

## 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<sup>e</sup> 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<sup>a</sup> 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 Farrer 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.