel régional européen, la situation des personnes LGBTIQ en détention administrative doit être appréciée à la lumière des standards internationaux relatifs au droit à la liberté et à la sûreté, qui imposent que toute privation de liberté soit fondée sur un objectif légitime, nécessaire et non arbitraire⁹⁴. En particulier, l'art. 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP ou Pacte ONU II) exige que la détention ne soit ni automatique ni punitive en matière migratoire, mais repose sur une évaluation individualisée de la situation de la personne concernée⁹⁵. Dans le prolongement de cette exigence, les standards internationaux rappellent que les personnes LGBTIQ privées de liberté doivent bénéficier de l'ensemble des droits fondamentaux garantis en détention⁹⁶.

[45] En premier lieu, le principe d'égalité et de non-discrimination, consacré notamment par les art. 1, 2 et 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi que par les principaux instruments régionaux de protection des droits humains, tels que la CEDH ou la Charte des droits

⁹⁰ *Idem*, para. 53-56.

⁹¹ Voir par ex. Affaire *Bayev et autres c. Russie*, requêtes n° 67667/09, 44092/12 et 56717/12, décision du 20 juin 2017, para. 2 ss.; SUDRE Frédéric / MARGUÉNAUD Jean-Pierre et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 8e éd., Paris 2017, p. 698.

⁹² SCHIEK Dagmar / CHEGE Victoria, *European Union Non-Discrimination Law*, Routledge-Cavendish, 2009, p. 66.

⁹³ Affaire *Identoba c. Géorgie*, para. 63-67; Affaire *M.C. et A.C. c. Roumanie*, para. 110-123.

⁹⁴ Art. 9 PIDCP; Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 35, § 3; *LGBTI Persons in Immigration Detention – Position Paper*, p. 19 s.

⁹⁵ Nations Unies, Assemblée générale, Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des migrants, François Crépeau, A/HRC/20/24, para. 9 et 11.

⁹⁶ *Ibidem*.

fondamentaux de l'Union européenne, prohibe toute distinction fondée sur l'OSAIEGCS et impose aux États de prévenir les effets disproportionnés des pratiques de détention sur ces personnes⁹⁷.

[46] En deuxième lieu, le droit à la dignité, consacré à l'art. 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), exige que toute personne détenue soit traitée avec humanité et dans le respect de son identité, ce qui inclut la reconnaissance de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre comme éléments constitutifs de la personnalité⁹⁸. Cela implique notamment de ne pas imposer des conditions de détention entravant l'expression ou la reconnaissance de l'identité de genre⁹⁹.

[47] En troisième lieu, le droit au respect de la vie privée, garanti notamment par l'art. 17 PIDCP, implique que les personnes LGBTIQ puissent contrôler la divulgation des informations relatives à leur orientation sexuelle ou à leur identité de genre, toute divulgation forcée étant susceptible de les exposer à des risques accrus de violences ou de stigmatisation¹⁰⁰.

[48] En quatrième lieu, le droit à la reconnaissance juridique de la personnalité impose aux États de prendre en compte l'identité de genre autodéterminée des personnes concernées, y compris dans les décisions relatives à leur placement en détention ou à leurs conditions de prise en charge¹⁰¹.

[49] Enfin, l'interdiction absolue de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, norme de *jus cogens*, revêt une importance particulière dans ce contexte, dès lors que les personnes LGBTIQ sont exposées de manière disproportionnée à des violences, à des conditions de détention dégradées ou à des mesures telles que l'isolement prolongé, susceptibles d'atteindre le seuil de gravité prohibé par le droit international¹⁰².

[50] Ces exigences sont renforcées lorsque la personne détenue présente des facteurs de vulnérabilité. Les standards internationaux reconnaissent en effet que les personnes LGBTIQ sont exposées à des risques spécifiques de discrimination, de violences et de marginalisation, ce qui impose aux autorités d'identifier ces vulnérabilités en amont et de privilégier des alternatives à la détention¹⁰³. Dans cette perspective, les Principes de Yogyakarta rappellent que les mesures

⁹⁷ Art. 1, 2 et 7 DUDH; art. 14 CEDH; art. 21 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne; *LGBTI Persons in Immigration Detention – Position Paper*, p. 24.

⁹⁸ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, art. 10, RTNU, vol. 999, p. 171, Art. 10; Les Principes de Yogyakarta, Principes sur l'application du droit international des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, Yogyakarta 2007 (cité: Principes de Yogyakarta), Principe 9; *LGBTI Persons in Immigration Detention – Position Paper*, p. 24.

⁹⁹ MARKARIAN, p. 195.

¹⁰⁰ Art. 12 DUDH, art. 17 PIDCP; art. 8 CEDH; *Principes de Yogyakarta*; *LGBTI Persons in Immigration Detention – Position Paper*, p. 24.

¹⁰¹ Art. 16 PIDCP; *Principes de Yogyakarta*, Principe 3.

¹⁰² Nations Unies, Assemblée générale, Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, UN Doc. A/66/268 (2011), para. 77.

¹⁰³ *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, para. 65.

privatives de liberté doivent être appliquées sans discrimination et dans le respect de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre¹⁰⁴.

[51] Dans cette logique, plusieurs mécanismes onusiens soulignent que la détention administrative ne saurait constituer une mesure systématique et doit être envisagée comme un ultime recours, en particulier lorsque des personnes vulnérables sont concernées¹⁰⁵. Lorsqu'elle expose les personnes LGBTIQ à des risques accrus de violences ou de mauvais traitements, la détention peut ainsi apparaître incompatible avec les exigences de proportionnalité et de non-arbitraire découlant du droit international des droits humains¹⁰⁶.

[52] Enfin, les standards internationaux mettent en évidence l'obligation positive des États d'adapter leurs pratiques afin de prévenir les atteintes spécifiques auxquelles les personnes LGBTIQ sont exposées en détention, notamment par la mise en place de mécanismes de dépistage appropriés, l'accès effectif aux soins médicaux et le respect de leur identité de genre¹⁰⁷. À défaut, l'absence de prise en compte de ces besoins spécifiques est susceptible de constituer une discrimination et d'engager la responsabilité internationale de l'État¹⁰⁸.

III. Perspectives comparées et recommandations

[53] Les développements qui précèdent révèlent un décalage entre les garanties normatives et leur mise en œuvre concrète en détention administrative, en l'occurrence à l'égard des personnes LGBTIQ. Ce constat appelle une réorientation des pratiques vers des modèles plus respectueux de la dignité, de la non-discrimination et des vulnérabilités spécifiques. Dans cette perspective, l'examen de certaines expériences étrangères permet d'identifier des bonnes pratiques susceptibles d'inspirer une évolution du cadre suisse.

A. Bonnes pratiques

[54] Certaines juridictions ont développé des approches fondées sur une présomption en faveur de la liberté, encadrées par des normes minimales, des mécanismes d'identification adaptés et des alternatives effectives à la détention, incluant des garanties de contrôle et de remise en liberté, les alternatives à la détention pouvant être définies comme toute loi, politique ou pratique par laquelle des personnes ne sont pas privées de liberté pour des motifs liés à leur statut migratoire¹⁰⁹.

[55] Ces approches reposent notamment sur le respect de standards minimaux applicables à toute personne, indépendamment de son statut migratoire, lesquels sont essentiels tant au bon fonctionnement des systèmes de gestion migratoire qu'à l'efficacité des alternatives mises en

¹⁰⁴ *Principes de Yogyakarta*, Principes 1 et 9.

¹⁰⁵ WGAD, Report to the Seventh Session of the Human Rights Council, A/HRC/7/4, 10 janvier 2008, para. 53.

¹⁰⁶ *LGBTI Persons in Immigration Detention – Position Paper*, p. 20.

¹⁰⁷ *Idem*, p.17.

¹⁰⁸ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 31 (2004) sur les obligations des États, para. 6.

¹⁰⁹ Voir Robyn SAMPSON et al., *There Are Alternatives: A Handbook for Preventing Unnecessary Immigration Detention* (Revised), ii78, Melbourne: International Detention Coalition, 2015.

œuvre¹¹⁰. Au Canada, par exemple, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a adopté des lignes directrices relatives aux personnes vulnérables, permettant d'adapter les procédures administratives à leurs besoins spécifiques, notamment en tenant compte des obstacles linguistiques, culturels ou liés à des traumatismes¹¹¹. Ces mesures incluent en particulier la mise à disposition gratuite de services d'interprétation et de traduction, ainsi qu'une attention accrue aux personnes LGBTI, afin de garantir l'équité de la procédure.

[56] À titre de comparaison, si de telles garanties sont en place au Canada depuis en tout cas 2006¹¹², leur mise en œuvre en Suisse apparaît plus récente et encore en cours de consolidation. L'expérience pratique montre en effet que le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) commence seulement à intégrer de manière plus systématique ces standards minimaux, notamment en reconnaissant que les persécutions liées à l'OSAIEGCS peuvent justifier des aménagements procéduraux spécifiques¹¹³.

[57] De même, une gestion efficace des migrations repose sur l'identification des besoins et des caractéristiques propres à chaque personne, les populations migrantes étant par nature diverses. La prise en compte de ces situations individuelles permet d'orienter les décisions relatives à la gestion et au placement, lesquelles doivent ensuite faire l'objet d'un réexamen régulier afin d'être adaptées si nécessaire¹¹⁴. Au Canada, l'identification des vulnérabilités s'inscrit également dans une approche intersectionnelle, qui reconnaît que les facteurs identitaires tels que le genre, l'âge, l'orientation sexuelle ou l'origine peuvent se combiner pour produire des formes spécifiques et cumulées de discrimination¹¹⁵. Cette approche conduit les autorités à apprécier la situation de chaque personne de manière individualisée, en tenant compte de son expérience propre et des risques particuliers qui en découlent.

[58] S'agissant des options de placement, les États peuvent recourir à des alternatives à la détention fondées sur un hébergement en communauté, avec ou sans conditions, déterminées de manière nécessaire et proportionnée au cas individuel¹¹⁶. Ces dispositifs permettent aux personnes concernées de vivre de manière autonome ou avec un accompagnement adapté, sans recourir à des mesures privatives de liberté, tout en garantissant leur participation effective aux

¹¹⁰ *LGBTI Persons in Immigration Detention – Position Paper*, p. 29.

¹¹¹ Voir Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, Directive n° 8 du président: Procédures relatives aux personnes vulnérables comparaisant devant la CISR, disponible sous: < <https://www.irb-cisr.gc.ca/fr/Pages/index.aspx> >.

¹¹² *LGBTI Persons in Immigration Detention – Position Paper*, p. 29.

¹¹³ À titre d'exemple, dans le cadre de notre activité de juriste au sein du service juridique de l'Association 360, nous avons pu constater que certaines personnes concernées, telles qu'un homme gay ou une femme trans, peuvent désormais prétendre à être entendues dans un cadre adapté, incluant la composition de la salle d'audition selon des critères de genre. Cette évolution demeure encourageante, en ce qu'elle témoigne d'une prise de conscience progressive de la double vulnérabilité à laquelle sont exposées les personnes LGBTIQ dans le contexte migratoire.

¹¹⁴ *LGBTI Persons in Immigration Detention – Position Paper*, p. 30.

¹¹⁵ Voir Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, Directive n° 8 du président: Procédures relatives aux personnes vulnérables comparaisant devant la CISR, disponible sous: < <https://www.irb-cisr.gc.ca/fr/Pages/index.aspx> >.

¹¹⁶ SAMPSON / CHEW / MITCHELL / BOWRING, p. 19.

procédures migratoires¹¹⁷. En Espagne, certains dispositifs d'accueil en milieu ouvert fonctionnent en pratique comme des alternatives à la détention, sans toutefois être formellement reconnus comme tels, ce qui a conduit notamment Human Rights Watch à recommander leur reconnaissance officielle, constituant néanmoins un premier pas encourageant vers une approche moins privative de liberté¹¹⁸.

[59] Dans les cas exceptionnels où la détention est ordonnée, les États doivent mettre en place des mécanismes de contrôle indépendants afin de garantir que celle-ci est dûment justifiée et puisse être contestée¹¹⁹. Cela implique notamment un contrôle judiciaire automatique, rapide et régulier, permettant d'assurer le respect des droits des personnes concernées¹²⁰.

B. Vers une approche suisse centrée sur la dignité et la non-discrimination

[60] À la lumière des constats qui précèdent, une évolution du cadre suisse apparaît nécessaire afin d'assurer une protection effective des droits fondamentaux des personnes LGBTIQ en détention administrative¹²¹. Si certaines garanties existent, leur mise en œuvre demeure fragmentaire et dépend largement de la pratique administrative¹²². Le droit suisse ne souffre ainsi pas tant d'un déficit normatif que de l'absence de mécanismes structurés permettant une prise en compte systématique des vulnérabilités¹²³.

[61] Ce constat est confirmé tant par la doctrine que par la jurisprudence. D'une part, les travaux récents mettent en évidence que l'absence de règles pénitentiaires explicites applicables aux personnes LGBTIQ, et en particulier les personnes transgenres, en Suisse conduit à des pratiques d'affectation et de fouilles fondées sur le sexe à l'état civil ou sur des critères biologiques, au mépris de l'identité de genre autodéterminée, illustrant par exemple le défaut de mécanismes structurés de prise en compte des vulnérabilités¹²⁴. D'autre part, la jurisprudence européenne rappelle l'exigence d'un examen individualisé et approfondi des situations impliquant des personnes LGBTIQ, en excluant toute attente de dissimulation de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre, ce qui renforce la nécessité de procédures d'audition sûres et adaptées¹²⁵. Enfin, les analyses doctrinales relatives au système suisse mettent en évidence l'inscription de la détention

¹¹⁷ *Idem*, p. 20.

¹¹⁸ Voir Human Rights Watch, *Dismantling Detention: International Alternatives to Detaining Immigrants*, 3 novembre 2021, disponible sous: < <https://www.hrw.org/report/2021/11/03/dismantling-detention/international-alternatives-detaining-immigrants> >.

¹¹⁹ SAMPSON / CHEW / MITCHELL / BOWRING, p. 46.

¹²⁰ *LGBTI Persons in Immigration Detention – Position Paper*, p. 33.

¹²¹ REZZONICO, p. 5.

¹²² *Idem*, p. 3.

¹²³ AMADO Ariane / MARKARIAN Quentin / NEDERLANDT Olivia, *Le traitement des femmes et des personnes trans en prison: une approche comparée en droit belge, français et suisse*, Revue de droit pénal et de criminologie (Vol. 2024/4) 2024, 333 – 381, p. 350.

¹²⁴ MARKARIAN, p. 192.

¹²⁵ Affaire *B et C c. Suisse*, para. 46.

administrative dans un tournant punitif caractérisé par une porosité accrue avec le droit pénal et une forte variabilité cantonale, contribuant à la criminalisation des personnes étrangères sans statut¹²⁶. Dans ce contexte, le développement d'alternatives à la détention, telles que l'hébergement en communauté, les obligations de se présenter régulièrement aux autorités ou encore les dispositifs d'accompagnement social et juridique, apparaît comme un moyen de limiter le recours à des mesures privatives de liberté tout en garantissant le suivi des procédures migratoires¹²⁷. Une telle approche permettrait également de réduire les effets stigmatisants et les risques de violations des droits fondamentaux associés à la détention administrative, en particulier pour les personnes en situation de vulnérabilité¹²⁸.

[62] Premièrement, une telle évolution suppose de consacrer une présomption contre la détention administrative, celle-ci ne devant être envisagée qu'en dernier recours, conformément aux standards internationaux¹²⁹. Ensuite, la mise en place d'un mécanisme formalisé et obligatoire d'identification des vulnérabilités apparaît indispensable¹³⁰. Un tel mécanisme devrait être applicable dès le début de la procédure et inclure une évaluation spécifique des risques liés à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre, conditionnant tant la décision de placement en détention que les modalités de prise en charge. À défaut d'une telle identification systématique, les exigences d'individualisation découlant du droit constitutionnel et conventionnel demeurent largement théoriques.

[63] À cet égard, une évolution du cadre légal pourrait être envisagée, notamment par l'introduction, dans la LEI, d'une disposition explicite imposant la prise en compte des vulnérabilités liées à l'OSAIEGCS dans les décisions de détention et d'éloignement. Une telle évolution s'inscrirait dans le prolongement des exigences découlant des art. 7, 8 et 10 Cst., qui imposent non seulement une protection formelle, mais également une prise en compte effective des situations de vulnérabilité dans l'application du droit.

[64] Cette identification doit s'accompagner d'une adaptation effective des procédures, garantissant des conditions d'audition respectueuses de la dignité et de la sécurité des personnes concernées, afin d'assurer leur participation effective à la procédure¹³¹.

[65] Par ailleurs, le développement d'alternatives à la détention fondées sur le placement en communauté constitue un levier essentiel pour limiter le recours à la privation de liberté et en assurant le suivi des personnes dans le cadre des procédures migratoires¹³². Finalement, lorsque la détention ne peut être évitée, il apparaît nécessaire de renforcer les mécanismes de contrôle,

¹²⁶ ODAE-Romand, *Quand le statut fait peine: la détention des personnes étrangères en Suisse*, Panorama, n° 6, décembre 2023, p. 5; REZZONICO, p. 2; Voir également Mary BOSWORTH, *Inside Immigration Detention*, Oxford University Press 2014; Katja FRANKO, *The Crimmigrant Other*, Routledge 2020.

¹²⁷ SAMPSON / CHEW / MITCHELL / BOWRING, p. 19-20.

¹²⁸ *LGBTI Persons in Immigration Detention – Position Paper*, p. 20 et 34.

¹²⁹ SAMPSON / CHEW / MITCHELL / BOWRING, p. 8.

¹³⁰ *LGBTI Persons in Immigration Detention – Position Paper*, p. 4.

¹³¹ *LGBTI Persons in Immigration Detention – Position Paper*, p. 24.

¹³² *Idem*, p. 34.

en garantissant un examen automatique, rapide et régulier de sa légalité et de sa proportionnalité¹³³.

[66] À défaut d'une telle évolution, le maintien d'un cadre reposant sur une neutralité apparente risque de perpétuer des pratiques incompatibles avec les exigences de protection des droits fondamentaux, en particulier à l'égard des personnes les plus exposées à des formes d'arbitraire et de discrimination.

Conclusion

[67] L'analyse met en évidence un paradoxe au cœur du système suisse: si les garanties constitutionnelles et conventionnelles apparaissent substantielles en théorie¹³⁴, leur effectivité demeure incertaine en pratique, faute de mécanismes structurés permettant d'identifier et de prendre en compte les vulnérabilités¹³⁵.

[68] Pour les personnes LGBTIQ, cette lacune n'est pas marginale. Elle compromet directement l'accès à une protection effective contre les atteintes à la dignité, à l'intégrité et à l'égalité de traitement.

[69] Les expériences comparées démontrent qu'une autre approche est possible, fondée sur une présomption contre la détention, une évaluation individualisée des vulnérabilités et des alternatives effectives à la privation de liberté.

[70] En définitive, la détention administrative agit comme un test de cohérence pour l'État de droit: elle révèle les limites d'un système qui garantit formellement les droits fondamentaux sans en assurer pleinement l'effectivité.

Bibliographie

Doctrine

AMADO Ariane / MARKARIAN Quentin / NEDERLANDT Olivia, *Le traitement des femmes et des personnes trans en prison: une approche comparée en droit belge, français et suisse*, Revue de droit pénal et de criminologie (Vol. 2024/4) 2024, 333 – 381.

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 29 novembre 2021, D-3211/2021.

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 21 novembre 2025, E-4300/2025.

Association for the Prevention of Torture (APT), *LGBTI Persons Deprived of Liberty: A Framework for Preventive Monitoring*, Penal Reform International, 2015.

¹³³ *Idem*, p. 33.

¹³⁴ L'affaire *B et C c. Suisse* en est un parfait exemple.

¹³⁵ Par ex. Affaire *B et C. c. Suisse*, para. 63.

Assemblée générale des Nations Unies. (1966). *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (art. 10). Recueil des Traités des Nations Unies, vol. 999, p. 171. ohchr.org

ATAK Idil / SIMEON James, *The Criminalization of Migration: Context and Consequences*, McGill-Queen's University Press, 2018.

BAGI Raphaël, *La protection des droits des personnes LGBTIQ – Propositions pour une politique suisse cohérente en droit national et international*, Zurich 2026.

BOSWORTH Mary, *Inside Immigration Detention*, Oxford 2014.

Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 31 (2004) sur les obligations des États.

Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 35 (2014) sur la liberté et la sécurité des personnes.

Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, Directive n° 8 du président: Procédures relatives aux personnes vulnérables comparaissant devant la CISR, en ligne: <https://www.irb-cisr.gc.ca/fr/Pages/index.aspx>.

COSTELLO Cathryn, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford University Press, 2015.

CourEDH, *Guide sur l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme – Droit à la liberté et à la sûreté*, Conseil de l'Europe, 2025.

DE LA TORRE Annette, *Is Ze an American or a Foreigner? Male or Female? Ze's Trapped!*, Cardozo Journal of Law and Gender (Vol. 17) 2011, 389 – 404.

European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States: Part II – The Social Situation*, 2009.

FRANKO Katja, *The Crimmigrant Other: Migration and Penal Power*, Abingdon 2020.

GOODWIN-GILL Guy S. / MCADAM Jane, *The Refugee in International Law*, 4e éd., Oxford 2021 (édition en ligne, Oxford Law Pro, <https://doi.org/10.1093/law/9780198808565.001.0001>).

HCR, Principes directeurs sur la protection internationale n° 9: demandes de statut de réfugié fondées sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre, 23 octobre 2012, HCR/GIP/12/01.

Human Rights Watch, *Dismantling Detention: International Alternatives to Detaining Immigrants*, 3 novembre 2021, en ligne: <https://www.hrw.org/report/2021/11/03/dismantling-detention/international-alternatives-detaining-immigrants>.

Humanrights.ch, *La détention administrative des étrangers et étrangères: règles et légitimité d'une pratique discutable*, 15 mars 2017, en ligne: <https://www.humanrights.ch/fr/pfi/droits-humains/detention/detention-administrative-etrangers> (cité: *La détention administrative des étrangers et étrangères*).

HURTADO POZO José / ILLÁNEZ Federico, ad art. 1 CP, in: Moreillon Laurent / Macaluso Alain / Queloz Nicolas / Dongois Nathalie (édit.), *Code pénal I – Commentaire Romand – Art. 1-110 CP*, 2e éd., Bâle 2021 (cité: CR CP I-HURTADO POZO/ILLÁNEZ).

International Detention Coalition, *LGBTI Persons in Immigration Detention – Position Paper*, Victoria 2016 (cité: *LGBTI Persons in Immigration Detention*).

JANSEN Sabine / SPIJKERBOER Thomas, *Fleeing Homophobia: Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*, Amsterdam 2011.

Joint United Nations Programme on HIV/AIDS (UNAIDS) / United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Diversidad Sexual, Derechos Humanos y VIH en el Sistema Penitenciario de Costa Rica*, Costa Rica 2012 (cité: *Diversidad Sexual, Derechos Humanos y VIH*).

KOURAKIS Filippou, *From “crimmigration” to “enemy under-criminalization”: the Greek case of immigration control*, The Greek Review of Social Research (Vol. 164) 2025, 31 – 56.

KUPERS Terry A., *Gender and domination in a prison*, Western New England Law Review (Vol. 39/3) 2017, 427 – 447.

LEYVRAZ Anne-Cécile / REY Raphaël / ROSSET Damian / STÜNZI Robin (édit.), *Asile et abus – Regards pluridisciplinaires sur un discours dominant*, Genève 2020.

MARKARIAN Quentin, *Peine privative de genre: ce que la prison fait aux identités et corps trans*, in: Vuille Joëlle / Kapferer Nils / Hotz Sandra / Hefti Angela / Boillet Véronique (édit.), *In-corpore, Ce que le droit fait à nos corps*, Zurich/Saint-Gall 2024.

MÉNDEZ Juan E., Report of the Special Rapporteur on Torture, 1er février 2013, A/HRC/22/53.

MILLBANK Jenni, *Imagining Otherness: Refugee Claims on the Basis of Sexuality*, Melbourne University Law Review (Vol. 33) 2009.

MOREILLON Laurent / MACALUSO Alain / QUELOZ Nicolas / DONGOIS Nathalie (édit.), *Code pénal I – Commentaire Romand – Art. 1-110 CP*, 2e éd., Bâle 2021.

Nations Unies, Assemblée générale, Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des migrants, François Crépeau, A/HRC/20/24.

Nations Unies, Assemblée générale, Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, UN Doc. A/66/268 (2011).

NOWAK Manfred, Study on the Phenomena of Torture, 5 février 2010, A/HRC/13/39/Add.5.

ODAE-Romand, *Quand le statut fait peine: la détention des personnes étrangères en Suisse*, Panorama, n° 6, décembre 2023 (cité: *Quand le statut fait peine*).

Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Combating Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity*, disponible en ligne.

PERRIN Bertrand / MEYLAN Patricia / FIOKA Gerhard / NIGGLI Marcel / RIEDO Christof (édit.), *Droit pénal et criminologie – Mélanges en l'honneur de Nicolas Queloz*, Bâle 2020.

Les Principes de Yogyakarta, Principes sur l'application du droit international des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, Yogyakarta 2007 (cité: Principes de Yogyakarta).

PROGIN-THEUERKAUF Sarah / TURHAN Orzan, *Crimmigration Law – A comparative perspective*, in: Perrin Bertrand / Meylan Patricia / Fiolka Gerhard / Niggli Marcel / Riedo Christof (édit.), *Droit pénal et criminologie – Mélanges en l'honneur de Nicolas Queloz*, Bâle 2020.

REZZONICO Laura, *Confiner et exclure les « abuseurs »: la détention administrative des demandeurs et demandeuses d'asile*, in: Leyvraz Anne-Cécile / Rey Raphaël / Rosset Damian / Stünzi Robin (édit.), *Asile et abus – Regards pluridisciplinaires sur un discours dominant*, Genève 2020.

RODLEY Nigel, Torture and discrimination against sexual minorities, UN Doc. A/56/156, 3 juillet 2001.

SAMPSON Robyn / CHEW Vivienne / MITCHELL Grant / BOWRING Lucy, *There Are Alternatives: A Handbook for Preventing Unnecessary Immigration Detention*, Melbourne 2015.

SCHIEK Dagmar / CHEGE Victoria, *European Union Non-Discrimination Law*, Routledge-Cavendish, 2009.

STUMPF Juliet, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, American University Law Review (Vol. 56) 2006, 368 – 418.

SUDRE Frédéric / MARGUÉNAUD Jean-Pierre et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 8e éd., Paris 2017.

TABAK Shana / LEVITAN Rachel, *LGBTI Migrants in Immigration Detention: A Global Perspective*, Harvard Journal of Law & Gender (Vol. 37) 2014, 1 – 7.

UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention* (Detention Guidelines), 2012 (cité: UNHCR, *Detention Guidelines*).

VAN DER WOUDE Maartje et al. (édit.), *Crimmigration in Europe*, Routledge, 2017.

VUILLE Joëlle / KAPFERER Nils / HOTZ Sandra / HEFTI Angela / BOILLET Véronique (édit.), *In-corpore, Ce que le droit fait à nos corps*, Zurich/Saint-Gall 2024.

WGAD, Report to the Seventh Session of the Human Rights Council, A/HRC/7/4, 10 janvier 2008.

Jurisprudence

Affaire *A.B. et autres c. France*, requête n° 11593/12, décision du 12 juillet 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0712JUD001159312.

Affaire *Bayev et autres c. Russie*, requêtes n° 67667/09, 44092/12 et 56717/12, décision du 20 juin 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0620JUD006766709.

Affaire *B.S. c. Espagne*, requête n° 47159/08, décision du 24 juillet 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0724JUD004715908.

Affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, requête n° 22414/93, décision du 15 novembre 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1115JUD002241493.

Affaire *M.A.M. c. Suisse*, requête n° 29836/20, arrêt du 26 avril 2022.

Affaire *M.I. c. Suisse*, requête n° 56390/21, arrêt du 12 novembre 2024.

Affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, requête n° 30696/09, décision du 21 janvier 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0121JUD003069609.

Affaire *O.M. c. Hongrie*, requête n° 9912/15, décision du 5 octobre 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0705JUD000991215.

Affaire *Saadi c. Royaume-Uni*, requête n° 13229/03, décision du 29 janvier 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0129JUD001322903.

Affaire *X c. Turquie*, requête n° 24626/09, décision du 27 mai 2013, ECLI:CE:ECHR:2012:1009JUD002462609.

Punición de la migración irregularizada: un análisis comparativo entre Suiza y Costa Rica

Karin Georges Trabert

Jean Carlo Astorga Cordero

Propuesta de citación: Georges Trabert / Astorga Cordero, *Punición de la migración irregularizada: un análisis comparativo entre Suiza y Costa Rica*, Revista DPPC, 2026, 2, 125-158.

URL: <https://www.dppc.online/es>

Resumen

Este artículo analiza la «criminalización de la condición de extranjero», entendida como la creación de sanciones específicas vinculadas directamente al estatus migratorio irregularizado. A partir de un estudio comparado entre Suiza y Costa Rica, se examina cómo ambos Estados reaccionan sancionatoriamente frente a la migración irregularizada. El análisis se centra en el artículo 115 AIG (Ley de Extranjería e Integración suiza) y se complementa con datos estadísticos para ilustrar su aplicación penal en la práctica. En paralelo, se estudia la regulación sancionatoria costarricense, en particular el artículo 33 apartado 3 de la Ley General de Migración y Extranjería y su configuración como sanción administrativa, incorporando además una entrevista, según la cual la sanción no llega a aplicarse en la práctica. El trabajo concluye con una elaboración de similitudes y diferencias y con una valoración crítica sobre la necesidad y efectividad de recurrir a los instrumentos sancionatorios de ambos modelos para reaccionar al fenómeno de la migración.

Palabras clave: derecho migratorio; derecho penal; derecho administrativo sancionatorio; migración irregularizada; crimigración; Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG); Ley General de Migración y Extranjería; análisis comparativo; Suiza; Costa Rica.

Résumé

Cet article analyse la «criminalisation de la condition d'étranger», entendue comme la création de sanctions spécifiques directement liées au statut migratoire irrégulier. À partir d'une étude comparative entre la Suisse et le Costa Rica, il examine la manière dont ces deux États réagissent à la migration irrégulière par des mécanismes sanctionneurs. L'analyse se concentre sur l'article 115 AIG (loi suisse sur les étrangers et l'intégration) et est complétée par des données statistiques pour illustrer son application pénale dans la pratique. Parallèlement, la réglementation sanctionnatrice costaricienne est étudiée, en particulier l'article 33, alinéa 3, de la loi générale sur la migration et les étrangers, ainsi que sa qualification en tant que sanction administrative, en intégrant en outre un entretien selon lequel cette sanction n'est pas appliquée en pratique. Le travail se conclut par une mise en évidence des similitudes et des différences, ainsi que par une appréciation critique de la nécessité et de l'efficacité du recours aux instruments sanctionneurs des deux modèles pour répondre au phénomène migratoire.

Mots-clés: droit des étrangers; droit pénal; droit administratif répressif; migration irrégularisée; crimmigration; Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI); Ley General de Migración y Extranjería; analyse comparative; Suisse; Costa Rica.

Abstract

This article analyses the “criminalization of foreigner status”, understood as the creation of specific sanctions directly linked to irregular migration status. Based on a comparative study between Switzerland and Costa Rica, it examines how both States respond to irregular migration through sanctions. The analysis focuses on article 115 AIG (Swiss Foreign Nationals and Integration Act) and supplemented with statistical data to illustrate its criminal application in practice. In parallel, the Costa Rican sanctioning framework is examined, in particular article 33, paragraph 3 of the General Law on Migration and Foreigners and its configuration as an administrative sanction, also incorporating an interview according to which the sanction is not applied in practice. The article concludes by identifying similarities and differences and offers a critical assessment of the necessity and effectiveness of using sanctioning instruments in both models to address the phenomenon of migration.

Keywords: immigration law; criminal law; administrative sanctions law; irregularized migration; crimmigration; Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG); Ley General de Migración y Extranjería; comparative analysis; Switzerland; Costa Rica.

Sommaire

Introducción.....	129
I. Situación jurídica en Suiza	130
A. Marco conceptual e histórico	130
B. Análisis dogmático del art. 115 AIG	132
1. Art. 115, inciso 1, letra a, AIG	132
2. Art. 115, inciso 1, letra b, AIG	133
3. Art. 115, inciso 1, letra c, AIG	134
4. Art. 115, inciso 1, letra d, AIG	135
5. Art. 115, inciso 2, AIG.....	135
6. Art. 115, inciso 4- 6 AIG	136
C. Excursus sobre el art. 66a y el art. 291 del Código Penal suizo (CP)	136
D. Estadísticas.....	137
II. Situación jurídica en Costa Rica	139
A. Contexto migratorio, antecedentes y promulgación de la Ley General de Migración y Extranjería No. 8764 del 9 de setiembre del 2005	139
B. El derecho administrativo sancionador como expresión del poder punitivo del Estado en el ordenamiento costarricense	141
C. Análisis normativo de la sanción establecida en el inciso 3 del Art. 33 de la LGME	143
1. Aspectos generales	143
2. Aspectos sustantivos	143
3. Aspectos procedimentales	144
D. Excursus sobre los supuestos de condición migratoria irregularizada no punible en Costa Rica	145
E. Práctica administrativa e inaplicación fáctica de la sanción administrativa establecida en el Art. 33, inciso 3) de la LGME	146
III. Análisis comparativo	147
A. Igualdades	147
B. Diferencias	147
1. Derecho penal frente a derecho administrativo sancionador	147
2. Estructura de los supuestos de hecho y ámbito de aplicación	148
3. Excepciones y protección de personas vulnerables	148
4. Efecto económico de la multa	149
5. Expulsión del país / Prohibición de entrada	149
6. Punto de intervención estatal	149
7. Intensidad y Aplicación:.....	150
Conclusiones	150
Bibliografía.....	153
Anexo: Entrevista con el Lic. Daguer Hernández Víquez	156

Introducción

[1] La globalización ha intensificado los intercambios transfronterizos de mercancías, servicios y capital. La movilidad humana, en cambio, pese a su creciente relevancia, sigue siendo objeto de controles intensos y de disputas políticas. En este escenario, la migración y, en particular, la migración irregularizada, se ha convertido en una cuestión estructural que marcará la agenda jurídica de los próximos años. Prácticamente todos los Estados se ven confrontados ante la necesidad de regular los flujos migratorios y reaccionar ante los incumplimientos a su normativa migratoria. Las respuestas jurídicas varían de manera considerable: algunos ordenamientos recurren a instrumentos penales, mientras otros privilegian vías administrativas. Lo que se considera “irregular” o “regular” no es una característica inherente de la persona migrante, sino el resultado de la clasificación y normatividad establecidas por el Estado. En este contexto, el presente artículo compara las legislaciones sancionatorias de la condición migratoria irregularizada en Suiza y Costa Rica, atendiendo tanto al diseño normativo como a la aplicación práctica. La comparación resulta sugerente y abre el espacio para la crítica por cuanto Costa Rica históricamente ha construido su identidad sobre el imaginario de “*Suiza centroamericana*” debido, entre otros motivos, a la ausencia de conflictos armados prologados, la promoción e implementación de políticas sociales con vocación universal, la proyección internacional como una nación pacífica, sin ejército y una organización política democrática con una estabilidad excepcional en la región¹. El objetivo es examinar si esta analogía también se sostiene en el plano jurídico en materia sancionatoria de la migración irregularizada. Para ello, se analizarán las similitudes y diferencias sustanciales en los mecanismos punitivos de la condición migratoria irregularizada y su implementación práctica frente a las personas que se encuentran al margen de la legalidad migratoria en ambos países².

[2] La sanción a la condición migratoria irregularizada se prevé en el art. 115 de la Ley de Extranjería e Integración (AIG) en el caso de Suiza, y en el art. 33 inciso 3 de la Ley General de Migración y Extranjería (LGME) en el caso costarricense. A primera vista, la legislación suiza parece más punitiva y represiva que la costarricense, por cuanto su sanción es de carácter penal, mientras que en Costa Rica es administrativa. Esta divergencia sugiere diferencias significativas en el alcance punitivo de cada una de las sanciones y modos distintos de incorporarse dentro de la estructura de control migratorio. A pesar de estas diferencias, tanto Suiza como la *Suiza*

¹ Si bien estas características refieren a la Costa Rica del siglo XX, la comparación ya se encuentra consolidada hacia finales del siglo XIX por motivos análogos. Según relata María José Chavarría, curadora de la exposición “*Construcciones / Invenciones. De la Suiza Centroamericana al país más feliz del mundo*” (MADC, 2012), “*La mirada externa para concebir la imagen del país es una constante. En textos de 1858, el viajero y periodista francés Félix Belly y el cabo irlandés Thomas Francis Meagher, relacionan la geografía, la política, las costumbres y el ambiente pacífico costarricense con la Suiza europea, pero desde una versión tropical. A partir de esa visión, una gran cantidad de estereotipos se consolidan y fundamentan una perspectiva idílica de la identidad nacional.*”

² Aunque fuera del área del Derecho, son diversos y reconocidos los textos de producción costarricense que han abordado críticamente la comparación entre Costa Rica y Suiza. Algunos de los más destacados son: “*Costa Rica, Suiza centroamericana*” de Mario Sancho (San José: La Tribuna, 1935), “*El negro en Costa Rica*” de Carlos Meléndez y Quince Duncan (San José: Editorial Costa Rica, 1972), “*Negros y blancos: todo mezclado*” de Tatiana Lobo y Mauricio Meléndez (San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1997), “*Otros amenazantes: los nicaragüenses y la formación de identidades nacionales en Costa Rica*” de Carlos Sandoval García (San José: Editorial UCR, 2002), “*Iguales*” de Carlos Sojo (San José: PNUD, 2010) y “*Antología del pensamiento crítico costarricense contemporáneo*”, compilado por Montserrat Sagot y David Díaz Arias (Buenos Aires: CLACSO, 2019).

centroamericana han optado por establecer sanciones para la condición migratoria irregular, ante lo cual es preciso preguntarse: *¿se pueden observar tendencias comunes o divergentes en la respuesta sancionatoria al fenómeno migratorio? ¿cuál es la extensión práctica de estas diferencias y similitudes?* Estas son las cuestiones que abordará el presente artículo, con la pretensión de elaborar una crítica respecto de la necesidad y proporcionalidad de recurrir a la punición para responder al fenómeno creciente de la migración.

I. Situación jurídica en Suiza

A. Marco conceptual e histórico

[3] Para comprender la situación actual en materia de legislación migratoria, es necesario echar una breve mirada a la evolución histórica de la legislación migratoria suiza. Hasta el siglo XIX, Suiza era principalmente un país de emigración, pero a lo largo del siglo XX se convirtió cada vez más en un país de inmigración³. Alrededor de 1910, la proporción de extranjeros alcanzó el 14,7 %⁴, lo que provocó por primera vez temores en la población frente a una supuesta «extranjerización», impulsando discursos políticos defensivos y una mayor regulación⁵. La Primera Guerra Mundial marcó un punto de inflexión decisivo y dio paso a una política migratoria más restrictiva y controlada por el Estado, de modo que el 1 de enero de 1934⁶ se introdujo la Ley sobre la Estancia y el Establecimiento de los Extranjeros (ANAG)⁷. Sin embargo, esta ley regulaba de forma rudimentaria la estancia de extranjeros⁸. En la década de 1990 y a comienzos de la década de 2000, la creciente presión política en relación con la migración y los debates sobre la integración condujeron a una amplia reforma legislativa⁹. Con la entrada en vigor de la Ley de Extranjería (AuG) en 2006, se ampliaron considerablemente los delitos y se aumentaron las penas¹⁰. Dado que la AuG presentó deficiencias, entre otras, en relación con el fomento de la

³ SPESCHA Marc / BOLZLI Peter / DE WECK Fanny / PRIULI Valerio, *Handbuch zum Migrationsstrafrecht*, 4ª ed., Zürich 2020, p. 37 y ss.; UEBERSAX Peter, *Von Kreisen und Menschen – zum Migrationsrecht*, en: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 149/2013, pp. 557-618, p. 564 y ss.; CARONI Martina / SCHEIBER Nicole / PREISIG Christa / PLOZZA Monika, *Migrationsrecht*, 5ª ed., Berna 2022, p. 22 n° 43.

⁴ Consejo Federal suizo, Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer del 8 de marzo de 2002, BBI 2002 (citado como: BBI 2002), p. 3715; RICHTER Marina, *Einwanderung*, en: Wörterbuch der Schweizer Sozialpolitik, Zürich 2020, pp. 138-140, p. 138; SPESCHA / BOLZLI / DE WECK / PRIULI, p.47.

⁵ SPESCHA / BOLZLI / DE WECK / PRIULI, p. 44 s.; UEBERSAX p. 565; CARONI / SCHEIBER / PREISIG / PLOZZA, p. 24 n° 48 y 49.

⁶ BBI 2002 3715.

⁷ RICHTER, p. 138; SPESCHA / BOLZLI / DE WECK / PRIULI, p.47.

⁸ CARONI / SCHEIBER / PREISIG / PLOZZA, p. 163 n° 389; por ejemplo, bajo la ANAG, la entrada ilícita y la permanencia irregular únicamente constituían delito cuando se cometían con dolo.

⁹ SPESCHA / BOLZLI / DE WECK / PRIULI, p. 60; CARONI / SCHEIBER / PREISIG / PLOZZA, p. 25 n° 52.

¹⁰ VETTERLI Luzia / D'ADDARIO DI PAOLO Gabriella, Vorbemerkungen zu Art. 115-120e AIG / Art. 115 AIG, en: Caroni Martina / Thurnherr Daniela (eds.), *Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG)*, 2ª ed., Berna 2024 (citado como: VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO), Vorb. Art. 115 n° 3.

integración, se emprendió una revisión de la ley. En 2019, entró en vigor la ley en su versión revisada con el título actual de Ley de Extranjería e Integración (AIG)¹¹. La AIG regula la entrada y salida del país, la estancia, la reagrupación familiar, la autorización para ejercer una actividad lucrativa, así como la integración de extranjeros en Suiza.

[4] Los delitos penales tipificados en la AIG pertenecen al derecho penal accesorio y se sitúan fuera del Código Penal suizo. En la doctrina penal alemana se reconoce que el derecho penal solo debe aplicarse cuando se vulnera un bien jurídico o existe la amenaza de vulnerarlo¹². El derecho penal es siempre la *ultima ratio*, es decir, solo se aplica cuando otros medios no logran impedir vulneraciones de bienes jurídicos socialmente perjudiciales¹³. La migración en sí misma constituye un comportamiento legítimo y comprensible¹⁴. En este contexto, surge la pregunta ¿qué bienes jurídicos protegen las disposiciones penales en materia de migración? Se mencionan el orden público, la seguridad interior y exterior¹⁵, la aplicación coherente de la ley de extranjería¹⁶, así como la soberanía territorial de Suiza¹⁷. Es cuestionable si estos objetivos justifican la sanción penal de la migración irregularizada, lo que constituye un punto central del análisis posterior.

[5] En este marco, conviene situar el debate en su contexto demográfico actual. En 2024, Suiza albergaba aproximadamente a 2 479 900 personas extranjeras¹⁸, lo que representa alrededor del

¹¹ CARONI / SCHEIBER / PREISIG / PLOZZA, p. 163 n° 390; HERTIG RANDALL Maya / THÜRER Daniel, *Gerechtigkeit im Ausländerrecht?*, en: Uebersax Peter / Rudin Beat / Hugi Yar Thomas / Geiser Thomas / Vetterli Luzia (eds.), *Ausländerrecht – eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz*, 3ª ed., Basilea 2022, p. 27 n° 1.48.

¹² FISCHER Thomas, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 71ª ed., Múnich 2024, Vor § 13 n° 12; NIGGLI Marcel Alexander, *Ultima Ratio?*, en: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR) 111/1993, pp. 236-263, p. 240; VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, Vorb. Art. 115 n° 7; véase en detalle ROXIN Claus / GRECO Luís, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5ª ed., Múnich 2020, § 2 n° 2.

¹³ ROXIN / GRECO, § 2 n° 97; GETH Christopher, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Basilea 2021, p. 7 n. 9; DONATSCH Andreas / GODENZI Gunhild / TAG Brigitte, *Strafrecht I Verbrechenslehre*, 10ª ed., Zúrich 2022, p. 5; HURTADO POZO José / GODEL Thierry, *Droit pénal général*, 4ª ed., Zúrich 2023, n° 40; NIGGLI, p. 236 y s.

¹⁴ BÜCHLER Alexandra, *Die Konsequenzen des rechtswidrigen Aufenthalts von Drittstaatsangehörigen in der Schweiz*, en: Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016, 2016, pp. 93-121 (citado como: BÜCHLER, *Die Konsequenzen*), p. 112.

¹⁵ BBI 2002 3734.

¹⁶ SPESCHA / BOLZLI / DE WECK / PRIULI, p. 387; BÜCHLER, *Die Konsequenzen*, p. 112.

¹⁷ SPESCHA / BOLZLI / DE WECK / PRIULI, p. 387; VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, Vorb. Art. 115 n° 7 (No obstante, tres disposiciones de la AIG no pueden justificarse a partir del bien jurídico de la soberanía territorial, ya que el art. 115, inciso 2, y el art. 116, inciso 1, letras a-c, protegen la soberanía de un Estado extranjero.).

¹⁸ Véase la estadística: Zusammensetzung der ausländischen Bevölkerung, Ständige ausländische Wohnbevölkerung nach Staatsangehörigkeit, en: Bundesamt für Statistik, «<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/migration-integration/auslaendische-bevoelkerung/zusammensetzung.html>», (Último acceso: 29.03.2026).

27% de la población residente permanente¹⁹. Esta magnitud ayuda a comprender la relevancia práctica de un derecho penal de extranjería.

B. Análisis dogmático del art. 115 AIG

[6] El art. 115 AIG constituye un delito especial, ya que el tipo penal solo puede ser realizado por una persona que no posea la nacionalidad suiza²⁰. La complicidad respecto del art. 115 AIG se regula de forma independiente en el art. 116 AIG. La inducción se rige por las disposiciones generales del Código Penal (art. 24 CP)²¹. El delito del art. 115, incisos 1 y 2, AIG puede cometerse tanto dolosa como por negligencia (art. 115, inciso 3, AIG). En caso de negligencia, únicamente puede imponerse una multa.

1. Art. 115, inciso 1, letra a, AIG

[7] Conforme al art. 115, inciso 1, letra a, AIG, será sancionada con pena privativa de libertad de hasta un año o con pena pecuniaria quien, de manera dolosa, infrinja las normas de entrada establecidas en el art. 5 AIG. La disposición remite expresamente al art. 5 AIG, cuyas condiciones deben ser examinadas.

[8] La entrada es ilícita, en particular, cuando se realiza sin un documento de identidad reconocido, es decir, sin documento de identidad o pasaporte (letra a), o sin el visado necesario (letra a bis). Asimismo, se considera ilícita la entrada realizada en contravención de una medida de prohibición de entrada, como una prohibición de entrada conforme a los artículos 67 o 68, inciso 3, AIG, o una expulsión penal del territorio conforme al art. 66a y ss. del Código Penal (letra d). Otros requisitos de entrada se refieren a la disponibilidad de medios económicos suficientes para la estancia en Suiza (letra b), a la inexistencia de un peligro para la seguridad y el orden públicos o para las relaciones internacionales de Suiza (letra c), así como a la garantía de salida del país (inciso 2). No obstante, estos últimos requisitos de entrada (art. 5, inciso 1, letras b y c, e inciso 2, AIG) pueden dar lugar a la denegación del visado o de la entrada, pero resultan demasiado amplios o indeterminados para justificar la punibilidad y no cumplen el principio de legalidad y determinación del derecho penal²².

¹⁹ Véase la estadística: Bilanz der ständigen Wohnbevölkerung 1861-2024, en: Bundesamt für Statistik, «<https://www.bfs.admin.ch/asset/de/36073797>», (Último acceso: 29.03.2026).

²⁰ VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, Vorb. Art. 115 n° 35; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL Marc, *Strafrechtlicher Einwanderungsschutz der Schweiz im Schengenraum: Systematische Darstellung der Strafnorm von AIG 115*, en: Zeitschrift für Europarecht (EuZ) del septiembre de 2025, pp. 1-42, p. 18.

²¹ VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, Vorb. Art. 115 n° 36; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, p. 18.

²² ZÜND Andreas, Art. 115 AIG, en: Marc Spescha / Andreas Zünd / Constantin Hruschka / Fanny de Weck / Valerio Priuli / Peter Bolzli (eds.), *Migrationsrecht*, 6ª ed., Zürich 2026 (citado como: ZÜND), art. 115 n° 1; GRASDORF-MEYER Tobias / OTT Lisa / VETTERLI Luzia, *Geflüchtete Menschen im Schweizer Recht*, 1ª ed., Berna 2021, p. 370; VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, Art. 115 n° 5; SPESCHA / BOLZLI / DE WECK / PRIULI, p. 388; otra posición, representada por JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, p. 115 s., sostiene que el problema central no radica en la falta de determinación normativa, sino en la demostrabilidad, es decir, si los planes de la persona que pretende ingresar pueden determinarse de manera suficiente para calcular los medios necesarios para su estancia o la verificabilidad de la intención de cometer delitos actos punibles en Suiza que excedan el artículo 115 de la AIG, a fin de suponer un peligro para la seguridad y el orden públicos.

[9] Las personas extranjeras deben estar en posesión de un documento de identidad válido y, en caso de estar sujetas a la obligación de visado, del visado correspondiente²³. También se infringe el artículo 5, inciso 1, letra a, AIG si los documentos de viaje utilizados son falsificados²⁴. Igualmente se incluye la situación en la que un visado se obtiene mediante engaño sobre la finalidad de la estancia. Es decir, cuando la persona extranjera al entrar en Suiza con un visado de turista ya tiene la intención de ejercer una actividad laboral en ese país. Sin embargo, para una condena penal se requiere la prueba, de que la persona extranjera ya tenía dicha intención en el momento de la entrada en el país, circunstancia que resuelta difícil de probar²⁵.

2. Art. 115, inciso 1, letra b, AIG

[10] Quien permanezca de forma ilícita en Suiza, en particular tras la expiración de una estancia exenta de autorización o de una estancia autorizada, incurre en responsabilidad penal conforme al art. 115, inciso 1, letra b, AIG. El concepto de estancia requiere una cierta duración temporal. Una presencia de solo algunas horas no resulta suficiente²⁶. Como valor orientativo puede considerarse una duración de 24 horas. Debe tenerse en cuenta, además, la intención de permanencia, es decir, si la persona extranjera tiene la voluntad de permanecer en Suiza o si la salida se retrasa únicamente debido a circunstancias adversas²⁷.

[11] El hecho constitutivo del delito consiste en permanecer en Suiza y no en la mera omisión de abandonar el país²⁸. Una vez que la persona ha cumplido la pena a la que ha sido condenada por estancia ilegal, es puesta en libertad. Sin embargo, la mayoría de las personas no abandonan Suiza tras su liberación, con lo cual el tipo penal vuelve a realizarse. El principio *ne bis in idem* no se opone a una sanción reiterada²⁹. El artículo 115, inciso 1, letra b, AIG está configurado como un delito permanente³⁰. La condena produce una cesura³¹. Solo se sanciona la creación y el mantenimiento del estado ilícito hasta el momento de la sentencia³². La continuación de la estancia

²³ Sentencia del TF suizo 6B_668/2019 del 21 de octubre de 2019 c. 1.1.2; sentencia del TF suizo 6B_619/2012 del 18 de diciembre de 2012 c. 1.3.2; ZÜND, art. 115 n° 2; MAURER, p. 1164.

²⁴ Sentencia del TF suizo 6B_668/2019 del 21 de octubre de 2019 c. 1.1.2; sentencia del TF suizo 6B_212/2011 del 1 de junio de 2011 c. 3.

²⁵ VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, Art. 115 n° 9; GRASDORF-MEYER / OTT / VETTERLI, p. 369.

²⁶ ROSCHACHER Valentin, *Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG)*, tesis doctoral, Zürich 1991, p. 42; ZÜND, art. 115 n° 9; GRASDORF-MEYER / OTT / VETTERLI, p. 371; VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, Art. 115 n° 22.

²⁷ ZÜND, art. 115 n° 9; VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, Art. 115 n° 22 y ss.

²⁸ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, p. 124.

²⁹ Sentencia del TF suizo 6S.485/2005 del 08 de febrero de 2005 c. 1.2.1; ATF 145 IV 449 c. 1.1; ATF 135 IV 6 c. 3.3.

³⁰ ATF 135 IV 6 c. 3.2; ATF 145 IV 449 c. 1.1; sentencia del TF suizo 6B_118/2017 del 14 de julio de 2017 c. 5.3.2.

³¹ ATF 135 IV 6 c. 3.2; ATF 145 IV 449 c. 1.1; sentencia del TF suizo 6S.485/2005 del 08 de febrero de 2005 c. 1.2.1.

³² ATF 135 IV 6 c. 3.2; sentencia del TF suizo 6S.485/2005 del 08 de febrero de 2005 c. 1.2.1.

ilegal con posterioridad a la sentencia constituye un hecho independiente y puede ser nuevamente sancionado³³. No obstante, la duración total de todas las penas impuestas no puede exceder la pena máxima legal de un año de privación de libertad³⁴. Este resultado puede parecer chocante, pero es dogmáticamente coherente, ya que de lo contrario una única condena permitiría a la persona extranjera permanecer legalmente en Suiza en el futuro³⁵.

[12] Según la jurisprudencia del Tribunal Federal Suizo, el artículo 115, inciso 1, letra b, AIG no se aplica cuando resulta objetivamente imposible para la persona afectada abandonar Suiza. En tal caso, la permanencia ulterior no puede serle reprochada penalmente. El principio de culpabilidad penal presupone la libertad de actuar de otro modo³⁶.

[13] Desde el punto de vista dogmático, se trata de una causa suprallegal de exclusión de culpabilidad³⁷. La imposibilidad objetiva puede basarse tanto en razones fácticas, por ejemplo, cuando el Estado de origen se niega a readmitir a sus nacionales o a expedir los documentos de identidad necesarios, como en la imposibilidad de viajar por motivos de salud³⁸. La falta de cooperación de la persona extranjera en la obtención de los documentos impide aplicar la exclusión de culpabilidad³⁹. La imposibilidad también puede deberse a motivos jurídicos, en particular cuando la persona extranjera estaría expuesta a un peligro concreto en su país de origen (art. 83, incisos 3 y 4, AIG), debiendo tenerse en cuenta que, en este caso, el tribunal penal dispone de un deber de examen limitado⁴⁰. No puede exigirse una salida ilegal hacia un tercer Estado⁴¹.

3. Art. 115, inciso 1, letra c, AIG

[14] Conforme al artículo 115, inciso 1, letra c, AIG, será sancionada la persona que ejerza una actividad lucrativa no autorizada. El tipo penal se cumple, por tanto, cuando la persona extranjera

³³ ATF 135 IV 6 c. 3.2; ATF 145 IV 449 c. 1.1; sentencia del TF suizo 6S.485/2005 del 08 de febrero de 2005 c. 1.2.1.

³⁴ SPESCHA / BOLZLI / DE WECK / PRIULI, p. 390; ATF 135 IV 6 c. 4.2; ATF 145 IV 449 c. 1.1 sentencia del TF suizo 6B_715/2015 del 21 de marzo de 2016 c. 2.6.1.

³⁵ GRASDORF-MEYER / OTT / VETTERLI, p. 372; VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, Art. 115 n° 30.

³⁶ ATF 143 IV 249 c. 1.6.1; Sentencia del TF suizo 6B_59/2025 del 9 de abril de 2025 c. 2.1; Sentencia del TF suizo 6B_1471/2021 del 9 de marzo de 2023 c. 2.3.1; Sentencia del TF suizo 6B_242/2022 del 18 de enero de 2023 c. 1.1.2; Sentencia del TF suizo 6B_118/2017 del 14 de julio de 2017 c. 5.3.1; Sentencia del TF suizo 6B_482/2010 del 7 de octubre de 2010 c. 3.2.3; Sentencia del TF suizo 6B_85/2007 del 3 de julio de 2007 c. 2.1.

³⁷ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, p. 126.

³⁸ ATF 125 II 217 c. 2; ATF 130 II 56 c. 4.1.3; sentencia del TF suizo 6B_385/2019 del 29 de septiembre de 2019 c.3.3.1; Sentencia del TF suizo 6B_566/2017 del 9 de noviembre de 2017 c. 3.3; sentencia del TF suizo 6B_1081/2017 del 21 de diciembre de 2017 c. 2.2.

³⁹ ATF 143 IV 249 c. 1.6.1.

⁴⁰ Sentencia del TF suizo 6B_385/2019 del 29 de septiembre de 2019 c. 3.3.1; Sentencia del TF suizo 6B_566/2017 del 9 de noviembre de 2017 c. 3.3.

⁴¹ Sentencia del TF suizo 6B_482/2010 del 7 de octubre de 2010 c. 3.2.3; ATF 133 II 97 c. 4.2.2.

no es titular ni de un permiso de residencia ni de una autorización de trabajo, o cuando dispone de un permiso de residencia que no la habilita para ejercer una actividad lucrativa⁴².

4. Art. 115, inciso 1, letra d, AIG

[15] Según el art. 115, inciso 1, letra d, AIG, tanto la entrada como la salida son punibles cuando no se realizan a través de un paso fronterizo autorizado. Se trata del cruce de la frontera política del país sin identificarse⁴³. Lo determinante es el paso por el puesto fronterizo⁴⁴. Desde la adhesión de Suiza al espacio Schengen, ya no existen pasos fronterizos prescritos para la entrada y salida por vía terrestre, ya que las fronteras interiores del espacio Schengen pueden cruzarse en cualquier punto independientemente de la nacionalidad (art. 22 del Código de Fronteras Schengen). Por ello, el art. 115, inciso 1, letra d, AIG solo resulta aplicable en caso de reintroducción temporal de los controles fronterizos (art. 25 del Código de Fronteras Schengen), así como en las fronteras exteriores de Schengen, en particular en la entrada por vía aérea desde terceros países⁴⁵. Si una persona extranjera elude el control de personas en el aeropuerto para entrar en Suiza o salir de ella, realiza el tipo penal conforme a la letra d⁴⁶. Cabe señalar que se aplican normas especiales de entrada a los solicitantes de asilo, que se regulan en una ley específica (Art. 19 y ss. de la Ley de Asilo suiza).

5. Art. 115, inciso 2, AIG

[16] Conforme al art. 115, inciso 2, AIG, será sancionada la persona extranjera que, tras salir de Suiza o de las zonas internacionales de tránsito de los aeropuertos, entre en el territorio de otro país vulnerando las disposiciones de entrada vigentes en dicho país o realice actos preparatorios con tal finalidad. A diferencia de la entrada ilícita conforme al art. 115, inciso 1, AIG, ya se castiga el hecho de realizar preparativos. Para ello, no es necesario que se haya superado el umbral de la tentativa⁴⁷. En este sentido, es relevante que los elementos constitutivos del delito se definan de acuerdo con la legislación extranjera, de modo que los tribunales también deben tener en cuenta la legislación extranjera al examinar si se ha producido una entrada ilegal en otro país⁴⁸. Desde la perspectiva penal, la norma protege el cumplimiento del derecho administrativo extranjero⁴⁹.

⁴² VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, Art. 115 n° 35.

⁴³ GRASDORF-MEYER / OTT / VETTERLI, p. 370; ATF 119 IV 164 c. 2.

⁴⁴ ATF 119 IV 164 c. 2a.

⁴⁵ GRASDORF-MEYER / OTT / VETTERLI, p. 370; SPESCHA / BOLZLI / DE WECK / PRIULI, p. 389; VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, Art. 115 n° 12; ZÜND, art. 115 n° 3 y 4.

⁴⁶ VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, Art. 115 n° 13; cabe señalar que los pasajeros en tránsito aún no se consideran ingresados al país, ya que el control fronterizo se efectúa únicamente al salir de la zona de tránsito (ZÜND, art. 115 n° 4; ROSCHACHER, p. 29).

⁴⁷ VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, Art. 115 n° 19; véase en detalle ZÜND, art. 115 n° 18.

⁴⁸ VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, Art. 115 n° 17.

⁴⁹ MAURER, p. 1168; ZÜND, art. 115 n° 17.

6. Art. 115, inciso 4- 6 AIG

[17] Los incisos 4 a 6 del art. 115 AIG regulan la relación entre el procedimiento penal y el procedimiento administrativo paralelo de salida obligatoria o expulsión. Estas disposiciones se han reformulado a la luz de la Directiva de Retorno de la Unión Europea⁵⁰, que también es vinculante para Suiza⁵¹. Según esta, no se permite la tramitación de un proceso penal ni la imposición de una pena si ello retrasa o impide el retorno⁵². La norma solo se aplica a las infracciones contempladas en el art. 115, incisos 1, letras a, b y d, AIG y, además, solo si el proceso penal se basa exclusivamente⁵³ en el art. 115 AIG. Si hay un procedimiento administrativo de expulsión pendiente, el procedimiento penal debe suspenderse hasta la conclusión firme de aquel, art. 115, inciso 4, frase 2 AIG. En este caso, el procedimiento administrativo de salida obligatoria o expulsión tiene prioridad sobre el procedimiento penal⁵⁴. Solo se considerará la imposición de una pena cuando el procedimiento administrativo de salida o expulsión haya fracasado de forma definitiva y se hayan tomado todas las medidas razonables para la expulsión⁵⁵.

C. Excursus sobre el art. 66a y el art. 291 del Código Penal suizo (CP)

[18] De manera complementaria, conviene señalar un mecanismo específico del derecho penal suizo: la expulsión obligatoria del país conforme al art. 66a del Código Penal. Según este artículo, el tribunal debe expulsar obligatoriamente de Suiza a un extranjero por un período de entre cinco y quince años si es condenado por uno de los delitos enumerados en el art. 66a CP. La lista incluye, entre otros, el homicidio doloso (letra a), las lesiones corporales graves (letra b), el fraude (letra f) y el incendio provocado (letra i). Solo puede prescindirse de la expulsión en los casos excepcionales del art. 66a, incisos 2 y 3 CP, en particular cuando la expulsión ocasionaría a la persona extranjera una situación de especial dureza personal y, tras la ponderación, el interés público no prevalezca sobre el interés privado de permanecer en Suiza⁵⁶, así como en casos de legítima defensa excusable.

⁵⁰ Unión Europea, Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, DOUE L 348, 24.12.2008, pp. 98-107 (citado como: Directiva 2008/115/CE).

⁵¹ Consejo Federal suizo, Botschaft zur Revision des Ausländergesetzes (AuG) (Verfahrensnormen und Informationssysteme) del 2 de marzo de 2018, BBI 2018 (citado como: BBI 2018), p. 1752 s.

⁵² Sentencia del TF suizo 6B_617/2012 del 11 de marzo de 2013 c. 1.1; sentencia del TJUE del 28 de abril de 2011, asunto C-61/11 PPU, El Dridi, ap.59; sentencia del TJUE del 6 de diciembre de 2011, asunto C-329/11, Achughbabian, ap.45.

⁵³ BBI 2018 1752; sentencia del TF suizo 6B_320/2013 del 29 de agosto de 2013 c. 3.2, ATF 143 IV 264 c. 2.4; véase también sentencia del TJUE del 6 de diciembre de 2011, asunto C-329/11, Achughbabian, ap.41.

⁵⁴ BBI 2018 1752.

⁵⁵ VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, Art. 115 n° 54; GRASDORF-MEYER / OTT / VETTERLI, p. 376.

⁵⁶ Sobre la ponderación de intereses, véase BRUN Marcel / FABBRI Alberto, *Die Landesverweisung – neue Aufgaben und Herausforderungen für die Strafjustiz*, en: Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 2017, pp. 231-250 p. 244 y ss. y BUSSLINGER Marc / UEBERSAX Peter, *Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung*, en: plädoyer del maio de 2016, pp. 96-109, p. 101 y s.

[19] Según la intención del legislador, la expulsión se concibe primordialmente como una medida de seguridad, cuyo objetivo es impedir que la persona extranjera continúe cometiendo delitos en Suiza⁵⁷, y constituye un instituto propio del derecho penal⁵⁸. Con la adquisición de firmeza de la sentencia, se extinguen todas las autorizaciones de residencia y de establecimiento, de modo que la persona afectada está obligada a abandonar Suiza⁵⁹. Desde el punto de vista del derecho migratorio, la expulsión penal se ve reforzada por el art. 115, inciso 1, letras a y b, AIG⁶⁰. Además, el art. 291 CP tipifica como delito el incumplimiento de una expulsión del país, sancionándolo con pena pecuniaria o con pena privativa de libertad de hasta tres años⁶¹.

D. Estadísticas

[20] El derecho penal migratorio reviste una importancia considerable. De todas las condenas dictadas contra personas adultas en Suiza, las condenas por infringir la AIG representan en total el 17 %⁶². En el año 2024 se registraron **17.466 condenas**⁶³ en virtud del artículo 115 AIG, lo que convierte a este delito en el segundo más frecuente en Suiza⁶⁴. Esta cifra refleja el número de condenas o sentencias penales. Sin embargo, los datos siguientes sobre las distintas variantes del delito no deben entenderse como forma aditiva, ya que una misma sentencia puede incluir

⁵⁷ Consejo Federal suizo, Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes del 26 de junio de 2013, BBI 2013 (citado como: BBI 2013), p. 6002.

⁵⁸ ZURBRÜGG Matthias / HRUSCHKA Constantin, Vor Art. 66a – 66d StGB, en: Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (eds.), *Basler Kommentar zum Strafrecht I*, 4ª ed., Basilea 2019 (citado como: ZURBRÜGG / HRUSCHKA), Vor. Art. 66a n° 53; sentencia del TF suizo 6B_627/2018 del 22 de marzo de 2019 c. 1.3.2.

⁵⁹ BBI 2013 5997; véase en detalle BÜCHLER Alexandra, *Der Gesetzgeber schafft Sans-Papiers: Die unbedachten Folgen der neuen strafrechtlichen Landesverweisung*, en: Jusletter del 20 de marzo 2017 (citado como: BÜCHLER, Jusletter), n° 15 y ss.; BUSSLINGER / UEBERSAX, p. 103 y ss.

⁶⁰ BRUN / FABBRI, p. 241; FIOKA Gerhard / VETTERLI Luzia, *Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB als strafrechtliche Sanktion*, en: plädoyer del maio de 2016, pp. 82-95, p. 89.

⁶¹ En caso de incumplimiento de una expulsión obligatoria del país, pueden resultar aplicables tanto el artículo 291 del Código Penal como el art. 115, inciso 1, letra a, AIG. La relación de concurso entre ambas disposiciones es controvertida. En parte de la doctrina se considera que el artículo 291 CP constituye la norma penal prioritaria, mientras que el artículo 115 AIG tendría carácter subsidiario (véase ZÜND, art. 115 n° 2; ZURBRÜGG / HRUSCHKA, Vor. Art. 66a n° 110; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, p. 22 s.; GRASDORF-MEYER / OTT / VETTERLI, p. 382; BRUN / FABBRI, p. 241; PERRIER DEPEURSINGE Camille, *L'expulsion selon les art. 66a à 66d du Code pénal suisse*, en: Revue Pénale Suisse (RPS) 135/2017, pp. 389-415, p. 410). Otros autores sostienen, que el artículo 115 AIG prevalece sobre el artículo 291 (VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, Art. 115 n° 60).

⁶² Véase la estadística: Verurteilungen von Erwachsenen, en: Bundesamt für Statistik, 2024, «<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/strafjustiz/verurteilungen-erwachsenen.html#:~:text=Verurteilungen%20von%20Erwachsenen%20%7C%20Bundesamt%20f%C3%BCr%20Statistik%20%2D%20BFS>», (Último acceso: 29.03.2026).

⁶³ Véase la estadística: Verurteilungen und verurteilte Personen für ein Vergehen oder Verbrechen nach Artikeln des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG), nach Verurteilungsjahr [ab 2008], en: Bundesamt für Statistik, 20.05.2025, «<https://www.bfs.admin.ch/asset/en/35367115>», (Último acceso: 29.03.2026).

⁶⁴ Véase la estadística: Verurteilungen von Erwachsenen, en: Bundesamt für Statistik, 2024, «<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/strafjustiz/verurteilungen-erwachsenen.html#:~:text=Verurteilungen%20von%20Erwachsenen%20%7C%20Bundesamt%20f%C3%BCr%20Statistik%20%2D%20BFS>», (Último acceso: 29.03.2026).

varios delitos, lo que explica que la suma de los delitos indicados individualmente supere el total. Los delitos más frecuentes fueron la infracción de las normas de entrada conforme al art. 115, inciso 1, letra a, AIG (8.855 registros) y la estancia ilícita conforme al art. 115, inciso 1, letra b, AIG (11.696 registros). Por el contrario, las variantes de los delitos contemplados en el art. 115, inciso 1, letra c, AIG (1934 casos), el art. 115, inciso 1, letra d, AIG (8 casos) y el art. 115, inciso 2, AIG (82 casos) se cometieron con mucha menos frecuencia⁶⁵.

[21] En cuanto a la distribución por género, se observa un patrón frecuente en el contexto criminológico⁶⁶: la gran mayoría de las condenas se refieren a hombres (15.322 condenas), mientras que las mujeres son condenadas con mucha menor frecuencia (2.144 condenas)⁶⁷. Una mirada a la evolución temporal de las condenas según el art. 115 AIG muestra una práctica bastante estable⁶⁸. Esta relativa constancia a lo largo de varios años sugiere que el art. 115 AIG constituye un delito estructural de masas, cuya aplicación es en gran medida independiente de las fluctuaciones de la política criminal o migratoria.

[22] Las estadísticas publicadas no permiten realizar un desglose porcentual exacto por tipo de sanción para cada uno de los delitos. No obstante, se observa que, en el ámbito de las condenas por el art. 115 AIG, las penas pecuniarias constituyen la sanción principal más frecuente, mientras que las penas privativas de libertad se imponen con mucha menor frecuencia⁶⁹. Las recomendaciones de la Conferencia Suiza de Fiscales proporcionan indicaciones sobre la práctica sancionadora. Así, en los casos de entrada sin documento de identidad o visado válidos, se consideran adecuadas penas pecuniarias a partir de 20 días-multa. En el caso de la estancia ilícita, la cuantía de la pena recomendada se gradúa en función de la duración de la estancia: hasta tres meses, mínimo de 20 días-multa; de tres a doce meses, mínimo 40 días-multa; y en caso de una duración superior a doce meses, mínimo de 90 días-multa⁷⁰. Debe tenerse en cuenta que el

⁶⁵ Véase la estadística: Verurteilungen und verurteilte Personen für ein Vergehen oder Verbrechen nach Artikeln des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG), nach Verurteilungsjahr [ab 2008], en: Bundesamt für Statistik, 20.05.2025, «<https://www.bfs.admin.ch/asset/en/35367115>», (Último acceso: 29.03.2026).

⁶⁶ DÖLLING Dieter / HERMANN Dieter / LAUE Christian, *Kriminologie*, Berlin 2022, p. 211 y ss.; NEUBACHER Frank, *Kriminologie*, 5ª ed., Baden-Baden 2023, p. 87 y ss.

⁶⁷ Véase la estadística: Verurteilungen und verurteilte Personen für ein Vergehen oder Verbrechen nach Artikeln des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG), nach Verurteilungsjahr [ab 2008], en: Bundesamt für Statistik, 20.05.2025, «<https://www.bfs.admin.ch/asset/en/35367115>», (Último acceso: 29.03.2026).

⁶⁸ En el año 2016 se registraron 15.322 condenas. Este nivel se mantuvo esencialmente constante hasta 2019. En 2020, el número de condenas descendió de manera significativa hasta 11.984, lo que debe interpretarse en relación con las restricciones impuestas durante la pandemia de COVID-19. En los años posteriores, la cifra volvió a aumentar, alcanzando 13.134 condenas en 2022 y 14.374 en 2023; véase la estadística: Verurteilungen und verurteilte Personen für ein Vergehen oder Verbrechen nach Artikeln des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG), nach Verurteilungsjahr [ab 2008], en: Bundesamt für Statistik, 20.05.2025, «<https://www.bfs.admin.ch/asset/en/35367115>», (Último acceso: 29.03.2026).

⁶⁹ Véase la estadística: Erwachsene: Verurteilungen für ein Vergehen oder Verbrechen des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG), nach Art und Dauer der Hauptstrafe, Schweiz und Kantone [ab 2007], en: Bundesamt für Statistik, 20.05.2025, «<https://www.bfs.admin.ch/bfs/rm/home.assetdetail.35348260.html>», (Último acceso: 29.03.2026).

⁷⁰ Véase la recomendación del ministerio público suizo: Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz, Empfehlungen der SSK, Strafzumessung, Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), en: Schweizerische Staatsanwältkonferenz

importe de cada día-multa depende, entre otros factores, de la situación personal y económica de la persona acusada, así como de la reincidencia⁷¹.

II. Situación jurídica en Costa Rica

A. Contexto migratorio, antecedentes y promulgación de la Ley General de Migración y Extranjería No. 8764 del 9 de setiembre del 2005

[23] Desde la época de la conquista (1492-1573)⁷², Latinoamérica se ha caracterizado por constantes y masivos flujos migratorios y el desplazamiento, libre y forzado, de personas a lo largo y ancho de la región⁷³. Ya en el siglo XX, el continente fue el destino de flujos migratorios masivos provenientes de Europa, producto de la Primera y Segunda Guerra Mundial, y de distintos países latinoamericanos, sobre todo motivados por los múltiples conflictos políticos y militares que emergieron dentro de la región⁷⁴. No es extraño, en consecuencia, que el fenómeno de la migración en territorio latinoamericano tenga implicaciones estructurales y estructurantes de las condiciones sociales, económicas, políticas y jurídicas de la región⁷⁵. En este contexto, dada su ubicación geográfica estratégica en el seno del istmo centroamericano, así como a la relativa estabilidad económica y política durante la segunda mitad del siglo XX, excepcional en una región que en ese mismo periodo experimentaría multiplicidad de guerrillas y golpes de Estado, Costa Rica ha sido reconocido como un importante corredor migratorio y uno de los destinos predilectos

SSK, «<https://www.ssk-cmp.ch/de/dienstleistungen/empfehlungen-der-ssk/kategorie/279>», (Último acceso: 05.02.2026).

⁷¹ Ibid.

⁷² Véase: BLANCO ENCINOSA Lázaro, *Grandes movimientos de la humanidad: Migraciones, conquistas y colonizaciones. Una visión contemporánea (I)*, en: UH, La Habana, (No. 294), junio 2022.

⁷³ MARTIN Patricia M., *¿Crisis migratoria en América Latina?*, en: Les Études du CERI, N° 275-276, 2025, pp. 25-29, p. 26.

⁷⁴ “De hecho, hasta mediados de siglo, el continente americano es testigo de una migración transoceánica proveniente en su gran mayoría de Europa. A partir de la década de 1950, empieza un movimiento de personas de países de América Latina y el Caribe con destino a países económicamente más desarrollados: los principales destinos son Estados Unidos, Canadá y España. A partir de la década de 1980 se identifica un movimiento de personas más intenso en América Latina y el Caribe; mayoritariamente, producto de las guerras civiles de Centroamérica. Este desplazamiento tiene la particularidad de afianzar los destinos históricos hacia los cuales se dirigen las personas migrantes, así como establecer nuevos destinos dentro de la región: Argentina, Venezuela y Costa Rica pueden ser ejemplo de ello.”; Dirección General de Migración y Extranjería, p. 21.

⁷⁵ “Sea que se considere desde la experiencia personal, los imaginarios sociales, las políticas públicas o la acción política, las migraciones son un lugar crucial desde el cual acercarse a describir, explicar y comprender la región. Bien que se deje el país, que se regrese a este como retornado o deportado, que se permanezca en el país de nacimiento a cargo de nietos o sobrinos, no se diga cuando se pierde la vida en viaje, las migraciones cruzan la vida de millones de personas en el istmo.”; SANDOVAL Carlos, *Migraciones en América Central. Políticas, territorios y actores*, San José 2016, p. xi.

por las personas migrantes en la región⁷⁶. Según datos de la Dirección General de Migración y Extranjería (DGME) actualizados a enero del 2023, la cantidad de personas extranjeras en condición migratoria regularizada en Costa Rica ascendía a 607.772 personas, lo cual representa un 11.66% de la población del país, uno de los porcentajes más alto en Latinoamérica⁷⁷.

[24] La mayor parte de la población migrante en territorio nacional, además de los constantes flujos migratorios que transitan en sentido sur-norte, y más recientemente en sentido norte-sur⁷⁸, son de nacionalidad nicaragüense, alcanzando cerca del 80% del total de la población migrante⁷⁹. El reto que ha supuesto la integración de esta población en la sociedad civil costarricense ha sido uno de los principales motores de creación legislativa regulatoria de los controles migratorios en Costa Rica⁸⁰.

[25] La legislación actualmente vigente en la materia, la Ley General de Migración y Extranjería No. 8764 promulgada el 1ero de setiembre del 2009 (LGME), adopta un enfoque protector de derechos humanos y tuvo su origen en la crítica generalizado que distintos sectores de la sociedad civil hicieron a la ley del mismo nombre promulgada en el año 2005⁸¹. Esta legislación fue producto del trabajo conjunto de distintas ONG's y la institucionalidad estatal con el objetivo de garantizar el acceso de las personas migrantes a los derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico mediante distintos convenios internacionales en la materia⁸². Es esta la norma central del sistema migratorio costarricense en la que se establecen los órganos encargados de velar por los

⁷⁶ Dirección General de Migración y Extranjería y Dirección de Integración y Desarrollo Humano, *Plan Nacional de Integración. Costa Rica 2023-2027*, junio 2023, p. 12.

⁷⁷ Si a este porcentaje se le suman las estimaciones de personas en situación migratoria irregularizada, la porción de personas migrantes podría alcanzar entre el 13.5% y 15.5% de la población total costarricense; Véase: Dirección General de migración y Extranjería y Dirección de Integración y Desarrollo Humano, p. 12. Según datos de la OEA, estas estadísticas han posicionado a Costa Rica como el país de América Latina con la tasa de población migrante más alta en comparación con su población total, llegando a duplicar la estadística en países como Chile en el año 2019; VOOREND / ALVARADO ABARCA / otros, p. 2.

⁷⁸ Organización Internacional para las Migraciones, *Flujos migratorios en movilidad por las américas. Flujo Sur-Norte y Flujo Norte-Sur (Inverso) – Costa Rica*, enero 2026.

⁷⁹ Producto de la inestabilidad política en Nicaragua durante las décadas de 1980 y 1990, es a partir de este momento que se da un incremento sustancial de inmigrantes nicaragüenses, VOOREND, p. 13, 2013.

⁸⁰ CHAVES GROH María José, *Incertidumbre ante los nuevos escenarios migratorios. Transformaciones recientes en la migración en tránsito en Costa Rica*, en: Si Somos Americanos Revista de Estudios Transfronterizos, 20(1), 2020, pp. 33-54.

⁸¹ La crítica a esta legislación se debió al carácter eminentemente securitario y punitivo de sus disposiciones, cuyo objetivo era regular estrictamente los flujos migratorios; AGUILAR Andrea / CÉSPEDES Dayanna / FERNÁNDEZ Andrés / GONZÁLEZ Florian, *Poblaciones inmigrantes internacionales y políticas públicas en Costa Rica (2009-2016)*, en: Memoria de Seminario de Graduación, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Costa Rica, 2018, p. 43.

⁸² KRON Stefanie, *Gestión migratoria en Norte y Centroamérica: manifestaciones y contestaciones*, en: Anuario de Estudios Centroamericanos, Universidad de Costa Rica, (Vol. 37), 2011, pp. 53-85, p. 67.

derechos de la persona migrante y la regulación de ingresos y salidas del país⁸³. En cuanto ente ejecutor de la política migratoria dentro del Ministerio de Gobernación y Policía, responsable de autorizar, denegar, impedir y fiscalizar el ingreso, permanencia y egreso legal de las personas extranjeras en el país, la DGME es también la instancia administrativa que ostenta la potestad sancionatoria mediante la cual se aplica la multa prevista en el art. 33, inciso 3 LGME. Para dichos efectos, mediante Decreto Ejecutivo No. 36769 del 26 de setiembre del 2011 se emitió el Reglamento de Control Migratorio, (RCM) que establece el procedimiento y las pautas que debe seguir la administración migratoria para sancionar a las personas extranjeras que se encuentren en condición migratoria irregularizada en territorio costarricense.

B. El derecho administrativo sancionador como expresión del poder punitivo del Estado en el ordenamiento costarricense

[26] Producto de los criterios desarrollados jurisprudencialmente por la Sala Constitucional a partir de su creación en 1989⁸⁴, las sanciones administrativas han sido reiteradamente definidas en el ordenamiento jurídico costarricense como una manifestación del *ius puniendi* estatal. Desde una perspectiva constitucional, que la sanción administrativa se derive del genérico poder de castigar del Estado ha traído dos consecuencias fundamentales para la actividad sancionatoria de la administración pública. La primera refiere a la necesidad de fundamentar la reacción sancionatoria de la administración en la protección a bienes jurídicos tutelados socialmente relevantes para la satisfacción del interés público⁸⁵. La segunda es el reconocimiento de la vigencia de los mismos principios y garantías constitucionales, sustantivas y procesales, del derecho penal en el derecho administrativo sancionatorio, aunque adaptadas a los principios del derecho público y las condiciones materiales de la administración⁸⁶. En cuanto manifestación de la potestad sancionatoria de la administración, la aplicación de las sanciones administrativas previstas para personas extranjeras en condición migratoria irregularizada se encuentra condicionada a los referidos parámetros derivados de la Constitución Política, así como de tratados y convenciones internacionales suscritos por el país en la materia.

[27] La finalidad de la sanción administrativa en general se enmarca en el mismo objetivo de toda actividad de la administración pública: la satisfacción del interés común o público, en los términos

⁸³ Se trata del Consejo Nacional de Migración, la Dirección General de Migración y Extranjería, el Tribunal Administrativo Migratorio, la Policía Profesional de Migración, la Unidad de Refugio, Visas Restringidas y Consulares y la Comisión de Visas Restringidas y Refugio; PIKIENLY Sol María / MORA María Jesús, *Marco legal e institucional migratorio de la República de Costa Rica: un documento informativo*, Migration Policy Institute, febrero 2021, p. 1.

⁸⁴ La creación de la Sala Constitucional mediante la Ley de la Jurisdicción Constitucional del 11 de octubre de 1989 implicó un auténtico reforzamiento del control concentrado de constitucionalidad, anteriormente incluido dentro de las funciones de la Corte Suprema de Justicia. Las competencias asignadas a la Sala Constitucional se inspiran en el modelo europeo de control de constitucionalidad; JURADO FERNÁNDEZ Julio, *La Sala Constitucional: un tribunal constitucional en el seno del Poder Judicial*, en: Revista de la Sala Constitucional (No. 1) 2019, pp. 181-197.

⁸⁵ De conformidad con el art. 113 inciso 1 de la Ley General de la Administración Pública, el interés público se entiende como “...la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.”.

⁸⁶ En el ordenamiento jurídico costarricense, la autonomía de las fuentes principios del derecho administrativo se encuentra establecida en el art. 9 de la Ley General de la Administración Pública.

definidos en el artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública⁸⁷. Esta característica distingue cualitativamente la sanción administrativa de las sanciones impuestas por el derecho penal: mientras que las primeras buscan la satisfacción del interés coincidente de los administrados, la segunda tiene la finalidad de facilitar y promover la resocialización del infractor⁸⁸.

[28] Asumiendo esta diferencia fundamental, de forma reiterada la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha reconocido la vigencia de los principios del derecho penal en el derecho administrativo sancionador: Siendo innegable que las sanciones administrativas ostentan naturaleza punitiva, resulta de obligada observancia, al menos en sus líneas fundamentales, el esquema de garantías procesales y de defensa que nutre el principio del debido proceso, asentado principalmente en el artículo 39 de la Constitución Política, pero que a su vez se acompaña de las garantías que ofrecen los artículos 35, 36, 37, 38, 40 y 42 también constitucionales (...) Así, la tendencia inequívoca de este Tribunal ha sido pronunciarse a favor de la aplicación, aunque ciertamente con variaciones, de los principios rectores del orden penal al derecho administrativo sancionador, de manera que resultan de aplicación a las infracciones administrativas mutatis mutandis los principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad propios de los delitos⁸⁹.

[29] Las anteriores constituyen auténticas pautas de validez, vinculantes para toda la administración en el ejercicio de su potestad sancionatoria en virtud del art. 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional⁹⁰, basadas en el derecho a la defensa, el derecho a ser oído y el principio de inocencia, así como el principio de legalidad, tipicidad, reserva de ley y proporcionalidad y racionalidad⁹¹.

⁸⁷ Según lo ha establecido reiteradamente el Tribunal Contencioso Administrativo en concordancia con la jurisprudencia constitucional. Véase, por ejemplo, la *Sentencia No. 00034-2011 de las nueve horas del veintitrés de febrero del dos mil once*, en la cual sostuvo: “En este sentido este Tribunal en sentencia 2000-8191 de las quince horas tres minutos del trece de septiembre del dos mil estableció: “... la satisfacción de intereses comunes en una sociedad, requiere de una Administración Pública eficaz, y esa eficacia depende en gran medida de su poder, otorgado en parte, para proteger la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que la sociedad estima como fundamentales. Es la potestad sancionadora el instrumento a través del cual se busca proteger estos intereses.”; Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo, “No. 00034-2011”, 09:00 horas del 23 de febrero del 2011, *Nexus, Poder Judicial Costa Rica*.

⁸⁸ Según lo dispone el artículo 51 del Código Penal y lo ha desarrollado reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional. Ver, por ejemplo: Sentencia de la Sala Constitucional, “No. 02525 – 2026”, 9:20 horas del 21 de enero del 2026, *Nexus, Poder Judicial Costa Rica*. Si bien en Costa Rica a nivel normativo y jurisprudencial los rasgos distintivos entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal han sido definidos con base en lo dispuesto en el marco legal y constitucional, en la doctrina la discusión sobre los límites entre estas dos ramas del derecho no es pacífica; ALARCÓN SOTOMAYOR Lucía, *Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador*, en: Revista de Administración Pública (No. 195), septiembre-diciembre, 2014, 135-167.

⁸⁹ Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “No. 13329-2006”, 17:32 horas del 06 de setiembre del 2006, *Nexus, Poder Judicial de Costa Rica*.

⁹⁰ Sobre el desarrollo jurisprudencial del contenido del debido proceso ver: Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “No. 01739-92”, 11:45 horas del 01 de julio de 1992, *Nexus, Poder Judicial de Costa Rica*.

⁹¹ Sobre el desarrollo de estos principios ver: Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “No. 16202-2010”, 15:50 horas del 28 de setiembre del 2010, *Nexus, Poder Judicial de Costa Rica*; Sentencia de

[30] En consideración de los principios garantistas anclados en el respeto de derechos humanos que incorpora la actual LGME y las condiciones de vulnerabilidad que caracterizan los flujos migratorios en territorio costarricense, el resguardo de los parámetros constitucionales anteriormente referidos adquiere una relevancia medular para la actividad administrativa de control migratorio. Más aún, es condición necesaria e indispensable para el cumplimiento de lo establecido en el art. 19 constitucional, de conformidad con el cual *“Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen.”*.

C. Análisis normativo de la sanción establecida en el inciso 3 del Art. 33 de la LGME

1. Aspectos generales

[31] El enfoque protector de derechos humanos de la legislación migratoria costarricense se plasma desde la definición de su objeto y principios: garantizar que el ingreso, permanencia y egreso de personas extranjeras en territorio nacional se realice de conformidad con 1) el marco constitucional y convencional y 2) el respeto de la dignidad y los derechos humanos (arts. 1,3 y 5 de la LGME). Las garantías del debido proceso están estipuladas de forma expresa en el art. 31, dentro de las que se menciona el derecho de acceso a la justicia, derecho de defensa y derecho de petición y respuesta. En el art. 190 establece de forma expresa la obligación de la administración migratoria de practicar las diligencias probatorias necesarias para averiguar la verdad real de la condición migratoria de las personas extranjeras.

[32] Si bien el carácter administrativo de la multa establecida en el art. 33 inciso 3 LGME ha supuesto un menor énfasis en el análisis del bien jurídico lesionado por esta infracción, la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional ha establecido que la potestad sancionatoria de la administración únicamente se reputa legítima cuando se ejerce ante una afectación del interés general de los administrados⁹². Según se deriva de las finalidades y principios de la LGME, los bienes jurídicos tutelados mediante la sanción a personas extranjeras en condición migratoria irregularizada corresponden a la seguridad y orden público, así como el desarrollo económico sostenible dentro del Estado Social de Derecho costarricense. La regulación de flujos migratorios y la fiscalización de la permanencia de extranjeros en territorio nacional se dispone, en términos generales, a la protección de dichos bienes jurídicos.

2. Aspectos sustantivos

[33] **Supuesto de hecho:** El art. 33 LGME consagra el catálogo de obligaciones a las que se encuentran sujetas las personas extranjeras. Su inciso 3 establece la obligación de salir del país una vez vencido el plazo autorizado para permanecer en territorio nacional por la autoridad

la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “No. 08858 - 1998”, 16:33 horas del 15 de diciembre de 1998, *Nexus, Poder Judicial de Costa Rica*.

⁹² “En ese sentido se habla del principio de utilidad, que exige la relevancia del bien jurídico tutelado y la idoneidad del medio para tutelar ese bien jurídico. Toda prohibición sin estos elementos se considera injustificada e ineficaz. La potestad sancionadora no es pues, un fin en sí misma, sino un medio para hacer más eficaz el ejercicio de otras potestades que el ordenamiento atribuye a la Administración para satisfacer intereses generales.”; Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “No. 2000-08191”, 15:03 horas del 13 de setiembre del 2000, *Nexus, Poder Judicial de Costa Rica*.

migratorio. El incumplimiento de esta obligación constituye el supuesto de hecho de la sanción migratoria impuesto a causa de la permanencia irregular en territorio costarricense. Su formulación sería la siguiente: *toda persona migrante que haya ingresado legalmente al territorio nacional y permanezca en él por un plazo mayor al legalmente autorizado por la autoridad migratoria.*

[34] Personas que pueden realizar el supuesto de hecho. El supuesto de hecho previsto en esta sanción únicamente puede ser realizado por **a)** personas extranjeras que **b)** hayan ingresado al territorio nacional cumpliendo con los requisitos legales y **c)** se les haya otorgado autorización para permanecer en él durante un tiempo determinado. De conformidad con el mismo art. 33 inciso 3 LGME, los casos de personas extranjeras que ingresen al territorio nacional evadiendo los puestos migratorios habilitados y que, en consecuencia, no se les haya autorizado plazo alguno de permanencia en territorio nacional, se encuentran fuera de los supuestos de aplicación de esta sanción.

[35] Sanciones previstas. La acreditación de este supuesto de hecho supone la imposición de cualquiera de las siguientes dos sanciones de forma alternativa: **a)** el pago de un monto de 100USD por cada mes de vigencia irregular; y **b)** subsidiariamente, en caso de que la persona migrante no pague la multa impuesta, la prohibición de ingreso al país por un plazo equivalente al triple del tiempo de la permanencia irregular.

[36] Casos de excepción por motivos de solicitud pendiente y condiciones de vulnerabilidad. El penúltimo párrafo del referido art. 33 LGME consagra la exención de todas las obligaciones de pago y multa en él establecidos a: **1)** personas menores de edad, **2)** refugiadas, **3)** asiladas, **4)** apátridas, **5)** personas menores de edad con discapacidad, **6)** trabajadores transfronterizos, **7)** personas indígenas transfronterizas y **8)** turistas con permanencia vigente o solicitud de prórroga pendiente. Todas las personas migrantes dentro de las referidas categorías, incluso en el caso de que extiendan su instancia en el país por un plazo mayor al legalmente autorizado, se encontrarían exentas de la sanción prevista para este supuesto y las consecuencias de su impago. Además de las excepciones referidas, que deben de aplicarse en todos los casos, se establece la facultad la DGME de exceptuar la aplicación de esta sanción a personas migrantes por razones socioeconómicas que lo justifiquen. Lo anterior se puede realizar: **a)** mediante resolución fundada que acredite razonablemente la situación de vulnerabilidad social; o **b)** mediante criterio emitido por el Ministerio de Vivienda y Asentamientos Humanos y el Instituto Mixto de Ayuda Social.

3. Aspectos procedimentales

[37] Conforme el art. 57 RCM, la aplicación de la sanción se dará cuando la persona se presente al puesto de control migratorio correspondiente para egresar del territorio nacional. Para estos efectos, la Dirección General de Migración y Extranjería debe proporcionar la cuenta del Sistema Bancario Nacional a la cual debe realizarse el depósito de la multa impuesta. Esta información se le entregará a la persona migrante en una boleta en la que, además, constarán: **a)** sus datos personales, **b)** cantidad de meses de irregularidad, y **c)** monto total a cancelar. Lo anterior, según el art. 58 RCM, que establece el procedimiento para el pago de la multa. Según este mismo artículo, en las 48 horas antes de su egreso, la persona migrante cuenta con la oportunidad de apersonarse al puesto migratorio para solicitar su boleta de pago. En el caso de que la persona migrante se niegue a cumplir con la sanción de multa impuesta, la autoridad migratoria procederá a autorizar su egreso bajo un impedimento de ingreso por un plazo igual al triple de su permanencia irregular. Se registrará dicho impedimento y se entregará un comprobante a la persona migrante. Cuando una persona migrante haya evadido los puestos de control al egresar

del país y pretenda ingresar nuevamente al territorio nacional, deberá cancelar el monto de la multa impuesta de conformidad con el art. 33 inciso 3 LGME. Caso contrario, se le denegará el acceso y se le impondrá un impedimento de ingreso por el triple del tiempo de su permanencia irregular.

[38] De conformidad con el artículo 364 RCM, única disposición transitoria, la sanción migratoria analizada entraría en vigor un año después de publicado dicho reglamento; esto es: hasta mayo del año 2012. Lo anterior, con la finalidad de darle tiempo a la administración de realizar los ajustes técnicos necesarios para habilitar un sistema recaudatorio en todos los puestos de control migratorio del país. Posteriormente, el Poder Ejecutivo ha pospuesto reiteradamente la entrada en vigor de esta sanción. Así lo hizo mediante los Decretos Ejecutivos No. 41.033-MG del 18 de abril del 2018, y No. 41.650-MSP del 08 de abril del 2019, con los que se prorrogó por un año adicional la entrada en vigor de esta sanción por razones análogas: realizar ajustes tecnológicos, técnicos y materiales para habilitar el servicio recaudador en los puestos de control migratorio del país. Asimismo, mediante Decreto Ejecutivo No. 42.227-MP-S del 16 de marzo del 2020, se estableció una nueva prórroga hasta que se levantara el estado de emergencia nacional provocado por el Covid-19, declarado el 16 de marzo del 2020 y dejado sin efecto el 10 de agosto del 2022. Posterior a esta fecha, la sanción administrativa bajo análisis habría entrado formalmente en vigor y así permanece al momento en el que se redacta el presente artículo.

[39] De conformidad con el artículo 231 LGME, el destino de los fondos recaudados por concepto de multas migratorias establecidas en el art. 33 inciso 3 LGME es el Fondo Especial de Migración. Si bien en virtud del art. 235 original de la LGME la finalidad de este fondo es financiar los gastos corrientes y de capital de la DGME, Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas No. 9635 del 03 de diciembre del 2018 derogó el referido artículo. Sin embargo, de conformidad con el último Presupuesto Ordinario y Extraordinario la República para el Ejercicio Económico 2026, en la actualidad el Fondo Especial de Migración sigue siendo destinado exclusivamente para esos efectos⁹³.

D. Excursus sobre los supuestos de condición migratoria irregularizada no punible en Costa Rica

[40] En el anterior análisis se señaló que las personas extranjeras que ingresen al territorio nacional evadiendo los puestos de control se encuentran fuera del supuesto de hecho de esta sanción. En estos casos, si bien la LGME no establece ninguna consecuencia punitiva, las restricciones a derechos y procedimientos que se disponen pueden resultar en importantes limitaciones a derechos fundamentales.

[41] En estos supuestos, la persona extranjera se expone a la aprehensión cautelar por un plazo máximo de 24 horas, en el que se deben iniciar los procedimientos migratorios correspondientes y la DGME debe verificar su condición migratoria (art. 18). Según el art. 128 LGME, al declarar la ilegalidad de la permanencia en territorio nacional, la DGME tiene la potestad de **1)** intimar a la persona extranjera para que regularice su situación migratoria, en caso de que sea padre o madre de persona menor de edad o con alguna discapacidad costarricense o residente, **2)** conminarla a que permanezca en el país bajo una de las categorías migratorias especiales, tales como refugiado, víctima de vulnerabilidad, asilado, apátrida, entre otras, **3)** conminarla a que abandone

⁹³ Ministerio de Hacienda, *Presentación de Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico 2026*, Ministerio de Gobernación y Policía, 2026, p. 10.

el territorio nacional en un plazo determinado, en caso de que se le haya cancelado su permanencia legal en el país, y 4) ordenar y ejecutar la deportación del territorio nacional siempre que se den los supuestos establecidos al efecto en el art. 183 LGME, en cuyo caso se impondrá, un impedimento de ingreso al país por el término de 5 años de conformidad con el art. 184 LGME. En cualquier caso, se dispone que las personas menores de edad no se encuentran sujetas a la deportación ni expulsión, salvo que sea en resguardo de su interés superior (art. 185), y la administración migratoria cuenta con la facultad de aplicar la medida menos gravosa por motivos de "...oportunidad, seguridad, conveniencia y respeto a los derechos humanos." (art. 232).

[42] Si bien en estos casos la discrecionalidad otorgada a la autoridad migratoria para imponer la medida menos gravosa es concordante con los principios y objetivos anclados en el respeto a los derechos humanos de la LGME, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en conjunto con la ausencia de un control jurisdiccional que garantice el cumplimiento debido proceso abre el espacio para la arbitrariedad administrativa y posibles limitaciones antijurídicas a los derechos de las personas extranjeras en Costa Rica⁹⁴.

E. Práctica administrativa e inaplicación fáctica de la sanción administrativa establecida en el Art. 33, inciso 3) de la LGME

[43] A pesar de la vigencia formal de la sanción administrativa analizada, después de una revisión de fuentes bibliográficas disponibles y consultas a la correspondencia de la Dirección General de Migración y Extranjería, no se han encontrado estadísticas ni actuaciones administrativas orientadas a su aplicación. Tampoco se encuentra información sobre la existencia y vigencia de los mecanismos de aplicación sancionatoria previstos en la LGME y el RCM anteriormente analizados.

[44] De conformidad con el Lic. Daguer Hernández Vásquez, subdirector General de la DGME durante la administración Alvarado Quesada (2018-2022)⁹⁵, la ausencia de datos relativos a la aplicación de la sanción analizada obedece a una serie de factores que han imposibilitado que la autoridad migratoria aplique las sanciones previstas en el art. 33 inciso 3 LGME. Según expresó el Lic. Hernández Vásquez, la realidad presupuestaria actual de la institución, la limitación de personal, la ausencia de una infraestructura tecnológica posibilite la aplicación de la sanción en los puestos de control migratorio del país, en conjunto con la falta de interés de la administración y organizaciones no gubernamentales en que se ejecute esta sanción, ha tenido como resultado el estado actual de inaplicabilidad la práctica administrativa, aún y cuando formalmente la sanción haya entrado en vigor desde el 10 de agosto del 2022. De forma análoga, la restricción de ingreso al territorio nacional que dispone la normativa en caso de que la persona extranjera no cancele la multa impuesta se encuentra igualmente inaplicada en la práctica administrativa.

⁹⁴ Para una crítica al proceso de deportación en Costa Rica véase: TREJOS ROBERT Sergio, *El debido proceso para la deportación en Costa Rica*, en: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 156 (1-12), setiembre-diciembre 2021; sobre los efectos de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la regulación de la deportación y expulsión del país y la necesidad de cumplir con los estándares internacionales para evitar lesiones a los derechos de los migrantes véase: MOLINA Diego Andrés, *La medida de expulsión administrativa de extranjeros en el derecho chileno: límites formales y materiales*, en: Estudios de Derecho, 77 (169), pp. 293-321, pp. 293-321.

⁹⁵ Véase la entrevista con el Lic. Daguer HERNÁNDEZ VÍQUEZ, Anexo.

[45] La inaplicación práctica de la sanción de multa a personas extranjeras en condición migratoria irregularizada, según Hernández Vásquez, se extiende también a las demás sanciones de multa dispuestas en la LGME, tales como las establecidas para los responsables de los medios de transporte internacional en el Capítulo V del Título X de la LGME. El único supuesto en el que la administración migratoria recibe los montos de multa establecidos en el art. 33 inciso 3 LGME, es por vía del art. 91 LGME. Según este artículo, toda persona extranjera en condición de turista que haya excedido el tiempo de permanencia en territorio nacional y pretenda regularizar su condición migratoria, deberá pagar la multa debida de conformidad con el referido artículo. Sin embargo, actualmente la imposición de la sanción analizada en la práctica administrativa nunca se da por gestión de oficio de la autoridad migratoria⁹⁶.

III. Análisis comparativo

A. Igualdades

[46] En ambos ordenamientos jurídicos se aprecia una similitud central: La migración también se asegura mediante mecanismos sancionatorios. Tanto el modelo suizo como el costarricense recurren a sanciones para garantizar el cumplimiento de la legislación de extranjería y regular el flujo migratorio. Otro punto en común es que se trata de un derecho especial relacionado con el estatus, pues las sanciones se dirigen exclusivamente a personas extranjeras y no pueden ser cometidas por nacionales.

[47] Por último, ambas normativas se refieren a la estancia ilegal o la excedencia del plazo autorizado. La eficacia práctica de estas sanciones depende en gran medida, en ambos países, de cuándo y cómo se llevan a cabo los controles migratorios (frecuencia de los controles, recursos disponibles). Por lo tanto, el efecto de la norma sigue siendo siempre una cuestión de aplicación (law in action⁹⁷).

B. Diferencias

1. Derecho penal frente a derecho administrativo sancionador

[48] Una diferencia fundamental concierne a la naturaleza jurídica de la sanción. En Suiza, el art. 115 AIG se configura como derecho penal de extranjería y se aplica mediante procedimiento penal. Esto va acompañado de las estructuras típicas del proceso penal, es decir, los derechos y obligaciones del acusado, así como el cumplimiento de las garantías procesales penales. La condena penal puede conllevar efectos adicionales; por ejemplo, en forma de inscripciones en registros u otras consecuencias.

⁹⁶ La falta de recursos y voluntad política para atender debidamente el vacío en la práctica señalado por el Lic. Hernández puede ser entendido como parte de la ausencia de medidas y políticas con visión estructural para atender a las personas migrantes de la que, según se ha evidenciado, padece Costa Rica. Lo anterior, a pesar de que la migración es un fenómeno constante en el país. Sobre este aspecto ver: NAVARRO ALVARADO Guillermo A., *Costa Rica: de país receptor a tránsito regulado*, San José 2025.

⁹⁷ Sobre law in action véase en detalle: HALPÉRIN Jean-Louis, *Law in Books and Law in Action: The Problem of Legal Change*, Vol. 64, Number 1, January 2011, pp. 45-76.

[49] En Costa Rica, en cambio, el art. 33 se enmarca en el derecho administrativo sancionador y se aplica mediante procedimiento administrativo ante la autoridad migratoria. Si bien este instrumento tiene un carácter claramente punitivo, no conduce a una condena penal. El efecto principal es funcional: obligación de pago y, en caso de incumplimiento, puede activarse un impedimento para la entrada en el país. En consecuencia, la lógica de constatación también es diferente. Mientras que en Suiza se lleva a cabo una subsunción penal teniendo en cuenta elementos subjetivos del delito (dolo o negligencia), el modelo costarricense se encuentra más objetivado. Lo decisivo es determinar si el plazo de estancia autorizado fue excedido y por cuánto tiempo. La aplicación se orienta así por la duración de la irregularidad, lo que conduce a una práctica más esquematizada. Asimismo, los mecanismos de control y tutela judicial reflejan esta diferencia estructural. En Suiza, la revisión se canaliza a través del sistema de recursos del proceso penal. En Costa Rica, en cambio, predominan los recursos administrativos.

2. Estructura de los supuestos de hecho y ámbito de aplicación

[50] El art. 115 tiene un alcance más amplio e incluye múltiples variantes de hechos. No se limita a sancionar la permanencia irregular, sino que, castiga también la vulneración de las normas de entrada, la entrada y salida irregulares, así como el ejercicio de una actividad lucrativa sin autorización. De este modo se criminaliza un conjunto de conductas que, desde la perspectiva del legislador suizo, resultan necesarias para garantizar una aplicación efectiva del derecho de extranjería. En cambio, el art. 33 LGME presenta una estructura más estrecha y se centra en la excedencia del plazo de estancia autorizado. Varios comportamientos en el art. 115 AIG no quedan cubiertas por el art. 33, lo que, desde una perspectiva suiza, da lugar a lagunas en la punibilidad.

[51] Sobre todo, el art. 115, inciso 2, AIG presenta una dimensión internacional, que recoge situaciones en las que las acciones tienen por objeto facilitar o preparar la entrada irregular en un tercer país. Ello puede exigir verificar si la entrada en ese tercer país infringiría sus normas de entrada, incorporando así elementos de requisitos extranjeros. Por el contrario, en la normativa costarricense no se encuentra una referencia comparable. El art. 33 LGME se centra funcionalmente en la permanencia ilegal en el territorio de Costa Rica.

3. Excepciones y protección de personas vulnerables

[52] La normativa costarricense prevé excepciones legales expresas para personas que se encuentran en situaciones especiales de protección o vulnerabilidad (por ejemplo, menores de edad). De este modo, la norma adquiere un carácter humanitario. Un catálogo explícito de excepciones aumenta la transparencia y la previsibilidad de la aplicación de la ley.

[53] En el derecho suizo, una limitación comparable de la punibilidad no se establece mediante excepciones explícitas ancladas en los hechos. Según la jurisprudencia del Tribunal Federal, se logra más bien a través del principio de culpabilidad penal. Este es el caso, en particular, cuando la salida del país resulta objetivamente imposible⁹⁸. Estas correcciones se realizan en el marco de un examen individualizado y dependen en mayor medida de la valoración concreta de las circunstancias, lo que puede hacer que su aplicación aparezca menos definida y previsible que las excepciones expresas por la ley.

⁹⁸ Véase p. 116.

4. Efecto económico de la multa

[54] Otra diferencia se observa en el diseño de la sanción pecuniaria y en su impacto distributivo económico. En Suiza, la pena pecuniaria se calcula conforme al sistema de días-multa, ajustándose a la situación personal y económica de la persona afectada⁹⁹. Esta individualización es, en su concepción, sensible a la capacidad económica y pretende que la carga de la sanción sea proporcional. En cambio, la multa costarricense es fija. Ascende a USD 100 por cada mes de permanencia irregular. Este modelo tarifario se vincula a la duración de la irregularidad y no a la capacidad económica, por lo que afecta proporcionalmente más a quienes tienen menores recursos.

5. Expulsión del país / Prohibición de entrada

[55] En Costa Rica, el impago de la multa puede activar una prohibición de entrada relacionada con la duración de la irregularidad. Concretamente, se prohíbe la reentrada durante un período de tiempo equivalente al triple de la duración de la estancia irregular. Así, por ejemplo, si una persona extranjera permaneció tres meses de forma irregular en Costa Rica, puede prohibírsele la reentrada durante los nueve meses siguientes.

[56] En el derecho suizo no existe una prohibición de entrada comparable, vinculada automáticamente a la duración de la estancia, en el marco del artículo 115 AIG. Aunque existen medidas de expulsión en la legislación suiza, estas tienen una estructura diferente. La expulsión penal está prevista en el art. 66a del Código Penal, pero se vincula a la comisión de determinados delitos del catálogo¹⁰⁰.

6. Punto de intervención estatal

[57] Otro aspecto diferenciador se refiere al momento temporal en que el Estado interviene para imponer la sanción. En Suiza, la reacción estatal suele activarse mientras la persona extranjera afectada se encuentra en el territorio nacional. La estancia irregular se concibe como un delito permanente¹⁰¹. En Costa Rica se prevé la aplicación de la sanción en el momento de la salida o de la reentrada¹⁰². La ejecución queda así más vinculada a situaciones de control fronterizo y se manifiesta a menudo “ex post”. En términos simplificados, el modelo costarricense se basa en la duración total de la estancia ilegal acumulada hasta el momento del control. Lo determinante es cuánto tiempo, en conjunto, se ha sobrepasado la estancia autorizada. Esa duración se registra en el punto de control y constituye la base de la sanción.

⁹⁹ Véase p. 120.

¹⁰⁰ Véase p.118 y s.

¹⁰¹ Véase p. 115.

¹⁰² Véase p. 123.

7. Intensidad y Aplicación:

[58] Por último, ambos modelos difieren claramente en cuanto a intensidad y realidad de ejecución. En Suiza, el art. 115 AIG constituye un delito de masas. Para el año 2024 se registran 17.466¹⁰³ condenas, situándolo entre los hechos más frecuentes. En general, el derecho penal de extranjería se convierte así en un instrumento de conducción y control migratorio. En Costa Rica, aunque el art. 33 prevé una lógica sancionatoria clara, la sanción apenas o no llega a aplicarse en la práctica. No existe un mecanismo funcional para cobrar efectivamente la multa, de modo que la sanción depende de su viabilidad administrativa. Esto abre una brecha marcada entre la norma y la realidad jurídica. Para la valoración comparada, este punto es central, porque la diferencia entre ambos sistemas no se manifiesta únicamente en su diseño dogmático, sino sobre todo en la aplicación práctica y, por ende, en la capacidad real de la norma para producir efectos de control.

Conclusiones

[59] El análisis comparativo muestra que las sanciones dispuestas para personas en situación migratoria irregularizada en Suiza y Costa Rica difieren sustancialmente, tanto en el modo de expresarse normativamente como de realizarse en la práctica punitiva. Esto refuerza que lo que se considera “irregular” no es una característica inherente de la persona, sino el resultado de la clasificación y normativa estatal, que pueden variar de un Estado a otro. El ordenamiento costarricense prevé una sanción administrativa en el art. 33 inciso 3 LGME para sancionar tan solo una de las conductas tipificadas penalmente a través del art. 115 AIG. Esta diferencia en el alcance punitivo de las disposiciones analizadas, que también se expresa en la práctica sancionatoria, es difícil de entender sin hacer referencia a los trasfondos históricos, políticos, sociales e institucionales sobre los que operan. Las condiciones socioeconómicas y las motivaciones estructurales de los flujos migratorios en los que se han visto inmersos Costa Rica y Suiza, respectivamente, han influenciado la configuración y el alcance práctico de ambos sistemas sancionatorios. No obstante, el análisis comparativo desarrollado ha evidenciado algunas de las consecuencias de adoptar uno u otro modelo sancionatorio para la condición migratoria irregularizada. Con anterior, es posible evaluar las virtudes y falencias de cada uno de los modelos, abriendo con ello la discusión para su reforma.

[60] La diversidad de las conductas sancionadas penalmente por el art. 115 AIG, así como la amplia punición evidenciada en la estadística, son indicadores de la profunda integración de este mecanismo sancionador dentro de las respuestas institucionales establecidas en Suiza para atender y controlar el tránsito migratorio.

[61] Debido a la carga simbólica negativa y estigmatizante que lleva consigo el proceso y la sanción penal, así como el carácter subsidiario y de *ultima ratio* que debe mantener el derecho penal dentro de un Estado de Derecho, el uso sistemático de esta sanción en Suiza hace surgir preguntas sobre la legitimidad, necesidad y proporcionalidad de este ejercicio punitivo intensivo sobre personas extranjeras. En este sentido, es indudable que la previsión de una pena de prisión para estas conductas implica un mayor riesgo de exclusión para esta población, previamente reconocida con un grado mayor de vulnerabilidad. La alta carga financiera que supone la ejecución de la sanción privativa de libertad dispuesta en el art. 115 AIG, así como el desplazamiento de los problemas

¹⁰³ Véase p. 119.

vinculados a la migración al campo del derecho penal, que no necesariamente atiende ni resuelve los problemas de fondo, son otras de las cuestiones que surgen del análisis realizado. La profunda integración de esta sanción penal a nivel operativo dentro del régimen migratorio suizo hace razonable la pregunta: *¿es legítima y proporcional la utilización intensiva del derecho penal como un instrumento central en la función estatal de control migratorio?*

[62] En Costa Rica, si bien se prevé un modelo sancionatorio menos punitivo que el suizo, la inaplicabilidad práctica del art. 33 inciso 3 LGME indica que el resguardo a los bienes jurídicos tutelados por esta sanción se ejerce exclusivamente por medios no punitivos. La estrecha delimitación del supuesto sancionatorio establecido sugiere *a priori* un limitado potencial disuasorio, que no llega a alcanzar a las personas extranjeras que ingresen al territorio nacional evadiendo los controles migratorios. Además, la multa prevista establece un importe equivalente a aproximadamente 3.33 USD por día de permanencia irregular en el país, monto que, ante determinados perfiles económicos (precisamente, los que estarían dentro del supuesto de aplicación sancionatoria) no representaría una sanción significativa capaz de disuadir la transgresión a la normativa migratoria. Llama la atención que la sanción pecuniaria se fije en USD y no en la moneda nacional (colones). Con independencia de posibles razones prácticas, surge una cuestión de política criminal legislativa: *¿debe el legislador “anclar” una sanción migratoria a una referencia monetaria externa?*

[63] Por los anteriores motivos, y debido al momento y forma de aplicación prevista en la ley y su reglamento, el modelo sancionatorio adoptado en Costa Rica se asemeja más a un mecanismo tarifario *ex post* que a una herramienta de reforzamiento legal punitivo del tipo formulado en el art. 115 AIG.

[64] Según las fuentes consultadas, el estado de inaplicación práctica de esta sanción en Costa Rica se debe a las limitaciones presupuestarias y de personal de la autoridad migratoria, así como a la ausencia de un sistema recaudatorio en los puestos de control migratorio del país y a la falta de interés del Estado y organizaciones no gubernamentales en el tema. Desde una perspectiva normativa, esta brecha entre la norma y la realidad compromete la prevalencia del principio de legalidad administrativa en el ámbito sancionatorio y supone una afectación antijurídica al erario. Impide la materialización de los fines hacia los cuales se dispone formalmente la sanción y entorpece la finalidad financiera a la que están destinados los fondos recaudados con la multa prevista. Son motivos extrajurídicos, como el limitado presupuesto asignado a la Dirección General de Migración y Extranjería en relación con el elevado volumen de solicitudes y casos que debe atender, los que darían lugar a que los recursos disponibles se destinen a las funciones no sancionatorias que le asigna la ley. Se deriva de lo anterior una falta de atención a las disposiciones de enfoque meramente securitario y sancionatorias previstas en la LGME.

[65] A pesar del referido estado de inaplicabilidad normativa, no es clara la afectación generada a la seguridad y el orden público tutelados. Si bien se han denunciado prácticas antijurídicas que se aprovechan de esta situación (tales como el “*visa run*”), no se encuentra evidencia que señale o sugiera una afectación a estos bienes jurídicos producto de la ausencia de punición a las personas con condición migratoria irregularizada. Además, debido a que esta disposición nunca ha entrado materialmente en vigor desde su promulgación en el 2009, deviene imposible determinar sus efectos disuasorios ante posibles incumplimientos de la regulación migratoria.

[66] Casos como el costarricense, en el que la sanción de la condición migratoria irregularizada tiene un alcance mucho más limitado y su aplicación en la práctica se ha visto obstaculizada por motivos extrajurídicos, proporciona importantes indicios para sostener que la punición de la condición migratoria irregularizada por parte del derecho penal puede resultar innecesaria para el

control de los flujos migratorios. Si bien deviene problemático y criticable en términos de legalidad y seguridad jurídica, en Costa Rica la inaplicabilidad fáctica de la sanción contenida en el art. 33 inciso 3 LGME no ha supuesto una afectación significativa o tangible al orden público y la soberanía territorial del país. De forma casi antagónica, la amplitud de las conductas sancionadas y la aplicación sistemática del art. 115 AIG en Suiza no deja dudas de su efectividad, pero plantea interrogantes en torno a la necesidad y proporcionalidad de recurrir al derecho penal para responder a transgresiones a la regulación migratoria. Los efectos prácticos de esta criminalización deben ser debidamente dimensionados, sobre todo en relación con las consecuencias contraproducentes de recurrir al derecho penal de forma sistemática para atender problemáticas derivadas de fenómenos complejos, como lo es la migración¹⁰⁴.

[67] Al igual que Costa Rica, otros ordenamientos latinoamericanos tienden a sancionar la condición migratoria irregular mediante sanciones administrativas y no penales, como es el caso de Brasil¹⁰⁵. Prescindir de la sanción penal en la mayoría de los casos permite evitar los efectos estigmatizantes y selectivos derivados de la aplicación del derecho penal y que se pueden ver expresados en la misma práctica sancionatoria suiza: si bien la mayoría de las personas extranjeras en su territorio proceden de otros países de la UE¹⁰⁶, las personas más sancionadas por el art. 115 AIG provienen de países como Argelia, Afganistán, Marruecos, Siria, Turquía, Túnez o Kosovo¹⁰⁷. Ante esta realidad es pertinente preguntar: *¿hasta qué punto quienes infringen una norma migratoria deben conceptualizarse como “delincuentes” frente a los cuales la sociedad requiere protección?*

[68] En definitiva, la elevada integración económica a nivel global y regional ha traído consigo la permeabilidad de las fronteras nacionales para mercancías y servicios. Este efecto no se ha producido respecto de personas, para quienes el cruce fronterizo se mantiene significativamente más restringido. Se configura así una paradoja: fronteras cada vez más permeables para mercancías y servicios, pero significativamente más restrictivas para personas¹⁰⁸. Surge entonces una pregunta de fondo: *¿cómo se justifica normativamente esta asimetría entre la libre circulación económica y la restricción de la movilidad humana?* A partir de la comparación realizada, Costa Rica enfrenta el desafío de asegurar la aplicación efectiva de una norma vigente conforme al

¹⁰⁴ Sobre los efectos de la expansión del poder punitivo, véase: ZAFFARONI Raúl Eugenio, *Derecho penal humano y poder en el siglo XXI*, Managua 2016; específicamente sobre los efectos de la criminalización de la condición migratoria irregular, véase: STUMPF Juliet, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, en: *American University Law Review* (56, no. 2) diciembre 2006, pp. 367-419.

¹⁰⁵ Lei nº 13.445/2017, de 24 de maio de 2017 (Lei de Migração); sobre el estado de la criminalización de los extranjeros en condición migratoria irregular en Brasil véase: OLIVEIRA MOREIRA Thiago, *El regreso de la crimigración y el desvanecimiento del carácter humanista de la Ley de Migración Brasileña*, en: *Latin American Law Review*, 1(5), 2020, pp. 97-120, p. 97 y ss.

¹⁰⁶ Véase la estadística: Ständige ausländische Wohnbevölkerung nach Staatsangehörigkeit, 1980-2023, en: Bundesamt für Statistik, 22.08.2024, «<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/migration-integration/auslaendische-bevoelkerung/zusammensetzung.assetdetail.32229100.html>», (Último acceso: 29.03.2026).

¹⁰⁷ Véase la estadística: Verurteilte Personen nach Staatsangehörigkeit, Gesetz, Geschlecht, Alter, Bevölkerungskategorie und Verurteilungsjahr, AIG, 2024, en: Bundesamt für Statistik, 13.10.2025, «<https://www.bfs.admin.ch/bfs/rm/home.assetdetail.36122764.html>», (Último acceso: 29.03.2026).

¹⁰⁸ HERTIG RANDALL / THÜRER, p. 74 n° 1.157.

principio de legalidad, mientras que Suiza debe reconsiderar si la respuesta penal intensiva es necesaria y proporcionada en un ámbito donde el derecho penal difícilmente aborda las causas estructurales del fenómeno migratorio. No obstante, resulta cuestionable si los bienes jurídicos protegidos por el art. 115 AIG son suficientes para justificar la criminalización y su aplicación masiva. En efecto, cabe preguntarse qué significa aquí “proteger” la seguridad o el orden público: ¿se trata de sancionar la lesión a estos bienes jurídicos? ¿o se trata más bien de un adelantamiento de la punición ante el riesgo de una posible afectación a la seguridad y el orden público? Ante la opción de recurrir al derecho penal para estos efectos es indispensable preguntarse: *¿qué finalidad cumple la pena impuesta sobre las personas extranjeras a causa de transgredir la normativa migratoria? ¿disuasión, reafirmación normativa, reinserción social, presión para la salida, o mera gestión simbólica del control?, y ¿qué resultados termina produciendo en la realidad?*

Bibliografía

Doctrina

AGUILAR Andrea / CÉSPEDES Dayanna / FERNÁNDEZ Andrés / GONZÁLEZ Florian, *Poblaciones inmigrantes internacionales y políticas públicas en Costa Rica (2009-2016)*, en: Memoria de Seminario de Graduación, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Costa Rica, 2018.

ALARCÓN SOTOMAYOR Lucía, *Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador*, en: Revista de Administración Pública (No. 195), septiembre-diciembre, 2014.

BLANCO ENCINOSA Lázaro, *Grandes movimientos de la humanidad: Migraciones, conquistas y colonizaciones. Una visión contemporánea (I)*, en: UH, La Habana, (No. 294), junio 2022, «http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0253-92762022000200003&lng=es&nrm=iso» (consultado el 15 de febrero, 2026).

BRUN Marcel / FABBRI Alberto, *Die Landesverweisung – neue Aufgaben und Herausforderungen für die Strafjustiz*, en: Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 2017, pp. 231-250.

BÜCHLER Alexandra, *Der Gesetzgeber schafft Sans-Papiers: Die unbedachten Folgen der neuen strafrechtlichen Landesverweisung*, en: Jusletter del 20 de marzo 2017 (citado como: Büchler, Jusletter).

BÜCHLER Alexandra, *Die Konsequenzen des rechtswidrigen Aufenthalts von Drittstaatsangehörigen in der Schweiz*, en: Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016, 2016, pp. 93-121 (citado como: Büchler, Die Konsequenzen).

BUSSLINGER Marc / UEBERSAX Peter, *Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung*, en: plädoyer del maio de 2016, pp. 96-109.

CARONI Martina / SCHEIBER Nicole / PREISIG Christa / PLOZZA Monika, *Migrationsrecht*, 5ª ed., Berna 2022.

CHAVES GROH María José, *Incertidumbre ante los nuevos escenarios migratorios. Transformaciones recientes en la migración en tránsito en Costa Rica*, en: Si Somos Americanos Revista de Estudios Transfronterizos, 20(1), 2020, pp. 33-54.

DÖLLING Dieter / HERMANN Dieter / LAUE Christian, *Kriminologie*, Berlin 2022.

DONATSCH Andreas / GODENZI Gunhild / TAG Brigitte, *Strafrecht I Verbrechenslehre*, 10ª ed., Zürich 2022.

FIOLKA Gerhard / VETTERLI Luzia, *Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB als strafrechtliche Sanktion*, en: plädoyer del maio de 2016, pp. 82-95.

FISCHER Thomas, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 71ª ed., München 2024.

GETH Christopher, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Basilea 2021.

GRASDORF-MEYER Tobias / OTT Lisa / VETTERLI Luzia, *Geflüchtete Menschen im Schweizer Recht*, 1ª ed., Berna 2021.

GÜENDEL Hermann, *Dialéctica del imaginario nacional costarricense, orígenes y alcances sobre el sentido de nuestra identidad cultural contemporánea*, en: Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, XLVII (122) setiembre-diciembre 2009.

HALPÉRIN Jean-Louis, Law in Books and Law in Action: The Problem of Legal Change, Vol. 64, Number 1, January 2011, pp. 45-76.

HERTIG RANDALL Maya / THÜRER Daniel, *Gerechtigkeit im Ausländerrecht?*, en: Uebersax Peter / Rudin Beat / Hugli Yar Thomas / Geiser Thomas / Vetterli Luzia (eds.), *Ausländerrecht – eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz*, 3ª ed., Basilea 2022.

HURTADO POZO José / GODEL Thierry, *Droit pénal général*, 4ª ed., Zürich 2023.

JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL Marc, *Strafrechtlicher Einwanderungsschutz der Schweiz im Schengenraum: Systematische Darstellung der Strafnorm von Art 115*, en: Zeitschrift für Europarecht (EuZ) del septiembre de 2025, pp. 1-42.

JURADO FERNÁNDEZ Julio, *La Sala Constitucional: un tribunal constitucional en el seno del Poder Judicial*, en: Revista de la Sala Constitucional (No. 1) 2019, pp. 181-197.

KRON Stefanie, *Gestión migratoria en Norte y Centroamérica: manifestaciones y contestaciones*, en: Anuario de Estudios Centroamericanos, Universidad de Costa Rica, (Vol. 37), 2011, pp. 53-85.

MAURER Hans, Art. 115 ArtG, en: Andreas Donatsch (ed.), *StGB/JStG Kommentar*, 21ª ed., Zürich 2022 (citado como: Maurer).

MARTIN Patricia M., *¿Crisis migratoria en América Latina?*, en: Les Études du CERI, N°275-276, 2025, 25-29.

MOLINA Diego Andrés, *La medida de expulsión administrativa de extranjeros en el derecho chileno: límites formales y materiales*, en: Estudios de Derecho, 77 (169), pp. 293-321.

NAVARRO ALVARADO Guillermo A., *Costa Rica: de país receptor a tránsito regulado*, San José, 2025.

NEUBACHER Frank, *Kriminologie*, 5ª ed., Baden-Baden 2023.

NIGGLI Marcel Alexander, *Ultima Ratio?*, en: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR) 111/1993, pp. 236-263.

OLIVEIRA MOREIRA Thiago, *El regreso de la crimigración y el desvanecimiento del carácter humanista de la Ley de Migración Brasileña*, en: Latin American Law Review, 1(5), 2020, pp. 97-120.

PERRIER DEPEURSINGE Camille, *L'expulsion selon les art. 66a à 66d du Code pénal suisse*, en: Revue Pénale Suisse (RPS) 135/2017, pp. 389-415.

PIKIENLY Sol María / MORA María Jesús, *Marco legal e institucional migratorio de la República de Costa Rica: un documento informativo*, MigrationPolicy Institute, febrero 2021.

RICHTER Marina, *Einwanderung*, en: Wörterbuch der Schweizer Sozialpolitik, Zürich 2020, pp. 138-140.

ROSCHACHER Valentin, *Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG)*, tesis doctoral, Zürich 1991.

ROXIN Claus / GRECO Luís, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5ª ed., Múnich 2020.

SANDOVAL Carlos, *Migraciones en América Central. Políticas, territorios y actores*, San José, 2016.

SPESCHA Marc / BOLZLI Peter / DE WECK Fanny / PRIULI Valerio, *Handbuch zum Migrationsstrafrecht*, 4ª ed., Zürich 2020.

STUMPF Juliet, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, en: American University LawReview (56, no. 2) diciembre 2006, pp. 367-419.

TREJOS ROBERT Sergio, *El debido proceso para la deportación en Costa Rica*, en: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 156 (1-12), setiembre-diciembre 2021.

UEBERSAX Peter, *Von Kreisen und Menschen – zum Migrationsrecht*, en: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 149/2013, pp. 557-618.

VETTERLI Luzia / D'ADDARIO DI PAOLO Gabriella, *Vorbemerkungen zu Art. 115-120e AIG / Art. 115 AIG*, en: Caroni Martina / Thurnherr Daniela (eds.), *Ausländer-und Integrationsgesetz (AIG)*, 2ª ed., Berna 2024 (citado como: VETTERLI / D'ADDARIO DI PAOLO, Vorb. Art. 115 n°/ Art. 115 n°).

VON HIRSCH Andrew, *Der Rechtsgutsbegriff und das «Harm Principle»*, en: Hefendehl Roland / Von Hirsch Andrew / Wohlers Wolfgang (eds.), *Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 1ª ed., Baden-Baden 2003, pp. 13-25.

VOOREND Koen / ALVARADO ABARCA Daniel / otros, *¿Cuántas personas extranjeras viven en Costa Rica?*, en: Notas de coyuntura migratoria en Costa Rica, No. 1 (2), enero 2022.

VOOREND Koen, *¿Universales o excluyentes? Derechos sociales y control migratorio interno en Costa Rica*, en: Colección Red de Posgrados en Ciencias Sociales, CLACSO : Buenos Aires (No. 32), 2013.

ZAFFARONI Raúl Eugenio, *Derecho penal humano y poder en el siglo XXI*, Managua, 2016.

ZÜND Andreas, Art. 115 AIG, en: Marc Spescha / Andreas Zünd / Constantin Hruschka / Fanny de Weck / Valerio Priuli / Peter Bolzli (eds.), *Migrationsrecht*, 6ª ed., Zürich 2026 (citado como: Zünd, art. 115 n°).

ZURBRÜGG Matthias / HRUSCHKA Constantin, *Vor Art. 66a – 66d StGB*, en: Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (eds.), *Basler Kommentar zum Strafrecht I*, 4ª ed., Basilea 2019 (citado como: ZURBRÜGG / HRUSCHKA, Vor Art. 66a n°).

Documentos oficiales

Consejo Federal suizo, Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer del 8 de marzo de 2002, BBI 2002 pp. 3709-3850 (citado como: BBI 2002).

Consejo Federal suizo, Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes del 26 de junio de 2013, BBI 2013 pp. 5975-6062 (citado como: BBI 2013).

Consejo Federal suizo, Botschaft zur Revision des Ausländergesetzes (AuG) (Verfahrensnormen und Informationssysteme) del 2 de marzo de 2018, BBI 2018 pp. 1685-1768 (citado como: BBI 2018).

Dirección General de Migración y Extranjería y Dirección de Integración y Desarrollo Humano, Plan Nacional de Integración. Costa Rica 2023-2027, junio 2023.

Dirección General de Migración y Extranjería, Política Migratoria Integral para Costa Rica, Consejo Nacional de Migración, setiembre 2013.

Ministerio de Hacienda, Presentación de Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico 2026, Ministerio de Gobernación y Policía, 2026.

Organización Internacional para las Migraciones, Flujos migratorios en movilidad por las américas. Flujo Sur-Norte y Flujo Norte-Sur (Inverso) - Costa Rica, enero 2026.

Unión Europea, Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, DOUE L 348, 24.12.2008, pp. 98–107 (citado como: Directiva 2008/115/CE).

Anexo: Entrevista con el Lic. Daguer Hernández Víquez

Entrevista con el Lic. Daguer Hernández Víquez, exsubdirector de la Dirección General de Migración y Extranjería del Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública de Costa Rica, realizada el 24 de febrero de 2026.

Jean Carlo Astorga: El inciso 3) del artículo 33 de la Ley General de Migración y Extranjería, promulgada en el 2009, establece una sanción de 100 dólares de multa por cada mes que una persona extranjera se exceda del tiempo concedido por la autoridad migratoria para permanecer en territorio nacional. Sin embargo, el Poder Ejecutivo ha emitido reiteradas prórrogas de entrada en vigor de esta sanción, siendo la última del año 2020, con vigencia hasta agosto del 2022. Posterior a esta fecha, no se ha emitido una nueva prórroga para la entrada en vigor de esta sanción. Sin embargo, tampoco se encuentra evidencia de su aplicación por parte de la autoridad migratoria. ¿A qué se debe esta situación?

Daguer Hernández: En Costa Rica, desde que se creó la norma propiamente en 2009, y comenzó su vigencia en 2010, ha habido prórrogas en la ejecución de la normativa. No porque realmente se quiera aplicar una prórroga, sino porque hay que crear un departamento que se encargue del cobro de la multa, un sistema que se ajuste al sistema de control migratorio para el cobro, y todo un proceso administrativo nuevo para ejecutar esa multa. Por eso, gobierno tras gobierno, desde 2010, ha habido prórrogas. Incluso ya no es solo este gobierno; en el gobierno de Rodrigo Chaves ya no interesaba, porque la norma ha sido tan desaplicada históricamente que tiene, por decirlo así, una desaplicación tácita. Incluso con las restricciones presupuestarias que tiene Migración y Extranjería, y con las restricciones de personal, hay todavía menos posibilidad de hacer estos cobros. Habría que crear un departamento de multas, porque también hay multas para patronos, para operadores aéreos y marítimos. Habría que crear un espacio y un sistema de control. No hay forma de crearlo en la realidad presupuestaria actual de la institución, menos con los retrasos que tienen en otros temas. Por ejemplo, están muy atrasados con la entrega de documentos de identidad migratoria, que es algo básico. Entonces, Jean Carlo, hay un problema desde el inicio de la ejecución de la ley: no se ha ejecutado en Costa Rica. Por eso no has encontrado nada sobre cómo se cobra o cómo se hace. No hay procedimientos, no hay nada sobre eso. Eso es lo primero, y con eso creo que ya queda aclarada una enorme duda.

Jean Carlo Astorga: Claro, ahora entiendo. ¿Esto es así respecto de esta multa en particular, la que se aplica a las personas migrantes, o respecto de todas las multas?

Daguer Hernández: A todas. Incluso, por ejemplo, el artículo 170 de la Ley General de Migración y Extranjería, que habla sobre operadores aéreos y marítimos, con multas de 1.000 a 10.000 dólares. Ninguna de esas se aplica. Incluso a quienes den trabajo a personas con condición migratoria irregular. No hay forma de cobrar multas actualmente.

Jean Carlo Astorga: Materialmente, ¿cómo hemos llegado a este estado de cosas? ¿por qué la administración no ha destinado presupuesto para estos fines? Y, ¿por qué no ha existido una demanda de la sociedad civil para que se aplique esta sanción?

Daguer Hernández: Sencillamente nadie lo menciona. No se impulsa. No es de interés. Si hay un funcionario que lo menciona, le dicen que hay otras cosas más importantes, otros problemas. Realmente, hay problemas para más graves para la institución. El problema es que, en Costa Rica, el tema migratorio ha sido disminuido a cero. A nadie le interesa políticamente. Entonces, al no ser un tema de interés, se le puede reducir el presupuesto a Migración y Extranjería al

mínimo, como está ahorita, y a nadie le importa. La institución está desfinanciada, a pesar de que financia muchas cosas en el Estado costarricense, porque produce mucho dinero con todas las personas migrantes que viven en Costa Rica y pagan derechos migratorios, DIMEX, residencias y otros trámites.

Jean Carlo Astorga: Claro, entiendo. Porque, además, el dinero que se recaudaría por la aplicación de esta sanción sí tiene un destino particular, ¿verdad?

Dagger Hernández: Tenía un destino. Ya los destinos de los fondos de migración fueron anulados con normativa posterior. Hubo una eliminación de fondos. Entonces los fondos de migración fueron desfinanciados a partir de esa normativa.

Jean Carlo Astorga: Ahora, ¿qué fondos sí ingresan? Si yo soy una persona extranjera con permiso temporal de estancia y me pasé un mes en Costa Rica del tiempo permitido y quiero regularizarme dentro del país, ¿qué hago?

Dagger Hernández: Con base en el artículo 91 de la Ley General de Migración y Extranjería, en concordancia con el artículo 33, pago 100 dólares de multa por mes de estadía irregular para poder solventar la irregularidad migratoria. Si me quedé dos meses, pago 200; si me quedé tres, pago 300, para regularizar la condición migratoria.

Jean Carlo Astorga: Esto únicamente en el caso de que vaya a presentar una regularización migratoria de forma voluntaria.

Dagger Hernández: Exacto. Y esto ocurre sobre todo cuando la persona no puede salir y volver a entrar fácilmente. Hay nacionalidades a las que se les dificulta más, como por ejemplo la venezolana. Es que no se le impone en el sentido de que la administración no sale a cobrarla. La persona tiene que pagar la multa para poder regularizarse. Si no paga la multa, se le rechaza el trámite. Pero no es que llega y se le dice: 'usted nos debe 800 dólares de multa'. La persona presenta el trámite, presenta la multa y la paga. Y tampoco se establece la sanción alternativa del impedimento de entrada al país durante el triple del tiempo que estuvo en condición irregular. A nadie se le establece eso. Incluso hay extranjeros que vienen a Costa Rica, se quedan el tiempo que sea y luego salen por el aeropuerto sin decir nada.

Jean Carlo Astorga: ¿Y luego regresan como turistas?

Dagger Hernández: Sí, vuelven como si nada, los que pueden hacerlo. Eso pasa mucho con argentinos en zonas de playa, como Santa Teresa. Ya conocen cómo funciona: salen y luego regresan.

Jean Carlo Astorga: Entonces, en definitiva, nos encontramos en un estado de desidia normativa.

Dagger Hernández: Sí. Incluso por eso, en la Asamblea Legislativa estaban tratando de regularizar este tema del turismo de permanencia prolongada, porque hay personas que entran con 180 días de turismo, salen una hora, vuelven a entrar y tienen otros 180 días. Y no hay forma de impedirlo.

Jean Carlo Astorga: Pude ver este proyecto de ley, y pretende elevar el monto de esta multa a 300 dólares por mes de estancia irregular. Pero según lo que usted me cuenta, el problema no es un problema de legislación, porque la legislación existe, sino más bien de las condiciones materiales de la administración, que impiden que la norma adquiera eficacia. Es una norma totalmente anulada en su eficacia práctica. Entonces, no se arreglaría el problema solo con una modificación normativa en este sentido.

Dagger Hernández: Efectivamente. Tal vez lo que sí se pudiera corregir es que, si una persona estuvo en Costa Rica 180 días de turismo, tenga que pasar un tiempo fuera antes de volver a entrar, salvo que efectivamente se trate de turismo comprobado. Pero, en el tema de multas, nosotros no tenemos ningún sistema de multas.

Jean Carlo Astorga: Una pregunta: ¿existe algún tipo de documento o lugar donde pueda encontrar documentación que me permita acreditar y referir esta información que usted me está proporcionando, respecto de la inaplicación práctica de esta multa?

Dagger Hernández: No vas a encontrar un documento que diga eso de manera directa. Más bien, académicamente habría que construirlo a partir de la reflexión y de cómo ha funcionado el sistema.

The Criminalisation of Migration in South Africa: Administrative Failure, Enforcement and Penal Governance

Mansah Dondo Amoah

Molya Vundamina

Suggested citation: Mansah Dondo Amoah & Molya Vundamina, *The Criminalisation of Migration in South Africa: Administrative Failure, Enforcement and Penal Governance*, in: Journal DPPC, 2026, 2, 159-208.

URL: <https://www.dppc.online/en>

Abstract

This article examines the criminalisation of migration in South Africa through a doctrinal and contextual analysis of immigration legislation, refugee protection, constitutional jurisprudence, policy reform, enforcement practice and crimmigration scholarship. It argues that South Africa's penal migration governance should not be understood as a sudden shift from an otherwise neutral administrative system. Rather, it reflects older punitive logics rooted in apartheid and late-apartheid mobility control, which have been reconfigured within the contemporary constitutional order through status-based offences, administrative detention, deportation, surveillance and enforcement-led governance.

The article's central contribution is to show how administrative failure operates as a driver of penal migration governance in South Africa. The migration system does not merely respond to irregularity. In important respects, documentation barriers, inaccessible Refugee Reception Offices, backlogs, expired permits, corruption and weak regularisation pathways produce or prolong irregular status. That status is then made legally and institutionally significant through categories such as "illegal foreigner", and may expose migrants, asylum seekers and refugees to arrest, detention, deportation, exclusion or denial of protection. The article therefore traces a causal chain between administrative dysfunction, documentation precarity, classification as irregular and coercive enforcement.

The article first defines crimmigration in the South African context and distinguishes it from xenophobia, securitisation, administrative dysfunction and general rights violations. It then historicises penal migration governance by tracing continuities between apartheid-era movement control, the Aliens Control Act and contemporary immigration enforcement. It further examines the legal architecture of penal migration governance, including immigration-related offences, section 34 detention, deportation powers and the qualified protection of asylum seekers. The article also analyses enforcement practices such as Operation New Broom, workplace inspections, biometric verification and the Border Management Authority. The article argues that these developments carry serious constitutional and human rights implications, particularly for dignity, equality, liberty, administrative justice, non-refoulement, children's rights, healthcare and education. By placing South Africa in comparative perspective with the United States, the article shows both convergence with global crimmigration trends and the distinctive features of the South African case. It concludes that rights-based migration governance requires more than limits on detention and deportation. It requires reform of the administrative systems, legal categories, political narratives and enforcement practices through which irregularity is produced, made visible and punished.

Keywords: Criminalisation, crimmigration, penal governance, detention, deportation, administrative failure, migration enforcement

Résumé

Cet article examine la criminalisation de la migration en Afrique du Sud à travers une analyse doctrinale et contextuelle de la législation sur l'immigration, de la protection des réfugiés, de la jurisprudence constitutionnelle, des réformes politiques, de la pratique répressive et de la doctrine de la crimmigration. Il soutient que la gouvernance pénale des migrations en Afrique du Sud ne doit pas être comprise comme une rupture soudaine d'un système administratif par ailleurs neutre. Elle reflète plutôt des logiques punitives plus anciennes, enracinées dans le contrôle de la mobilité de l'apartheid et de la fin de l'apartheid, reconfigurées dans l'ordre constitutionnel contemporain au moyen d'infractions fondées sur le statut, de la détention administrative, de l'expulsion, de la surveillance et d'une gouvernance axée sur la répression.

La contribution centrale de l'article est de montrer comment la défaillance administrative opère comme moteur de la gouvernance pénale des migrations en Afrique du Sud. Le système migratoire ne se contente pas de réagir à l'irrégularité. À bien des égards, les obstacles documentaires, l'inaccessibilité des bureaux d'accueil des réfugiés, les arriérés, les permis expirés, la corruption et la faiblesse des voies de régularisation produisent ou prolongent le statut irrégulier. Ce statut acquiert ensuite une portée juridique et institutionnelle à travers des catégories telles que celle d'« étranger illégal », et peut exposer les migrants, les demandeurs d'asile et les réfugiés à l'arrestation, à la détention, à l'expulsion, à l'exclusion ou au refus de protection. L'article retrace ainsi une chaîne causale entre dysfonctionnement administratif, précarité documentaire, classification comme irrégulier et répression coercitive.

L'article définit d'abord la crimmigration dans le contexte sud-africain et la distingue de la xénophobie, de la sécuritisation, du dysfonctionnement administratif et des violations générales des droits. Il historicise ensuite la gouvernance pénale des migrations en retraçant les continuités entre le contrôle des déplacements de l'ère de l'apartheid, l'Aliens Control Act et la répression contemporaine de l'immigration. Il examine en outre l'architecture juridique de la gouvernance pénale des migrations, notamment les infractions liées à l'immigration, la détention au titre de l'article 34, les pouvoirs d'expulsion et la protection limitée des demandeurs d'asile. L'article analyse également les pratiques répressives telles que l'opération New Broom, les inspections sur les lieux de travail, la vérification biométrique et la Border Management Authority. L'article soutient que ces évolutions emportent de sérieuses implications constitutionnelles et en matière de droits humains, en particulier pour la dignité, l'égalité, la liberté, la justice administrative, le non-refoulement, les droits de l'enfant, les soins de santé et l'éducation. En plaçant l'Afrique du Sud dans une perspective comparative avec les États-Unis, l'article met en évidence tant la convergence avec les tendances mondiales de la crimmigration que les traits distinctifs du cas sud-africain. Il conclut qu'une gouvernance des migrations fondée sur les droits exige davantage que des limites à la détention et à l'expulsion : elle requiert la réforme des systèmes administratifs, des catégories juridiques, des récits politiques et des pratiques répressives par lesquels l'irrégularité est produite, rendue visible et punie.

Mots-clés : criminalisation, crimmigration, gouvernance pénale, détention, expulsion, défaillance administrative, répression migratoire

Resumen

Este artículo examina la criminalización de la migración en Sudáfrica a través de un análisis doctrinal y contextual de la legislación migratoria, la protección de los refugiados, la jurisprudencia constitucional, las reformas políticas, la práctica de aplicación de la ley y la doctrina de la crimigración. Sostiene que la gobernanza penal de las migraciones en Sudáfrica no debe entenderse como un giro repentino de un sistema administrativo por lo demás neutro. Refleja, más bien, lógicas punitivas más antiguas, arraigadas en el control de la movilidad del apartheid y del apartheid tardío, reconfiguradas en el orden constitucional contemporáneo mediante delitos basados en el estatus, la detención administrativa, la deportación, la vigilancia y una gobernanza centrada en la coerción.

La contribución central del artículo consiste en mostrar cómo la falla administrativa opera como motor de la gobernanza penal de las migraciones en Sudáfrica. El sistema migratorio no se limita a reaccionar ante la irregularidad. En aspectos importantes, las barreras documentales, la inaccesibilidad de las oficinas de recepción de refugiados, los retrasos acumulados, los permisos vencidos, la corrupción y la debilidad de las vías de regularización producen o prolongan el estatus irregular. Ese estatus adquiere luego relevancia jurídica e institucional a través de categorías como la de « extranjero ilegal », y puede exponer a migrantes, solicitantes de asilo y refugiados al arresto, la detención, la deportación, la exclusión o la denegación de protección. El artículo traza así una cadena causal entre disfunción administrativa, precariedad documental, clasificación como irregular y coerción.

El artículo define primero la crimigración en el contexto sudafricano y la distingue de la xenofobia, la securitización, la disfunción administrativa y las violaciones generales de derechos. Luego historiza la gobernanza penal de las migraciones trazando las continuidades entre el control de los desplazamientos de la era del apartheid, la Aliens Control Act y la aplicación contemporánea de la legislación migratoria. Examina además la arquitectura jurídica de la gobernanza penal de las migraciones, incluidos los delitos migratorios, la detención según el artículo 34, las facultades de deportación y la protección limitada de los solicitantes de asilo. El artículo analiza asimismo prácticas de aplicación como la operación New Broom, las inspecciones laborales, la verificación biométrica y la Border Management Authority. El artículo sostiene que estos desarrollos conllevan serias implicaciones constitucionales y de derechos humanos, en particular para la dignidad, la igualdad, la libertad, la justicia administrativa, el principio de no devolución, los derechos de los niños, la atención de salud y la educación. Al situar a Sudáfrica en una perspectiva comparada con los Estados Unidos, el artículo muestra tanto la convergencia con las tendencias globales de la crimigración como los rasgos distintivos del caso sudafricano. Concluye que una gobernanza migratoria basada en los derechos exige más que límites a la detención y a la deportación: requiere la reforma de los sistemas administrativos, las categorías jurídicas, los discursos políticos y las prácticas de aplicación mediante los cuales la irregularidad es producida, hecha visible y castigada.

Palabras clave: criminalización, crimigración, gobernanza penal, detención, deportación, falla administrativa, aplicación coercitiva de la legislación migratoria

Contents

Introduction: Migration Control and the Rise of Crimmigration	163
I. Crimmigration.....	166
A. Defining Crimmigration in the South African Context	166
B. Historicising Penal Migration Governance in South Africa	167
C. Drivers of Penal Migration Governance in South Africa	170
1. Political Rhetoric, Xenophobia and Public Sentiment	170
2. Media Perceptions and Reporting	172
3. Administrative Failure and the Production of Irregularity	174
4. Legal and Policy Frameworks	177
5. Securitisation of Migration and Law Enforcement Practices.....	178
6. Global and Regional Trends.....	179
II. Legal Architecture of Penal Migration Governance in South Africa.....	180
A. Formal Criminal Offences Under the Immigration Act	180
B. Administrative Detention and Deportation under Section 34	181
C. The Asylum Seeker Exception and Its Limits	183
III. Enforcement Practices and Penal Logic	184
A. Intensified Enforcement and the Expansion of Penal Logic.....	184
B. The Border Management Authority and Technological Enforcement	187
IV. Constitutional and Human Rights Implications	189
A. Due Process, Detention and Liberty	189
B. Non-Refoulement and Refugee Protection.....	190
C. Children and Social Rights as Consequences of Penal Governance	193
D. Dignity, Equality and the Rule of Law	195
V. South Africa in Comparative Perspective: Converging Patterns of Penal Migration Governance	196
Conclusion: Rethinking Migration Governance Beyond Punishment	199
Bibliography	201

Introduction: Migration Control and the Rise of Crimmigration

[1] Migration control has increasingly become intertwined with criminal law, policing and security governance. Across a range of jurisdictions, states have moved beyond the ordinary administrative regulation of entry, residence and removal, and have relied more visibly on criminal offences, detention, deportation, surveillance and enforcement operations to manage irregular migration¹. As Aas points out, the boundary between criminal justice and immigration control is becoming

¹ KIELY Elizabeth / SWIRAK Katharina, *Criminalising borders, migration and mobility*, in: *The criminalisation of social policy in neoliberal societies*, Bristol 2021, p. 56.

harder to maintain². This convergence is commonly described as “crimmigration”: the overlap between criminal law and immigration law through which migration-related conduct, status or presence is treated through penal or quasi-penal mechanisms³.

[2] Crimmigration is used in a specific sense in this article. It does not treat all hostility towards migrants, all administrative failures, or all rights violations as crimmigration. Xenophobic discourse, securitisation, weak documentation systems and poor administration are important parts of the South African context, but they are not identical to crimmigration. Rather, they become relevant where they support, justify or enable the use of criminal-law techniques, policing powers, detention, deportation, surveillance or penal-style enforcement against migrants. The central concern of this article is therefore the legal and institutional process through which migration governance is transformed into a punitive system of control.

[3] South Africa provides a compelling case study of this transformation. As the continent’s most industrialised economy and a key destination for migrants from across Africa and beyond, the country has long grappled with the challenges of migration governance⁴. Yet migrants continue to be portrayed by some politicians, media outlets and public figures as criminals, security threats and economic burdens, despite little reliable evidence to support these claims. Indeed, available evidence suggests that migrants are more frequently the victims of crime than its perpetrators⁵. The term *migrant* is also commonly treated as a single, undifferentiated category, obscuring important legal distinctions between migrant workers, traders, asylum seekers, refugees, students and visitors. These narratives shape public understandings of migration and create a political environment in which increasingly restrictive and enforcement-oriented responses appear both necessary and legitimate⁶.

[4] Against this backdrop, this article draws on framing theory and social constructionism to examine how these representations are produced, reinforced and normalised through political discourse, media narratives and institutional practices⁷. It further engages with the concepts of crimmigration and penal governance to explain how these constructions become embedded in legal rules, administrative practices and coercive forms of immigration enforcement, ultimately contributing to the criminalisation of migration⁸.

[5] South Africa’s criminalisation of migration is not entirely new. Its roots can be traced to earlier immigration control frameworks, including the Aliens Control Act and apartheid-era forms of mobility control. Klaaren and Ramji’s earlier analysis of post-apartheid migration policing is important in this regard, as they argue that South Africa’s approach to migration policing has

² AAS Katja Franko, *The ordered and the bordered society: Migration control, citizenship, and the northern penal state*, in: *The borders of punishment: Migration, citizenship, and social exclusion*, Oxford 2013, p. 23.

³ STUMPF Juliet, *The crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power*, American University Law Review (Vol. 56/2) 2006, pp. 367-419.

⁴ CRUSH Jonathan / WILLIAMS Vincent, *Criminal tendencies: Immigrants and illegality in South Africa*, SAMP Migration Policy Brief No. 10, 2002, p. 1.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, p. 3.

⁷ TARISAYI Kudzayi Savious, *Framing Operation Dudula and anti-immigrant sentiment in South African media discourse*, Indonesian Journal of Education and Social Sciences (Vol. 3/1) 2024, p. 34.

⁸ Stumpf, ‘*The crimmigration crisis*’, pp. 367-419.

remained largely unchanged since the end of apartheid⁹. They further show how law, bureaucracy and policing can contribute to the production of “illegality”, particularly where documentation systems are inaccessible, arbitrary or implemented through intrusive policing practices¹⁰. The present article therefore does not claim that penal migration governance emerged only recently. Rather, it argues that what is new is the intensification and normalisation of penal logic through recent enforcement operations, biometric verification, detention practices, deportation drives, political rhetoric and proposed legal reforms.

[6] The article’s core argument is that punitive migration governance in South Africa is produced through the interaction of three developments. First, administrative weakness and documentation failures create or deepen irregular status. Secondly, legal frameworks attach criminal, detention or deportation consequences to that status. Thirdly, intensified enforcement operations, political rhetoric and technological border control normalise the treatment of migrants as objects of suspicion, surveillance and removal. Increased enforcement alone does not necessarily amount to criminalisation. It becomes crimmigration where immigration control is implemented through penal mechanisms or where administrative irregularity is treated as criminality.

[7] Methodologically, the article adopts a doctrinal and contextual legal analysis. It examines South African immigration and refugee legislation, constitutional principles, relevant case law, policy developments and enforcement practices, while drawing on crimmigration, border criminology and South African migration governance scholarship. The article also uses selected enforcement examples, including Operation New Broom, to illustrate how the legal framework operates in practice. Its aim is not to provide a general account of all migration-related rights violations, but to show how particular legal and institutional mechanisms produce punitive migration governance.

[8] The analysis proceeds in five parts. Part I defines crimmigration in the South African context, historicises penal migration governance and identifies its key drivers. Part II examines the legal architecture of penal migration governance, focusing on immigration-related offences, detention, deportation and asylum seeker protection. Part III analyses enforcement practices, including Operation New Broom, multi-agency inspections, technological verification and the Border Management Authority. Part IV considers the constitutional and human rights implications of penal migration governance. Part V places South Africa in comparative perspective by considering the United States as a more developed crimmigration model, while emphasising the distinctive constitutional, historical, racial, regional and administrative features of the South African case.

[9] The article concludes that South Africa’s migration regime should not be understood as having moved neatly from administrative immigration control to penal governance. Rather, punitive features have long been present in South African migration control, but recent legal, institutional and enforcement developments have intensified and normalised them. A rights-based recalibration of migration governance therefore requires more than limits on detention or deportation. It requires attention to the administrative systems, legal categories, political narratives and enforcement practices through which irregularity is produced and punished.

⁹ KLAAREN Jonathan / RAMJI Jaya, *Inside illegality: Migration policing in South Africa after apartheid*, Africa Today (Vol. 48/3) 2001, p. 35.

¹⁰ *Ibid*, pp. 39, 42.

I. Crimmigration

A. Defining Crimmigration in the South African Context

[10] “Crimmigration” refers to the growing convergence between immigration control and criminal justice¹¹. At its broadest, the term captures the increasing use of criminal-law tools, penal logic and enforcement practices to regulate migration¹². It is not limited to the creation of immigration-related offences. It also includes the use of policing, detention, deportation, surveillance and other coercive mechanisms to manage migration status, presence and movement¹³. Border criminology similarly shows that punishment increasingly operates beyond prisons and criminal courts, including through borders, detention centres and deportation systems¹⁴.

[11] This definition distinguishes crimmigration from broader anti-migrant hostility and from related but distinct concepts. Criminalisation refers to the legal process through which conduct, status or presence is made punishable through criminal offences, penalties or prosecution¹⁵. Securitisation refers to the framing of migration as a threat to national security, public order or social stability¹⁶. Xenophobia or particularly Afrophobia, refers to social hostility towards perceived foreigners, which, in South Africa is often racialised and directed particularly at Black African non-nationals¹⁷. Administrative dysfunction refers to state failures in documentation, processing, access to immigration services and status verification¹⁸. Rights violations refer to unlawful infringements of constitutional or international protections. Penal governance is broader than formal criminal punishment and describes a mode of rule that manages populations through coercion, detention, surveillance, exclusion and stigma¹⁹. Crimmigration intersects with all these categories, but should not be treated as synonymous with them. It becomes visible where immigration control is carried out through criminal-law tools, policing, detention, deportation, surveillance or other penal and

¹¹ KOGOVŠEK ŠALAMON Neža / FRETT Barry / KETCHUM Elizabeth Stark, *Global crimmigration trends*, in: *Causes and consequences of migrant criminalization*, Cham 2020, p. 4.

¹² European Center for Populism Studies, *Crimmigration*, n.d.; Kogovšek Šalamon / Frett / Ketchum, ‘Global crimmigration trends’, pp. 3–25.

¹³ FRANKO Katja, *Criminal justice in the age of crimmigration*, Annual Review of Criminology (Vol. 9/1) 2026, pp. 299–304.

¹⁴ BOSWORTH Mary, *Border criminology and the changing nature of penal power*, in: *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford 2017, p. 385.

¹⁵ DUFF Antony / HÖRNLE Tatjana, *Principles of criminalisation*, in: *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, Cambridge 2025, p. 15.

¹⁶ BUZAN Barry / WÆVER Ole / DE WILDE Jaap, *Security: A new framework for analysis*, Boulder 1998, pp. 23-26; HUYSMANS Jef, *The European Union and the securitization of migration*, Journal of Common Market Studies (Vol. 38/5) 2000, p. 758.

¹⁷ TSHISHONGA Ndwakhulu, *The impact of xenophobia-Afrophobia on the informal economy in Durban CBD, South Africa*, The Journal for Transdisciplinary Research in Southern Africa (Vol. 11/4) 2015, p. 165.

¹⁸ *Scalabrini Centre of Cape Town and Another v Minister of Home Affairs and Others* [2023] ZACC 45, paras. 9-10, 13; KHAN Fatima / SCHREIER Tal (eds), *Refugee Law in South Africa*, Cape Town 2014, p. 143.

¹⁹ BRANDARIZ José Angel, *An expanded analytical gaze on penal power: Border criminology and punitiveness*, International Journal for Crime, Justice and Social Democracy (Vol. 10/2) 2021, pp. 99-102; BARKER Vanessa, *Penal power at the border: Realigning state and nation*, Theoretical Criminology (Vol. 21/4) 2017, pp. 444-445, 449-451.

quasi-penal mechanisms²⁰. The concern is therefore not only that migrants are treated harshly, but that administrative questions of entry, status and residence are increasingly governed through tools associated with punishment, risk management, detention and expulsion²¹.

[12] In the South African context, this distinction is particularly important because migration is often treated as a single, undifferentiated category in public and political discourse. In reality, the term “migrant” may refer to workers, traders, students, visitors and other persons who move for different reasons and under different legal regimes. Refugees and asylum seekers are legally distinct from other migrants because they seek international protection from persecution, conflict, serious public disorder or other forms of harm²². When these categories are viewed as the same, persons with protection claims may be treated as immigration offenders, and administrative irregularity may be recast as criminality. This failure to distinguish between legal categories contributes to the wider criminalisation of migration.

[13] Crimmigration should also not be treated as a uniform global model. The relationship between immigration law and criminal justice differs across jurisdictions and must be understood in its specific legal, institutional and historical context²³. In South Africa, this relationship is shaped by apartheid-era mobility control, the legacy of the repealed Aliens Control Act 96 of 1991, administrative failures within the Department of Home Affairs, racialised enforcement practices, regional migration dynamics and recurring xenophobic mobilisation. Apartheid and late-apartheid migration laws created a coercive architecture of exclusion, documentation control and detention²⁴, while the democratic Constitution and refugee framework later placed that architecture under a rights-based legal order. Yet the Immigration Act retained criminal offences and detention powers that continue to make irregular status vulnerable to penal treatment. In recent years, administrative backlogs, border-management reforms, biometric verification, expanded inspections and politically charged enforcement campaigns have intensified the practical reach of this penal logic. The concern, therefore, is not that immigration enforcement exists, but that it increasingly operates against people whose irregularity may have been produced or prolonged by state failure.

B. Historicising Penal Migration Governance in South Africa

[14] South Africa’s contemporary penal migration governance should not be understood as an entirely new development. It is better understood as the continuation and intensification of older techniques of racialised movement control. Under apartheid, the state regulated movement, residence and labour through pass laws, influx control, racially differentiated immigration law and coercive policing. These systems did not only regulate mobility²⁵. They criminalised unauthorised presence, enabled arrest and removal, and treated Black mobility as a problem of public order. In

²⁰ Kogovšek Šalamon / Frett / Ketchum, ‘Global crimmigration trends’, p. 5.

²¹ *Ibid.*, pp. 5–6; Franko, ‘Criminal Justice in the Age of Crimmigration’, pp. 299–304.

²² Habitat for Humanity, *Refugees, asylum seekers and migrants: The crucial difference*, 2016; SENGUPTA Somini, *Migrants or refugees? There is a difference, with legal implications*, 2015; Refugee Council of Australia, *What is the difference between a refugee, an asylum seeker and a migrant?*, 2019.

²³ Franko, ‘Criminal justice in the age of crimmigration’, p. 300.

²⁴ KLOTZ Audie, *Migration after apartheid: Deracialising South African foreign policy*, *Third World Quarterly* (Vol. 21/5) 2000, p. 832.

²⁵ TATI Gabriel, *The immigration issues in the post-apartheid South Africa: Discourses, policies and social repercussions*, *Espace populations sociétés* (Vol. 2008/3) 2008, pp. 429–430.

this sense, apartheid governance was penal in nature because it used documentation, policing, arrest and forced removal to determine who could lawfully be present in particular spaces²⁶.

[15] This history matters because apartheid's movement-control apparatus was directed not only at foreign nationals, but also at Black South Africans. Pass laws and influx control treated Black presence in urban areas as conditional, document-dependent and subject to police verification. Apartheid policing became largely devoted to policing racial mobility, with unannounced raids, stop-and-search operations and roadblocks used not only to enforce segregation, but also to suppress crime and political unrest. The difference between controlling racial groups inside the country and controlling immigrants at the border was never clear-cut. The two systems overlapped and supported each other. Both relied on the same basic technologies of governance: documentation, suspicion, policing, arrest and removal²⁷.

[16] Late-apartheid immigration control extended this logic into the regulation of cross-border mobility. Crush and McDonald identify four pillars of apartheid migration policy: racist immigration selection, the exploitation of migrant labour from neighbouring countries, tough enforcement legislation, and the refusal to adopt international refugee protection²⁸. The Aliens Control Act, enacted at the end of apartheid, consolidated this control-oriented approach. It introduced tougher penalties for unauthorised migration, expanded powers of entry, search and arrest, increased penalties for harbouring an "illegal alien", and enabled nationwide raids and deportations, particularly against Mozambican refugees and migrants²⁹. This statute, therefore, did not simply regulate entry and residence. It carried forward a penal logic in which unauthorised presence was treated as a threat requiring detection, detention and removal.

[17] The post-apartheid transition disrupted some features of this system, but it did not immediately dismantle its legal and institutional architecture³⁰. The Aliens Control Act remained in force for several years after 1994 and continued to shape immigration enforcement in the new constitutional order. Crush and McDonald describe it as one of the final pieces of apartheid legislation and argue that it remained a blunt, often unconstitutional instrument for migration management after apartheid³¹. The South African Human Rights Commission also found that, in practice, immigration enforcement under the Aliens Control Act operated arbitrarily with incidents of assault and coercion, produced wrongful detention and affected both foreigners and South Africans³².

[18] The early democratic period therefore reveals continuity rather than a clean break. Deportations rose sharply after 1994. Human Rights Watch recorded an increase from 44,225

²⁶ VIGNESWARAN Darshan, *The complex sources of immigration control*, International Migration Review (Vol. 54/1) 2020, pp. 262-263, 276-278; CRUSH Jonathan / McDONALD David A., *Introduction to special issue: Evaluating South African immigration policy after apartheid*, Africa Today (Vol. 48/3) 2001, pp. 2-4.

²⁷ Vigneswaran, 'The complex sources of immigration control', p. 277.

²⁸ Crush / McDonald, 'Evaluating South African immigration policy after apartheid', pp. 2-3.

²⁹ Crush / McDonald, 'Evaluating South African immigration policy after apartheid', pp. 3-4.

³⁰ HANDMAKER Jeff / NALULE Caroline, *Border enforcement policies and reforms in South Africa (1994-2020)*, International Institute of Social Studies Working Paper No. 686, 2021, pp. 4, 8-10.

³¹ *Ibid*, pp. 1-2; Human Rights Watch, *Prohibited persons: Abuse of undocumented migrants, asylum-seekers, and refugees in South Africa*, 1998 (cité: Human Rights Watch, *Prohibited persons*).

³² South African Human Rights Commission, *Report into the arrest and detention of suspected undocumented migrants*, Johannesburg 1999, pp. 4-7, 9.

deportations in 1988, to 96,600 in 1993, and to 180,713 in 1996, while also cautioning that rising deportation statistics may reflect intensified policing rather than an actual increase in undocumented migration³³. There was also the creation of Internal Tracing Units within the South African Police Service and the growing role of the South African National Defence Force in migration control³⁴. This suggests that post-apartheid enforcement drew on policing capacities and practices inherited from apartheid-era movement control.

[19] The South African Human Rights Commission's 1999 investigation confirms this continuity. The Commission found that many apprehensions were based on random checks, appearance, language, skin colour, or failure to produce identity documents³⁵. It also found that valid documents were sometimes ignored, destroyed or made inaccessible, that bribery and extortion were widespread, and that detention frequently occurred without adequate procedural safeguards³⁶. Significantly, the post-apartheid immigration enforcement reproduced core features of apartheid movement control: the expectation that racialised persons must constantly prove lawful presence, the use of police discretion to determine belonging, and the conversion of documentation failure into detention and removal.

[20] Klaaren and Ramji develop this argument further. They argue that South Africa's migration policing policy had not changed substantially since apartheid and that police tactics in post-apartheid enforcement operations were dramatically similar to apartheid policing practices³⁷. Their analysis of Operation Crackdown is especially important. The operation targeted areas largely populated by Black immigrants, focused on whether people had proper "passes" or immigration documents, and reportedly included the destruction of valid documents in ways that "made immigrants illegal"³⁸. They argue that Operation Crackdown exemplified the criminalisation of being Black and foreign, just as apartheid had criminalised Blackness³⁹. Operation Crackdown is therefore important not only as an example of intensified post-apartheid enforcement, but as an illustration of how immigration policing can produce the very illegality it claims to detect. Through raids, document checks and the reported destruction or disregard of valid documents, enforcement practices transformed documentation vulnerability into suspicion, arrest, detention and possible removal⁴⁰.

[21] The implication for this article is that South Africa's penal migration governance is not best understood as a recent shift from an otherwise neutral administrative system. It is better periodised as a longer-standing feature of South African mobility control that has changed form over time. Apartheid produced racialised movement control. Late apartheid consolidated immigration control through the Aliens Control Act. The early democratic period retained many of these structures while

³³ Human Rights Watch, *Prohibited persons*; CRUSH Jonathan, *Covert operations: Clandestine migration, temporary work and immigration policy in South Africa*, SAMP Migration Policy Series No. 1, 1997, p. 21.

³⁴ Crush, 'Covert operations', p. 26.

³⁵ South African Human Rights Commission, *Report into the arrest and detention of suspected undocumented migrants*, pp. 18-23.

³⁶ *Ibid*, pp. 21-24, 30-34.

³⁷ Klaaren / Ramji, 'Inside illegality', pp. 35-36.

³⁸ *Ibid*, pp. 36-37.

³⁹ *Ibid*, p. 37.

⁴⁰ *Ibid*, pp. 36-37, 40-42.

attempting partial reform. Later reforms, including the Immigration Act, intensified enforcement, detention, deportation and documentation-based control within a constitutional order that formally protects the rights of migrants. Contemporary developments such as biometric verification, intensified inspections, the BMA and Operation New Broom should therefore be read as recent intensifications of a much older penal tradition rather than as entirely new departures.

C. Drivers of Penal Migration Governance in South Africa

[22] The following subsections do not treat political rhetoric, media framing, xenophobia or administrative weakness as identical to crimmigration. Rather, they analyse these factors as drivers of penal migration governance in South Africa. Their relevance lies in how they shape the conditions under which administrative irregularity is increasingly interpreted as criminality, enforcement-led responses gain political legitimacy, and rights-based safeguards are weakened in practice. These factors do not, on their own, prove criminalisation. They become significant for crimmigration where they justify, enable or normalise the use of criminal offences, policing, detention, deportation, surveillance and other coercive mechanisms in migration control. This section therefore examines the political, social, institutional and transnational dynamics that contribute to the punitive treatment of migrants, while keeping the article's central focus on the legal and institutional mechanisms through which migration governance assumes a penal character.

1. Political Rhetoric, Xenophobia and Public Sentiment

[23] Political rhetoric plays an important role in shaping how migration is understood and governed in South Africa. It does not, by itself, amount to crimmigration. However, it becomes relevant to penal migration governance where it frames migrants as threats to public order, employment, social stability or national security, and where that framing is then used to justify stricter immigration controls, policing, detention and deportation⁴¹. In this sense, political discourse helps create the conditions under which administrative irregularity is treated as criminality, and enforcement-led responses appear politically necessary⁴².

[24] This framing is reinforced by South Africa's socio-economic conditions. High unemployment, inequality and uneven access to public services create a context in which migrants can be scapegoated for structural failures that are not caused by migration alone⁴³. South Africa's official unemployment rate was 32.7% in the first quarter of 2026, increasing from 31.4% in the previous quarter.⁴⁴ Such conditions can make exclusionary narratives more politically effective, particularly where migrants are associated with joblessness, crime, pressure on public services and informal economic competition. The relevance of these conditions to crimmigration is not that poverty or unemployment automatically produce criminalisation, but that they make punitive migration control easier to legitimise⁴⁵.

⁴¹ MACHINYA Johannes, *Migration and politics in South Africa: Mainstreaming anti-immigrant populist practice*, African Human Mobility Review (Vol. 8/1) 2022, pp. 64, 72-73; Buzan / Wæver / de Wilde, 'Security', pp. 23-26; Huysmans, 'The European Union and the securitization of migration', p. 758.

⁴² France 24, *South Africa Police Clash with Anti-Immigrant Protesters*, 2026.

⁴³ KAZIBONI Anthony / LANCASTER Lizette / MACHABAPHALA Thato / MULAUDZI Godfrey, *Scapegoating in South Africa: Busting the myths about immigrants*, ISS Southern Africa Report (53) 2022, p. 3.

⁴⁴ Stats SA, *Quarterly Labour Force Survey (QLFS) – Q1: 2026*, media release, 2026, p. 6.

⁴⁵ GORDON Steven Lawrence, *Migrants in a state of exception*, Transcience Journal (Vol. 1/1) 2010, p. 4.

[25] Xenophobia must also be understood as a distinct but connected driver of penal migration governance. It refers to hostility towards perceived foreigners and, in South Africa, is often racialised and directed particularly at Black African non-nationals⁴⁶. This is why some scholars and commentators use the term “Afrophobia” to capture the specific targeting of African migrants⁴⁷. Xenophobic violence is frequently explained through reference to unemployment, service delivery failures and economic competition, but these explanations are incomplete⁴⁸. They do not fully account for the racialised character of the hostility or the recurring depiction of African migrants as criminal, disorderly or undeserving of protection⁴⁹. Although hostility and violence against foreign nationals had long been documented in South Africa, particularly in townships and informal settlements, the May 2008 attacks represented an unprecedented escalation rather than a new phenomenon⁵⁰. Existing research demonstrates that anti-immigrant attitudes were already deeply entrenched before 2008; the nationwide attacks brought these longstanding patterns into sharp public view. Beginning in Alexandra, Johannesburg, the violence rapidly spread across the country, leaving 62 people dead, approximately 1,700 injured and more than 100,000 people displaced⁵¹.

[26] The primary targets were African foreign nationals, particularly migrants from Zimbabwe, Mozambique, Malawi, Somalia, Ethiopia and Nigeria, who were frequently singled out because of their visibility in the informal economy, linguistic and cultural differences, and perceptions that they competed for jobs, housing and public services or were associated with criminality⁵². As the deadliest outbreak of xenophobic violence in post-apartheid South Africa, the May 2008 attacks remain the defining example of how entrenched anti-migrant hostility can escalate into widespread collective violence. These attitudes continue to shape political discourse and reinforce public support for increasingly restrictive immigration policies, intensified enforcement measures and the broader criminalisation of migration.

[27] Similar dynamics were visible during the 2019 violence in Johannesburg and surrounding areas, where foreign-owned businesses were looted and foreign nationals were again associated with crime and economic threat. Over 50 businesses were reportedly affected, and the violence resulted in approximately 10–12 deaths and more than 600 arrests⁵³. Public statements by political

⁴⁶ Tshishonga, ‘The impact of xenophobia-Afrophobia on the informal economy’, p. 165.

⁴⁷ TARISAYI Kudzayi Savious / MANIK Sadhana, *An unabating challenge: Media portrayal of xenophobia in South Africa*, Cogent Arts and Humanities (Vol. 7/1) 2020, p. 2; Gordon, ‘Migrants in a state of exception’.

⁴⁸ MISAGO Jean Pierre / BULE Kabiri / MLILO Silindile, *Xenophobic violence in South Africa: An analysis of trends, causal factors and responses*, Xenowatch Quinquennial Report, African Centre for Migration and Society, 2021, pp. 23-25.

⁴⁹ MATSINHE D. Mario, *Africa’s fear of itself: The ideology of Makwerekwere in South Africa*, Third World Quarterly (Vol. 32/2) 2011, pp. 295-313.

⁵⁰ DODSON Belinda, *Locating xenophobia: Debate, discourse, and everyday experience in Cape Town, South Africa*, Africa Today (Vol. 56/3) 2010, p. 2; SMITH Matthew J., *Violence, xenophobia and the media: A review of the South African media’s coverage of xenophobia and the xenophobic violence prior to and including the events of 2008*, Politikon (Vol. 38/1) 2011, pp. 111-129; DAHLBERG Moa / THAPAR-BJÖRKERT Suruchi, *Conceptualizing xenophobia as structural violence in the lives of refugee women in Gauteng, South Africa*, Ethnic and Racial Studies (Vol. 46/12) 2023, pp. 2768-2790.

⁵¹ Dodson, ‘Locating xenophobia’, p. 2; Gordon, ‘Migrants in a state of exception’.

⁵² Human Rights Watch, *South Africa: Events of 2008*, 2009.

⁵³ Human Rights Watch, *South Africa: Punish Xenophobic Violence*, 2019; TADE Oludayo, *Xenophobia in South Africa: how family members influenced Nigerians to flee or stay*, 2022.

figures in the aftermath of these attacks reinforced the link between migration, unemployment and irregular status. For example, the then Mayor of Johannesburg, Herman Mashaba, made statements that were widely criticised. He asserted that South Africans had “nothing to apologise for” in relation to the attacks on foreign nationals and emphasised the responsibility of government, particularly the Department of Home Affairs, to address irregular migration⁵⁴. He further linked migration to unemployment, suggesting that undocumented migrants were contributing to job losses among South African citizens.

[28] In a similar vein, the current Minister of Sport, Arts and Culture and leader of the Patriotic Alliance has frequently expressed views that have been criticised as anti-migrant, including support for mass deportations and contributions to a broader hostile public discourse. His statements have often framed migrants as criminals and economic threats. In 2022, leaders of the Patriotic Alliance called on citizens to expel “illegal foreigners”, rhetoric that risked legitimising private individuals’ assumption of immigration enforcement functions and encouraging them to determine, without legal authority, who was lawfully entitled to remain in the country⁵⁵. These narratives mirrored those advanced by Operation Dudula, a movement established in June 2021 that claimed to combat crime, unemployment and pressure on public services allegedly caused by undocumented migrants. The name *dudula*, an isiZulu term meaning “to force out” or “to knock down”, encapsulates the movement’s objective of removing migrants from local communities. In doing so, the movement contributed to the normalisation of citizen-led immigration enforcement and the portrayal of undocumented migrants as legitimate targets of exclusion⁵⁶.

[29] On the other hand, South African political discourse is not uniformly anti-migrant. Julius Malema, leader of the Economic Freedom Fighters (EFF), has at times adopted a more pan-African and anti-xenophobic stance, criticising vigilante movements such as Operation Dudula and calling for greater attention to documentation, regularisation and African solidarity⁵⁷. These positions are important because they show that migration is contested within South African politics. However, political narratives do more than shape public opinion; they can also mobilise collective action. Exclusionary rhetoric may embolden organised groups and private individuals to assume immigration enforcement roles, reinforcing the perception that migrants constitute a threat requiring removal. Political discourse therefore becomes legally significant when it legitimises both state and non-state coercive responses to migration.

2. Media Perceptions and Reporting

[30] Public perceptions of politically divisive issues are profoundly shaped by the media, which frequently presents news through frames that reflect the ideological orientations and expectations of its target audiences⁵⁸. In doing so, narratives are amplified while competing perspectives are marginalised or omitted. Lerner, Roberts and Matlala observe that the media plays a vital role in

⁵⁴ BAKARE Tonye, *Xenophobia: Mayor of Johannesburg says no need to apologise to Nigeria*, 2019.

⁵⁵ SABC News, *The ANC says it will look at South Africa’s immigration challenges*, 2022.

⁵⁶ MTHOMBENI Zama, *Xenophobia in South Africa: Problematising Ubuntu as an ethical response*, *The Thinker* (Vol. 93/4) 2022, p. 64.

⁵⁷ The Guardian, *South Africa Anti-Migrant vigilante Operation Dudula registers as party for 2024 elections*, 2023; MALEMA Julius, *Julius Malema on African Unity and Migration*, 2022.

⁵⁸ GASPARYAN Olga / SIROTKINA Elena, *Media choice and audience perceptions: Evidence from visual framing of immigration in news stories*, *Plos One* (Vol. 20/9) 2025.

challenging racism, xenophobia and other forms of discrimination, but can equally reinforce prejudice where it reproduces discriminatory narratives or fails to challenge them. This is reflected in the findings of the Truth and Reconciliation Commission, which recognised that the South African media was not immune from complicity in human rights violations under apartheid⁵⁹. Against this backdrop, visual imagery and language operate together to shape public understandings of migration and influence how migrants are perceived within society.

[31] Gasparyan and Sirotkina explain that media framing shapes public understanding by selectively emphasising particular aspects of reality while marginalising others⁶⁰. In South Africa, migration reporting has frequently framed migrants and asylum seekers through a limited set of recurring narratives, portraying them as undocumented, criminal, economically burdensome or responsible for social disorder by taking away jobs and resources⁶¹. These portrayals are further reinforced through identity marking, whereby the nationality or immigration status of foreign nationals accused of crimes is foregrounded, while equivalent identifiers are less frequently emphasised when South African nationals are implicated. Relatedly, media reporting often employs selective framing, in which crimes involving migrants receive disproportionate attention or are presented as representative of the broader migrant population rather than the conduct of individual offenders⁶². Similar reporting patterns have been documented in studies of United States media, where race and immigration status are more likely to be highlighted when minority groups are implicated in crime despite substantial evidence disputing any general link between immigration and criminality⁶³.

[32] Tarisayi's empirical analysis of South African newspaper coverage demonstrates how these framing practices operate in relation to Operation Dudula. Although newspapers occasionally presented competing perspectives, coverage frequently reproduced claims that migrants were responsible for unemployment, crime and pressure on public services, often reporting the statements of politicians and anti-migrant movements without critically interrogating them⁶⁴. Rather than merely portraying migrants negatively, such reporting amplified narratives that associated migration with criminality and social decline, contributing to the political salience of immigration and reinforcing public support for increasingly restrictive and enforcement-oriented approaches to migration governance.

[33] Over time, these patterns of representation have shaped public understanding, normalised the stereotypes, and contributed to the entrenchment of xenophobic attitudes. These misleading and harmful narratives have further been reinforced by the tendency of both traditional and social media to conflate migrants, asylum seekers, and criminals, often without providing adequate context or

⁵⁹ LERNER Anna / ROBERTS Sandra / MATLALA Callies, *Race and migration in the community media: Local stories, common stereotypes*, Media Monitoring Africa, 2010, p. 8.

⁶⁰ Gasparyan / Sirotkina, 'Media choice and audience perceptions'.

⁶¹ Tarisayi, 'Framing Operation Dudula and anti-immigrant sentiment in South African media discourse', p.34; NGUBANE Londeka P., *The scarlet letter F: Foreign nationals struggle for inclusion in South Africa and against hate crimes*, Journal of Anthropological and Archaeological Sciences (Vol. 2/3) 2020, p. 255.

⁶² *Ibid.*

⁶³ DIXON Travis L., *Good guys are still always in white? Positive change and continued misrepresentation of race and crime on local television news*, Communication Research (Vol. 44/6) 2017, pp. 775–792.

⁶⁴ Tarisayi, 'Framing Operation Dudula and anti-immigrant sentiment in South African media discourse', p. 34.

nuance for readers or followers. The failure to provide adequate context obscures the structural drivers of migration, thereby reinforcing simplistic and frequently prejudicial interpretations⁶⁵.

[34] Media coverage of migration in South Africa often mirrors dominant political framing, disproportionately associating foreign nationals with crime and illegality while neglecting the broader legal and socio-economic context⁶⁶. At the same time, social media ecosystems facilitate the rapid spread of misinformation and disinformation, leaving many users ill-equipped to distinguish credible information from manipulated content or automated accounts. These dynamics shape public opinion in ways that legitimise restrictive and enforcement-oriented policy responses⁶⁷.

3. Administrative Failure and the Production of Irregularity

[35] Administrative weaknesses within South Africa's immigration and asylum systems should not, in themselves, be treated as evidence of crimmigration. It becomes relevant to penal migration governance where bureaucratic failure produces or deepens irregular status, and where that irregularity is then treated as a basis for arrest, detention, deportation or exclusion. The central concern is therefore not only that the Department of Home Affairs struggles to process applications efficiently. The more serious concern is that delays, inaccessible offices, unresolved appeals and weak regularisation pathways, documentation failures, corruption and limited access to legal status produce or prolong irregularity, leaving many migrants unable to regularise their presence despite their willingness to comply with the law⁶⁸.

[36] This dynamic is especially visible in the asylum system, where structural weaknesses are reflected in persistent institutional shortcomings within the Department of Home Affairs. These include prolonged appeal backlogs, expired asylum permits with limited practical opportunities for renewal, restricted access to Refugee Reception Offices, and the loss, destruction or confiscation of documentation, particularly affecting asylum seekers during flight, upon arrival or while attempting to regularise their status⁶⁹.

[37] The scale of the backlog became so severe that in 2021, the Department of Home Affairs and United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) launched a project to address more

⁶⁵ GORDON Steven Lawrence, *Knowledge, the media and anti-immigrant hate crime in South Africa*, in: *Mediating xenophobia in Africa. Unpacking discourses of migration, belonging and othering*, 2020, p. 100; Gasparyan / Sirotkina, 'Media choice and audience perceptions'.

⁶⁶ Gordon, 'Knowledge, the media and anti-immigrant hate crime in South Africa', p. 100.

⁶⁷ IRETON Cherilyn / POSETTI Julie (eds), *Journalism, fake news & disinformation: Handbook for journalism education and training*, Paris 2018, p. 9.

⁶⁸ AMIT Roni / KRIGER Norma, *Making migrants "il-legible": The policies and practices of documentation in post-apartheid South Africa*, *Kronos* (Vol. 40/1) 2014, pp. 269-290; *Scalabrini Centre of Cape Town and Another v Minister of Home Affairs and Others* [2023] ZACC 45, paras. 9-10, 13.

⁶⁹ South African Government News Agency, *Home Affairs signs agreement to deal with backlog of asylum seekers*, 2021; DAMONS Marecia, *Asylum seeker appeal backlog rises to 161,000 cases*, 2026; *Scalabrini Centre of Cape Town and Another v The Minister of Home Affairs and Others* [2023] ZACC 45; Klaaren / Ramji, 'Inside illegality', pp. 36-37; Global Detention Project, *Immigration detention in South Africa: Stricter control of administrative detention, increasing criminal enforcement of migration*, Geneva 2021 (cité: Global Detention Project, *Immigration detention in South Africa*), pp. 17-19.

than 153,000 asylum seekers who had waited many years for appeal decisions⁷⁰. In December 2025, the Department reported to Parliament that the Refugee Appeals Authority still had a backlog of approximately 151,802 pending cases, alongside 3,700 pending section 27 adjudications before the Standing Committee for Refugee Affairs and 7,829 matters pending consideration for withdrawal of refugee status under section 36 of the Refugees Act 130 of 1998⁷¹. Section 27 grants recognised refugees documentary recognition, constitutional protection, identity and travel documentation, and access to employment, while section 36 permits the withdrawal of refugee status, after which the person may be treated as an “illegal foreigner” under the Immigration Act. By May 2026, Parliament was informed that the asylum appeal backlog had risen to approximately 161,000 cases, including 70,976 active cases for renewal awaiting an outcome⁷². The persistence of these backlogs demonstrates that administrative dysfunction remains a defining feature of South Africa’s asylum system. As a result, many migrants are left without valid documentation through no fault of their own, rendering them vulnerable to arrest, detention and deportation despite having pending asylum claims, appeals or other regularisation processes.

[38] The practical effects of these institutional failures are particularly evident at Refugee Reception Offices (RROs). These offices are the gateway through which asylum seekers declare their intention to seek protection, lodge claims, renew documents and maintain lawful presence. Where delays, backlogs, long waiting periods and limited access to information prevent asylum seekers from promptly lodging or renewing claims, many are left undocumented despite attempting to comply⁷³. Additionally, asylum seekers often face long queues, repeated refusals of assistance, and appointment delays lasting months or even over a year⁷⁴. As a result, many remain undocumented or hold only appointment proof, leaving them vulnerable to immigration enforcement⁷⁵.

[39] Earlier research on post-apartheid migration governance shows that some asylum seekers have had to pay unofficial fees simply to lodge claims, obtain access to officials, use interpreters, renew documents or secure assistance from decision-makers⁷⁶. Those unable to pay may abandon the process and remain in the country without documents⁷⁷. Thus, the state’s own administrative practices produce irregularity⁷⁸. This exposes them to arrest, detention and deportation for delays that are largely attributable to the state’s own administrative failures, creating a “Catch-22” in which administrative barriers produce the very irregularity that subsequently becomes the basis for coercive immigration enforcement.

⁷⁰ South African Government News Agency, [Home Affairs signs agreement to deal with backlog of asylum seekers](#).

⁷¹ Parliamentary Monitoring Group, *Question NW6919 to the Minister of Home Affairs*, 2025.

⁷² Damons, [Asylum seeker appeal backlog rises to 161,000 cases](#).

⁷³ DUMA Thandeka, *Long delays in processing asylum claims disgraceful*, 2014.

⁷⁴ WASHINYIRA Tariro / CHIRUME Joseph, *Refugees face “No Hope” Service from Home Affairs*, 2023.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ WA KABWE-SEGATTI Aurelia / LANDAU Loren (eds), *Migration in post-apartheid South Africa: Challenges and questions to policy-makers*, Paris 2008, p. 182; AMIT Roni, *Queue here for corruption: Measuring irregularities in South Africa’s asylum system*, Johannesburg 2015 (cité: AMIT, ‘Queue here for corruption’), p. 20; Global Detention Project, [Immigration detention in South Africa](#), pp. 18-19.

⁷⁷ Wa Kabwe-Segatti / Landau, ‘Migration in post-apartheid South Africa’, p. 182.

⁷⁸ Duma, [Long delays in processing asylum claims disgraceful](#).

[40] The Constitutional Court's decision in *Scalabrini Centre of Cape Town and Another v Minister of Home Affairs and Others* illustrates the danger of converting documentation lapses into loss of protection⁷⁹. The challenged provisions required asylum seekers to renew their visas within one month of expiry, failing which their claims could be deemed abandoned⁸⁰. The practical consequence was that a person with a potentially valid refugee claim could be required to leave South Africa or face deportation without the merits of the claim being assessed⁸¹. The Court confirmed that the provisions were unconstitutional, noting that they exposed asylum seekers and their children to the risk of arrest, detention and deportation simply because a visa had not been renewed⁸². This is central to the article's argument. In a dysfunctional system, expired documents may reflect prolonged queues, transport costs, poverty, inaccessible offices or bureaucratic delay rather than deliberate non-compliance.

[41] A further consequence of administrative dysfunction is the frequent conflation of legally distinct categories of non-citizens. Asylum seekers, refugees, economic migrants and undocumented migrants are often treated as a single category of "illegal foreigners", despite the different legal rights and protections applicable to each⁸³. This collapse of legal distinctions expands the reach of immigration enforcement by exposing individuals with protection claims or pending regularisation processes to arrest, detention and deportation⁸⁴. In this way, administrative simplification enables coercive enforcement by treating documentation status as a proxy for criminality or deportability.

[42] The same documentation-centred logic also affects persons with claims to South African citizenship. South African citizens and children entitled to citizenship may struggle to prove their status because of late birth registration, missing records, administrative delay, uncertain parentage, orphanhood, abandonment or barriers faced by mixed-nationality families⁸⁵. These issues should not be treated as identical to immigration enforcement. However, they show that South Africa's documentary regime can produce exclusion even where a person has an underlying legal entitlement to belong. Where proof of legal status cannot readily be produced, administrative failure may become a basis for suspicion, denial of services or even wrongful treatment as a foreigner.

[43] A crimmigration analysis therefore asks what happens after administrative failure has produced documentary vulnerability. Where a person without valid documentation is treated as an "illegal foreigner", subjected to status verification, arrested, detained or deported, administrative failure becomes a gateway to penal migration governance. This does not mean that every undocumented person is undocumented because of state failure, nor does it mean that immigration enforcement is illegitimate. It means that enforcement becomes constitutionally and conceptually troubling where the same state that fails to provide accessible documentation later relies on the absence of

⁷⁹ *Scalabrini Centre of Cape Town and Another v The Minister of Home Affairs and Others* [2023] ZACC 45.

⁸⁰ Refugees Act 130 of 1998, ss. 22(12), 22 (13).

⁸¹ *Ibid*, paras. 7-8.

⁸² *Ibid*, paras. 46-47.

⁸³ MOYO Khangelani / ZANKER Franzisca, *No hope for the "foreigners": The conflation of refugees and migrants in South Africa*, Journal of Immigrant and Refugee Studies (Vol. 20/2) 2022, p. 253.

⁸⁴ *Ibid*, pp. 253-265; Global Detention Project, 'Immigration detention in South Africa', pp. 17-19.

⁸⁵ MULLER Liesl H., *The law is not enough: Realising the child's right to a nationality in South Africa*, Statelessness & Citizenship Review (Vol. 4/2) 2022, p. 256; EKAMBARAM Sharon / MDABE Lindokuhle / BUMBA Geruza, *Why women in rural communities continue to be the face of statelessness in South Africa*, 2023.

documentation to justify coercive control. In such cases, irregularity is not simply a pre-existing legal fact. It is an administrative condition that may be produced, prolonged and then punished.

4. Legal and Policy Frameworks

[44] Legal and policy frameworks play a central role in producing penal migration governance. This is done not only by expressly criminalising certain immigration-related conduct, but also by creating legal categories and procedures through which administrative irregularity becomes linked to surveillance, detention, deportation and exclusion. In this sense, the legal framework does not merely regulate migration. It helps determine when a person becomes legible to the state as irregular, removable or subject to coercive control. This is why scholars of crimmigration and deportability argue that migrant “illegality” is not simply an existing fact that the state identifies. Rather, it is produced through laws, documents, enforcement powers and institutional practices that decide who may remain, who may be removed, and who may be punished for failing to comply⁸⁶. The detailed statutory architecture through which this occurs is examined later. For present purposes, the point is that law and policy operate as one of the drivers through which migration control becomes increasingly punitive.

[45] This is particularly important in the South African context because migration law has long relied on categories that attach suspicion and coercive consequences to legal status. Klaaren and Ramji argue that South African immigration legislation has historically produced the “illegal immigrant” not only as a person outside legal regulation, but as a person constructed as contrary to law⁸⁷. The shift from the Aliens Control Act’s category of the “prohibited person” and “illegal alien” to the Immigration Act’s language of the “illegal foreigner” did not simply modernise terminology. It preserved a legal structure in which status-based irregularity could trigger apprehension, detention, deportation and exclusion⁸⁸. The significance of these categories lies in their practical effects: once a person is classified as an “illegal foreigner”, the legal system makes available a set of coercive administrative and penal tools that would not otherwise apply.

[46] Most recently, the Cabinet-approved Revised White Paper on Citizenship, Immigration and Refugee Protection has generated significant public debate regarding the future direction of South Africa’s migration policy⁸⁹. Although these reforms are framed as measures to improve efficiency, prevent abuse and strengthen national security⁹⁰, they also signal a policy direction in which migration governance is increasingly organised around screening, monitoring, deterrence and removal. The proposal to establish specialised immigration courts, together with the expansion of integrated digital monitoring systems, signals a further institutionalisation of immigration

⁸⁶ DE GENOVA Nicholas P., *Migrant “illegality” and deportability in everyday life*, Annual Review of Anthropology (Vol. 31/1) 2002, pp. 419-440; Stumpf, ‘*The crimmigration crisis*’, pp. 378-391; LEGOMSKY Stephen H., *The new path of immigration law: Asymmetric incorporation of criminal justice norms*, Washington and Lee Law Review (Vol. 64/2) 2007, pp. 471-477.

⁸⁷ Klaaren / Ramji, ‘*Inside illegality*’, pp. 40-42.

⁸⁸ *Ibid*; PEBERDY Sally / CRUSH Jonathan, *Rooted in racism: The origins of the Aliens Control Act*, in: *Beyond control: Immigration and human rights in a democratic South Africa*, Cape Town 1998, pp. 33-34.

⁸⁹ Department of Home Affairs, *Cabinet Approved Final Revised White Paper on Citizenship, Immigration and Refugee Protection*, Government Gazette, 26 March 2026 (cité: Department of Home Affairs, Cabinet Approved Final Revised White Paper).

⁹⁰ *Ibid*, pp. 10,44-46.

enforcement⁹¹. Although administrative in form, these mechanisms strengthen the state's capacity to identify, process and remove migrants through increasingly formalised adjudicative and enforcement structures.

[47] Read together with the Immigration Act, the Refugees Act 130 of 1998 and the Refugee Regulations, 2017, the proposed reforms illustrate a broader shift towards penal migration governance⁹². Rather than resolving the administrative failures that often produce irregular migration, they expand the legal and institutional mechanisms through which migrants become subject to surveillance, detention, deportation and other coercive forms of immigration control. The implications of these proposals for asylum access and non-refoulement are considered later in the discussion of intensified enforcement.

5. Securitisation of Migration and Law Enforcement Practices

[48] Securitisation theory explains how migration becomes constructed as a security threat requiring exceptional state intervention⁹³. While the Copenhagen School emphasises the role of political discourse in framing migration as a threat, the Paris School focuses on the everyday bureaucratic practices—such as surveillance, border management and immigration policing—that institutionalise migration control⁹⁴. Together, these perspectives explain how migration comes to be governed primarily through security and enforcement rather than protection.

[49] Both discursive and institutional forms of securitisation are evident in the South African context. At the level of speech acts, political leaders have frequently framed migrants as threats to employment, public safety, and national identity. Such rhetoric has been particularly pronounced in the periods preceding major outbreaks of xenophobic violence, during which migrants have routinely been portrayed as competitors for employment, housing and public services, and as contributors to crime and social instability⁹⁵. By constructing migration as a threat requiring exceptional state intervention, these narratives legitimise increasingly restrictive immigration policies and coercive enforcement practices, thereby reinforcing the criminalisation of migration through penal migration governance⁹⁶.

[50] At the same time, securitisation is embedded in everyday governance practices. Legislative and institutional developments, such as the Border Management Authority Act 2 of 2020, have strengthened border enforcement and surveillance, while ongoing policing operations and documentation regimes administered by the Department of Home Affairs South Africa continue to treat migration as a matter of control and risk management. These bureaucratic practices operate routinely, often without overt political framing, yet they reinforce the construction of migrants as security concerns.

⁹¹ *Ibid* paras. 129–131.

⁹² Refugees Act 130 of 1998, ss. 21(4), 22(6), 23; Refugee Regulations, 2017, regs. 2(2), 8(1), 10.

⁹³ FARNY Elisabeth, *Implications of the securitisation of migration*, E-International Relations (Vol. 29/1) 2016, pp. 1–8.

⁹⁴ SIBANDA Sehlule / NYERE Chidochashe, *The securitization of African immigrants in South Africa*, *Frontiers in Political Science* (Vol. 8/1) 2026, p. 2.

⁹⁵ Tarisayi, 'Framing Operation Dudula and anti-immigrant sentiment in South African media discourse', p. 34.

⁹⁶ Sibanda / Nyere, 'The securitization of African immigrants in South Africa', p. 2.

[51] Together, these dynamics illustrate how securitisation in South Africa operates through a mutually reinforcing relationship between rhetoric and practice. Political discourse constructs migration as a security threat, while institutional practices such as surveillance, immigration policing and border enforcement translate that narrative into routine governance. In doing so, securitisation provides the conditions under which increasingly coercive forms of migration control become normalised, reinforcing the criminalisation of migration through penal migration governance.

6. Global and Regional Trends

[52] Since 9/11, many states have increasingly framed border control through security, counter-terrorism and risk-management logics⁹⁷. South Africa's migration policy reflects this broader global trend toward the securitisation of migration, in which irregular mobility is increasingly framed as a security concern linked to crime, terrorism, and transnational threats. This framing has contributed to the expansion of detention regimes, the acceleration of deportation processes, and the growing use of surveillance technologies in border governance⁹⁸. Contemporary enforcement practices in South Africa similarly reflect these developments, with increased reliance on biometric systems, multi-agency raids, and intensified deportation operations. Taken together, these measures illustrate the localisation of Western-style border enforcement logics, where migration control is primarily approached as an issue of security and risk management rather than rights protection⁹⁹.

[53] This securitised approach is not limited to Western states and South Africa, but is also evident across parts of the African continent. Kenya provides a clear example of this trend, as its migration and refugee policy has increasingly been shaped by counter-terrorism priorities. In particular, governance of Somali refugees has been heavily securitised, with encampment policies and intensified screening measures introduced in response to security concerns associated with Al-Shabaab¹⁰⁰. Similarly, Libya has become a key site of externalised European border control, where EU-supported interception and detention practices have contributed to the containment and return of migrants attempting to cross the Mediterranean. In North Africa more broadly, Tunisia and Morocco have also intensified border enforcement in response to European Union pressure to curb irregular migration flows¹⁰¹.

[54] Overall, South Africa's migration regime should be understood as part of a wider global and regional pattern in which migration is increasingly governed through security-oriented and exclusionary logics, reinforcing the shift toward crimmigration across multiple jurisdictions.

⁹⁷ CHUMBA Christopher / OKOTH Pontian Godfrey / WERE Edmond, *Effectiveness of border surveillance strategies in the management of transnational terrorism in Kenya and Somalia*, International Journal of Political Science (Vol. 2/2) 2016, p. 42.

⁹⁸ BIGO Didier, *Security and immigration: Toward a critique of the governmentality of unease*, Alternatives: Global, Local, Political (Vol. 27/1) 2002, p. 2.

⁹⁹ South African Government, *Home Affairs launches Operation New Broom and biometric verification to combat illegal immigration*, 2025.

¹⁰⁰ Chumba / Okoth / Were, 'Effectiveness of Border Surveillance Strategies', p. 42.

¹⁰¹ Statewatch, *Impunity for war criminals and the European migration strategy in Libya*, 2025.

II. Legal Architecture of Penal Migration Governance in South Africa

[55] South Africa's Immigration Act 13 of 2002 is formally an administrative statute concerned with entry, residence, departure and immigration status. However, it also contains criminal offences, detention powers and deportation mechanisms that bring immigration regulation into close contact with penal power. This section therefore does not treat all immigration enforcement as criminalisation. Instead, it distinguishes between three related but separate mechanisms: formal criminal offences under the Immigration Act; administrative detention and deportation under section 34 of the Immigration Act 13 of 2002, as amended by the Immigration Amendment Act 11 of 2025 once commenced; and the qualified protection of asylum seekers under the Refugees Act 130 of 1998. Read together, these mechanisms show how migration governance may assume a penal character even where the state formally describes its actions as administrative regulation rather than punishment¹⁰².

A. Formal Criminal Offences Under the Immigration Act

[56] The clearest form of criminalisation appears in section 49 of the Immigration Act, which creates criminal offences for various forms of migration-related conduct. These include entering or remaining in the Republic in contravention of the Act, failing to depart after being ordered to do so, assisting unlawful entry or stay, knowingly employing an undocumented foreign national, producing or using false documentation, impersonating an immigration officer and participating in conduct intended to contravene the Act. Depending on the offence, conviction may result in a fine or imprisonment. This is the point at which immigration law most directly adopts the form of criminal law: administrative non-compliance is not merely corrected through status regularisation or removal, but is made punishable through prosecution and sentence.

[57] The significance of section 49 is not that every migration-related offence is trivial or that the state may never regulate entry and residence. Rather, the concern is that the Act criminalises forms of conduct and presence that are unlawful because of immigration status, documentation or administrative non-compliance. This blurs the line between administrative irregularity and criminal wrongdoing¹⁰³. A person who overstays, fails to regularise status or lacks valid documentation may be treated not only as someone subject to administrative correction, but as an offender. This is a central feature of crimmigration: the legal status of the migrant becomes the basis for criminal sanction¹⁰⁴.

[58] This conflation of status and criminality is not novel but has deep legislative roots in South Africa's migration regime. The Aliens Control Act 96 of 1991 (repealed), enacted during the late apartheid period, marked a decisive shift towards punitive migration governance. It introduced criminal penalties for immigration-related violations¹⁰⁵, prohibited the employment of

¹⁰² Stumpf, 'The crimmigration crisis', pp. 367-419.

¹⁰³ CHACÓN Jennifer M., *Overcriminalizing immigration*, Journal of Criminal Law and Criminology (Vol. 102/3) 2012, pp. 613-615.

¹⁰⁴ *Ibid* p. 650.

¹⁰⁵ Aliens Control Act 96 of 1991 (Repealed), ss. 57-58.

undocumented persons¹⁰⁶, and authorised extensive detention powers, including detention pending deportation¹⁰⁷. In doing so, it established the statutory architecture upon which the Immigration Act was later built and refined, for example “Illegal aliens” became “Illegal foreigners”. This legislative trajectory embedded a penal logic at the core of migration control, laying the foundation for what is now understood as the “crimmigration” paradigm, in which immigration law increasingly mirrors the techniques and rationalities of criminal justice, and migration status has repeatedly been linked to suspicion, documentation checks, detention and removal¹⁰⁸.

[59] Criminal liability also extends beyond migrants themselves to those who interact with them. Section 38(1) creates a form of strict or near-strict liability for employers, rendering it an offence to employ an undocumented foreign national, with penalties including fines and imprisonment. Section 49(1)(b) prohibits knowingly aiding or assisting an illegal foreigner, including providing accommodation or employment. These provisions enlist private actors, including employers and service providers, into immigration enforcement. They also expand the social reach of penal migration governance by turning work, accommodation, documentation and assistance into possible sites of criminal liability. This does not mean that all employer regulation is illegitimate. It means that the legal framework uses criminal sanction to deter forms of association with undocumented migrants and thereby reinforces the idea that irregular migration is a social harm to be punished.

[60] Recent enforcement discourse has further underscored this punitive orientation. President Cyril Ramaphosa has repeatedly emphasised this provision, warning employers in November 2025 that they “could face jail time” for hiring undocumented workers¹⁰⁹. This position was reiterated in the February 2026 State of the Nation Address, where the President announced the appointment of 10,000 additional labour inspectors to intensify compliance measures¹¹⁰. They signal that the state is increasingly prepared to govern migration through inspection, sanction and deterrence, rather than through regularisation, administrative reform and rights-based status determination.

B. Administrative Detention and Deportation under Section 34

[61] The legal and policy developments discussed above ultimately find expression through the state’s arrest, detention and deportation powers. Once migrants are identified as an “illegal foreigner”, whether through immigration violations or administrative dysfunction, section 34 of the Immigration Act authorises their arrest and detention pending deportation. Any such detention must be in line with sections 12 and 35 of the Constitution, which prohibit arbitrary deprivation of freedom and require detention to comply with dignity and due process.

[62] Although immigration detention is formally justified as an administrative mechanism to facilitate deportation, it frequently assumes punitive characteristics in practice. Individuals may be detained for up to 30 days, with judicially authorised extensions of up to 90 days, in prison-like facilities where they experience severe restrictions on their liberty and are subjected to procedures

¹⁰⁶ Aliens Control Act (Repealed), s. 32.

¹⁰⁷ Aliens Control Act (Repealed), ss. 43-47.

¹⁰⁸ Crush / Williams, ‘*Criminal tendencies*’, pp. 10-11; Klaaren / Ramji, ‘*Inside illegality*’ p. 35.

¹⁰⁹ SEOKWANG Lesego, “[Stop employing illegal foreigners or face possible jail time](#)” – Ramaphosa, 2025.

¹¹⁰ Department of Employment and Labour, [Department of Employment and Labour Welcomes the President’s SONA Focus on Jobs, Enforcement and Inclusive Economic Growth](#), 2026.

analogous to those employed within the criminal justice system¹¹¹. The Global Detention Project reports that undocumented migrants arrested on DHA warrants are sometimes held briefly in facilities such as Westville Prison and Pollsmoor Prison before transfer to Lindela Repatriation Centre, a dedicated immigration detention facility used to hold individuals pending deportation¹¹². This demonstrates the convergence of administrative and penal logic.

[63] The Immigration Amendment Act 11 of 2025, assented to by the President on 11 May 2026, but has not yet commenced, reflects the continuing tension between procedural fairness and immigration enforcement¹¹³. While the Act introduces additional safeguards, including judicial oversight, an individualised assessment of detention, and consideration of release subject to reasonable conditions, it also formalises the statutory framework governing detention pending deportation. Section 34(1A) requires immigration officers to interview the foreigner concerned before deciding whether detention is necessary and, where detention is maintained, to bring the detainee before a court within 48 hours, or on the next court day where necessary, for an independent determination of whether continued detention is justified¹¹⁴. The amendment further provides for periodic judicial reconsideration of detention and permits detainees to make representations before the court.

[64] These measures strengthen procedural fairness and reduce the risk of arbitrary detention. However, they do not alter the underlying premise that detention pending deportation remains one of the principal mechanisms through which the state enforces immigration law against persons classified as “illegal foreigners”. The amendment therefore illustrates the tension at the heart of penal migration governance. On the one hand, it responds to constitutional defects by strengthening judicial supervision. On the other, it preserves detention as a key tool of deportation and continues to organise immigration control around arrest, detention and removal.

[65] Several concerns nevertheless remain. The Act grants immigration officers broad discretion without clearly defining the factors they must consider, or the conditions they may impose, when deciding whether to release a detained foreign national. This creates a risk of arbitrary, inconsistent or unlawful decision-making, particularly if detailed regulations are not introduced alongside the amendment. Similarly, although the Act permits conditional release where this is in the interests of justice, it does not define what that standard requires in the immigration detention context. Without clearer guidance, the standard may be applied unevenly and may produce unfair or unconstitutional outcomes.

[66] Procedural fairness is also a significant concern. The Act does not adequately guarantee reliable access to interpreters or legal representation, both of which are essential for fair hearings and lawful decision-making. Language barriers and the absence of legal assistance may therefore undermine the effectiveness of the safeguards introduced by the amendment. Accordingly, while the Act’s objective of strengthening judicial oversight is important, its practical fairness will depend not only on its text, but also on implementation.

[67] If courts, immigration officers and detention facilities treat judicial oversight as a formal step within an otherwise automatic removal process, the amendment may constitutionalise procedure

¹¹¹ Lawyers for Human Rights, *Report: Status of Immigration Detention in South Africa*, December 2023.

¹¹² Global Detention Project, ‘*Immigration detention in South Africa*’, p. 37.

¹¹³ Parliament of South Africa, *Immigration Amendment Act*, 2025.

¹¹⁴ Immigration Amendment Act 11 of 2025, s. 34(1A)(a).

without fully displacing the penal logic of immigration detention. Its significance therefore lies in this unresolved duality: it strengthens procedural safeguards, but does so within a framework that continues to rely on detention, removal and state coercion as central instruments of immigration control.

C. The Asylum Seeker Exception and Its Limits

[68] The interaction between immigration control and refugee protection demonstrates that penal migration governance is not absolute. The Refugees Act 130 of 1998 establishes a distinct protection regime for persons seeking international protection. In *Ruta v Minister of Home Affairs*¹¹⁵, the Constitutional Court held that where an individual expresses an intention to apply for asylum, the Refugees Act rather than the Immigration Act governs their legal position. The Court emphasised that prospective asylum seekers must be afforded a genuine opportunity to access the asylum system and should not be treated as “illegal foreigners” merely because they have not yet lodged a formal asylum application¹¹⁶.

[69] Recent jurisprudence has, however, qualified this protective approach. In *Ashebo v Minister of Home Affairs*¹¹⁷, the Constitutional Court held that an expression of an intention to seek asylum does not automatically entitle an undocumented foreign national to release from detention. Instead, the applicant must demonstrate “good cause” for their irregular entry or delayed application before accessing the asylum process. While *Ashebo* does not overturn *Ruta*, it narrows the practical scope of its protection by conditioning access to the asylum system on an additional evidentiary burden. This represents a significant qualification of the earlier protective approach reflected in *Bula v Minister of Home Affairs* and *Ruta*, both of which recognised that the protections of the Refugees Act extend to prospective asylum seekers before the formal lodgement of an asylum application¹¹⁸.

[70] Similarly, in *Ersumo v Minister of Home Affairs*¹¹⁹, the Supreme Court of Appeal held that delay in seeking asylum does not, without more, justify denying access to the asylum process, recognising that the Refugees Act affords protection even prior to the formal submission of an application. By requiring applicants to establish “good cause” for their irregular entry or delayed application, *Ashebo* introduces an additional threshold that narrows the practical scope of these earlier protections.

[71] The Constitutional Court’s reasoning in *Ashebo* was reaffirmed in *Lembore v Minister of Home Affairs*¹²⁰, where the Court applied the good-cause requirement to six Ethiopian and Somali nationals who had entered South Africa irregularly and were subsequently arrested and detained under the Immigration Act. The applicants said they had fled persecution and violence in Ethiopia and Somalia, had crossed the Zimbabwe border without passports, and wanted to apply for asylum but were arrested before they could do so. The earlier guarantee of a 14-day period to enable asylum seekers to regularise their status has effectively fallen away. The current framework does not provide a clear or automatic grace period, instead placing the burden on individuals to promptly

¹¹⁵ *Ruta v Minister of Home Affairs* [2018] ZACC 52.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ashebo v Minister of Home Affairs and Others* [2023] ZACC 16.

¹¹⁸ *Bula and Others v Minister of Home Affairs and Others* [2011] ZASCA 209.

¹¹⁹ *Ersumo v Minister of Home Affairs and Others* [2012] ZASCA 31.

¹²⁰ *Lembore and Others v Minister of Home Affairs and Others* [2024] ZAGPJHC 102.

access the asylum system or justify any delay. This shift increases the risk of detention and enforcement, further contributing to the criminalisation of irregular entry¹²¹.

[72] Additionally, the ruling in *Ashebo* appears to conflict with well-established principles of international refugee law governing irregular entry. Article 31(1) of the 1951 Refugee Convention prohibits the penalisation of refugees on account of their unlawful entry or presence, provided they come directly from a territory where their life or freedom was threatened and present themselves without delay¹²². This reflects the reality that irregular entry is often an inherent consequence of forced displacement rather than a matter of choice, as refugees frequently have no realistic opportunity to comply with ordinary immigration requirements and may be compelled to enter a country without valid documentation or through irregular routes in order to reach safety.

[73] The UNHCR has further emphasised that states must avoid imposing unrealistic evidentiary or procedural requirements, particularly regarding identity documentation, given the conditions under which refugees flee. In practice, however, the requirement to demonstrate “good cause” for irregular entry or delayed application risks undermining these protections by effectively penalising asylum seekers for circumstances inherent to forced displacement¹²³.

III. Enforcement Practices and Penal Logic

[74] The punitive potential of South Africa’s immigration framework emerges through the exercise of immigration powers in practice. Although immigration enforcement is a legitimate function of the state, it may assume a penal character when arrest, detention and deportation are employed in response to irregularity produced or prolonged by administrative barriers to regularisation. Enforcement therefore extends beyond the regulation of migration and functions as a mechanism of punishment and exclusion. This punitive dynamic is shaped not only by enforcement practices but also by political discourse that portrays undocumented migrants as threats to national security, economic stability and social cohesion, thereby legitimising more coercive forms of immigration enforcement and making punitive migration governance politically acceptable.

A. Intensified Enforcement and the Expansion of Penal Logic

[75] South Africa’s contemporary immigration enforcement is increasingly characterised by coordinated, visible and technology-assisted operations. Operation New Broom illustrates this development. Launched by the Department of Home Affairs, the operation targets designated “hotspot areas” within metropolitan municipalities, and uses biometric technology to identify and process persons suspected of being unlawfully present in South Africa¹²⁴. According to the Minister of Home Affairs, Leon Schreiber, the initiative seeks to “combat illegality” while operating within

¹²¹ *Bula v Minister of Home Affairs*, para. 70; Refugee Regulations (Forms and Procedures) 2000, reg. 2(2); UNHCR, *Global Trends: Forced Displacement in 2018*, 2019, p. 47.

¹²² Convention relating to the Status of Refugees, 1951, art. 31(1).

¹²³ UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention* (cité: UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards*), para. 25.

¹²⁴ South African Government, [Home Affairs launches Operation New Broom and biometric verification to combat illegal immigration](#); South African Government News Agency, *Cabinet welcomes the launch of Operation New Broom*, 2025.

the bounds of due process and the rule of law¹²⁵. The constitutional concern is therefore not the existence of immigration enforcement itself, but whether such enforcement is carried out in a manner that converts administrative irregularity into suspicion, arrest, detention and removal.

[76] The scale of recent enforcement suggests a significant intensification of immigration control. Operation New Broom has conducted six major enforcement actions resulting in 1,400 arrests of undocumented foreign nationals¹²⁶. These figures, however, form part of a broader intensification of immigration enforcement rather than an isolated initiative. Parliamentary data indicates that 4,317 immigration inspections and operations were conducted in the first nine months of Minister Schreiber's tenure, exceeding the 3,917 inspections conducted during the previous administration's entire five-year term¹²⁷. During this period, a total of 12,822 undocumented foreign nationals were arrested and 810 fraudulent documents were seized¹²⁸.

[77] Administrative removals also increased substantially, with 46 898 undocumented foreign nationals deported during the 2024/25 financial year, an 18 per cent increase from the previous year and the highest annual total recorded in five years¹²⁹. Collectively, these figures illustrate a significant intensification of immigration enforcement, providing the context within which the operation's broader constitutional and penal implications must be assessed¹³⁰. These figures show how immigration control has been increasingly organised around detection, apprehension, biometric verification and removal. Where these measures are directed at persons whose irregular status may have been produced or prolonged by documentation failures, asylum backlogs or barriers to regularisation, administrative weakness and coercive enforcement operate together to produce penal migration governance¹³¹.

[78] This intensification is not confined to dedicated immigration operations. Immigration enforcement has become increasingly integrated into broader regulatory and administrative functions through coordinated inspections involving the Department of Employment and Labour, the Department of Home Affairs and the South African Police Service. These often unannounced operations combine labour law compliance inspections with immigration status verification, extending migration control into ordinary regulatory spaces beyond the border or traditional immigration enforcement¹³². Labour inspections are not inherently punitive. However, they become significant where status verification is embedded in policing and inspection practices increasing the likelihood that individuals whose irregular status has been created or prolonged by administrative failures will be identified and subjected to arrest, detention or deportation.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ Roos Adrian, *DA Hails Surge in Immigration Enforcement*, 2025.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ South African Government, *Home Affairs on 2024/25 deportations*, 2025; South African Government News Agency, *Deportations rise over two financial years*, 2026.

¹³⁰ Roos, [*DA Hails Surge in Immigration Enforcement*](#).

¹³¹ Amit / Kriger, 'Making *migrants "il-legible"*', pp. 269-290; Moyo / Zanker, 'No hope for the "foreigners"', pp. 253-265.

¹³² South African Government, *Minister Leon Schreiber takes Operation New Broom to Limpopo*, 2025; MAQHINA Mayibongwe, *R680 000 fines issued to employers hiring illegal foreign workers*, 2025.

[79] Operation New Broom also illustrates the discursive link between irregular migration and criminality. Its emphasis on hotspots, biometric verification, apprehension and deportation frames undocumented migration as a public-order and security concern rather than merely an administrative status issue. In South Africa's context of recurring xenophobic violence and suspicion towards African migrants, this framing reinforces narratives that cast migrants as threats rather than rights-bearers. Highly visible enforcement operations may reinforce public narratives that equate migration with criminality, even where irregularity results from administrative dysfunction such as documentation delays, processing backlogs and barriers to regularisation may leave individuals vulnerable to enforcement despite genuine attempts to comply with immigration requirements¹³³. While Operation New Broom reflects the state's legitimate interest in enforcing immigration law and responding to public concerns about crime, the exercise of those powers must remain consistent with constitutional guarantees of dignity, equality, freedom and security of the person, and just administrative action¹³⁴.

[80] The diffusion of penal migration governance is reflected in the growing role of informal and community-led enforcement. Against the backdrop of recurring xenophobic violence, punitive immigration enforcement has normalised the portrayal of migrants as threats, contributing to fear, displacement and repatriation requests following anti-migrant mobilisation such as the 30 June ultimatum. When undocumented migration is framed as a matter of crime and public security, the logic of immigration enforcement may be internalised by private actors, who increasingly assume functions ordinarily reserved for the state. This is evident in various parts of South Africa, where organised groups have conducted raids, demanded proof of immigration status, shut down foreign-owned businesses and sought to remove migrants from homes, workplaces and public places, despite lacking any legal authority to exercise immigration enforcement powers¹³⁵. These practices show how enforcement can move beyond formal state institutions and become embedded in social life, reproduced not only through law, policing and detention, but also through everyday forms of surveillance, exclusion and intimidation.

[81] These practices have frequently been justified through references to the power of citizen's arrest under section 42 of the Criminal Procedure Act 51 of 1977. However, the section confers only limited powers of arrest in narrowly defined circumstances and does not authorise private individuals to conduct immigration inspections, verify immigration status, or exercise immigration enforcement powers¹³⁶. The growing use of these practices shows that penal migration governance operates beyond formal state institutions, with private actors increasingly performing immigration enforcement functions.

[82] The limits of immigration enforcement have recently been clarified by the Gauteng High Court in *Kopang Africa Against Xenophobia and Others v Operation Dudula and Others*¹³⁷. The Court

¹³³ Machinya, 'Migration and politics in South Africa', pp. 66-72; Sibanda / Nyere, 'The securitization of African immigrants in South Africa' pp. 1-9.

¹³⁴ BUTHELEZI, *Home Affairs Unveils "Operation New Broom" to Combat Illegal Immigration*, IOL, 2025; HUBENKO Dmytro / OELOFSE Louis, *South Africa on edge amid anti-migrant protests*, 2026; ROOMANAY Shabodien, *South Africa's crisis of state authority and when citizens begin deporting people*, 2026.

¹³⁵ SABC News, *Protest against undocumented foreign nationals*, 2026; KHALIL Hafsa, *African migrants warned to close shops during South Africa anti-migrant march*, 2026; The Guardian, [South Africa Anti-Migrant vigilante Operation Dudula registers as party for 2024 elections](#).

¹³⁶ MALINGA-MNISI Nkosikhona, *SA govt clarifies legal limits of arresting citizens*, 2026.

¹³⁷ *Kopang Africa Against Xenophobia and Others v Operation Dudula and Others* [2025] ZAGPJHC 1102.

held that Operation Dudula's conduct was unlawful and interdicted it from demanding identity documents, harassing or intimidating migrants, blocking access to healthcare, interfering with schools, unlawfully evicting non-nationals, removing traders from their stalls or interfering with employment. The judgment confirms that immigration enforcement powers cannot be exercised by private individuals or vigilante groups. In doing so, it reinforces the distinction between lawful state enforcement and unlawful private coercion that lies at the heart of the rule of law.

[83] This dynamic is intensified by racialised profiling. Individuals are frequently identified as “illegal” or “intruders” through superficial indicators such as skin colour, language, accent or physical appearance, with darker-skinned refugees and asylum seekers disproportionately vulnerable to suspicion, arrest and exclusion¹³⁸. This means that enforcement and social exclusion may operate not only against undocumented migrants, but also against refugees, asylum seekers, permanent residents and even South African citizens who are perceived to be foreign. In this respect, penal migration governance does not merely target unlawful presence. It produces foreignness itself as a marker of suspicion¹³⁹.

[84] These developments show that migration control is no longer confined to border management or isolated immigration checks. It is increasingly diffused across state institutions, workplace regulation, biometric systems, policing practices and informal social enforcement. The central concern is not immigration enforcement itself, but the risk that administrative status is treated as a basis for surveillance, arrest, detention, exclusion and removal. This strengthens the article's central argument: in South Africa, penal migration governance is produced through the interaction between administrative failure, intensified enforcement, criminalising discourse and weak implementation of constitutional safeguards.

B. The Border Management Authority and Technological Enforcement

[85] The newly established Border Management Authority (BMA) represents a significant institutional development in migration enforcement, created under the Border Management Authority Act 2 of 2020. It should, however, be understood within a longer history of border securitisation in South Africa. Vorvornator argues that South Africa's border system has moved through different phases: apartheid-era militarised border control, post-1994 attempts to shift from military control towards democratic and regional cooperation, and later renewed securitisation in response to concerns about irregular migration and cross-border crime¹⁴⁰. This history provides the context in which the BMA was created. Rather than marking a break with the past, it represents a contemporary reorganisation of border control within a longer trajectory that has consistently linked migration with crime, sovereignty and security.

[86] As part of its operational mandate, the BMA has deployed approximately 600 border guards to vulnerable segments of South Africa's borders, while increasingly relying on advanced technologies such as drones, body cameras, and digital surveillance systems to detect and prevent

¹³⁸ South African Human Rights Commission, *Report into the arrest and detention of suspected undocumented migrants*, pp. 18-23, 27-28; Klaaren / Ramji, 'Inside illegality', pp. 36-37, 43-44.

¹³⁹ Gordon, 'Migrants in a state of exception', p. 6.

¹⁴⁰ VORVORNATOR Lawrence Korsi, *Exploring South Africa's pre and post-apartheid border system: Border securitisation, illegal migration and cross-border crimes*, Journal of African Foreign Affairs (Vol. 11/2) 2024, pp. 132-137.

undocumented entry¹⁴¹. In parallel, the introduction of an electronic travel authorisation system, initially rolled out for states participating in the G20 hosted by South Africa, signals a broader shift towards the automation of migration control¹⁴². This system is expected to utilise machine learning and facial recognition technologies to manage entry and exit processes, further embedding digital governance within border control practices¹⁴³.

[87] These developments should not be treated as purely technical reforms. Border securitisation is often presented as a solution to irregular migration and cross-border crime, but may fail to address the structural causes of migration, while diverting attention from regional cooperation and rights-based migration management¹⁴⁴. Viewed through this lens, the BMA's reliance on technological enforcement has clear limitations. While it may strengthen detection and processing capacity, it does not necessarily address administrative backlogs, documentation failures, limited regularisation pathways, or the socio-economic drivers of mobility¹⁴⁵. In this sense, the turn to drones, biometric verification and automated authorisation systems may strengthen the state's capacity to identify and exclude migrants, while leaving unresolved the deeper conditions that produce irregular status.

[88] While these measures enhance enforcement capacity, they raise important concerns regarding surveillance, data protection, and fundamental rights. The processing of biometric data must comply with the Protection of Personal Information Act 4 of 2013, which requires lawful, minimal, and purpose-specific data use¹⁴⁶. Yet, the scale and opacity of such systems challenge compliance with principles of proportionality, transparency, and accountability. These concerns are reinforced by international standards, including Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights and global norms reflected in the General Data Protection Regulation, which caution against intrusive and unreviewable data processing.

[89] The reliance on algorithmic and biometric systems also introduces risks of error, bias, and exclusion, particularly where decisions affecting entry, detention, or deportation are automated or difficult to challenge¹⁴⁷. These risks are not neutral. They disproportionately affect migrants who are already structurally vulnerable due to precarious legal status, limited access to remedies, and socio-economic marginalisation¹⁴⁸. In this context, surveillance technologies can deepen existing inequalities and further restrict migrants' ability to assert their rights¹⁴⁹. The concern is not that

¹⁴¹ South African Government, *Minister Leon Schreiber launches cutting-edge technology for BMA to improve border management*, 2025.

¹⁴² South African Government, *Minister Leon Schreiber presents new Electronic Travel Authorisation to tourism industry*, 2025.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Vorvornator, 'Exploring South Africa's pre and post-apartheid border system', pp. 123-124, 139-140.

¹⁴⁵ Wa Kabwe-Segatti / Landau, 'Migration in post-apartheid South Africa', pp. 57-58, 100-101.

¹⁴⁶ Protection of Personal Information Act 4 of 2013, ss 9-11.

¹⁴⁷ TIAN George Yijun / McFARLAND Tim / GUO Sanzhuang, *Automated decision making and deportation: Legal concerns and regulation*, Griffith Law Review (Vol. 34/2) 2025, pp. 277, 293.

¹⁴⁸ *Ibid* 294; ENEVA Andreeva Stoyanka / MORA-GÁMEZ Fredy, *Civil society and the (im)possibilities of algorithmic contestation in migration governance*, Frontiers in Sociology (Vol. 10/1) 2025, p. 2.

¹⁴⁹ Eneva / Mora-Gámez, 'Civil society and the (im) possibilities of algorithmic contestation in migration governance', p. 12.

every use of border technology amounts to crimmigration. Rather, technological enforcement becomes relevant to penal migration governance where it is used to classify, monitor, apprehend or exclude migrants through risk-based systems that are difficult to understand or challenge.

[90] More broadly, framing migration as a technical problem to be solved through technological innovation obscures underlying questions of justice and dignity. South Africa's contemporary border reforms form part of a longer deterrent and security-oriented trajectory, rather than a clean break from earlier enforcement models¹⁵⁰. By prioritising efficiency and detection, these systems reinforce a securitised approach to migration governance. In doing so, they contribute to the broader shift from administrative regulation to penal governance, where migrants are increasingly managed through surveillance, exclusion, and control rather than protection and facilitation.

IV. Constitutional and Human Rights Implications

[91] Penal migration governance has serious constitutional and human rights implications. The concern is not only that migrants may be prosecuted, detained or deported. It is also that the treatment of migration as a problem of criminality, risk and enforcement affects how migrants experience constitutional rights in practice. South Africa's Constitution protects dignity, equality, freedom and security of the person, access to courts, children's rights, healthcare and basic education¹⁵¹. These rights apply to "everyone" within the Republic, not only citizens. However, where immigration control is implemented through arrest, detention, documentation checks, deportation and social exclusion, formal rights may be weakened in practice.

A. Due Process, Detention and Liberty

[92] As discussed earlier, detention under section 34 of the Immigration Act is formally administrative, since it is directed at deportation rather than punishment. Its constitutional significance, however, lies in the fact that administrative detention may still amount to a serious deprivation of liberty. The issue is therefore not merely whether detention complies with the technical requirements of the Immigration Act, but whether the broader system of arrest, confinement and removal is implemented consistently with dignity, freedom and security of the person, access to courts and the rule of law¹⁵².

[93] This problem is compounded by persistent failures in the implementation of procedural safeguards. Although the Immigration Act provides for status verification, notification of rights and judicial oversight, reports indicate that these protections are frequently undermined in practice. The 48-hour verification requirement is not always observed, and individuals may be held for extended periods in police stations without proper verification of their immigration status¹⁵³. In some cases,

¹⁵⁰ Handmaker / Nalule, 'Border enforcement policies and reforms in South Africa', pp. 4, 13-15, 31-32.

¹⁵¹ Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

¹⁵² SUTTON Rebecca / VIGNESWARAN Darshan, *A Kafkaesque state: Deportation and detention in South Africa*, Citizenship Studies (Vol. 15/5) 2011, pp. 632-637.

¹⁵³ Immigration Act 13 of 2002, ss 41(1), 34(2); Lawyers for Human Rights, *Monitoring policy, litigious and legislative shifts in migration and detention in South Africa*, 2020, p. 19.

delays in bringing detainees before a court appear not merely as administrative inefficiency, but as part of a coercive environment in which officials allegedly solicit bribes in exchange for release¹⁵⁴.

[94] Many migrants are arrested and detained without being informed of their rights, including the right to judicial review or legal representation¹⁵⁵. In certain cases, detainees are transferred to Lindela Repatriation Centre before they are able to consult a lawyer, which limits their ability to challenge detention or assert protection claims before removal procedures advance¹⁵⁶. These practices reveal the consequences of the disconnect between law and practice. In a penal migration governance framework, failures in administrative processes can transform uncertainty about a person's status into prolonged confinement.

[95] Procedural safeguards are constitutionally necessary. Status verification, written reasons, interpretation, legal assistance and judicial oversight are the mechanisms through which a person can contest unlawful detention, resist wrongful deportation and correct an erroneous classification as "illegal". Where these safeguards are delayed, inaccessible or inconsistently applied, detention becomes one of the principal ways in which immigration status is converted into coercive state power.

[96] The constitutional harm is therefore broader than unlawful detention in individual cases. Penal migration governance places pressure on the rule of law by allowing immigration status to become a gateway to confinement, exclusion and removal. This undermines the constitutional promise that all persons within South Africa are entitled to dignity, freedom and security of the person, just administrative action and access to courts¹⁵⁷. A rights-based approach must therefore ensure that detention remains exceptional, individually justified and subject to meaningful judicial control, rather than being used as a routine tool of migration management.

B. Non-Refoulement and Refugee Protection

[97] Penal migration governance also places refugee protection under strain. The principle of non-refoulement is the cornerstone of refugee protection¹⁵⁸. It prohibits countries from returning individuals to countries where they face persecution, torture, or serious harm¹⁵⁹. It is codified in Article 33(1) of the 1951 Refugee Convention and reiterated in Article II(3) of the 1969 OAU Refugee Convention. Domestically, this principle is entrenched in section 2 of the Refugees Act 130 of 1998, which prohibits the return of any person to a country where they may face persecution

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ Lawyers for Human Rights, *Monitoring policy, litigious and legislative shifts in migration and detention in South Africa*, p. 38; Global Detention Project, *Immigration detention in South Africa*, pp. 22-23.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Constitution of the Republic of South Africa, 1996, ss 10, 12, 33, 34 and 35.

¹⁵⁸ Norton Rose Fulbright, *Refugee Law: A practical guide for practitioners*, n.d., p. 5.

¹⁵⁹ *Ibid.*

or serious harm¹⁶⁰. It is also widely regarded as a rule of customary international law and has been recognised by South African courts as part of the domestic legal framework¹⁶¹.

[98] This principle has also been affirmed in international human rights law. In *Ioane Teitiota v New Zealand*, the Human Rights Committee held that states may not deport individuals where there is a real risk of irreparable harm, including threats to life under Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). The Committee emphasised, that environmental degradation and life-threatening conditions may trigger non-refoulement obligations where they expose individuals to such harm¹⁶².

[99] In South Africa, non-refoulement is reinforced by the Constitution. The Bill of Rights applies to all persons within the Republic, regardless of citizenship or immigration status¹⁶³. Decisions that may result in removal therefore engage the rights to dignity, life, freedom and security of the person, and freedom from cruel, inhuman or degrading treatment¹⁶⁴. The Constitutional Court's decision in *Mohamed v President of the Republic of South Africa*¹⁶⁵, read alongside *S v Makwanyane*¹⁶⁶, confirmed that the state may not hand a person over to another state in circumstances that expose them to serious rights violations. Decisions that may cause refoulement engage with sections 10, 11, and 12 of the Constitution, which enshrine the rights to dignity, life, and the security and freedom of the person¹⁶⁷. Although that case concerned extradition rather than asylum, its reasoning is relevant to migration control because it affirms that all exercises of public power must comply with constitutional rights and South Africa's international obligations.

[100] Despite this strong legal framework, practical implementation remains uneven. Measures that prioritise rapid deportation may result in individuals being returned without a proper assessment of their protection claims, exposing them to the very harms the principle seeks to prevent¹⁶⁸. This risk is heightened where irregular entry, lack of documentation or delay in applying for asylum is treated primarily as evidence of illegality¹⁶⁹. In such circumstances, persons in need of protection may be arrested, detained or removed before their claims are properly assessed¹⁷⁰.

[101] As discussed in the preceding section on the asylum seeker exception, South African law recognises that persons seeking international protection should not be treated simply as ordinary

¹⁶⁰ *Ibid*; Convention relating to the Status of Refugees, 1951, art. 33(1).

¹⁶¹ *Kabuika v Minister of Home Affairs* 1997 (4) SA 341 (C), para. 3; *Makumba v Minister of Home Affairs* [2014] ZAWCHC 183; *Azanian Peoples Organization (AZAPO) and Others v President of the Republic of South Africa and Others* [1996] ZACC 16.

¹⁶² *Teitiota v New Zealand* UN Doc CCPR/C/127/D/2728/2016, paras. 9.11–9.12.

¹⁶³ Constitution of the Republic of South Africa, 1996, ch. 2.

¹⁶⁴ *Ibid*.

¹⁶⁵ *Mohamed v President of the Republic of South Africa* 2001 (3) SA 893 (CC), paras. 48, 52, 54, 77.

¹⁶⁶ *S v Makwanyane and Another* [1995] ZACC 3.

¹⁶⁷ *S v Makwanyane*, para. 44.

¹⁶⁸ Forced Migration Studies Programme, *Barriers to asylum: The Marabastad Refugee Reception Office*, Johannesburg 2008, pp. 7-8.

¹⁶⁹ UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards*, para. 25.

¹⁷⁰ AMIT Roni, *No refuge: Flawed status determination and the failures of South Africa's refugee system to provide protection*, International Journal of Refugee Law (Vol. 23/3) 2011 (cité: AMIT, 'No refuge'), p. 458.

immigration offenders. Earlier jurisprudence protected access to the asylum system even where a person had entered or remained in South Africa irregularly, while more recent jurisprudence has introduced a “good cause” threshold before such access is activated¹⁷¹. For present purposes, the significance of this shift lies in its effect on non-refoulement. Where access to asylum is made conditional on explaining irregular entry or delay, persons fleeing persecution may be exposed to detention or removal before their protection needs have been substantively assessed.

[102] This requirement fails to account for the realities of forced displacement. Refugees often flee without valid documentation and may have no realistic option but to enter through irregular routes. Article 31(1) of the 1951 Refugee Convention recognises this reality by prohibiting the penalisation of refugees for unlawful entry or presence where they present themselves without delay and show good cause for their entry or presence. Conditioning access to asylum procedures on the justification of irregular entry therefore risks reversing the protective purpose of refugee law by treating vulnerable individuals as presumptive offenders. In the South African context, this protection must be read against the realities of inaccessible Refugee Reception Offices, documentation barriers, corruption, asylum backlogs and administrative delay¹⁷². A strict approach to irregular entry may therefore punish asylum seekers for circumstances that are often created by flight itself or by the state’s own administrative failure.

[103] These tensions are further reflected in recent policy developments. Although the Draft Revised White Paper on Citizenship, Immigration and Refugee Protection, recently approved by Cabinet, does not expressly depart from the principle of non-refoulement, its emphasis on enforcement, risk management and border control may, in practice, make access to international protection more difficult. It proposes that Refugee Reception Offices be located at ports of entry to facilitate immediate assessment of asylum claims, that asylum seekers who enter unlawfully must show good cause for their unlawful entry or presence, and that the first safe country principle be strictly applied¹⁷³. It also proposes more effective monitoring of asylum seekers awaiting the outcome of their applications and legislative measures relating to voluntary and involuntary repatriation¹⁷⁴. These proposals may be framed as administrative efficiency, but they risk making access to asylum conditional on manner of entry, documentation, prior transit through another country, or compliance with border-based screening procedures.

[104] The risk of refoulement is therefore not only a consequence of unlawful deportation in individual cases. It is also produced structurally where migration governance prioritises detection, detention and removal over access to asylum procedures. When administrative dysfunction, securitised policy and criminalising language combine, asylum seekers may be misclassified as “illegal foreigners” and exposed to deportation despite having legitimate protection claims. Non-refoulement therefore functions as an important limit on penal migration governance: it requires the state to ensure that no person is removed before their protection claim has been fairly, individually and effectively assessed.

¹⁷¹ *Ersumo; Ruta; Ashebo; Lembore*.

¹⁷² VAN HOUT Marie Claire / WESSELS Jakkie, *#ForeignersMustGo versus “in favorem libertatis”: Human rights violations and procedural irregularities in South African immigration detention law*, *Journal of Human Rights* (Vol. 22/4) 2023, pp. 551-554; Global Detention Project, *Immigration detention in South Africa*, pp. 17-18.

¹⁷³ Department of Home Affairs, Cabinet Approved Final Revised White Paper, pp. 10,44-46.

¹⁷⁴ *Ibid*, pp. 46-47.

C. Children and Social Rights as Consequences of Penal Governance

[105] The effects of penal migration governance extend beyond arrest, detention and deportation. They also shape how migrants, asylum seekers and refugees experience access to protection, healthcare and education in everyday life. This section therefore uses children's rights, healthcare and education to show how administrative irregularity, documentation barriers, enforcement practices and social hostility can turn public services into sites of exclusion and indirect migration control.

[106] Children illustrate this dynamic most clearly. South African law provides clear safeguards for children irrespective of nationality. Section 28 of the Constitution guarantees that a child's best interests are of paramount importance in every matter concerning the child. Section 28(1)(g) further provides that children may only be detained as a measure of last resort, for the shortest appropriate period, and must be held separately from adults in conditions appropriate to their age. These protections are reflected in section 32 of the Refugees Act which provides for the protection and care of any child who appears to be in need of care and who qualifies for refugee status, which must be interpreted in line with constitutional safeguards.

[107] The child protection framework further limits the use of immigration enforcement against children. Section 32 of the Refugees Act protects children who appear to be in need of care and who qualify for refugee status, while the Children's Act applies to all children in South Africa, including undocumented and unaccompanied migrant children¹⁷⁵. Such children should therefore be referred to the Children's Court and placed in appropriate care, rather than treated primarily as immigration offenders¹⁷⁶. The international and regional children's rights framework imposes strict limitations on the detention of children. Article 37(b) of the UN Convention on the Rights of the Child, 1989 requires that child detention be lawful, non-arbitrary, used only as a last resort and for the shortest suitable period. Article 17 of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child, 1990 similarly requires special treatment for children deprived of liberty and separation from adults.

[108] The importance of this child-centred approach was affirmed in *Centre for Child Law v Minister of Home Affairs*, where the High Court addressed the detention of unaccompanied foreign children at Lindela Repatriation Centre. The children had been detained with adults and faced deportation without adequate safeguards. The Court held that the detention and intended deportation of the children violated their constitutional and statutory rights, ordered that the children be removed from Lindela and required the relevant state departments to deal with them through appropriate child protection procedures¹⁷⁷. The case confirms that children in migration contexts must be treated first and foremost as rights-holders in need of protection, rather than as immigration offenders.

[109] Despite this legal framework, practice has not always followed the protective model. Reports continue to document instances where children are detained in immigration facilities contrary to legal requirements, or where authorities fail to follow proper child protection procedures. In 2013 and 2014, Lawyers for Human Rights frequently came across children being detained for deportation, both at police stations, especially in Musina, and at Lindela¹⁷⁸. In 2017, serious abuses

¹⁷⁵ Children's Act 38 of 2005, s. 150(1)(j).

¹⁷⁶ Children's Act 38 of 2005, ss. 151-152.

¹⁷⁷ *Centre for Child Law and Another v Minister of Home Affairs and Others* 2005 (6) SA 50 (T).

¹⁷⁸ Lawyers for Human Rights, [*Monitoring Policy, Litigious and Legislative Shifts in Migration and Detention in South Africa*](#).

were reported at Lindela Repatriation Centre, including the alleged detention of children, poor medical care, and mistreatment of detainees¹⁷⁹. More recently, in 2025, a 15-year-old girl in Johannesburg was reportedly wrongfully arrested after being suspected of being a foreign national and failing to produce an ID, following an alleged tip-off from Operation Dudula¹⁸⁰. Despite asserting her South African citizenship, she was searched, denied the opportunity to contact her parents, and placed in holding cells until her father arrived with proof of identity¹⁸¹. These practices therefore undermine the child-centred protection framework established by the Constitution, the Refugees Act, the Children's Act and international law.

[110] Healthcare and education reveal a related form of exclusion. The Constitution guarantees the rights of access to healthcare services and basic education to “everyone”, and these guarantees are not limited to citizens¹⁸². In principle, refugees, asylum seekers and undocumented migrants should not be denied essential healthcare or basic education merely because their documentation is incomplete or unresolved¹⁸³. However, in practice, documentation checks, fear of detection, xenophobic hostility and informal gatekeeping may discourage or prevent access. In this way, public institutions that should provide care and inclusion may become spaces where migrants encounter surveillance and exclusion.

[111] This is particularly visible in healthcare. Although section 27 of the Constitution protects access to healthcare services, and section 27(g) of the Refugees Act entitles refugees to the same basic health services received by inhabitants of the Republic¹⁸⁴, non-nationals often encounter barriers in practice¹⁸⁵. These barriers include inconsistent application of eligibility rules, demands for documentation, medical xenophobia, and intimidation by anti-migrant groups seeking to prevent foreign nationals from accessing hospitals and clinics¹⁸⁶. As discussed earlier, groups such as Operation Dudula and March and March have, in a number of documented instances, attempted to prevent and, in some cases, physically blocked foreign nationals from accessing public healthcare facilities, including hospitals and clinics¹⁸⁷. This led to many tragic consequences, including the reported death of a one-year-old Malawian child who was denied treatment at public clinics.¹⁸⁸ These actions, often justified through xenophobic narratives of resource scarcity,

¹⁷⁹ VAN DYK Joanna, *Did Bosasa illegally detain kids while working for the Department of Home Affairs?*, 2017.

¹⁸⁰ MASHALE Kamogelo, *NGOs ask for legal clarity over Dudula's “xenophobic” deeds*, 2025.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² Constitution of the Republic of South Africa, 1996, ss. 27, 29(1)(a); Refugees Act 130 of 1998, s. 27(g).

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ Refugees Act 130 of 1998, s. 27(g); National Health Act 61 of 2003, s. 5; *Somali Association of South Africa v Limpopo Department of Economic Development, Environment and Tourism* [2014] ZASCA 143, paras. 35-36; *Union of Refugee Women v Director, Private Security Industry Regulatory Authority* [2006] ZACC 23, paras. 99, 113.

¹⁸⁵ ALFARO-VELCAMP Theresa, *Don't send your sick here to be treated, our own people need it more: immigrants' access to healthcare in South Africa*, International Journal of Migration, Health and Social Care (Vol. 13/1) 2017, p. 53.

¹⁸⁶ CRUSH Jonathan / TAWODZERA Godfrey, *Medical xenophobia and Zimbabwean migrant access to public health services in South Africa*, Journal of Ethnic and Migration Studies (Vol. 40/4) 2014, pp. 655-670.

¹⁸⁷ NGCOBO Khanyisile, *Anti-Migrant Group Ordered to Stop Blocking Foreigners from South African Healthcare*, 2025; France 24, [South Africa Police Clash with Anti-Immigrant Protesters](#).

¹⁸⁸ COTTERELL Gareth, *EFF to Open Case against Operation Dudula after Death of 1-Year-Old Child*, 2025.

undermine constitutional protections and raise serious concerns regarding discrimination, public health risks, and the progressive erosion of the right to healthcare for non-nationals¹⁸⁹. The point is not to argue that every healthcare barrier is crimmigration. Rather, healthcare becomes relevant to this article where access to care is shaped by immigration status, social suspicion and informal enforcement, thereby reinforcing the idea that migrants are undeserving or removable outsiders.

[112] Education provides another important example of how documentation-based exclusion affects access to constitutional rights. The right to basic education is immediately realisable and applies to every child within South Africa¹⁹⁰. In *Centre for Child Law v Minister of Basic Education*, the High Court held that undocumented children may not be excluded from public schools because they lack birth certificates, permits or other identity documents¹⁹¹. While this judgment confirms that documentation cannot be used as a gatekeeping device to deny basic rights, migrant and undocumented children continue to experience delays, intimidation and exclusion where schools treat unresolved documentation as a basis for refusing enrolment¹⁹².

[113] In practice, access to basic education is increasingly shaped not by constitutional entitlement, but by documentation requirements, enforcement-oriented governance and anti-migrant sentiment. Documentation therefore operates as a de facto gatekeeping mechanism, while fear of detection, harassment or exclusion may further discourage migrant and undocumented children from exercising their right to basic education. Not every barrier to education constitutes crimmigration in the strict sense. However, this pattern shows how the logic of penal migration governance extends beyond arrest, detention and deportation into the everyday functioning of public institutions. Essential public services can therefore become sites of indirect migration control, where ordinary administrative and institutional practices undermine constitutional rights.

[114] These discussions demonstrate why children's rights, healthcare and education are integral to the article's central argument. They are not separate social-rights enquiries, but manifestations of how penal migration governance extends beyond formal immigration enforcement. When migrants are framed primarily as illegal, risky or undeserving, the effects are felt not only in police operations, detention centres and deportation processes, but also in schools, clinics and child protection systems. A rights-based migration regime must therefore ensure that immigration status and documentation barriers are not used, whether formally or informally, to deny protection, healthcare or education.

D. Dignity, Equality and the Rule of Law

[115] Collectively, the harms discussed above reveal that penal migration governance is not merely an immigration issue, but a constitutional one, engaging the foundational values of dignity, equality and the rule of law. A key critique of the Immigration Act is its continued use of the term "illegal foreigner," which has been widely criticised in scholarship and human rights discourse for its dehumanising effect, as it appears to criminalise the person rather than the conduct or status in

¹⁸⁹ RAMJATHAN-KEOGH Kaajal, *SALC Submissions on the South African National Health Insurance Bill (NHI)*, Southern Africa Litigation Centre, 2019.

¹⁹⁰ Constitution of the Republic of South Africa, 1996, s. 29(1)(a).

¹⁹¹ *Centre for Child Law and Others v Minister of Basic Education and Others* [2019] ZACGHC 126, paras. 81, 85-86, 121-130.

¹⁹² Parliament of South Africa, *Committee Chairperson calls for vigilance to foreign nationals in light of possible disruptions by Operation Dudula*, 2025.

question¹⁹³. This is especially problematic where irregularity may result from documentation barriers, delayed asylum procedures, inaccessible Refugee Reception Offices or administrative dysfunction¹⁹⁴.

[116] In South Africa's context of recurring xenophobic violence and racialised suspicion of African migrants, this language may reinforce the construction of migrants as outsiders, threats or undeserving rights-bearers¹⁹⁵. It also shapes how migrants are treated by officials, service providers, political actors and members of the public. Where migrants are framed primarily as "illegal", administrative irregularity can become a quasi-criminal marker that exposes individuals to detention, deportation, stigma and exclusion¹⁹⁶. This is inconsistent with a constitutional framework that guarantees dignity, equality, freedom and security of the person, just administrative action, and access to courts to everyone within the Republic¹⁹⁷.

[117] South African constitutional jurisprudence has consistently treated dignity as a foundational value. In *S v Makwanyane*, the Constitutional Court linked dignity to the values of humanity and *ubuntu*¹⁹⁸. Similarly, in *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers*, the Court reaffirmed that constitutional adjudication, particularly in contexts involving vulnerable groups, must be guided by considerations of humanity and compassion rooted in these values¹⁹⁹. Applied to migration governance, these principles require that migrants, asylum seekers and refugees be treated with dignity despite their often precarious legal and social position.

[118] The implications for the rule of law are therefore structural. Where administrative failures produce irregularity, and irregularity then becomes the basis for coercive enforcement, the state risks punishing individuals for conditions it has helped to create. This undermines legality, accountability and procedural fairness. A rights-based migration regime must therefore distinguish between criminal conduct, administrative irregularity and protection claims, and must ensure that immigration enforcement remains subject to dignity, equality, non-discrimination and access to justice.

V. South Africa in Comparative Perspective: Converging Patterns of Penal Migration Governance

[119] The United States (US) offers a useful comparative reference point because it represents a highly institutionalised model of crimmigration. In the United States, immigration control is closely linked to criminal prosecution, detention, deportation, specialised enforcement agencies and surveillance. Seminal crimmigration scholarship has shown how US immigration law increasingly

¹⁹³ Lawyers for Human Rights, *Monitoring policy, litigious and legislative shifts in migration and detention in South Africa*, p. 6.

¹⁹⁴ Amit / Kriger, 'Making migrants "il-legible"', pp. 270-279.

¹⁹⁵ Lawyers for Human Rights, *Monitoring policy, litigious and legislative shifts in migration and detention in South Africa*, p. 6.

¹⁹⁶ RAMACHANDRAN Niroshan / WRIGHT Matthew, *Framing and the mechanisms of criminalisation in the migration context*, International Review of Sociology, 2026, p. 14.

¹⁹⁷ Constitution of the Republic of South Africa, 1996, ss. 9, 10, 12, 33 and 34.

¹⁹⁸ *S v Makwanyane* 1995 (3) SA 391 (CC), paras. 224-225.

¹⁹⁹ *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* 2005 (1) SA 217 (CC), paras. 37-38.

borrowed from criminal law, while criminal law and policing have been used to advance immigration enforcement objectives²⁰⁰. South Africa shares some of these features, including immigration offences, employer sanctions, detention pending deportation, biometric verification and enforcement-led operations. However, South Africa should not be presented as a local version of the United States. Its penal migration governance is shaped by a distinctive constitutional framework, apartheid and post-apartheid histories of racialised exclusion, regional mobility in Southern Africa, administrative backlogs and the production of irregular status through state dysfunction²⁰¹.

[120] The first point of comparison is criminal prosecution. In the US, unlawful entry and re-entry are federal criminal offences and have formed part of a large-scale system of criminal immigration prosecution²⁰². This is one of the clearest features of the US crimmigration model: immigration breaches may be processed directly through criminal courts and punishment. South Africa also criminalises certain forms of immigration non-compliance under the Immigration Act, including unlawful entry, remaining in the Republic unlawfully, and assisting or employing persons without the required status²⁰³. However, South Africa's crimmigration dynamic is not primarily one of mass criminal prosecution. Its stronger pattern lies in the use of administrative classification, arrest, detention and deportation to produce coercive outcomes that resemble penal control without necessarily passing through ordinary criminal trial processes²⁰⁴.

[121] The second point of comparison is detention and removal. In the US immigration detention is supported by a large and specialised removal apparatus, including detention facilities, expedited removal procedures and federal enforcement institutions²⁰⁵. Detention is formally civil, but scholars have argued that its conditions, purposes and effects often resemble punishment²⁰⁶. For example, conditions within US Immigration and Customs Enforcement (ICE) detention facilities often resemble punitive confinement. Reports of overcrowding, inadequate medical care, prolonged isolation, abuse and preventable deaths show how civil detention can operate with prison-like severity, with at least 13 people having died in ICE custody by late March 2026, following a record 33 deaths in 2025²⁰⁷. South Africa similarly frames detention under section 34 of the Immigration

²⁰⁰ Stumpf, 'The crimmigration crisis', pp. 376-392; Chacón, 'Overcriminalizing immigration', pp. 613-620; GARCÍA HERNÁNDEZ César Cuauhtémoc, *Creating Crimmigration*, Brigham Young University Law Review (Vol. 2013/6) 2014, pp. 1467-1485.

²⁰¹ Klaaren / Ramji, 'Inside illegality,' pp. 35-47; PEBERDY Sally, *Imagining immigration: Inclusive identities and exclusive policies in post-1994 South Africa*, Africa Today (Vol. 48/3) 2001, pp. 19-22.

²⁰² 8 U.S.C § 1325; 8 U.S.C § 1326.

²⁰³ Immigration Act 13 of 2002, ss 49, 38.

²⁰⁴ Van Hout / Wessels, '#ForeignersMustGo versus "in favorem libertatis"', pp. 551-554.

²⁰⁵ SWEENEY Maureen A. / SHEBAYA Sirine / COLLOPY Dree K., *Detention as deterrent: Denying justice to immigrants and asylum seekers*, Georgetown Immigration Law Journal (Vol. 36/1) 2021, pp. 292, 314-321.

²⁰⁶ DAS Alina, *Immigration detention: Information gaps and institutional barriers to reform*, University of Chicago Law Review (Vol. 80/1) 2013, p. 138; RYO Emily / PEACOCK Ian, *A national study of immigration detention in the United States*, Southern California Law Review (Vol. 92/1) 2018, p. 5; SAADI Altaf / DE TRINIDAD YOUNG Maria-Elena / PATLER Caitlin / ESTRADA Jeremias Leonel / VENTERS Homer, *Understanding US immigration detention: Reaffirming rights and addressing social-structural determinants of health*, Health and Human Rights Journal (Vol. 22/1) 2020, p. 187.

²⁰⁷ ULLOA Jazmine / McCANN Allison / RODRÍGUEZ MEGA Emiliano, *Deaths in ICE custody are growing, 2026; Arizona's Family, Concerns raised about ICE detention facilities as number of deaths in custody rises, 2026*.

Act as administrative because it is directed at deportation rather than punishment. Yet, as discussed above, migrants may be held in police cells, correctional facilities or Lindela Repatriation Centre, sometimes in prison-like conditions and with limited access to legal advice or judicial remedies²⁰⁸. The convergence therefore lies in the use of civil or administrative detention to achieve coercive exclusion. The divergence lies in scale and institutional design: the US has a more extensive and specialised detention infrastructure, while South Africa's system is more fragmented and shaped by administrative weakness, under-capacity and uneven implementation.

[122] The third point of comparison is enforcement architecture. The US has a specialised federal enforcement structure, particularly through ICE which carries out arrest, detention and removal functions through Enforcement and Removal Operations and conducts investigations through Homeland Security Investigations²⁰⁹. South Africa's enforcement architecture is more dispersed. The Department of Home Affairs, the Border Management Authority, the South African Police Service and other state actors all participate in migration enforcement. This creates a different form of penal migration governance. Rather than operating through one highly consolidated immigration enforcement agency, South Africa's system works through overlapping administrative, policing and border-control institutions. This can blur accountability, especially where immigration enforcement is combined with criminal policing, document verification, employer inspections or public-order operations.

[123] The fourth point of comparison is surveillance and workplace control. In both jurisdictions, migration governance increasingly relies on verification, data and risk management. In the US, enforcement is linked to federal databases, workplace enforcement, information-sharing and removal systems²¹⁰. In South Africa, biometric verification, employer sanctions, inspections and enforcement operations similarly show how immigration status is monitored beyond the border. However, South Africa's surveillance practices must be understood alongside the state's own role in producing irregularity. Where asylum backlogs, documentation failures and inaccessible offices leave people unable to prove status, verification systems may deepen exclusion rather than simply identify unlawful presence. In this respect, surveillance does not merely detect irregularity; it may also expose people to enforcement for administrative failures that the state has helped to create²¹¹.

[124] The fifth point of comparison is racialisation and social exclusion. US crimmigration has been closely associated with the racialisation of Latino and other migrant communities, with scholarship showing how immigration enforcement can produce immigrant criminality through racialised policing and institutional practices²¹². South Africa's racialised dynamics are different but no less significant. Migration enforcement operates within a post-apartheid context in which Black African

²⁰⁸ Sutton / Vigneswaran, 'A Kafkaesque state', pp. 632-637; Global Detention Project, *Immigration detention in South Africa*, pp. 24-25, 31-37; Van Hout / Wessels, '#ForeignersMustGo versus "in favorem libertatis"', pp. 552-554.

²⁰⁹ ICE, *Enforcement and Removal Operations*; ICE, *Homeland Security Investigations*.

²¹⁰ KALHAN Anil, *Immigration surveillance*, Maryland Law Review (Vol. 74/1) 2014, p. 1, 27-39; LEE Stephen, *Workplace enforcement workarounds*, William & Mary Bill of Rights Journal (Vol. 21/2) 2012, p. 554.

²¹¹ Amit / Kriger, 'Making migrants "il-legible"', p. 269-290.

²¹² ARMENTA Amada, *Racializing crimmigration: structural racism, colorblindness, and the institutional production of immigrant criminality*, Sociology of Race and Ethnicity (Vol. 3/1) 2017, pp. 83-84; MENJÍVAR Cecilia / ABREGO Leisy J., *Legal violence: Immigration law and the lives of Central American immigrants*, American Journal of Sociology (Vol. 117/5) 2012, pp. 1380, 1388-1391, 1395; Human Rights Watch, *US: ICE abuses in Los Angeles set stage for other cities*, 2025.

migrants, especially those from Zimbabwe, Nigeria, Mozambique, Malawi, Somalia, Ethiopia and the Democratic Republic of Congo, are often subjected to suspicion based on language, accent, appearance or nationality²¹³. Both systems demonstrate how legal status, race and perceived foreignness can combine to produce migrants as risky, unlawful or removable outsiders.

[125] The sixth point of comparison is constitutional accountability. The US has constitutional protections, but immigration law has historically been shaped by strong federal enforcement power and a civil immigration framework that often limits the procedural protections available to non-citizens²¹⁴. Although a Hold ICE Accountable Act has been introduced that would create an independent Special Prosecutor to investigate alleged unlawful conduct by DHS personnel, including ICE, with full prosecutorial powers, institutional independence from the current administration, and continuing congressional and judicial oversight²¹⁵. South Africa's constitutional framework is different. The Bill of Rights applies to "everyone" within the Republic, and the Constitutional Court has required immigration detention to comply with freedom and security of the person, judicial oversight and procedural fairness²¹⁶. This is an important divergence. South Africa's legal framework provides stronger textual grounds for rights-based limits on detention, deportation and administrative exclusion. The problem is that these protections are often weakened in practice by administrative dysfunction, weak implementation, limited access to remedies and enforcement-driven governance.

[126] The two jurisdictions converge in some respects but diverge in others. South Africa shares with the United States a move towards enforcement-led migration control, including detention, deportation, surveillance, employer sanctions and criminalising language. However, the South African model is not simply imported from the United States. It is shaped by local histories of racialised policing, apartheid-era spatial and population control, regional migration patterns, xenophobic politics, and the bureaucratic production of irregular status. The comparison helps clarify what is distinctive about South Africa's form of penal migration governance: it depends less on mass criminal prosecution than on the interaction between administrative failure, documentation regimes, coercive enforcement, and constitutional under-implementation.

Conclusion: Rethinking Migration Governance Beyond Punishment

[127] In South Africa, the criminalisation of migration should not be understood as a wholly recent departure from an otherwise neutral administrative system. It is better understood as a longer-standing mode of mobility control that has been reconfigured through different legal, institutional and technological forms. Apartheid-era movement control, late-apartheid immigration legislation, early post-apartheid deportation practices and contemporary enforcement reforms all reveal a recurring logic: the use of documentation, suspicion, policing, detention and removal to regulate

²¹³ Tshishonga, 'The impact of xenophobia-Afrophobia on the informal economy', p. 164; Matsinhe, 'Africa's fear of itself', pp. 295-313.

²¹⁴ FRANKEL Richard, *Bringing "Civil"ity into immigration law: Using the Federal Rules of Civil Procedure to fix immigration adjudication*, Vanderbilt Law Review (Vol. 76/5) 2023, p. 1379.

²¹⁵ STEVENS Haley, *Following ICE misconduct: Rep. Stevens introduces the Hold ICE Accountable Act*, 2026; H.R.8154 - To provide for the appointment of a special prosecutor to investigate any unlawful action by any officer or employee of the Department of Homeland Security taken on or after January 20, 2025.

²¹⁶ Constitution of the Republic of South Africa, 1996, ss. 9, 10, 12, 33, 34 and 35.

belonging. What has changed is not the existence of this logic, but the legal and institutional forms through which it is now expressed within a constitutional democracy.

[128] This article has argued that penal migration governance in South Africa is produced through the interaction of several forces. Legal and policy frameworks create categories such as “illegal foreigner”, “prohibited person” and “undesirable person”, through which administrative irregularity becomes linked to arrest, detention, deportation and exclusion. Administrative dysfunction then deepens this process by producing or prolonging irregularity through backlogs, inaccessible offices, expired documents, delays, corruption and weak regularisation pathways. Enforcement practices, political rhetoric, technological surveillance and border securitisation further transform this irregularity into a basis for coercive state action. The result is not simply the enforcement of immigration law. It is a system in which migrants may be punished for legal precarity that the state itself has helped create.

[129] The article has therefore sought to move beyond a narrow account of crimmigration as the direct criminalisation of migration offences. In South Africa, the penalisation of migration often operates through administrative law, documentation regimes and enforcement discretion. Detention pending deportation may be formally administrative, but it frequently assumes punitive characteristics. Deportation may be framed as a regulatory measure, but it can function as exclusion and banishment. Surveillance technologies may be presented as tools of efficiency, but they can expand the state’s capacity to classify, monitor and remove. Similarly, political narratives that associate migrants with crime, illegality or social disorder create the conditions in which coercive enforcement appears necessary, even where the link between migration and criminality is not supported by evidence.

[130] These developments carry serious constitutional implications. A system that treats lack of documentation as a proxy for unlawfulness or threat risks undermining dignity, equality, freedom and administrative justice. It also places pressure on the principle of non-refoulement, particularly where asylum seekers encounter procedural barriers before their claims are assessed on the merits. The danger is not only unlawful deportation in individual cases. It is also the structural production of deportability through administrative failure, restrictive policy design and enforcement practices that prioritise detection and removal over access to protection.

[131] The turn to penal migration governance is neither inevitable nor neutral. It reflects policy choices about how migration is framed, how legal categories are constructed, how administrative systems are resourced, and how enforcement powers are exercised. A different approach is both possible and constitutionally required. This does not mean abandoning migration regulation. It means reorienting migration governance towards legality, proportionality, procedural fairness and rights-based administration. Such an approach would require accessible documentation systems, functioning Refugee Reception Offices, meaningful remedies, clear limits on detention, effective judicial oversight, protection against refoulement, and political leadership that resists the use of migrants as scapegoats for broader social and administrative failures.

[132] Ultimately, the article’s central claim is that South Africa’s migration system does not merely respond to irregularity. In important respects, it produces irregularity, renders it visible through documentation and surveillance, and then treats it as a basis for coercive control. Recognising this dynamic is essential to any serious reform agenda. The question is therefore not whether South Africa may regulate migration. It plainly may. The question is whether it can do so in a manner consistent with its constitutional commitments to dignity, equality, freedom, administrative justice and the protection of all persons within its territory. The criminalisation of migration is a choice. So too is a rights-based alternative.

Bibliography

AAS Katja Franko, The ordered and the bordered society: Migration control, citizenship, and the northern penal state. In: *The borders of punishment: Migration, citizenship, and social exclusion*, pp. 21–39, Oxford: Oxford University Press, 2013.

African Charter on the Rights and Welfare of the Child, 1990.

ALFARO-VELCAMP Theresa, *Don't send your sick here to be treated, our own people need it more: immigrants' access to healthcare in South Africa*, International Journal of Migration, Health and Social Care (Vol. 13/1), 2017, 53-68.

Aliens Control Act 96 of 1991 (Repealed).

American Immigration Council, How ICE went rogue, 2025, URL: <https://www.americanimmigrationcouncil.org/fact-sheet/ice-cbp-legal-analysis/> (accessed on 01.04.2026).

AMIT Roni / KRIGER Norma, *Making migrants "il-legible": The policies and practices of documentation in post-apartheid South Africa*, Kronos (Vol. 40/1), 2014, 269-290.

AMIT Roni, *No refuge: Flawed status determination and the failures of South Africa's refugee system to provide protection*, International Journal of Refugee Law (Vol. 23/3), 2011, 458-488.

AMIT Roni, *Queue here for corruption: Measuring irregularities in South Africa's asylum system*, Lawyers for Human Rights and African Centre for Migration and Society, Johannesburg, 2015.

AMIT Roni, *No way in: Barriers to access, service and administrative justice at South Africa's refugee reception offices*, African Centre for Migration and Society, Johannesburg, 2012.

Arizona's Family, Concerns raised about ICE detention facilities as number of deaths in custody rises, 2026, URL: <https://www.youtube.com/watch?v=9WuoiXV4g78> (accessed on 01.04.2026).

ARMENTA Amada, *Racializing crimmigration: structural racism, colorblindness, and the institutional production of immigrant criminality*, Sociology of Race and Ethnicity (Vol. 3/1), 2017, 82-95.

Ashebo v Minister of Home Affairs and Others 2023 (5) SA 382 (CC); 2024 (2) BCLR 217 (CC); [2023] ZACC 16.

Azanian Peoples Organisation (AZAPO) v President of the Republic of South Africa 1996 (4) SA 671 (CC).

BAKARE Tonye, *Xenophobia: Mayor of Johannesburg says no need to apologise to Nigeria*, 2019, URL: <https://guardian.ng/news/xenophobia-mayor-of-johannesburg-says-no-need-to-apologise-to-nigeria/> (accessed on 17.03.2026).

BARKER Vanessa, *Penal power at the border: Realigning state and nation*, Theoretical Criminology (Vol. 21/4), 2017, 441-457.

BIGO Didier, *Security and immigration: Toward a critique of the governmentality of unease*, Alternatives: Global, Local, Political, (Vol. 27/1), 2002, 63–92.

Border Management Authority Act 2 of 2020.

BOSWORTH Mary, Border criminology and the changing nature of penal power. In: *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford: Oxford University Press, 2017, 373-390.

BRANDARIZ José Angel, *An expanded analytical gaze on penal power: Border criminology and punitiveness*, International Journal for Crime, Justice and Social Democracy (Vol. 10/2), 2021, 99-112.

Bula and Others v Minister of Home Affairs and Others (589/11) [2011] ZASCA 209; [2012] 2 All SA 1 (SCA); 2012 (4) SA 560 (SCA) (29 November 2011)

BUZAN Barry / WÆVER Ole / DE WILDE Jaap, *Security: A new framework for analysis*, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1998.

Centre for Child Law and Another V Minister of Home Affairs and Others 2005 (6) SA 50 (T).

Centre for Child Law and Others v Minister of Basic Education and Others (2019) (2840/2017) ZAECHC 126.

CHACÓN Jennifer M, *Overcriminalizing immigration*, Journal of Criminal Law and Criminology (Vol. 102/3), 2012, 613-652.

Children's Act 38 of 2005.

CHUMBA Christopher / OKOTH Pontian Godfrey / WERE Edmond, *Effectiveness of border surveillance strategies in the management of transnational terrorism in Kenya and Somalia*, International Journal of Political Science (Vol. 2/2), 2016, 39–53.

Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, 1969.

COTTERELL Gareth, EFF to open case against Operation Dudula after death of 1-year-old child, 2025, URL: <https://www.citizen.co.za/news/eff-to-open-case-against-operation-dudula-after-death-of-1-year-old-child/> (accessed on 21.03.2026).

CRUSH Jonathan / McDONALD David A, *Introduction to special issue: Evaluating South African immigration policy after apartheid*, Africa Today (Vol. 48/3), 2001, 1-13.

CRUSH Jonathan / RAMACHANDRAN Sujata, *Xenophobia, international migration and human development in South Africa*. UNDP, 2010.

CRUSH Jonathan / TAWODZERA Godfrey, Medical xenophobia and Zimbabwean migrant access to public health services in South Africa, Journal of Ethnic and Migration Studies (Vol 40/4), 2014, 655-670.

CRUSH Jonathan / WILLIAMS Vincent, *Criminal tendencies: Immigrants and illegality in South Africa*. SAMP Migration Policy Brief No. 10, 2002.

CRUSH Jonathan, Covert operations: Clandestine migration, temporary work and immigration policy in South Africa, SAMP Migration Policy Series No. 1, 1997, 1-39.

DAHLBERG Moa / THAPAR-BJÖRKERT Suruchi, *Conceptualizing xenophobia as structural violence in the lives of refugee women in Gauteng, South Africa*, Ethnic and Racial Studies (Vol. 46/12), 2023, 2768-2790.

DAMONS Marecia, *Asylum seeker appeal backlog rises to 161,000 cases*, 2026, URL: <https://groundup.org.za/article/asylum-seeker-appeal-backlog-rises-to-161000/> (accessed on 21.06.2026).

DAS Alina, *Immigration detention: Information gaps and institutional barriers to reform*, University of Chicago Law Review (Vol. 80/1), 2013, 137-164.

DE GENOVA Nicholas P, *Migrant "illegality" and deportability in everyday life*, Annual Review of Anthropology (Vol. 31/1), 2002, 419-447.

Department of Employment and Labour, Department of Employment and Labour Welcomes the President's SONA Focus on Jobs, Enforcement and Inclusive Economic Growth, 2026, URL: <https://www.labour.gov.za/departments-of-employment-and-labour-welcomes-the-president%E2%80%99s-sona-focus-on-jobs-enforcement-and-inclusive-economic-growth> (accessed on 21.03.2026).

Department of Home Affairs, Cabinet Approved Final Revised White Paper on Citizenship, Immigration and Refugee Protection. Government Gazette, 26 March 2026.

DIXON Travis L, *Good guys are still always in white? Positive change and continued misrepresentation of race and crime on local television news*, Communication Research (Vol. 44/6), 2017, 775-792.

DODSON Belinda, *Locating xenophobia: Debate, discourse, and everyday experience in Cape Town, South Africa*, Africa Today (Vol. 56/3) 2010, 2–22.

DUFF Antony / HÖRNLE Tatjana, Principles of criminalisation. In: *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2025, 13-54.

DUMA Thandeka, *Long delays in processing asylum claims disgraceful*, 2014 URL: <https://www.lhr.org.za/archive/blog/2014/3/long-delays-processing-asylum-claims-disgraceful.html> (accessed on 23.06.2026).

EKAMBARAM Sharon / MDABE Lindokuhle / BUMBA Geruza, *Why women in rural communities continue to be the face of statelessness in South Africa*, 2023, URL: <https://citizenshiprights4africa.org/en/why-women-in-rural-communities-continue-to-be-the-face-of-statelessness-in-south-africa/> (accessed on 19.06.2026).

ENEVA Andreeva Stoyanka / MORA-GÁMEZ Fredy, *Civil society and the (im) possibilities of algorithmic contestation in migration governance*, Frontiers in Sociology (Vol.10/1) 2025, 1-15.

Ersumo v Minister of Home Affairs and Others (69/2012) [2012] ZASCA 31; 2012 (4) SA 581 (SCA); [2012] 3 All SA 119 (SCA) (28 March 2012).

European Center for Populism Studies n.d. Crimmigration. URL: <https://www.populismstudies.org/Vocabulary/crimmigration/> (accessed on 20.03.2026).

European Union, Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016: General Data Protection Regulation.

FARNY Elisabeth, *Implications of the securitisation of migration*, E-International Relations (Vol. 29/1), 2016, 1–8.

Forced Migration Studies Programme, Barriers to asylum: The Marabastad Refugee Reception Office, MRMP Report, University of the Witwatersrand, Johannesburg, August 2008.

France 24, South Africa police clash with anti-immigrant protesters, 2026, URL: <https://www.france24.com/en/live-news/20260325-south-africa-police-clash-with-anti-immigrant-protesters> (accessed on 03.04.2026).

FRANKEL Richard, *Bringing “Civil”ity into immigration law: Using the Federal Rules of Civil Procedure to fix immigration adjudication*, Vanderbilt Law Review (Vol. 76/5), 2023, 1379.

FRANKO Katja, Criminal justice in the age of crimmigration, Annual Review of Criminology (Vol. 9/1), 2026, 297-316.

GARCÍA HERNÁNDEZ César Cuauhtémoc, *Creating Crimmigration*, Brigham Young University Law Review (Vol 2013/6), 2014, 1457-1516.

GASPARYAN Olga / SIROTKINA Elena, *Media choice and audience perceptions: Evidence from visual framing of immigration in news stories*, Plos One (Vol. 20/9), 2025, e0331219.

Global Detention Project, *Immigration detention in South Africa: Stricter control of administrative detention, increasing criminal enforcement of migration*, Global Detention Project, Geneva, 2021.

GORDON Steven Lawrence, Knowledge, the media and anti-immigrant hate crime in South Africa. In: *Mediating xenophobia in Africa. Unpacking discourses of migration, belonging and othering*, 2020, 99-116.

GORDON Steven Lawrence, *Migrants in a state of exception*, Transcience Journal (Vol. 1/1), 2010, 3–21.

GroundUp, *Refugees face no hope service from Home Affairs*, 2023, URL: <https://groundup.org.za/article/refugees-face-no-hope-service-from-home-affairs/> (accessed on 15.02.2026).

H.R. 8154, To provide for the appointment of a special prosecutor to investigate any unlawful action by any officer or employee of the Department of Homeland Security taken on or after 20 January 2025, 2026.

Habitat for Humanity, *Refugees, asylum seekers and migrants: What is the difference?*, 2016, URL: <https://www.habitatforhumanity.org.uk/blog/2016/09/refugees-asylum-seekers-migrants-crucial-difference/> (accessed on 20.03.2026).

HANDMAKER Jeff / NALULE Caroline, *Border enforcement policies and reforms in South Africa (1994-2020)*, International Institute of Social Studies Working Paper No 686, 2021, 1-37.

HUBENKO Dmytro / OELOFSE Louis, *South Africa on edge amid anti-migrant protests*, 2026, URL: <https://www.dw.com/en/south-africa-on-edge-amid-anti-migrant-protests/live-77735079> (accessed on 30.06.2026).

Human Rights Watch, *Prohibited persons: Abuse of undocumented migrants, asylum-seekers, and refugees in South Africa*, 1998, URL: <https://www.hrw.org/legacy/reports98/sareport/> (accessed on 28.06.2026).

Human Rights Watch, *South Africa: Events of 2008*, 2009, URL: <https://www.hrw.org/world-report/2009/country-chapters/south-africa> (accessed on 14.03.2026).

Human Rights Watch, *South Africa: Punish xenophobic violence*, 2019, URL: <https://www.hrw.org/news/2019/09/13/south-africa-punish-xenophobic-violence> (accessed on 14.03.2026).

Human Rights Watch, *US: ICE abuses in Los Angeles set stage for other cities*, 2025, URL: <https://www.hrw.org/news/2025/11/04/us-ice-abuses-in-los-angeles-set-stage-for-other-cities> (accessed on 01.04.2026).

HUYSMANS Jef, *The European Union and the securitization of migration*, Journal of Common Market Studies, (Vol. 38/5), 2000, 751–777.

ICE, Enforcement and Removal Operations. URL: <https://www.ice.gov/ero> (accessed on 01.04.2026).

ICE, Homeland Security Investigations. URL: <https://www.ice.gov/hsi> (accessed on 01.04.2026).

Immigration Amendment Act 11 of 2025.

Ioane Teitiota v New Zealand, Human Rights Committee, Communication No. 2728/2016, CCPR/C/127/D/2728/2016 (24 October 2019).

IOL, *Home Affairs unveils Operation New Broom to combat illegal immigration*, 2025, URL: <https://iol.co.za/mercury/2025-05-22-home-affairs-unveils-operation-new-broom-to-combat-illegal-immigration/> (accessed on 29.03.2026).

IRETON Cherilyn / POSETTI Julie (eds), *Journalism, fake news & disinformation: Handbook for journalism education and training*, UNESCO Publishing, Paris, 2018.

Juta Medical Brief, *Gauteng Health rollover funds cut after failure to spend budget*, 2024, URL: <https://www.medicalbrief.co.za/gauteng-health-rollover-cut-after-failure-to-spend-budget/> (accessed on 12.03.2026).

Kabuika and Another v Minister of Home Affairs and Others 1997 (4) SA 341 (C).

KALHAN Anil, *Immigration surveillance*, Maryland Law Review (Vol. 74/1), 2014, 1-79.

KAZIBONI Anthony / LANCASTER Lizette / MACHABAPHALA Thato / MULAUDZI Godfrey, *Scapegoating in South Africa: Busting the myths about immigrants*, ISS Southern Africa Report (53), 2022, 1-16.

KHALIL Hafsa, *African migrants warned to close shops during South Africa anti-migrant march*, 2026, URL: <https://www.bbc.com/news/articles/c7v9572ne0lo> (accessed on 12.03.2026).

KHAN Fatima / SCHREIER Tal (eds), *Refugee Law in South Africa*, Cape Town: Juta and Company Ltd, 2014.

KIELY Elizabeth / SWIRAK Katharina, Criminalising borders, migration and mobility. In: *The criminalisation of social policy in neoliberal societies*, Bristol University Press, 2021.

KLAAREN Jonathan / RAMJI Jaya, *Inside illegality: Migration policing in South Africa after apartheid*, *Africa Today* (Vol. 48/3), 2001, 35-47.

KLOTZ Audie, *Migration after apartheid: Deracialising South African foreign policy*, *Third World Quarterly* (Vol. 21/5), 2000, 831-847.

KOGOVŠEK ŠALAMON Neža / FRETT Barry / KETCHUM Elizabeth Stark, Global crimmigration trends. In: *Causes and consequences of migrant criminalization*, Cham 2020.

Kopanang Africa Against Xenophobia and Others v Operation Dudula and Others (2023-044685) [2025] ZAGPJHC 1102 (4 November 2025).

Lawyers for Human Rights, *Report: Status of Immigration Detention in South Africa*, December 2023.

Lawyers for Human Rights, *Monitoring policy, litigious and legislative shifts in migration and detention in South Africa*, 2020, URL: <https://www.lhr.org.za/lhr-resources/monitoring-policy-litigious-and-legislative-shifts-in-migration-and-detention-in-south-africa/>

LEE Stephen, *Workplace enforcement workarounds*, William & Mary Bill of Rights Journal (Vol. 21/2), 2012, 549-589.

LEGOMSKY Stephen H, *The new path of immigration law: Asymmetric incorporation of criminal justice norms*, Washington and Lee Law Review (Vol. 64/2), 2007, 469-528.

Lembore and Others v Minister of Home Affairs and Others [2024] ZAGPJHC 102.

LERNER Anna / ROBERTS Sandra / MATLALA Callies, *Race and Migration in the Community Media: Local Stories, Common Stereotypes*, Media Monitoring Africa, 2010.

MACHINYA Johannes, *Migration and politics in South Africa: Mainstreaming anti-immigrant populist practice*, African Human Mobility Review (Vol. 8/1), 2022, 59-78.

Makumba v Minister of Home Affairs and Others [2014] ZAWCHC 183.

MALEMA Julius, *Julius Malema on African unity and migration*, 2022, URL: <https://www.youtube.com/watch?v=gGWf1XPD8uo> (accessed on 13.04.2026).

MALINGA-MNISI Nkosikhona, *SA Govt clarifies legal limits of arresting citizens*, 2026, URL: <https://www.ewn.co.za/2026/06/15/sa-govt-clarifies-legal-limits-of-arresting-citizens> (accessed on 01.07.2026).

MAQHINA Mayibongwe, R680 000 fines issued to employers hiring illegal foreign workers, 2025, URL: <https://iol.co.za/capetimes/news/2025-02-19-r680-000-fines-issued-to-employers-hiring-illegal-foreign-workers/> (accessed on 21.03.2026).

MASHALE Kamogelo, NGOs ask for legal clarity over Dudulas xenophobic deeds, 2025, URL: <https://www.sowetan.co.za/news/2025-06-11-ngos-ask-for-legal-clarity-over-dudulas-xenophobic-deeds/> (accessed on 27.03.2025).

MATSINHE D Mario, *Africa's fear of itself: The ideology of Makwerekwere in South Africa*, Third World Quarterly (Vol. 32/2), 2011, 295-313.

MENJIVAR Cecilia / ABREGO Leisy J, *Legal violence: Immigration law and the lives of Central American immigrants*, American Journal of Sociology (Vol. 117/5), 2012, 1380-1421.

MISAGO Jean Pierre / BULE Kabiri / MLILO Silindile, *Xenophobic violence in South Africa: An analysis of trends, causal factors and responses*, A Xenowatch Quinquennial Report, African Centre for Migration and Society, 2021.

Mohamed v President of the Republic of South Africa and Others 2001 (3) SA 893 (CC).

MOYO Khangelani / ZANKER Franzisca, *No hope for the foreigners: The conflation of refugees and migrants in South Africa*, Journal of Immigrant and Refugee Studies (Vol. 20/2), 2022, 253-265.

MTHOMBENI Zama, *Xenophobia in South Africa: Problematising Ubuntu as an ethical response*, The Thinker (Vol. 93/4), 2022, 63-73.

MULLER Liesl H, *The law is not enough: Realising the child's right to a nationality in South Africa*, Statelessness & Citizenship Review (Vol. 4/2), 2022, 250-271.

National Health Act 61 of 2003.

NGCOBO Khanyisile, Anti-migrant group ordered to stop blocking foreigners from South African healthcare, 2025, URL: <https://www.bbc.com/news/articles/c1m37yr5v3po> (accessed on 21.03.2026).

NGUBANE Londeka P, *The scarlet letter F: Foreign nationals struggle for inclusion in South Africa and against hate crimes*, Journal of Anthropological and Archaeological Sciences (Vol. 2/3) 2020, 254-262.

Norton Rose Fulbright n.d. *Refugee Law: A Practical Guide for Practitioners*.

Parliament of South Africa, *Committee Chairperson calls for vigilance to foreign nationals in light of possible disruptions by Operation Dudula*, 2025, URL: <https://www.parliament.gov.za/press-releases/media-statement-committee-chairperson-calls-vigilance-foreign-nationals-light-possible-disruptions-operation-dudula> (accessed on 03.02.2026).

Parliamentary Monitoring Group, *Question NW6919 to the Minister of Home Affairs*, 2025, URL: <https://pmg.org.za/committee-question/34863/>

PEBERDY Sally / CRUSH Jonathan, Rooted in racism: The origins of the Aliens Control Act. In: *Beyond control: Immigration and human rights in a democratic South Africa*, Southern African Migration Project, Cape Town, 1998, 18-36.

PEBERDY Sally, *Imagining immigration: Inclusive identities and exclusive policies in post-1994 South Africa*, Africa Today (Vol. 48/3), 2001, 15-32.

Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers 2005 (1) SA 217 (CC); [2004] ZACC 7.

Protection of Personal Information Act 4 of 2013.

RAMACHANDRAN Niroshan / WRIGHT Matthew, *Framing and the mechanisms of criminalisation in the migration context*, International Review of Sociology, 2026, 1–30.

RAMJATHAN-KEOGH Kaajal, SALC submissions on the South African National Health Insurance Bill (NHI), Southern Africa Litigation Centre, 2019, URL: <https://www.southernafricalitigationcentre.org/2019/11/28/salc-submissions-on-the-south-african-national-health-insurance-bill-nhi/> (accessed on 20.02.2026).

Refugee Council of Australia, What is the difference between a refugee, an asylum seeker and a migrant?, 2019, URL: <https://www.refugeecouncil.org.au/getfacts/international/definitions/difference-migrant-refugee/> (accessed on 20.03.2026).

Refugee Regulations (Forms and Procedures) 2000.

Refugee Regulations, 2017.

Refugees Act 130 of 1998.

ROOMANAY Shabodien, *South Africa's crisis of state authority and when citizens begin deporting people*, 2026, URL: <https://mg.co.za/thought-leader/2026-06-25-south-africa-s-crisis-of-state-authority-and-when-citizens-begin-deporting-people/> (accessed on 26.06.2026) .

ROOS Adrian, DA hails surge in immigration enforcement – Issued by Adrian Roos MP, DA Spokesperson on Home Affairs, 2025, URL: <https://www.da.org.za/2025/12/da-hails-surge-in-immigration-enforcement> (accessed on 21.03.2026).

Ruta v Minister of Home Affairs (CCT02/18) [2018] ZACC 52; 2019 (3) BCLR 383 (CC); 2019 (2) SA 329 (CC) (20 December 2018).

RYO Emily / PEACOCK Ian, *A national study of immigration detention in the United States*, Southern California Law Review (Vol. 92/1), 2018, 1-68.

S v Makwanyane and Another 1995 (3) SA 391 (CC); [1995] ZACC 3.

SAADI Altaf / DE TRINIDAD YOUNG Maria-Elena / PATLER Caitlin / ESTRADA Jeremias Leonel / VENTERS Homer, *Understanding US immigration detention: Reaffirming rights and addressing social-structural determinants of health*, Health and Human Rights Journal (Vol. 22/1), 2020, 187-198.

SABC News, Protest against undocumented foreign nationals, 2026, URL: <https://www.youtube.com/watch?v=KZ8yKtKENEU> (accessed on 29.03.2026).

SABC News, The ANC says it will look at South Africa's immigration challenges, 2022, URL: <https://www.youtube.com/watch?v=WyRCJnVyHhg> (accessed on 26.01.2022).

SADC Protocol on the Facilitation of Movement of Persons, 2005.

Scalabrini Centre of Cape Town and Another v Minister of Home Affairs and Others [2023] ZACC 45

SENGUPTA Somini, Migrants or refugees? There is a difference, with legal implications, 2015, URL: <https://www.nytimes.com/2015/08/28/world/migrants-refugees-europe-syria.html> (accessed on 20.03.2026).

SEOKWANG Lesego, "Stop employing illegal foreigners or face possible jail time" – Ramaphosa, 2025, , URL: <https://www.citizen.co.za/news/stop-employing-illegal-foreigners-or-face-possible-jail-time-ramaphosa/> (accessed on 25.02.2026).

SIBANDA Sehlule / NYERE Chidochashe, The securitization of African immigrants in South Africa, *Frontiers in Political Science* (Vol. 8/1), 2026, 1-9.

SMITH Matthew J, Violence, xenophobia and the media: A review of the South African media's coverage of xenophobia and the xenophobic violence prior to and including the events of 2008, *Politikon* (Vol. 38/1), 2011, 111-129.

Somali Association of South Africa v Limpopo Department of Economic Development, Environment and Tourism (48/2014) ZASCA 143.

South Africa (1977) Criminal Procedure Act 51 of 1977.

South Africa (1996) Constitution of the Republic of South Africa.

South African Government News Agency, Cabinet welcomes the launch of Operation New Broom, 2025, URL: <https://www.sanews.gov.za/south-africa/cabinet-welcomes-launch-operation-new-broom> (accessed on 21.03.2026).

South African Government News Agency, Deportations rise over two financial years, 2026, URL: <https://www.sanews.gov.za/south-africa/deportations-rise-over-two-financial-years> (accessed on 09.04.2026).

South African Government News Agency, Home Affairs signs agreement to deal with backlog of asylum seekers, 2021, URL: <https://www.sanews.gov.za/south-africa/home-affairs-signs-agreement-deal-backlog-asylum-seekers> (accessed on 21.06.2026).

South African Government, Home Affairs launches Operation New Broom and biometric verification to combat illegal immigration, 2025, URL: <https://www.gov.za/news/media-statements/home-affairs-launches-operation-new-broom-and-biometric-verification-combat> (accessed on 21.03.2026).

South African Government, Home Affairs on 2024/25 deportations, 2025, URL: <https://www.gov.za/news/media-statements/home-affairs-202425-deportations-02-apr-2025> (accessed on 29.06.2026).

South African Government, Minister Leon Schreiber launches cutting-edge technology for BMA to improve border management, 2025, <https://www.gov.za/news/media-statements/minister-leon-schreiber-launches-cutting-edge-technology-bma-improve-border#:~:text=They%20will%20operate%20the%20devices,technology%20on%20a%20fulltime%20basis.%E2%80%9D> (accessed on 21.03.2026).

South African Government, Minister Leon Schreiber on Operation New Broom to Nelson Mandela Bay, 2025, URL: <https://www.gov.za/news/media-statements/minister-leon-schreiber-operation-new-broom-nelson-mandela-bay-14-jul-2025> (accessed on 13.04.2026).

South African Government, Minister Leon Schreiber presents new Electronic Travel Authorisation to tourism industry, 2025, URL: <https://www.gov.za/news/media-statements/minister-leon-schreiber-presents-new-electronic-travel-authorisation-tourism#:~:text=The%20ETA%20will%20be%20integrated%20with%20an,the%20G20%20leaders%20meeting%20in%20late%20November> (accessed on 21.03.2026).

South African Government, Minister Leon Schreiber takes Operation New Broom to Limpopo, 2025, URL: <https://www.gov.za/news/media-statements/minister-leon-schreiber-takes-operation-new-broom-limpopo-07-aug-2025> (accessed on 21.03.2026).

South African Human Rights Commission, Report into the arrest and detention of suspected undocumented migrants, Johannesburg, 1999.

State of the Nation, Fight crime, not migrants, 2022, URL: <https://stateofthenation.gov.za/newsletter/fight-crime-not-migrants> (accessed on 21.03.2026).

Statewatch, Impunity for war criminals and the European migration strategy in Libya, 2025, URL: <https://www.statewatch.org/analyses/2025/impunity-for-war-criminals-and-the-european-migration-strategy-in-libya/> (accessed on 15.12.2025).

Stats SA, Quarterly Labour Force Survey (QLFS) – Q1: 2026, media release, 2025, URL: <https://www.statssa.gov.za/publications/P0211/P02111stQuarter2026.pdf> (accessed on 28.06.2026).

STEVENS Haley, Following ICE misconduct: Rep. Stevens introduces the Hold ICE Accountable Act, 2026, URL: <https://stevens.house.gov/media/press-releases/following-ice-misconduct-rep-stevens-introduces-hold-ice-accountable-act> (accessed on 01.04.2026).

STUMPF Juliet, *The crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power*, American University Law Review (Vol. 56/2), 2006, 367–419.

SUNDERRAJ Maya, Illegal alien is a slur, 2025, URL: <https://commonwealthtimes.org/2025/02/19/illegal-alien-is-a-slur/> (accessed on 30.03.2025).

SUTTON Rebecca / VIGNESWARAN Darshan, *A Kafkaesque state: Deportation and detention in South Africa*, Citizenship Studies (Vol. 15/5), 2011, 627–642.

SWEENEY Maureen A / SHEBAYA Sirine / COLLOPY Dree K, *Detention as deterrent: Denying justice to immigrants and asylum seekers*, Georgetown Immigration Law Journal (Vol. 36/1), 2021, 291–324.

TADE Oludayo, Xenophobia in South Africa: how family members influenced Nigerians to flee or stay, 2022, URL: <https://theconversation.com/xenophobia-in-south-africa-how-family-members-influenced-nigerians-to-flee-or-stay-177590> (accessed on 14.03.2026).

TARISAYI Kudzayi Savious / MANIK Sadhana, *An unabating challenge: Media portrayal of xenophobia in South Africa*, Cogent Arts and Humanities (Vol. 7/1), 2020, 1–12.

TARISAYI Kudzayi Savious, *Framing Operation Dudula and anti-immigrant sentiment in South African media discourse*, Indonesian Journal of Education and Social Sciences (Vol. 3/1), 2024, 34–43.

TATI Gabriel, *The immigration issues in the post-apartheid South Africa: Discourses, policies and social repercussions*, Espace populations sociétés (Vol. 2008/3), 2008, 423–440.

The Guardian, South Africa anti-migrant vigilante Operation Dudula registers as party for 2024 elections, 2023, URL: <https://www.theguardian.com/global-development/2023/sep/26/south-africa-anti-migrant-vigilante-operation-dudula-registers-as-party-2024-elections>

TIAN George Yijun / MCFARLAND Tim / GUO Sanzhuan, *Automated decision making and deportation: Legal concerns and regulation*, Griffith Law Review (Vol. 34/2), 2025, 273–300.

TSHISHONGA Ndwakhulu, *The impact of xenophobia-Afrophobia on the informal economy in Durban CBD, South Africa*, The Journal for Transdisciplinary Research in Southern Africa (Vol 11/4), 2015, 163–179.

ULLOA Jazmine / MCCANN Allison / RODRÍGUEZ MEGA Emiliano, *Deaths in ICE custody are growing*, 2026, URL: <https://www.nytimes.com/2026/03/29/us/ice-detention-deaths-immigrants.html> (accessed on 30.06.2026).

UNHCR, *Global trends: Forced displacement in 2018*, 2019, URL: <https://www.unhcr.org>

UNHCR, Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention.

Union of Refugee Women v Director, Private Security Industry Regulatory Authority (2007) (4) BCLR 339 (CC).

United Nations Convention on the Rights of the Child, 1989.

United Nations Refugee Convention, 1951.

United States Immigration and Nationality Act, 8 U.S.C. §§ 1325–1326.

VAN DYK Joanna, *Did Bosasa illegally detain kids while working for the Department of Home Affairs?*, 2017, URL: <https://bhekisisa.org/article/2017-12-13-00-children-illegally-detained-under-bosasas-watch-at-lindela-as-health-care-crumbles/> (accessed on 27.03.2025).

VAN HOUT Marie Claire / WESSELS Jakkie, *#ForeignersMustGo versus “in favorem libertatis”: Human rights violations and procedural irregularities in South African immigration detention law*, Journal of Human Rights (Vol. 22/4), 2023, 541-562.

VIGNESWARAN Darshan, *The complex sources of immigration control*, International Migration Review (Vol. 54/1), 2020, 262-288.

VORVORNATOR Lawrence Korsi, *Exploring South Africa’s pre and post-apartheid border system: Border securitisation, illegal migration and cross-border crimes*, Journal of African Foreign Affairs (Vol. 11/2), 2024, 123-144.

WA KABWE-SEGATTI Aurelia / LANDAU Loren (eds), *Migration in post-apartheid South Africa: Challenges and questions to policy-makers*, Agence Française de Développement, Paris, 2008.

WASHINYIRA Tariro / CHIRUME Joseph, *Refugees face “no hope” service from Home Affairs*, 2023, URL: <https://groundup.org.za/article/refugees-face-no-hope-service-from-home-affairs/> (accessed on 21.06.2026).

Migración y derecho administrativo sancionatorio en Colombia: transformaciones, constitucionalización y garantías del debido proceso

Mateo González Figueroa

Propuesta de citación: Mateo González Figueroa, *Migración y derecho administrativo sancionatorio en Colombia: transformaciones, constitucionalización y garantías del debido proceso*, Revista DPPC, 2026, 2, 209-219.

URL: <https://www.dppc.online/es>

Resumen

A partir de la transformación de Colombia en el mayor receptor de migrantes venezolanos del mundo, este artículo analiza la evolución del derecho administrativo sancionatorio en materia migratoria. En la primera parte se argumenta que el desinterés histórico de la doctrina jurídica colombiana por la migración se inscribe en una relación histórica entre el derecho administrativo y la población extranjera, marcada por la lógica de la ciencia de la policía y el paradigma civilización/barbarie que atravesó el período colonial, la Regeneración y buena parte del siglo XX. En la segunda parte se examina el régimen sancionatorio vigente y el proceso de constitucionalización impulsado por la Corte Constitucional. El artículo concluye que la amplia discrecionalidad con la que opera hoy Migración Colombia es en buena medida herencia de esa lógica histórica, y que pese a los avances jurisprudenciales persiste una brecha estructural entre el mandato constitucional y la práctica institucional, en la que la acción de tutela se ha convertido en el recurso ordinario de protección de derechos que deberían estar garantizados desde el inicio del procedimiento administrativo.

Palabras clave: derecho administrativo sancionatorio, migración, debido proceso, constitucionalización, Colombia, Venezuela.

Résumé

Partant de la transformation de la Colombie en premier pays d'accueil des migrants vénézuéliens au monde, cet article analyse l'évolution du droit administratif sanctionnateur en matière migratoire. La première partie soutient que le désintérêt historique de la doctrine juridique colombienne pour la migration s'inscrit dans une relation ancienne entre le droit administratif et la population étrangère, marquée par la logique de la science de la police et par le paradigme civilisation/barbarie qui a traversé la période coloniale, la Regeneración et une grande partie du XXe siècle. La seconde partie examine le régime de sanctions en vigueur et le processus de constitutionnalisation impulsé par la Cour constitutionnelle. L'article conclut que le large pouvoir discrétionnaire avec lequel opère aujourd'hui Migración Colombia est, dans une large mesure, l'héritage de cette logique historique et que, malgré les avancées jurisprudentielles, subsiste un écart structurel entre le mandat constitutionnel et la pratique institutionnelle, dans lequel l'action de tutela est devenue le recours ordinaire de protection de droits qui devraient être garantis dès l'ouverture de la procédure administrative.

Mots-clés : droit administratif sanctionnateur, migration, procès équitable, constitutionnalisation, Colombie, Venezuela.

Abstract

Building on Colombia's transformation into the world's largest recipient of Venezuelan migrants, this article analyses the evolution of administrative sanctioning law in migration matters. The first part argues that the historical disinterest of Colombian legal scholarship in migration is embedded in a long-standing relationship between administrative law and the foreign population, shaped by the logic of the science of police and by the civilisation/barbarism paradigm that ran through the colonial period, the Regeneración and much of the twentieth century. The second part examines the sanctioning regime in force and the process of constitutionalisation driven by the Constitutional Court. The article concludes that the broad discretion with which Migración Colombia operates today is largely an inheritance of that historical logic and that, despite jurisprudential advances, a structural gap persists between the constitutional mandate and institutional practice, in which the acción de tutela has become the ordinary remedy for protecting rights that should be guaranteed from the outset of the administrative procedure.

Keywords: administrative sanctioning law, migration, due process, constitutionalisation, Colombia, Venezuela.

Sumario

I. Colombia frente al fenómeno migratorio	212
II. La constitucionalización de los procesos administrativos sancionatorios por infracciones al régimen migratorio.....	214
III. Conclusiones	218
Bibliografía.....	219

I. Colombia frente al fenómeno migratorio

[1] Colombia ha experimentado un crecimiento significativo en sus niveles de inmigración desde el año 2015, especialmente de personas provenientes de Venezuela¹. Históricamente el país ha contado con niveles altos de emigración, con poco más de cinco millones de colombianos que viven en el exterior², pero fue solamente hasta la reciente crisis en Venezuela que enfrentó por primera vez un flujo masivo de inmigrantes en su territorio³. La institucionalidad del Estado colombiano no estaba preparada para responder a esta nueva realidad que puso en evidencia las deficiencias del derecho migratorio del país, caracterizado por ser altamente fragmentado e inestable⁴.

[2] Tampoco estaba preparada la doctrina jurídica del derecho administrativo colombiano, que no había prestado la atención necesaria a la inmigración y la población como dos de los temas centrales del derecho público⁵. La falta de interés de la institucionalidad y la doctrina no obedece únicamente a la novedad del flujo de inmigrantes actual, sino a la relación histórica que se construyó entre el derecho administrativo y la población extranjera. Como muestra Miguel Malagón, desde la Colonia y como consecuencia del andamiaje administrativo español, la

¹ HESHUSIUS GONZÁLEZ Laura, *Derechos humanos y migración: manual de sanciones y debido proceso en materia migratoria en Colombia*, Universidad de los Andes, Bogotá 2020.

² Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, *Estudio de caracterización de los usuarios que atiende cada uno de los consulados de Colombia en el exterior*, Bogotá 2020, p. 3.

³ Según la actualización de mayo de 2025 de la plataforma R4V, con base en cifras de las autoridades migratorias de Colombia a marzo de 2025, la población de migrantes y refugiados venezolanos en el país asciende a 2.810.358 personas, de las cuales 2.358.056 tienen estatus regular —incluyendo 1.941.299 con PPT expedido— y 451.302 se encuentran en situación irregular. Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela (R4V), *Actualización de cifras de personas refugiadas y migrantes venezolanas*, mayo de 2025 (citado como: R4V, *Actualización de cifras*), disponible en: <https://www.r4v.info/es/population-update-june2025-esp>.

⁴ PELACANI Gracy / MORENO Carolina, *El fenómeno migratorio: la construcción de una ‘realidad más real’ desde la educación experiencial*, en: Barreto Roza Antonio / Lozano Rodríguez Eleonora (eds.), *Metodologías de investigación jurídica. Experiencias y desafíos del oficio de investigar en derecho*, Bogotá 2021, pp. 223-243, esp. p. 231.

⁵ MALAGÓN PINZÓN Miguel, *Salvajes, bárbaros e inmigrantes en el derecho administrativo hispanoamericano*, Bogotá 2015, p. 19 (citado como: MALAGÓN PINZÓN, *Salvajes, bárbaros e inmigrantes*).

administración pública en Colombia operó bajo los principios de la llamada *ciencia de la policía*, cuya preocupación central, proveniente del absolutismo europeo, era la gestión de la población como un recurso del Estado. En ese contexto, las instituciones del Estado son las encargadas de decidir la cantidad y el tipo de personas que habitan el territorio⁶.

[3] En los inicios de la vida republicana, la inmigración fue concebida como instrumento para mejorar a la población y un medio para civilizar el territorio que ocupaban indios y africanos, considerados como salvajes bajo el paradigma *Civilización vs. Barbarie*. Este paradigma fue sistematizado en América Latina por Domingo Faustino Sarmiento en su libro *“Facundo: Civilización y Barbarie”* (1845), en el que asociaba la civilización a las ciudades de impronta europea y la barbarie al campo argentino que debía ser colonizado y transformado⁷. En Colombia, este marco ideológico, que justificó simultáneamente la atracción de inmigrantes europeos como agentes de progreso y el disciplinamiento de las poblaciones indígenas y afrodescendientes, se mantuvo vigente bajo la Constitución de 1886. Una de las más claras expresiones institucionales de este paradigma y de la ciencia de la policía fue la expedición de Ley 72 de 1892, que acumuló las competencias de policía y justicia en el poder ejecutivo y la Iglesia Católica. La ley facultaba al gobierno, de común acuerdo con las autoridades eclesiásticas, para establecer misiones católicas en territorios indígenas y actuar como autoridad civil, penal y judicial hasta que los pobladores abandonaran *“el estado salvaje”*⁸.

[4] La Constitución de 1991 marcó un quiebre con el legado colonial al reconocer a Colombia como una nación pluriétnica y multicultural. Otro de los apartes de las leyes inspiradas en la dicotomía civilización/barbarie, el artículo 1º de la Ley 89 de 1890, *“por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”*, fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional en 1996. La sentencia declaró que las expresiones *“salvajes y reducción a la civilización”* desconocían la dignidad de los miembros de las comunidades indígenas y eran contrarias a la concepción pluralista de las relaciones interculturales adoptada en la nueva Carta⁹. La Corte destacó además que la ley había sido promulgada *“dentro de la concepción ética universalista que consideraba lo diferente como incivilizado”*¹⁰.

[5] El nuevo modelo constitucional de 1991, sin embargo, no implicó una transformación estructural del derecho administrativo sancionatorio en Colombia en materia migratoria. La nueva Constitución introdujo el bloque de constitucionalidad (artículo 93), que otorga rango constitucional a los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, y consagró garantías del debido proceso para toda actuación judicial o administrativa (artículo 29). Este proceso de constitucionalización del derecho administrativo, entendido como la irradiación de los principios y derechos fundamentales sobre la totalidad del ordenamiento jurídico, llegó tardíamente al derecho administrativo, particularmente a los procedimientos sancionatorios migratorios. Estos siguieron operando bajo la lógica de amplia discrecionalidad del poder ejecutivo sobre la población extranjera. La tensión entre ese andamiaje normativo y las exigencias constitucionales se hizo especialmente visible a partir de los años 2015 y 2016, cuando la llegada masiva de migrantes

⁶ Ibid., p. 77.

⁷ Ibid., p. 154.

⁸ Artículos 1 y 2. Ley 72 de 1892.

⁹ Numeral 6.3. Sentencia C-139 de 1996. Corte Constitucional de Colombia.

¹⁰ MALAGÓN PINZÓN, *Salvajes, bárbaros e inmigrantes*, p. 245.

venezolanos puso a prueba un sistema que no había sido diseñado para garantizar los derechos de la población migrante.

[6] En Colombia subsiste una tensión entre, por un lado, las amplias facultades de la administración pública para el control sancionatorio de la migración, y, por el otro, la constitucionalización del derecho administrativo que busca limitar el margen de discrecionalidad en los procedimientos de expulsión y deportación. Las actuales facultades de la administración para el control migratorio son, en buena medida, herencia del paradigma de la ciencia de la policía y del manejo de la población extranjera a partir de criterios de conveniencia pública antes que de garantía de derechos individuales. Nociones como “seguridad nacional”, “tranquilidad social” y “orden público” otorgan a la autoridad migratoria un amplio margen de apreciación para calificar las conductas de los extranjeros e imponer las sanciones correspondientes. Como se mostrará a continuación, a pesar de la consistente jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los procedimientos administrativos sancionatorios migratorios, la práctica institucional no ha logrado ajustar integralmente sus actuaciones a los lineamientos de la Corte. La vulneración de los derechos de las personas migrantes subsiste y el principal mecanismo de control judicial sigue siendo la acción de tutela¹¹.

II. La constitucionalización de los procesos administrativos sancionatorios por infracciones al régimen migratorio

[7] El aumento significativo de migrantes de Venezuela transformó la posición de Colombia en la gestión regional de los flujos migratorios. Actualmente es el mayor país receptor del mundo de migrantes venezolanos con cerca de tres millones de personas que ingresaron al país como migrantes económicos, refugiados o solicitantes de asilo¹². En este contexto, las funciones de Migración Colombia se expandieron más allá de la gestión ordinaria de extranjería. Los cambios en los procedimientos sancionatorios aplicados a los migrantes fueron también significativos y se han visto especialmente influenciados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que a través de la revisión de acciones de tutela ha buscado armonizar estos procedimientos con los tratados de derechos humanos y los principios constitucionales¹³.

[8] El régimen sancionatorio migratorio vigente tiene su base principal en el Decreto 1067 de 2015, que reunió la normatividad reglamentaria del sector de Relaciones Exteriores. El capítulo 13 de la norma establece las modalidades de conductas sancionables con multas, deportación o expulsión. Este decreto fue expedido antes del aumento exponencial del flujo migratorio venezolano, y no fue

¹¹ La acción de tutela es un mecanismo constitucional de amparo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia para la protección inmediata de derechos fundamentales. Las sentencias de tutela pueden ser seleccionadas para revisión por la Corte Constitucional, que a través de ese mecanismo ha construido la línea jurisprudencial sobre debido proceso en materia migratoria que se examina en el texto.

¹² R4V, *Actualización de cifras*, mayo de 2025, disponible en: <https://www.r4v.info/es/population-update-june2025-esp> ; OROPEZA Valentina / Equipo de periodismo visual, *Los mapas que muestran en qué países de América Latina están los migrantes venezolanos, el mayor éxodo de la historia de la región*, BBC News Mundo, 9 de enero de 2025 (actualizado el 10 de enero de 2025). <https://www.bbc.com/mundo/articles/c9837v73jg4o>

¹³ PUERTO SUÁREZ Cristhian Julián, *La constitucionalización del derecho administrativo: concretización del fenómeno y protección del derecho fundamental al debido proceso en procedimientos administrativos sancionatorios de carácter migratorio en Colombia*, trabajo de grado, Universidad de los Andes, Bogotá 2020.

diseñado para gestionar una realidad de esa magnitud¹⁴. La respuesta institucional a la crisis ha sido altamente fragmentada a través de instrumentos transitorios de regularización como el Decreto 216 de 2021 (Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos) y el Decreto 1209 de 2024 (Permiso Especial de Permanencia para representantes legales de niños, niñas y adolescentes). Así, el Decreto 1067 de 2015 señala que la expulsión puede ordenarse, entre "otros eventos", cuando a juicio de Migración Colombia las personas "realicen actividades que atenten contra la seguridad nacional, el orden público, la salud pública, la tranquilidad social, la seguridad pública o cuando existan informaciones de inteligencia que indiquen que representa un riesgo para la seguridad nacional"¹⁵.

[9] En el año 2025, la Corte Constitucional hizo un compendio de las decisiones más importantes sobre el derecho al debido proceso en los procedimientos administrativos sancionatorios de expulsión y deportación¹⁶. A partir de las sentencias de revisión de acciones de tutela, la Corte ha señalado que el respeto al derecho al debido proceso en los procedimientos sancionatorios adelantados por infracciones al régimen migratorio exige el cumplimiento de varias reglas: (i) garantizar el derecho de defensa y contradicción; (ii) el trámite sancionatorio debe surtir en un plazo razonable, lo cual implica no solo que se adelante sin dilaciones injustificadas, sino además que no se lleve a cabo con tanta celeridad que torne ineficaz el derecho de defensa; (iii) asistir con un traductor a todo extranjero que no comprenda con suficiencia el idioma español; (iv) valorar las circunstancias familiares del extranjero, especialmente cuando el grupo familiar se encuentra integrado por menores de edad, y; (v) motivar de manera suficiente el acto administrativo mediante el cual se resuelve sancionar al extranjero con deportación o expulsión¹⁷.

[10] La tensión existente entre la soberanía de los Estados y el reconocimiento de los derechos de los migrantes ha sido reconocida en múltiples ocasiones por la Corte Constitucional. En medio de esa tensión, la jurisprudencia constitucional ha insistido en la necesidad de proteger la dignidad de todas las personas migrantes. Uno de los casos más relevantes (SU-397 de 2021), que precisamente dio lugar a la recopilación de las reglas jurisprudenciales mencionadas antes, ocurrió en el año 2019 durante el "Paro Nacional". En ese contexto, el 23 de noviembre de 2019 la Policía Metropolitana de Bogotá detuvo a siete ciudadanos venezolanos por la supuesta comisión de actos vandálicos que ponían en riesgo el orden público y la seguridad nacional¹⁸. Durante el trámite de revisión de la acción de tutela que buscaba la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana y debido proceso de los ciudadanos venezolanos, la Policía Metropolitana manifestó ante la Corte Constitucional que estaba probada la existencia de una masiva migración

¹⁴ La llegada masiva de migrantes venezolanos estuvo acompañada, desde sus inicios, de percepciones negativas sobre su impacto en la seguridad pública. Sin embargo, la evidencia empírica no respalda esa asociación: investigaciones basadas en datos de migración irregular entre 2016 y 2018 encontraron que el flujo migratorio no produjo efectos significativos sobre los delitos violentos, y que los incrementos modestos observados en tasas de hurto fueron de corto plazo y concentrados en municipios con mercados laborales más formalizados. Ver: FRANCO MORA Juan Sebastián, *¿Los sospechosos de siempre? Efectos de la migración irregular en la criminalidad*, en: Desarrollo y Sociedad (Vol. 89) 2021, pp. 57-92.

¹⁵ Artículo 2.2.1.13.2.2. Decreto 1067 de 2015.

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, *Boletín Temático de Jurisprudencia No. 4: Migrantes*, Bogotá 2025, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/boletines/Boletin/Bolet%C3%ADn-tem%C3%A1tico-de-jurisprudencia-4-Migrantes.pdf>

¹⁷ Sentencia SU-397 de 2021, Corte Constitucional de Colombia.

¹⁸ Ibid., nº 19 (1-12) y nº 20 (88).

de ciudadanos venezolanos, y que en el contexto de conflictividad social del momento estos habían participado en “actos vandálicos y terroristas en el ejercicio de las acciones de protesta”. Afirmó también la Policía que “las medidas de expulsión de ciudadanos extranjeros que constituya una amenaza para la seguridad nacional y para el orden público son una atribución indelegable de la soberanía estatal”¹⁹. Dos días después de ser capturados, el 25 de noviembre de 2019 las personas detenidas fueron llevadas en la madrugada a la Amazonía y abandonadas en medio del Río Orinoco.

[11] Al examinar el caso, la Corte señaló las limitaciones a la facultad discrecional del Estado al momento de imponer sanciones por infracciones al régimen migratorio, entre ellas, y en concordancia con la Convención Americana de Derechos Humanos²⁰, la unidad familiar y la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros. La Corte encontró que se vulneró el derecho fundamental de los accionantes al debido proceso durante la detención que adelantó la Policía Metropolitana de Bogotá, pues esta fue realizada con una finalidad distinta al “traslado por protección” autorizado por la norma²¹, tuvo una duración superior a las 12 horas permitidas y no existió una motivación suficiente para justificar la privación de la libertad de los detenidos²².

[12] La Corte declaró que la actuación de Migración Colombia había sido desproporcionada y violatoria del derecho fundamental al debido proceso de las personas migrantes. La autoridad desconoció la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros y no desarrolló un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada uno. La falta de análisis de las condiciones de cada persona afectó la unidad familiar de dos de ellas, que contaban con el permiso especial de permanencia en el país, y que fueron entregadas a Migración Colombia a pesar de que lo que correspondía era que, una vez verificada que la permanencia en el país de estos dos migrantes se ajustaba a las exigencias normativas, la autoridad debía ordenar su libertad²³. La Corte concluyó que la decisión de expulsión no fue objetiva, razonable y debidamente motivada, y llamó la atención sobre la excesiva rapidez con la que se realizó el procedimiento, pues esto afectó la posibilidad de los detenidos de defenderse y explicar, entre otras cosas, sus vínculos familiares²⁴.

¹⁹ Ibid.

²⁰ El artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos protege el derecho de circulación y residencia. El numeral 9 del artículo prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, por su parte, conforme a los artículos 42 y 44 de la Constitución, es deber del Estado garantizar la protección integral de la familia y es derecho de los niños y niñas tener una familia y no ser separados de esta”.

²¹ El traslado por protección es una medida prevista en el artículo 155 de la Ley 1801 de 2016 (Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana), que faculta a la Policía Nacional para trasladar a una persona a un lugar de protección cuando se encuentre en situación de riesgo para su vida o integridad, o cuando su comportamiento ponga en peligro la vida o integridad de terceros. La medida tiene carácter temporal y no sancionatorio, y no puede superar las doce horas.

²² En relación con el tiempo de detención permitido, el Artículo 2.2.1.13.3.2 del Decreto 1067 de 2015 dispone un término máximo de 36 horas. En el caso concreto, los migrantes fueron detenidos el 23 de noviembre de 2019 y expulsados dos días después.

²³ El artículo 2.2.1.13.3.2 determina que “[u]n extranjero podrá ser conducido en cualquier momento por la autoridad migratoria a las instalaciones de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, cuando se haga necesario verificar su identidad y/o situación de permanencia en el territorio nacional o cuando se adelante en su contra un procedimiento administrativo y sea requerido para el mismo”.

²⁴ Ibid., p. 217.

De igual forma, cuestionó que los migrantes no hubieran sido entregados a ninguna autoridad en Venezuela sino dejados en un lugar inhóspito del río Orinoco.

[13] La Corte amparó los derechos fundamentales al debido proceso y a la dignidad humana de los siete accionantes, dejó sin efectos las resoluciones de expulsión y ordenó a Migración Colombia reiniciar el procedimiento sancionatorio garantizando el derecho a la defensa y una valoración individual de las circunstancias de cada persona. Con el fin de evitar la repetición de los hechos, ordenó a Migración Colombia actualizar y divulgar un manual de derechos y deberes de las personas migrantes y prohibió a la Policía Nacional, a Migración Colombia y al Centro de Traslado por Protección utilizar el mecanismo de traslado por protección para materializar procedimientos de expulsión de extranjeros.

[14] Este precedente, que es de gran relevancia para identificar los límites al poder del Estado en los procedimientos administrativos sancionatorios migratorios, fue emitido luego de varios pronunciamientos de la Corte en los que ya se habían definido algunas reglas sobre el derecho al debido proceso de los extranjeros en casos de deportación y expulsión. A través de sentencias como la T-143, la T-295 y la T-530, todas del 2019, la Corte estableció que la autoridad migratoria está obligada a garantizar el derecho de defensa y contradicción, a adelantar el procedimiento en un plazo razonable que no comprometa la posibilidad de defenderse, a evaluar los vínculos familiares del extranjero, a proveer traductor cuando sea necesario, y a motivar individualmente cada decisión sin omitir etapas procesales. La SU-397 de 2021 representó el punto de mayor desarrollo de esta línea al reiterar esas reglas y aplicarlas frente a una expulsión colectiva, fijando por primera vez un precedente de unificación sobre la prohibición de ese mecanismo.

[15] El desarrollo jurisprudencial, sin embargo, no ha logrado transformar la práctica institucional de manera estructural. Organizaciones de la sociedad civil como Dejusticia han mostrado, con base en los datos de migración Colombia, que las expulsiones discrecionales pasaron de representar el 16% del total de las expulsiones en 2015, al 94% en 2020, un aumento del 728% en cinco años: de 190 expulsiones discrecionales en 2015 a 1.573 en 2020²⁵. Aunque el Decreto 1067 de 2015 concibió la expulsión como una sanción excepcional, esta se ha convertido en un mecanismo ordinario de control migratorio bajo una motivación que en reiteradas ocasiones la Corte ha encontrado insuficiente o inexistente, y que recuerda la lógica discrecional sobre la población extranjera heredada de la ciencia de la policía que se describió en la primera parte de este artículo.

[16] La persistencia de la brecha entre el mandato constitucional y la práctica institucional puede observarse a través de sentencias recientes de la Corte Constitucional en las que se han identificado falencias en los procedimientos sancionatorios migratorios similares a las encontradas en las sentencias del 2019 y en la sentencia SU-397 de 2021. Así, en la sentencia T-060 de 2025, la Corte examinó un caso en el que tres migrantes deportadas de Camerún fueron retenidas durante varios días en la zona de tránsito del Aeropuerto el Dorado en Bogotá sin que existiera una orden administrativa o judicial, en condiciones precarias, con malos tratos y sin acceso a información mínima de su condición migratoria. La Corte encontró que la autoridad migratoria había vulnerado los derechos a la libertad personal, al debido proceso y a la no devolución, e identificó tanto una práctica inconstitucional como un vacío regulatorio sobre migración en tránsito.

²⁵ RAMÍREZ BOLÍVAR Lucía, *Expulsiones discrecionales de personas migrantes: la excepción que se convirtió en regla*, Dejusticia, 3 de febrero de 2022, disponible en: <https://www.dejusticia.org/expulsiones-discrecionales-de-personas-migrantes-la-excepcion-que-se-convirtio-en-regla/>

[17] En la sentencia T-357 de 2025, por su parte, la Corte conoció el caso de un ciudadano venezolano al que Migración Colombia le negó el Permiso por Protección Temporal (PPT). El ciudadano extranjero, que había excedido su permiso de permanencia por un solo día, se presentó voluntariamente ante Migración Colombia para regularizar su situación. En el mismo día, la entidad lo presionó a renunciar a los recursos en sede administrativa sin informarle sobre las consecuencias de esa renuncia, e impuso una sanción de deportación desproporcionada que no consideró la gravedad de la falta ni la situación de vulnerabilidad del accionante. En el 2024, cuando el ciudadano solicitó el Permiso por Protección Temporal, Migración Colombia negó la solicitud invocando la deportación de nueve años atrás como sanción vigente, a pesar de que esta había vencido años atrás, y pasando por alto que la propia autoridad administrativa le había expedido permisos de permanencia durante dos periodos sucesivos. La Corte encontró que la sanción original había sido arbitraria y desproporcionada, que la negativa al PPT carecía de sustento legal, y ordenó reiniciar el trámite de regularización.

III. Conclusiones

[18] El caso colombiano muestra la coexistencia de una jurisprudencia constitucional robusta sobre garantías migratorias con una práctica institucional que sigue operando bajo una lógica de amplia discrecionalidad ejecutiva. Como se mostró en la primera parte de este artículo, el derecho administrativo colombiano construyó históricamente su relación con la población extranjera bajo los principios de la ciencia de la policía: la premisa de que el Estado tiene la facultad soberana de gestionar a los extranjeros según criterios de conveniencia pública antes que de garantía de los derechos individuales. Aunque la Constitución de 1991 introdujo un quiebre normativo no dismanteló esa lógica de fondo. Los criterios que habilitan hoy la expulsión discrecional — "seguridad nacional", "tranquilidad social", "orden público"— de alguna manera son la expresión contemporánea de esa misma premisa. La evidencia muestra que las expulsiones discrecionales se intensificaron precisamente durante el período de mayor flujo migratorio: pasaron del 16% en 2015 al 94% en 2020.

[19] La Corte Constitucional ha cumplido un papel fundamental en acotar esa discrecionalidad. A través de una línea jurisprudencial consolidada en la SU-397 de 2021, el Alto Tribunal ha fijado estándares claros sobre motivación individualizada, derecho de defensa, evaluación de circunstancias personales y prohibición de expulsiones colectivas²⁶. Sin embargo, las sentencias T-060 y T-357 de 2025 muestran que esos estándares siguen siendo desconocidos por Migración Colombia en contextos distintos y frente a poblaciones diferentes, lo que evidencia la brecha estructural entre el mandato constitucional y la práctica institucional. La acción de tutela, concebida como mecanismo excepcional de amparo, se ha convertido en el recurso ordinario al que deben acudir las personas migrantes para hacer efectivos derechos que deberían estar garantizados desde el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio. Colombia debe avanzar en la construcción de un marco normativo estable en materia migratoria. Es necesario que la legislación ajuste los procedimientos sancionatorios al marco constitucional y al derecho internacional de los derechos humanos, de forma que el cumplimiento de los derechos de las personas migrantes sea efectivo desde el inicio de los procedimientos y no dependa de la intervención judicial.

²⁶ Se destacan las siguientes sentencias: T-956/13; T-295 de 2018; T-500 de 2018; T-530 de 2019; SU-397 de 2021 y T-159 de 2025.

Bibliografía

ALBARRACÍN CABALLERO Mauricio / RAMÍREZ BOLÍVAR Lucía / BARRAGÁN GONZÁLEZ Maryluz / PULIDO JIMÉNEZ Sergio / ARROYAVE Lina, *Intervención ciudadana en el proceso de revisión de la tutela. Radicado T-8113411*, Dejusticia, Bogotá, 27 de octubre de 2021, disponible en: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2021/11/Intervenci%C3%B3n-caso-de-expulsiones.pdf>

BBC News Mundo (OROPEZA Valentina / Equipo de periodismo visual), *Los mapas que muestran en qué países de América Latina están los migrantes venezolanos, el mayor éxodo de la historia de la región*, 9 de enero de 2025 (actualizado el 10 de enero de 2025).

Corte Constitucional de Colombia, *Boletín Temático de Jurisprudencia No. 4: Migrantes*, Bogotá, octubre de 2025, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/boletines/Boletin/Bolet%C3%ADn-tem%C3%A1tico-de-jurisprudencia-4-Migrantes.pdf>

FRANCO MORA Juan Sebastián, *¿Los sospechosos de siempre? Efectos de la migración irregular en la criminalidad*, en: Desarrollo y Sociedad (Vol. 89) 2021, pp. 57-92, disponible en: <https://doi.org/10.13043/DYS.89.2>.

HESHUSIUS GONZÁLEZ Laura, *Derechos humanos y migración: manual de sanciones y debido proceso en materia migratoria en Colombia*, Universidad de los Andes, Bogotá 2020.

MALAGÓN PINZÓN Miguel, *Salvajes, bárbaros e inmigrantes en el derecho administrativo hispanoamericano*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2015 (citado como: MALAGÓN PINZÓN, *Salvajes, bárbaros e inmigrantes*).

Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, *Estudio de caracterización de los usuarios que atiende cada uno de los consulados de Colombia en el exterior*, Bogotá 2020.

MORENO V. Carolina / PELACANI Gracy / MOYA ORTIZ Lina María, *Bitácora Jurisprudencial de la Migración: para la defensa de los derechos humanos de la población migrante y refugiada en Colombia*, Centro de Estudios en Migración y Clínica Jurídica para Migrantes, Universidad de los Andes, Bogotá, noviembre de 2021, disponible en: <https://migracionderecho.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/Bitacora-jurisprudencial-de-la-migracion.pdf>

PELACANI Gracy / MORENO Carolina, *El fenómeno migratorio: la construcción de una 'realidad más real' desde la educación experiencial*, en: Barreto Roza Antonio / Lozano Rodríguez Eleonora (eds.), *Metodologías de investigación jurídica. Experiencias y desafíos del oficio de investigar en derecho*, Bogotá 2021, pp. 223-243.

Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela (R4V), *Actualización de cifras de personas refugiadas y migrantes venezolanas – mayo 2025*, junio de 2025, disponible en: <https://www.r4v.info/es/population-update-june2025-esp> (citado como: R4V, *Actualización de cifras*).

PUERTO SUÁREZ Crithian Julián, *La constitucionalización del derecho administrativo: concretización del fenómeno y protección del derecho fundamental al debido proceso en procedimientos administrativos sancionatorios de carácter migratorio en Colombia*, trabajo de grado, Universidad de los Andes, Bogotá 2020.

RAMÍREZ BOLÍVAR Lucía, *Expulsiones discrecionales de personas migrantes: la excepción que se convirtió en regla*, Dejusticia, 3 de febrero de 2022, disponible en: <https://www.dejusticia.org/expulsiones-discrecionales-de-personas-migrantes-la-excepcion-que-se-convirtio-en-regla/>

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia T-143 de 2019

Sentencia T-295 de 2019

Sentencia T-530 de 2019

Sentencia SU-397 de 2021

Sentencia SU-543 de 2023

Sentencia T-060 de 2025

Sentencia T-357 de 2025

Appel à contributions

Revue DPPC 2027 (n°3)

Violences sexuelles intra- et extrafamiliales : la parole de l'enfant dans le procès pénal

Email : submit@dppc.online

Convocatoria a contribuciones

Revista DPPC 2027 (n°3)

Violencia sexual intra y extrafamiliar: la palabra del niño en el proceso penal

Email : submit@dppc.online

Call for papers

Journal DPPC 2027 (no. 3)

Intra- & extrafamilial sexual violence: the child's voice in criminal proceedings

Email : submit@dppc.online

Revue / Revista DPPC

c/o Prof. Thierry Godel

Case postale

1701 Fribourg

Email : info@dppc.online

Email : editor@dppc.online

www.dppc.online