

Mikel Mazkarian

El control de las aguas internacionales y el doble lenguaje del enaltecimiento de la solidaridad y su penalización

FRONTERAS VIRTUALES

Las barreras son probablemente el icono más representativo del control de fronteras. Hay barreras que suben y bajan adosadas a una especie de garita. En determinados pasos fronterizos de carácter rural entre Francia y España es todavía visible este tipo de instalación, con la diferencia de que la barrera ha desaparecido; es lo que podría denominarse una frontera «amable». Por otro lado, en el paso fronterizo hispano-francés de Biriatu quedan en pie las garitas y aunque el aspecto a simple vista es el de ausencia de control policial, no es extraño observar alguno en las proximidades de manera que, ante la apariencia de una frontera que ya no existe, surge el control escondido, disimulado. Si acudimos ahora a la frontera sur de España el panorama resulta bien distinto. La valla de Ceuta y Melilla es efectiva en la medida en que resulta visible; aquí ya no se trata de aparentar la ausencia de control, sino más bien al contrario, demostrar incluso por encima de las posibilidades técnicas existentes que el control de la frontera la hace inexpugnable. Y así nos encontramos con un juego macabro consistente en probar los límites de la persona para sortear la frontera; el recorrido de las modificaciones de la valla de Ceuta desde su construcción es la historia de la lucha por demostrar que el paso fronterizo está cerrado, aunque en ello se pierdan vidas¹. A estos tres modelos de frontera se

1. Las obras de impermeabilización de los 8,3 kilómetros de frontera de Ceuta fueron adjudicadas en noviembre de 1993 a la empresa Cubiertas y MZOV (hoy fusionada con Entrecanales en NECSO), por 3.500 millones de pesetas. Tras sucesivas ampliaciones y prórrogas, las inversiones a comienzos del año 1999 sobrepasaban los

194|195

puede añadir otro, la frontera marítima; su característica principal es la falta de definición, su porosidad. La extensión y su propia composición impiden visualizar una frontera sólida como lo pueda ser la valla de Ceuta, sin embargo, el mensaje de prohibición debe ser igual de contundente. Esta dificultad añadida obliga a concentrarse en el efecto disuasorio para contrarrestar las carencias físicas de la frontera que se desea establecer.

Este trabajo parte de la frontera marítima y desarrolla algunos problemas que derivan en cierta forma de esta necesidad de crear una realidad virtual de frontera inexpugnable. Empleamos el término virtual como sustitutivo de lo real; lo real ni es reproducido ni manipulado, ni tampoco desaparece en favor de lo imaginario, sino que se genera artificialmente otra realidad totalmente simulada. Siguiendo a Claudia Giannetti, podemos decir que «las cuestiones apremiantes mundiales van siendo progresivamente encapsuladas y mantenidas latentes de manera atemporal. Están gravitatoriamente ligadas a nuestro mundo, aunque nuestra capacidad de “verlas” va decreciendo en la medida en que su virtualidad se expande»². La estrategia de evasión que impregna el proceso de ficcionalización del mundo genera la discrepancia paradójica entre lo habitual que nos resulta vivir en la ilusión consciente de que conocemos nuestro entorno, y la incomodidad que produce el cuestionamiento de su veracidad.

Dos océanos y cuatro mares bañan los 70.000 km de costa que tiene Europa: los océanos Atlántico y Ártico, el mar Báltico, el Mar del Norte, el mar Mediterráneo y el Mar Negro. En la actualidad, y aunque ha habido casos aislados de barcos mercantes, la actividad principal se centra en impedir que traspasen la frontera marítima pequeñas embarcaciones que se han dado en llamar «pateras» y «cayucos»³.

De la mano de la Unión Europea, se han creado una serie de mecanismos para vigilar/disuadir a estas embarcaciones; en otros capítulos se desarrollan de

6.000 millones. Ese año la valla de alambre de 2,5 metros de altura se sustituyó por otra de acero galvanizado de 3,10 metros y reforzada con una alambrada de espino. Tras los sucesos de septiembre y octubre del año 2005, donde murieron siete personas, se vuelve a reforzar la valla con una verja triple, sirgas de acero, en definitiva, un mecanismo creado para desgarrar el cuerpo de quien osara traspasarla. Sin embargo, el 22 de junio del 2007 un inmigrante volvía a saltar la valla dejando en evidencia su vulnerabilidad.

2. Claudia Giannetti (ed.), *Sin salida de emergencia*, MAS/MECAD, Sabadell, 2002.

3. En España casi no existe un léxico específico de la inmigración irregular, de manera que las palabras utilizadas son préstamos del lenguaje corriente (pasador, reclutador, etc.); y cuando se utilizan expresiones específicas éstas provienen del lenguaje utilizado por los medios de comunicación. La patera era una embarcación semejante al bote, pero sin quilla y el fondo plano utilizada en el sur de España para la pesca a muy poca distancia de la costa; en el año 1992, comienza a utilizarse la expresión «patera» referida a las embarcaciones utilizadas por los inmigrantes irregulares. Según el diccionario de la RAE, «cayuco» se define como embarcación india de una pieza, más pequeña que la canoa, con el fondo plano y sin quilla, que se gobierna y mueve con el canaleta. Para María Moliner un «cayuco» es un barco indio de una pieza, más pequeño que la canoa gobernado por un solo remo. En África occidental tradicionalmente se ha llamado cayuco a aquella embarcación construida de lienzo que normalmente se utilizaba en expediciones.

El control de las aguas internacionales I Mikel Mazkarian

manera detallada estas actuaciones, nosotros nos queremos fijar tan sólo en el aspecto relacionado con su utilidad real. El antecedente de la llamada externalización de fronteras podemos situarlo en el año 1998. Ese año y bajo la presidencia austriaca se elaboró un documento denominado «Estrategias sobre política de migración y asilo», más conocido como «Documento Matzka». El documento fue reemplazado por la propuesta holandesa de cara a crear una «Task force transpilier», recogiendo en el Consejo de Justicia y Asuntos Interiores (JAI), de los días 3 y 4 de diciembre de 1998, algunas de las medidas propuestas. El informe de la presidencia austriaca recibió duras críticas por parte del Parlamento Europeo; sin embargo, traemos a colación este hecho porque pocas veces se han expresado en un documento europeo ideas de forma tan clara y explícita, dejando a un lado el típico lenguaje ambiguo que caracteriza a la Unión Europea. Pues bien, de este informe nos interesa recoger un punto referido al control de fronteras donde se señala que la reducción de la presión migratoria debe contemplar, además de la política de extranjería, asilo y control de fronteras, otras cuestiones como son las relaciones internacionales y la ayuda al desarrollo. Pero a su vez, el éxito de estas medidas viene dado en función de la cooperación política entre los países de acogida y los de origen que vincule por ejemplo la ayuda al desarrollo con las cuestiones de visado, o con la readmisión. En definitiva, se trataría de sustituir el modelo de la «Europa Fortaleza» por un modelo de círculos concéntricos. Uno de los últimos capítulos de esta política de la raya y el círculo lo encontramos a finales del año 2006, cuando la Comisión Europea hace público un informe sobre el refuerzo de la gestión de las fronteras marítimas meridionales de la Unión Europea (COM, n.º 733 de 30/11/06); en este informe se cuela de rondón un párrafo que no tiene desperdicio en el que se señala la necesidad de determinar el modus operandi correcto para interceptar buques que llevan, presuntamente, inmigrantes ilegales y clarificar la «determinación del puerto más adecuado para el desembarque tras un rescate o interceptación en alta mar». En definitiva, todo el andamiaje de Frontex, Eurosur y demás medidas se viene abajo ante la cuestión central de saber si estas patrulleras vigilan, interceptan o rescatan a inmigrantes. Al hilo de lo ocurrido con el Marine I⁴, la prensa recogía las declaraciones de un funcionario de policía que de manera muy gráfica decía que a ellos les han ordenado interceptar a los inmigrantes, no resca-

4. El 10 de febrero de 2007 el buque Marine I era autorizado a atracar en el puerto mauritano de Nuadibú tras permanecer una semana fondeado en alta mar y tras más de tres meses de travesía. De los 369 naufragos que viajaban a bordo del carguero, 334 eran asiáticos, procedentes de Cachemira, Birmania, Sri Lanka y Afganistán, y 35 eran subsaharianos de Costa de Marfil, Sierra Leona y Liberia. La repatriación de estas personas estuvo plagada de obstáculos e irregularidades. En el mes de junio, aún quedaban veinte ciudadanos africanos sin poder repatriar y con problemas de salud por el tiempo que llevaban encerrados. En el mes de julio, seis inmigrantes eran trasladados a Ceuta y cuatro a Portugal; se podría decir que diez de los 369 consiguieron llegar a su destino.

196|197

tarlos. Resolver esta duda supondría reconocer que las labores asignadas a las patrulleras de Frontex no se corresponden con la realidad, y que todos estos operativos lo único que pueden hacer es acompañar a los cayucos al puerto y rescatar su tripulación.

FICCIONES JURÍDICAS

Esta realidad virtual necesita de su correspondiente soporte jurídico. Para ello se acude al Convenio de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el Protocolo de Palermo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, etc. Ocurre que ninguno de estos instrumentos normativos está pensado para pateras o cayucos (el Convenio sobre Derecho del Mar es del año 1982), por lo que su falta de encaje para este tipo de embarcaciones es evidente. De hecho, un cayuco en alta mar es sencillamente una embarcación en peligro a la que debe prestarse el auxilio necesario; no otra cosa dispone el artículo 98 del Convenio, titulado «Deber de prestar auxilio»:

1. Todo Estado exigirá al capitán de un buque que enarbole su pabellón que, siempre que pueda hacerlo sin grave peligro para el buque, su tripulación o sus pasajeros:

- a) Preste auxilio a toda persona que se encuentre en peligro de desaparecer en el mar;*
- b) Se dirija a toda la velocidad posible a prestar auxilio a las personas que estén en peligro, en cuanto sepa que necesitan socorro y siempre que tenga una posibilidad razonable de hacerlo;*
- c) Caso de abordaje, preste auxilio al otro buque, a su tripulación y a sus pasajeros y, cuando sea posible, comunique al otro buque el nombre del suyo, su puerto de registro y el puerto más próximo en que hará escala.*

2. Todo Estado ribereño fomentará la creación, el funcionamiento y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz para garantizar la seguridad marítima y aérea y, cuando las circunstancias lo exijan, cooperará para ello con los Estados vecinos mediante acuerdos mutuos regionales.

Recordemos igualmente que las zonas de tránsito en los aeropuertos son igualmente un claro ejemplo de ficción jurídica en cuanto a la territorialidad.

El control de las aguas internacionales I Mikel Mazkarian

Sin embargo, nosotros vamos a utilizar el término de ficción jurídica como equivalente al de realidad virtual, es decir, la construcción de figuras jurídicas que nada tienen que ver con la realidad.

En esta ceremonia de confusión participan no sólo el poder político, sino también el judicial. Un ejemplo de esto último lo tenemos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Diciembre de 2007 (Sala de lo Penal, Sentencia n.º 1092/2007). Los hechos que juzga esta sentencia tienen lugar el 27 de abril de 2006, cuando una patrullera de la Guardia Civil avista una patera en la que navegaban 75 inmigrantes irregulares. La patera es interceptada a 50,75 millas de la costa de Motril y, por tanto, la Audiencia Provincial de Granada ha entendido que existía falta de jurisdicción, al producirse los hechos en territorio de Marruecos. La sentencia del Tribunal Supremo trata de argumentar a favor del enjuiciamiento del delito de favorecimiento de la inmigración ilegal sin atender el principio de territorialidad, según el cual, producido el delito en territorio de Marruecos, se produciría una falta de jurisdicción española para enjuiciar el hecho. Para ello echa mano de la normativa antes mencionada, con el fin de dar a los hechos enjuiciados el carácter de justicia universal, amparada por convenios internacionales, y así nos habla de un buque sin nacionalidad que carecía de medios de comunicación exterior y de chalecos salvavidas. Esta argumentación resulta hoy en día superada con la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la Persecución Extraterritorial del Tráfico Ilegal o la Inmigración Clandestina de Personas. Sin embargo, no deja de ser curioso que se necesite una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial para juzgar un delito cometido en otro Estado, lo cual da una idea de las dificultades prácticas que tiene llevar hasta sus últimas consecuencias la política de externalización de fronteras.

Siguiendo con el ejemplo del Marine I, la presencia de funcionarios de policía españoles en Mauritania practicando devoluciones resultaba muy difícil de explicar desde la óptica del derecho, y no digamos si la situación hubiera sido la inversa y nos encontráramos con policías de Mauritania interrogando a inmigrantes pakistaníes en Málaga; esto último hubiera sido sencillamente inadmisibile.

Pero volvamos a la Sentencia del Tribunal Supremo. En esta sentencia nos encontramos con el actor necesario para que la escena relatada tenga sentido; efectivamente, todo encaja si tenemos a un culpable, a un responsable penal al que llamaremos traficante y le aplicamos el artículo 318 del Código Penal. Recordemos que a través de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros (seguridad, violencia doméstica y extranjería juntas en una misma ley, todo un logro del derecho), se incorpora el tipo penal de la promoción de la «inmigración clandestina», uniendo así el legislador dos conceptos que hasta el

198|199

momento servían para definir conductas diferentes⁵. De esta manera, ya no es necesario hablar de otro artículo del Código Penal, el 195, que habla del delito de omisión del deber de socorro y que se produce cuando una persona no ayuda a otra que se encuentra desamparada y en peligro manifiesto y grave.

Un elemento importante que influye en esta confusión es que, tras la reforma del artículo 318, la regulación de las conductas relacionadas con el tráfico de personas se une con la regulación de las conductas que promueven o favorecen la inmigración ilegal o clandestina; sin embargo, unas y otras atentan contra bienes o intereses diferentes. Este tratamiento responde principalmente al deseo de limitar o controlar los flujos migratorios. Si el bien jurídico protegido (la vida de unos naufragos) lo cambiamos por el interés general de controlar los flujos migratorios (que es el bien protegido por el artículo 318 según palabras del Tribunal Supremo), habremos dado el primer paso para que el contenido de esos cayucos quede despojado de cualquier apariencia humana; ejemplos de este proceso de «cosificación» no faltan.

El día 14 de julio de 2006 el pesquero español *Francisco y Catalina* avista a 200 millas del sur de Malta una barca a la deriva con 51 inmigrantes a bordo. Desde el primer momento, el Gobierno de Malta prohíbe acercarse al pesquero a sus costas y dice que corresponde a Libia hacerse cargo de estos inmigrantes; España, por su parte, busca a países dispuestos a aceptar en su territorio a estos inmigrantes. En principio se cierra un acuerdo con Libia e Italia; este último país pide a cambio que España acepte 10 marroquíes internados en Lampedusa, luego eleva esta cifra a 40. Finalmente, el día 21 se consigue solucionar el reparto haciéndose cargo España de 29 inmigrantes, Malta 5, Andorra otros 5 e Italia 12. Esta subasta de inmigrantes es posible llevarla a cabo porque estamos hablando de cosas, de una especie de residuos tóxicos. Y sin embargo, la tripulación de este barco obtuvo el reconocimiento de un premio a la

5. El primero de los delitos del Código Penal relacionados con el fenómeno que nos ocupa sería el artículo 312, que castiga con la misma pena que el tráfico ilegal de mano de obra a quienes recluten personas o las determinen a abandonar su trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

La segunda de las figuras delictivas a analizar se incluye en el artículo 313 y castiga al que «promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, con la pena de dos a cinco años y multa de seis a doce meses».

La tercera de las figuras delictivas se encuentra en el artículo 318 bis dentro del capítulo titulado «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros». Este artículo castiga a «Los que directa o indirectamente promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España», con penas de prisión de cuatro a ocho años, si bien las mismas se pueden agravar hasta los 17 años dependiendo de si se ha puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad; se realizan los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, o cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades».

El control de las aguas internacionales I Mikel Mazkarian

solidaridad y el responsable del barco, el patrón de *Nuestra Madre del Loreto*, tuvo que rescatar el 13 de junio de 2007 otros 26 inmigrantes que avistó cuando se encontraba faenando a 90 millas de la costa de Libia. El 10 de agosto de 2007, el crucero *Jules Verne* rescataba de madrugada a una treintena de inmigrantes que intentaban mantenerse a flote nadando en alta mar en aguas del Mediterráneo, a unas ochenta millas de Malta. Pero, con anterioridad, este mismo crucero se encontró con una barca en la que viajaban doscientos inmigrantes y, según relatan los medios de comunicación (*ABC*, 10/08/07), «conscientes de la odisea que hace unos meses protagonizó el pesquero *Francisco y Catalina* tras rescatar a 48 inmigrantes, los responsables del barco español decidieron no subir a bordo a los viajeros de la barcaza, entre los que se encontraban varios menores de edad, para evitar así problemas y optaron por protegerlo y avisar a las autoridades maltesas». *Imaginemos* por un momento que el crucero (cuya tripulación y pasajeros eran en su mayoría españoles) sufre una vía de agua y es avistado por el *Queen Elisabeth*, que se limita a remolcarlo y se niega a subir a la tripulación a bordo alegando «problemas diplomáticos». *El Corisco*, *Monte Falcó*, etc., son barcos con un nombre que han rescatado a personas despojadas de su derecho a tener un nombre; tal vez el primer derecho de una persona sea el derecho a tener un nombre. El debate entre derechos de ciudadanía y derechos de la persona se desliza hacia el derecho de las no-personas.

Cayucos vacíos de personas, llenos de zombis

Otro aspecto a resaltar es el solapamiento del derecho penal en el derecho administrativo. El primero es el derecho que castiga las conductas que a su vez llevan aparejada una determinada pena. El segundo es el derecho de la organización, del orden, de la fijación de determinados trámites. Y así nos encontramos con que las expulsiones son trámites de derecho administrativo que se podrían enmarcar en esa labor de organización/ordenación de los flujos migratorios. El derecho penal, de momento, se dirige contra el traficante. No obstante, los mecanismos administrativos diseñados para esta labor de ordenación de flujos resultan desde todo punto de vista desorbitados y contrarios al estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales.

En febrero de 2003, el Gobierno británico filtró a la prensa un documento titulado *A New Vision for Refugees* (Una nueva concepción del problema de los refugiados), que se presentó al Consejo Europeo celebrado en Bruselas el 23 de marzo de 2003. El contenido esencial de la propuesta consistía en la creación de zonas fuera de las fronteras de la UE, destinadas a acoger a los refugiados. Estas zonas fueron después denominadas «Regional Protección Áreas» (zonas de protección regional) y «Transit Processing Centres» (centros de trán-

200|201

sito para la determinación del estatuto de persona protegida); el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) se encargaría de ofrecer protección y asistencia humanitaria a los refugiados que permaneciesen en las zonas designadas. Aunque la propuesta británica finalmente no prosperó, es importante recordarla ya que hoy en día constituye el trasfondo de la gestación de la dimensión exterior de la política común de migración y asilo, tal como se refleja en los llamados Programas de Protección Regionales de la UE.

La Comisión ha presentado en el mes de febrero de 2008 un paquete de medidas encaminadas a continuar con el control integral de fronteras y con la creación de una lista de pasajeros fiables a quienes se les puede facilitar la tramitación de un visado, en contraposición a los pasajeros «no fiables»: «Los pasajeros fiables originarios de un tercer país, sometidos o no a la obligación de visado, podrían beneficiarse de un procedimiento de examen preliminar, a título voluntario, a fin de obtener el estatus de viajero registrado». Las propuestas en concreto son las siguientes: «Preparar las próximas evoluciones de la gestión de las fronteras en la Unión Europea» (COM 69 de 13/2/2008), «Examen de la creación de un sistema europeo de vigilancia de las fronteras (EUROSUR)» (COM 68 de 13/02/2008) e «Informe sobre la evolución y el desarrollo futuro de la agencia FRONTEX» (COM 67 de 13/02/2008).

Con ello queremos hacer notar el carácter de excepcionalidad que adquiere el derecho administrativo de extranjería y asilo; en definitiva y aunque no sea derecho penal, sí es un derecho que posee uno de los rasgos que caracterizan el llamado «derecho penal del enemigo». Por eso señalábamos antes que es una cuestión de tiempo extender la aplicación del artículo 318 no sólo a quien promueve o trafica con inmigrantes sino a cualquiera que cumpla el requisito de ser inmigrante. La existencia de enemigos (inmigrantes que intentan cruzar la frontera) es un hecho real, y puesto que los mismos representan un peligro «real» es un problema que no puede ser resuelto con el derecho penal ordinario del ciudadano ni tampoco con medios policiales, de ahí resulta la necesidad de configurar un derecho penal del enemigo diferenciado en sus principios y en sus reglas. Este derecho penal conforma por tanto una legislación de lucha o de guerra contra el enemigo cuyo único fin sería su exclusión. Mediante el derecho penal del enemigo, el Estado ya no dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos, es decir, combate peligros; y, por ello, en este derecho penal la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos.

Por otro lado, este derecho del enemigo se desarrolla en un contexto que Ulrich Beck denomina «sociedad del riesgo». La sociedad industrial trajo consigo la aparición de nuevos riesgos con grandes dificultades para su manejo y con-

El control de las aguas internacionales I Mikel Mazkarian

trol. En estas circunstancias ha aparecido una nueva forma de organización en la cual la sociedad ya no está basada en un reparto de la riqueza sino en un reparto de los riesgos. Basta con sustituir los riesgos derivados de la ciencia por el fenómeno migratorio y terminaremos discutiendo sobre el límite de tolerancia relativo a la entrada de inmigrantes en Europa, de manera que un reparto de esta «carga migratoria» significa en última instancia un reparto de riesgos.

Llegados a este punto recapitulamos lo señalado hasta el momento. Partimos de una frontera difusa que favorece la construcción de realidades virtuales. Esta realidad virtual es el escenario en el que se mueven los mecanismos de control fronterizo que no saben si rescatan o alejan a los cayucos. Y esta confusión se produce gracias a la previa cosificación del inmigrante que pasa a ser un objeto molesto del cual desprenderse. Esto último favorece la creación de mecanismos alejados de cualquier normativa de protección de los derechos fundamentales (ya no hay derechos fundamentales que proteger). Si algún pesquero salva vidas, el hecho se transforma en un acto heroico, no en una obligación legal. Y si una patrullera obliga a retornar a puerto a un cayuco, su actuación no se cuestiona por no haber salvado a unos inmigrantes que iban apiñados en una pequeña embarcación sin salvavidas. En definitiva, nos acercamos a una especie de «derecho penal del enemigo» en la formulación dada por el penalista alemán Jakobs de un específico y diferenciado *corpus legal* punitivo contra enemigos, es decir, contra inmigrantes irregulares que ponen en peligro la política de ordenación de los flujos migratorios, sin importar mucho quién de entre esos inmigrantes es el traficante.

Hemos hablado del Código Penal y de la normativa europea e internacional sobre el derecho del mar. No obstante, también la legislación nacional en materia de extranjería participa de esta ficción jurídica. Pongamos algunos ejemplos. Todos parecen coincidir en la necesidad de contar con una inmigración ordenada, apostando porque los inmigrantes vengan desde su país de origen con el correspondiente visado que les autorice a trabajar y residir legalmente en el país. Ocurre que los flujos migratorios son cualquier cosa menos ordenados, y las estadísticas que hablan de este procedimiento ocultan el dato de cuántas personas han estado previamente de manera irregular en España y luego han vuelto a su países a «arreglar sus papeles»; lo imperante es el resultado, aunque el mecanismo utilizado sea una carga inútil y en muchos casos imposible de llevar cabo. Otro ejemplo sería el llamado «arraigo social», que facilita el poder presentar una solicitud de residencia y trabajo sin tener que volver al país de origen, demostrando tres años de estancia y contando con un precontrato de trabajo y un familiar directo o un informe de arraigo en su defecto. A la hora de conceder la autorización, la Administración no pregunta cómo ha sobrevivido el irregular durante esos tres años, es más, le pide que un Ayunta-

2021203

miento dé cuenta de su arraigo. ¿Cómo se puede tener arraigo siendo irregular? Una normativa que habla de expulsar al irregular pero a la vez le exige un esfuerzo por integrarse en la sociedad, en el fondo lo que plantea es la invisibilidad temporal para reaparecer en el mundo del derecho tras pasar tres años escondido.

Y aquí llegamos a otra de las cuestiones importantes a tener en cuenta. Tanto el control de flujos en la frontera como la Ley de Extranjería comparten un problema común: la visualización del inmigrante. En el primero de los casos esto es evidente cuando el cayuco parte desde cualquier punto de África y llega a las costas españolas. En medio hay un inmenso mar donde la embarcación se hace invisible para los medios de comunicación y no tanto para muchos barcos que seguramente han avistado este tipo de embarcaciones, pero omiten prestar ayuda para no complicarse la vida. Es desde luego un sistema de eliminación de cayucos mucho más efectivo que el rescate de la embarcación y posterior devolución al país de origen de sus tripulantes. Resulta imposible contabilizar las personas muertas en alta mar intentando llegar a Europa, pero de lo que sí se puede dar cuenta es de todos los mecanismos a los que aludíamos antes para que esta circunstancia no sea considerada una catástrofe humanitaria. De ahí que el siguiente paso sea mejorar los procedimientos de prohibición que toda frontera debe desplegar. A este respecto traemos a colación la propuesta de quien fuera ministro de Asuntos Exteriores de Italia, Gianfranco Fini, para que las patrulleras hundieran los cayucos y lo ocurrido con el *Cap Anamur*.

Hemos dicho que salvar a inmigrantes se convierte en un acto heroico y no en una obligación legal. Ocurre que a veces este acto puede convertirse en una especie de delito en grado de cooperación. El 12 de julio del año 2004, 37 personas fueron rescatadas en el Mediterráneo sur por una embarcación de la ONG alemana Cap Anamur y llevadas a Sicilia, tras pasar 22 días bloqueados en aguas internacionales. El capitán del barco y el responsable de a bordo de la organización humanitaria alemana fueron detenidos y acusados por la Fiscalía de Agrigento de un delito de favorecimiento de la inmigración clandestina. A pesar de haber solicitado asilo y de que ACNUR recomendó que se permitiera permanecer en el país a 22 personas del grupo por razones humanitarias, el 22 de julio, 25 fueron enviadas a Ghana y cinco más eran deportadas a Nigeria. Apenas una semana antes de que el Gobierno adoptase esta decisión, el Tribunal Constitucional italiano anulaba dos artículos de la Ley de Extranjería, la llamada Ley Bossi-Fini. Se trataba del artículo que decretaba la expulsión sin posibilidad de recurrir ante el juez dicha decisión y el artículo de la ley que establecía una pena de cárcel de hasta cuatro años para el inmigrante que no abandonara el país antes de cinco días desde la orden de expulsión. El delirio

El control de las aguas internacionales I Mikel Mazkarian

xenófobo del ministro italiano hubiera supuesto aplicar la ley hundiendo el barco con su carga de ambulancias, aparatos de rayos X, camionetas y medicinas que transportaba para los hospitales de esa ONG en Irak. Habría que cuestionarse por qué hemos llegado a este punto, cómo es posible que un ministro plantee este tipo de consideraciones y, sobre todo, por qué esta propuesta sería probablemente aceptada por la sociedad si la desaparición del cayuco no dejara rastro alguno. En definitiva, la gestión de flujos terminará buscando un método aséptico, estéticamente aceptable y alejado de cualquier realismo sucio.

Antes de finalizar destaquemos una última consecuencia de la ficción jurídica relacionada con el derecho penal y la extranjería (un ejemplo más de este solapamiento que comentábamos anteriormente). Nos referimos en concreto al papel de «chivo expiatorio» que se le asigna al inmigrante. Si Jesús de Nazaret fue el primer chivo expiatorio del cristianismo, esta tradición judeocristiana de «ser el chivo expiatorio», es decir, hacer recaer una culpa colectiva sobre alguien en particular, aun cuando éste no haya sido responsable de tal falta, se ha convertido casi en un valor espiritual. Cojamos un ejemplo de la propia Ley de Extranjería para explicar este asunto. Hasta hace bien poco, cuando una persona deseaba venir como turista a España debía demostrar que contaba con una cantidad de dinero suficiente para los días de estancia que tenía programados, reservas de hotel, billete cerrado, etc., y en su caso aportar una carta de invitación de algún amigo o familiar donde se indicara que durante su estancia estaría alojado en un domicilio concreto. Hacia finales del año 2003, se hizo preciso formalizar la carta de invitación ante un notario, quien a su vez enviaba una copia del acta a la Dirección General de Policía. Pues bien, en el BOE de 11 de mayo de 2007 se publica una Orden Ministerial donde se establecen los requisitos y la carta se transforma en una autorización que se tramita ante la Policía, indicando expresamente que si se concede esta autorización se debe recordar que el Código Penal castiga el tráfico de inmigrantes. En concreto se dice lo siguiente:

En la solicitud, el invitante deberá hacer constar que está informado de que:

a) El Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, tipifica como delito, en el artículo 318 bis: «el que directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión».

b) La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, considera infracción muy grave: «inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de

204|205

personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que no constituya delito», pudiendo imponerse sanción de multa desde 6.001 hasta 60.000 euros o expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada por un período de tres a diez años, tal como disponen sus artículos 54.1.b), 55.1.c) y 57.1. de la citada Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

c) Los datos relativos a la identidad, número de pasaporte, nacionalidad y residencia, tanto del invitado como del invitante, serán incorporados a un fichero de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, pudiendo ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación ante la Comisaría General de Extranjería y Documentación, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

El punto de partida es, por tanto, la presunción de entrada irregular, correspondiendo a quien invita la labor de demostrar lo contrario con la advertencia de tener que delatar al inmigrante irregular. En otro plano, el arraigo laboral es otro ejemplo de delación al empleador a cambio de la obtención de un permiso, puesto que si una persona extranjera —que demuestra que lleva dos años de estancia en España y al menos uno trabajando— denuncia al empleador y consigue una sentencia favorable, ello le posibilita solicitar una autorización de trabajo y residencia.

PARA FINALIZAR

Con el permiso del escritor polaco Zygmunt Bauman hablaremos por último de la frontera líquida. En su libro *Vidas desperdiciadas. La Modernidad y sus parias*, Bauman señala que el desarrollo de la modernidad genera de forma inevitable toneladas de residuos, no sólo materiales, sino también humanos. Estos residuos humanos son los pobres, los habitantes de los guetos, los desempleados, los inmigrantes, etc.; personas que ya no cumplen función económica alguna para el sistema. Y aunque la economía de mercado siempre ha generado residuos, el problema ahora es que no existen lugares donde reciclar estos residuos humanos; de hecho, los países que antes reciclaron residuos en la época colonial se han convertido en nuevos productores de residuos: contaminación, refugiados, emigrantes, etc.; en definitiva, los «desagües» de la Modernidad se han atascado. En palabras del escritor polaco: «Todo esto viene de la Modernidad, que desde el principio produce personas excedentes, no queridas, desempleados; de hecho, fuera de lugar. Hay una obsesión compulsiva por la cons-

El control de las aguas internacionales I Mikel Mazkarian

trucción del orden social, en el que cada cual tiene su lugar asignado. Tomemos como metáfora un jardín; si eres jardinero, hay plantas a las que cuidas, y otras que no caben en tu diseño del jardín. Siempre que creas un orden, existe el conflicto entre el orden racional y la sucia realidad. Hay minorías perseguidas, sectas religiosas, minorías étnicas que se resisten a incorporarse. Hay una clase de gente que no encaja. La Modernidad consiste en producir orden, orden y más orden, cada día más perfecto. El desorden de ayer se supera con el orden de hoy. Y eso genera una producción constante de gente excedente. Esto es el progreso económico».

Cuando las cañerías se atascan, el agua fluye al exterior y se desborda, algo por otra parte previsible dado que tres cuartas partes del planeta nos contempla a unos pocos encerrados en nuestra fortaleza de cristal. Así pues, en la situación actual no sabemos qué hacer con los residuos que generamos (más de medio millón de irregulares), y encima tenemos que distribuir los residuos que vienen desde el mar. Y en esta necesidad de ampliar el vertedero a través de la externalización de fronteras, la frontera marítima se diluye de manera que el Estado y el vertedero se confunden. La Modernidad ha creado los papeles basura, los inmigrantes de usar y tirar, los contenedores para reciclaje y las incineradoras para los residuos que no son reciclables. Desde hace ya un tiempo los Gobiernos europeos decidieron instalar una gran incineradora en alta mar lo suficientemente alejada para evitar las protestas vecinales, se nutre de embarcaciones de inmigrantes que quedan a la deriva hasta hundirse y aunque su coste de mantenimiento es alto, basta con combinar eficacia y realidad para prever que hundir cayucos va a ser el inevitable final que la Modernidad depara a estas personas (?) residuos (?).

