



COLECCIÓN CONOCIMIENTO CONTEMPORÁNEO

# Gobernanza multinivel de los movimientos migratorios: retos y perspectivas desde el derecho

Coord.  
GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA



*Dykinson, S.L.*

GOBERNANZA MULTINIVEL DE LOS  
MOVIMIENTOS MIGRATORIOS:  
RETOS Y PERSPECTIVAS DESDE EL DERECHO



COLECCIÓN CONOCIMIENTO CONTEMPORÁNEO

---

GOBERNANZA MULTINIVEL DE LOS  
MOVIMIENTOS MIGRATORIOS:  
RETOS Y PERSPECTIVAS DESDE EL DERECHO

---

Coord.

GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA

*Dykinson, S.L.*

2023

GOBERNANZA MULTINIVEL DE LOS MOVIMIENTOS MIGRATORIOS: RETOS Y  
PERSPECTIVAS DESDE EL DERECHO

Diseño de cubierta y maquetación: Francisco Anaya Benítez

© de los textos: los autores

© de la presente edición: Dykinson S.L.

Madrid - 2023

N.º 92 de la colección Conocimiento Contemporáneo

1ª edición, 2023

ISBN 978-84-1122-714-8

NOTA EDITORIAL: Las opiniones y contenidos publicados en esta obra son de responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente la opinión de Dykinson S.L ni de los editores o coordinadores de la publicación; asimismo, los autores se responsabilizarán de obtener el permiso correspondiente para incluir material publicado en otro lugar.

# INDICE

PRESENTACIÓN .....	8
PROFA. DRA. GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA	
BLOQUE I	
ANÁLISIS DE NUEVOS DESAFÍOS DEL FENÓMENO MIGRATORIO DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL	
CAPÍTULO 1. SEEKING RECOGNITION FOR CLIMATE REFUGEES: A DECOLONIAL ENVIRONMENTAL APPROACH.....	12
FRANCESCA ROSIGNOLI	
CAPÍTULO 2. EL PAPEL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LAS MIGRACIONES MAGREBÍES Y SUBSAHARIANAS. ENTRE EL RESPETO A LA IDENTIDAD CULTURAL Y EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL.....	33
IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ	
CAPÍTULO 3. LA MIGRACIÓN FORZADA DERIVADA DEL CONFLICTO RUSO-UCRANIANO: RIESGOS Y AMENAZAS A LA SEGURIDAD HUMANA DE LAS PERSONAS DESPLAZADAS .....	57
WALDIMEIRY CORREA DA SILVA	
CAPÍTULO 4. ASILO Y REFUGIO A MINORÍAS RELIGIOSAS PERSEGUIDAS .....	80
ÁNGEL LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ	
CAPÍTULO 5. ¿PUEDEN SER LOS LITIGIOS ESTRATÉGICOS UNA SOLUCION EN LA LUCHA CONTRA LA ESCLAVITUD MODERNA? .....	99
LORENA SALES PALLARÉS	
CAPÍTULO 6. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MIGRACIÓN COMO MECANISMO DE CONTROL Y DE PRECARIZACIÓN DE LAS PERSONAS MIGRANTES ANTE LA EXPANSIÓN DEL CAPITALISMO: EL CASO DE CHILE, ARGENTINA Y BRASIL .....	119
BRUNO FERNANDO ASTE LEIVA	
CAPÍTULO 7. THE DEVELOPMENT OF A NEW “BOTTOM-UP APPROACH”, HUMAN RIGHTS ORIENTED AND BUSINESS RESPONSIBILITY BASED, IN ORDER TO FACE THE INCREASED LABOR EXPLOITATION.....	137
CHIARA DI STASIO	

CAPÍTULO 8. LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DERIVADA DE LA COMISIÓN DE CRÍMENES DE <i>LESA HUMANIDAD</i> EN CAMPOS DE DETENCIÓN DE (IN)MIGRANTES EN LIBIA .....	163
JONATÁN CRUZ ÁNGELES	

CAPÍTULO 9. DESPLAZADOS AMBIENTALES: NUEVO DESAFÍO GLOBAL HUMANITARIO Y POSIBLES RESPUESTAS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL .....	185
LORENA CALLER TRAMULLAS	

## BLOQUE II

### LA UNIÓN EUROPEA ANTE LOS RETOS GLOBALES DE LAS MIGRACIONES: VISIONES GENERALES, NECESIDAD DE GOBERNANZA COMÚN Y APLICACIÓN A SUPUESTOS CONCRETOS

CAPÍTULO 10. LA GENEALOGÍA DE LA POLÍTICA EXTERIOR EUROPEA DE MIGRACIONES. LA SECURITIZACIÓN Y EL RÉGIMEN GLOBAL MIGRATORIO .....	204
GLORIA CUESTA NOGUERALES	

CAPÍTULO 11. LA GESTIÓN INTEGRADA DE FRONTERAS EXTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA .....	221
JORDI HERRERA BOLAÑOS	

CAPÍTULO 12. EU LEGAL MIGRATION POLICIES: THE DIRECTIVE ON STUDENTS AND RESEARCHERS AND THE NEW TALENT PARTNERSHIP .....	239
FRANCESCA POLLICINO	

CAPÍTULO 13. CRIMINALIZAR LA SOLIDARIDAD: LA POLÍTICA CRIMINAL EUROPEA FRENTE AL SALVAMENTO HUMANITARIO ...	260
MANUEL CABEZAS VICENTE	

CAPÍTULO 14. MANDATO DI ARRESTO EUROPEO E CONSEGNA “AUTOMATICA” DEL CITTADINO DI STATO TERZO RESIDENTE O DIMORANTE IN ITALIA .....	294
GIOVANNA NADDEO	

CAPÍTULO 15. HACIA UNA NUEVA ARQUITECTURA JURÍDICA Y DE SEGURIDAD EN LAS RELACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA CON EL SAHEL .....	311
MIGUEL ÁNGEL MARTÍN LÓPEZ	

CAPÍTULO 16. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITE A LA DISCRECIONALIDAD ESTATAL EN LOS PROCESOS PROBATORIOS DE ASILO .....	331
VÍCTOR LUIS GUTIÉRREZ CASTILLO	

BLOQUE III  
EL DERECHO ESPAÑOL ANTE DIVERSOS DILEMAS Y CUESTIONES  
PROBLEMÁTICAS DEL FENÓMENO MIGRATORIO

CAPÍTULO 17. LA VICTIMIZACIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS: HERRAMIENTAS RESILIENTES.....	367
ANE VIANA SALINAS	
CAPÍTULO 18. REACCIÓN ESPAÑOLA A LA CRISIS MIGRATORIA ACTUAL. EL PAPEL DE “LA REFORMA DE LA LEY DE EXTRANJERÍA DE 16 DE AGOSTO DE 2022.....	390
DARÍO MENICHINI	
CAPÍTULO 19. LOS MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS: ESPECIAL REFERENCIA A LA COMUNIDAD ÁUTONOMA ANDALUZA .....	407
GEMA POLONIO DE DIOS	
CAPÍTULO 20. LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS EN EL TERRITORIO DE LA UNIÓN EUROPEA: CASO DE ESPAÑA.....	427
RABÍA M'RABET TEMSAMANI	
CAPÍTULO 21. MIGRANTES ANTE EL DERECHO PENAL ESPAÑOL...	450
M <sup>a</sup> TERESA ALCOLADO CHICO	
CAPÍTULO 22. LA SOBRRERREPRESENTACIÓN DEL EXTRANJERO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ESPAÑOL: ALGUNAS RECOMENDACIONES.....	472
ESTHER MONTERO PÉREZ DE TUDELA	
CAPÍTULO 23. MUJERES MIGRANTES VULNERABLES Y OBTENCIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA: SOBRE LA NECESIDAD DE MODULAR Y ADECUAR EL REQUISITO DE INTEGRACIÓN (STS, SALA 3 <sup>a</sup> , SECCIÓN 5 <sup>a</sup> , DE 17 DE DICIEMBRE DE 2021) .....	494
SORAYA ESPINO GARCÍA	
CAPÍTULO 24. CONDICIONES LABORALES DE LOS INMIGRANTES EN ESPAÑA: TRABAJO DECENTE, GRUPOS VULNERABLES Y ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE ESCLAVITUD MODERNA .....	511
MIRIAM JUDIT GÓMEZ ROMERO	
CAPÍTULO 25. LA CONTRATACIÓN EN ORIGEN COMO TÁCTICA PARA FEMINIZAR LA AGRICULTURA. EL SECTOR DE LOS FRUTOS ROJOS COMO ESTUDIO DE CASO.....	528
SOLEDAD CASTILLERO QUESADA	

## PRESENTACIÓN

---

**E**n los últimos años el fenómeno migratorio se ha convertido en un asunto de primer orden en el debate internacional. Los gobiernos, la sociedad civil y los organismos internacionales se enfrentan a un gran desafío: conseguir un equilibrio entre el respeto a sus compromisos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos de los inmigrantes y solicitantes de asilo y la necesidad de proteger sus intereses a través de sus políticas nacionales de extranjería y control de fronteras. Y es que, nadie puede negar, que el debilitamiento del Estado de derecho, así como la falta de vigencia efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales en determinadas regiones del mundo han sido (y son) las causas estructurales de las migraciones sur-norte y sur-sur. A éstas hay que sumar las derivadas de recientes acontecimientos, como los conflictos armados, las transformaciones económicas o la creciente amenaza del cambio climático. Circunstancias todas ellas que han dado lugar a un aumento exponencial de los flujos de migrantes internacionales y desplazados internos en los últimos años.

Ahora bien, aunque el fenómeno migratorio no es algo nuevo, no cabe duda de que su dimensión y complejidad ha aumentado exponencialmente en los últimos años, llegando a la OIM en cerca de 281 millones el número de migrantes internacionales contabilizados en el 2020 (*World Migration Report 2022* OIM). Por otra parte, las recientes crisis migratorias se han visto asociadas a problemas que afectan a la seguridad de los Estados, como el crimen organizado, el tráfico de migrantes, la trata de personas o los conflictos socioculturales y religiosos. Ante esta situación, los gobiernos se han mostrado incapaces (o en algunos casos reticentes) para garantizar el efectivo cumplimiento de sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos sobre la población extranjera que llega a sus fronteras, especialmente de aquélla que se encuentra en situación de especial vulnerabilidad.

Para dar respuesta a estos desafíos, la comunidad internacional logró alcanzar en la cumbre de Marrakech el Pacto Mundial para una

migración segura, ordenada y regular; pacto que ha sido acogido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución de 19 de diciembre de 2018. Sin embargo, pese a constituir una aportación relevante en la materia, se presenta como un instrumento insuficiente e incompleto, siendo necesario profundizar en su desarrollo y ampliación jurídica.

Partiendo de esta premisa, expertos/as diversas universidades españolas e italianas, han compartido en esta obra sus investigaciones sobre los desafíos jurídicos que plantea la regulación y gobernanza de los flujos migratorios en nuestros días. Para ello han propuesto analizar la cuestión a través de tres grandes bloques. Un primer bloque, centrado en el fenómeno migratorio desde una óptica internacional, en el que se abordan cuestiones relativas a su origen (migraciones climáticas, conflictos armados...) como a sus consecuencias en las sociedades de acogida (integración social, precarización laboral...).

Un segundo bloque en el que se aborda esta cuestión desde una óptica regional, en concreto desde la Unión Europea, cuyas fronteras soportan desde hace años una importante presión como consecuencia del número de refugiados y demandantes de asilo. De hecho, antes de la guerra de Ucrania y desde 2015, se contabilizaron alrededor de 860.000 expedientes de demanda de asilo, multiplicándose esta cifra tras la guerra de Ucrania. En este sentido, el segundo bloque engloba trabajos dedicados, entre otras cuestiones, a la protección de los derechos humanos en los procesos probatorios de asilo, la gestión de las fronteras o la pretendida criminalización de los salvamentos humanitarios por algunos gobiernos europeos.

Todos los avances jurídicos sobre la gobernanza de flujos migratorios reivindican desde el Derecho internacional y el Derecho europeo deben plasmarse en los derechos internos de los Estados, sirviendo sobre todo para mejorar la gestión y gobernabilidad concreta de aquéllos. Siguiendo esta idea, se ha dedicado el tercer bloque al análisis de los referidos desafíos desde una óptica nacional, en concreto desde España. De esta forma, en este bloque se analizan, entre otros temas, cuestiones de gran actualidad, como la relativa a la reforma de la ley de extranjería,

la situación de los menores extranjeros no acompañados o la política de contratación en origen.

Ciertamente, se trata de una obra de gran actualidad, que constituye un nuevo resultado en el marco de las investigaciones que diferentes grupos de investigación están desarrollando sobre inmigración y extranjería en la Universidad de Jaén, en colaboración con otras universidades. Abarca una heterogénea problemática jurídica relacionada con la realidad migratoria desde una óptica teórica general, sin perder el aspecto práctico y actual que el tema merita. Sin duda, se trata de una primera, pero no última, puesta en común que se quiere promover sobre la materia desde los grupos de investigación que respaldan esta iniciativa. Confiamos en que esta obra sea de interés para los especialistas en esta línea de investigación y aprecien el resultado de las investigaciones que en ella se ha depositado.

PROFA. DRA. GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA  
*Catedrática de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad de Jaén*

BLOQUE I

ANÁLISIS DE NUEVOS DESAFÍOS DEL FENÓMENO  
MIGRATORIO DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL

---

## SEEKING RECOGNITION FOR CLIMATE REFUGEES: A DECOLONIAL ENVIRONMENTAL APPROACH

---

FRANCESCA ROSIGNOLI

*Universitat Rovira i Virgili (URV)*

### 1. INTRODUCTION

On Sept. 13, 2021, the World Bank updated the 2019 Groundswell report warning that climate change could force 216 million people across six world regions to move by 2050 (Clement et al., 2021). This projection is confirmed by the current trend reported by the Internal Displacement Monitoring Center (IDMC). In 2020, new displacements amounted to ca 40.5 million, with disasters responsible for over three times compared to conflicts and weather-related events causing 98 percent of all disaster displacement (IDMC, 2021). Despite the magnitude of climate migration and displacement, people who find themselves in refugee-like situations due to environmental degradation are not recognized at the international law level.

At first glance, the reason for such an exclusion is that “climate refugees” are not (yet) an identifiable and measurable group of people. The lack of a common working definition of a climate refugee due to the conceptual unclarity that surrounds this emerging figure would prevent from providing for a legal definition, and a clear method to establish who should be included in calculations (Rosignoli, 2022b). Further, the heterogeneous and multicausal nature of climate-induced migration suggests that people rarely flee *only* because of environmental degradation. Thus, since human mobility is driven by various factors, it is very difficult to disentangle the environmental from social, economic, and political factors. All this makes difficult to isolate climate refugees as an identifiable and measurable set of people and, therefore, a particular social group. On top of that, the 1951 Geneva Convention’s

definition of a refugee does not include environmental degradation among the grounds of persecution that legitimate the recognition of refugee status. Also, it requires that a person finds herself outside of his/her home country for requesting refugee status, while people fleeing environmental disruptions rarely cross the border (Clement et al., 2021; Rigaud et al., 2018). According to the current legal definition, indeed, a refugee is a person who

owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable, or owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.

On closer inspection, however, these limitations might be overcome by shifting the focus on how we interpret the term “persecution” as well as how to trigger non-refoulement obligations in the context of climate change and environmental disasters. In this regard, several doctrinal endeavors by scholars (Andrade, 2008; Coles, 1990; Cooper, 1997; Gemenne, 2017; Hathaway, 2017; Shacknove, 1985) and the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) have extensively worked in this direction and clarified different forms of harm that amount to persecution (Andrade, 2008). Among them, it worth mentioning “a combination of numerous harms none of which alone constitutes persecution but which, when considered in the context of a general atmosphere in the applicant’s country, produces a cumulative effect that creates a well-founded fear of persecution” (Andrade, 2008, p. 124). An “environmental persecution” would well suit this form, so that a broader interpretation of the current definition of a refugee potentially including climate refugees would also seem “technically” possible.

Not surprisingly, the possibility to trigger non-refoulement obligations when environmental disruptions are threatening/jeopardizing the rights to life of people living in countries of origin turning uninhabitable<sup>1</sup> has

---

<sup>1</sup> For a critical examination of the *Teitiota v. New Zealand* case, see (Simon Behrman & Kent, 2020; McAdam, 2020; Rosignoli, 2022b).

been largely examined though the case *Teitiota v. New Zealand*. By its historic decision, the UN Human Rights Committee (HRC) has specified the necessary and sufficient conditions better to trigger non-refoulement obligations establishing that

without robust national and international efforts, the effects of climate change in receiving states may expose individuals to a violation of their rights under articles 6 or 7 of the Covenant, thereby triggering the non-refoulement obligations of sending states. Furthermore, given that the risk of an entire country becoming submerged under water is such an extreme risk, the conditions of life in such a country may become incompatible with the right to life with dignity before the risk is realized<sup>2</sup>.

In other words, the Court recognizes that it is entirely possible to recognize “climate refugees” if certain stringent conditions are met. This might be the case if a country is declared at risk of uninhabitability when the timeframe left does not allow for intervening acts by the sending State.

Although the conditions to reach the threshold of uninhabitability are extremely demanding (Kent & Behrman, 2022; McAdam, 2020; Rosignoli, 2022b)<sup>3</sup>, it is theoretically and technically possible to recognize “climate refugees.” Thus, rather than a technical legal issue, I argue that the misrecognition of climate refugees would seem to rely on a new form of climate coloniality that:

- a. reaffirms the superiority of the Eurocentric knowledge regime by the dogmatic 1951 Refugee Convention’s definition of a refugee and its overly narrow interpretation;
- b. produces mechanisms aimed at generating and maintaining forms of mobility injustice where only white skilled workers

---

<sup>2</sup> UN Human Rights Committee (HRC), *Ioane Teitiota v New Zealand* UN Doc CCPR/C/127/D/2728/2016 (7 January 2020).

<sup>3</sup> See also the Individual opinions of Committee member Duncan Laki Muhumuza in UN Human Rights Committee (HRC), *Ioane Teitiota v New Zealand* UN Doc CCPR/C/127/D/2728/2016 (7 January 2020), Annex 2; and of Committee member Vasilka Sancin in UN Human Rights Committee (HRC), *Ioane Teitiota v New Zealand* UN Doc CCPR/C/127/D/2728/2016 (7 January 2020), Annex 1.

are allowed to move while the non-white and unskilled are even prevented from leaving;

- c. constructs hierarchical subjectivities based on the national belonging and expendability in destination countries' market labor resulting in discrimination, reification, and dehumanization of such uncategorized subjects.

In the next sections, I first proceed by explaining paper's objectives, and the methodology employed. Then, I critically discuss recent proposals advanced to cope with legal shortcomings in the international refugee law. Finally, I answer the main research questions of the paper: (1) Why climate refugees are a matter of decolonial EJ, and (2) how decolonial EJ can contribute to overcoming the 'colonial impasse' that prevents from expanding the notion of a refugee in the international law. In doing so, I will show the potential of a decolonial EJ approach for decolonizing the concept of refugeehood while rethinking the current model of responsibility and the subjects entitled to it.

## 2. OBJECTIVES

The main goal of this article is to provide a proposal to recognize the figure of climate refugees by decolonizing the concept of refugeehood. Specific objectives are first, critically discussing existing proposals to recognize climate refugees; second, analyzing the colonial roots of climate refugees' misrecognition.

## 3. METHODOLOGY

This article employs a decolonial Environmental Justice (EJ) approach. This emerging field of research has been introduced by indigenous scholars who have extensively criticized:

- a. the use of Western categories of *justice* and *environment* in the field of EJ;
- b. the disproportionate focus on distributional justice at the expense of other dimensions of environmental justice;

- c. the overly state-centric approach of EJ (Álvarez & Coolsaet, 2020).

Rather, these scholars suggest looking at the EJ field through the lens of coloniality, conceived here as the persistent, unequal power relations between Western and non-Western societies still shaping practices inherited by colonialism within contemporary societies (Maldonado-Torres, 2011). More specifically, the concept of coloniality is conceived here in its threefold understanding of coloniality of power, knowledge, and being (Álvarez & Coolsaet, 2020; Escobar, 2007; Grosfoguel, 2007; Mignolo, 2012; Quijano, 2000; Rodriguez, 2020). The coloniality of power refers to colonial/modern capitalism, which draws economic, cultural, ontological, and epistemological forms of subjugation aimed at underlining the racial difference between Europeans and non-Europeans. Among the forms of subjugation, it is also included the imposition of Western institutional forms of power, such as the nation-state, regardless of different/alternative cultures, and legal pluralism in place in non-Western societies where those forms are imposed (Quijano, 2000). Similarly, the coloniality of knowledge imposes an epistemological hierarchy between the (superior) European knowledge and (inferior) non-European knowledges, where only Western knowledge is considered scientifically sound and ultimately universally valid. In turn, the coloniality of being results in the construction of hierarchical subjectivities where those valued as “normal” and “superior” are geographically and epistemically separated from others as “inferior” and “unworthy” (Álvarez & Coolsaet, 2020; Maldonado-Torres, 2007).

The selected methodology allows to achieve the paper’s goals, by shedding light on why the misrecognition of climate refugees best suits the process underpinning climate coloniality, which

occurs where Eurocentric hegemony, neocolonialism, racial capitalism, uneven consumption, and military domination are co-constitutive of climate impacts experienced by variously racialized populations who are disproportionately made vulnerable and disposable (Sultana, 2022, p. 4).

## 4. DISCUSSION

Over the years, creativity efforts by scholars engaged with the “mission” of seeking recognition for “climate refugees” have generated the following set of proposals:

- a stand-alone universal treaty (Docherty & Giannini, 2009; Hodgkinson, Burton, Anderson, & Young, 2010; Prieur et al., 2008);
- regional-based, including bilateral agreements (Mcadam, 2011; Williams, 2008);
- the extension of the mandate and funding of the UNHCR (Ferracioli, 2014);
- piggy-backing approach on existing regimes, such as the international environmental regime (Biermann, 2018; Biermann & Boas, 2008, 2010; Kent & Behrman, 2018);
- the combination of existing legal tools with a new multilateral treaty and complementary measures (Pèrez, 2018).

The first type of proposal suggests the adoption of a stand-alone universal treaty for “climate refugees.” Among those proposed, it is worth mentioning a Proposal for a Convention on Climate Change Refugees (Docherty & Giannini, 2009), a draft Convention on the International Status of Environmentally-Displaced Persons (Prieur et al., 2008), and a Convention proposal for climate change displaced persons (CCDPs) (Hodgkinson et al., 2010). Regardless of their numerous differences, all these proposals would seem to aim at creating a discrete and measurable set of rights holders by law. These efforts, however, derailed from providing an agreed “solution” as they are unable to overcome the obstacles mentioned in the first paragraph of this paper (e.g. the lack of a common working definition, etc.) and political resistances of states more willing to restrict than extend the number of beneficiaries receiving international aid and assistance<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Cf. the so-called feasibility dilemma described by (Ferracioli, 2014).

As for the proposals supporting regional-based, including bilateral agreements, those have an empirical advantage over an all-in-one treaty solution. First, these can better accommodate the empirical reality that people who move in the context of climate change are more likely to do so within their home or neighboring countries. Second, these can provide better context-related policies, thus providing tailored solutions to climate-induced migration. However, such proposals ultimately fail to take into due account the principle of common but differentiated responsibilities between developing and developed countries and to dismantle pre-existing unequal power relations between them. Rather, these agreements are more likely to maintain such inequalities while resulting in unfair outcomes: a regional solution could place the burden of resettlement/humanitarian assistance on the shoulders of the most vulnerable/less equipped Global South countries from which most “climate refugees” flee.

A further proposal has been the extension of the mandate and funding of the UNHCR. Although this solution would seem the most logical and “natural,” the UNHCR has long been involved in financial stress and reluctance to expand its mandate to include “climate refugees.” In 2009, major agencies committed to refugees/migrants, including the UNHCR, firmly rejected the term “climate refugees” as not having any basis in international refugee law. Since then, the UNHCR has made much progress in tackling this issue, especially after the above-mentioned UN Human Rights Committee’s decision in the Teitiota case and the adoption of the 2018 Global Compact on Refugees (GCR). In particular, a lively debate on the interaction between climate change/disasters and violence/conflicts has been pushed forward since the GCR recognized that:

[w]hile not in themselves causes of refugee movements, climate, environmental degradation and natural disasters increasingly interact with the drivers of refugee movements (GCR, para 8)<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> See Global Compact on Refugees, para 8.

All this has led the UNHCR to issue a 2020 document that examines the applicability of international and regional refugee and human rights law when cross-border displacement occurs in the context of the adverse effects of climate change and disaster<sup>6</sup>. The most relevant novelty concerns the recognition that a claim for refugee status may be valid if climate change's impacts interact with armed conflicts and violence. Even if this acknowledgement represents a significant step forward, there are many reasons for caution. Indeed, the term "climate refugee" is still not endorsed by UNHCR, which rather prefers using the expression "persons displaced in the context of disasters and climate change"<sup>7</sup>, so the proposal of extending its mandate or funding does not seem (yet) feasible at least in the short-term. Especially after the 2022 Russia-Ukraine war crisis and the resulting increase of forcibly displaced people, it seems very unlikely that the UNHCR would agree/afford to extend its mandate to cover "climate refugees" as well.

Finally, a piggy-backing approach on existing regimes (Biermann, 2018; Biermann & Boas, 2008, 2010; Kent & Behrman, 2018), as well as a combination of existing legal tools with a new multilateral treaty and complementary measures (Pèrez, 2018) would seem to offer a more practical solution in the short-term. Not only these proposals can better accommodate the different patterns of migration triggered by different climate impacts<sup>8</sup>, but are also more aware of the funding issue at stake. In particular, Kent and Behrman piggy-backing approach goes in this direction. The authors extensively bolster cross-fertilization across different legal silos with a strong emphasis on the environmental regime. Above all, they argue that the UNFCCC is the most suitable home for regulating climate-induced migration given its multilateral nature, legal principles such as common but differentiated responsibilities, and

---

<sup>6</sup> UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Legal considerations regarding claims for international protection made in the context of the adverse effects of climate change and disasters, 1 October 2020, available at: <https://www.refworld.org/docid/5f75f2734.html> [accessed 8 November 2022]; see also 2019 UNHCR initiative to develop guidelines to protect the rights of people relocated due to disasters or slow-onset effects of climate change available at <https://www.unhcr.org/5c1ba88d4.pdf> [accessed 8 November 2022].

<sup>7</sup> Cf. <https://www.unhcr.org/climate-change-and-disasters.html>.

<sup>8</sup> In this regard, see (Kälin, 2010; Kälin & Schrepfer, 2012).

increased financial resources (Kent & Behrman, 2018). In light of this, the environmental law regime might better capture the collective-based impacts of climate change, and it is more financially capable than human rights and refugee regimes. In a similar line of investigation, the proposal advanced by Pérez takes into due account the funding issue and puts a particular emphasis on differentiating the application of existing legal instruments depending upon the type of environmental disruptions and resulting migration patterns. According to Pérez, climate-induced migration is a heterogeneous phenomenon requiring the use of all existing instruments in place. She concludes, however, that a new multilateral treaty is to be created as a long-term option to cope with certain refugee-like situations. Further, the principle of common but differentiated responsibility should be integrated into this treaty to impose obligations for most polluting states to assist the most affected states financially. As she points out, however, this long-term solution risks being not feasible due to the unwillingness of states to create and accomplish new international obligations.

To conclude, I believe that both proposals (and all proposals discussed here) ultimately have a common shortcoming, which is an overly state-centric approach. Whether considered as duty bearers and rights holders (Kent & Behrman, 2018), or indispensable subjects for negotiating a new multilateral treaty (Pérez, 2018), states are still considered essential subjects to drive change in international law. By contrast, I argue that those are not the only game in town to seek recognition for climate refugees, as they have the power, but more unlikely, the interest in pursuing this goal. More than drivers of change, states seem subjects willing to maintain the system as it is. Such interest well emerges from the 2018 Global Compact on Refugees, still largely built upon the doctrine of state sovereignty, and primacy of national policies and priorities<sup>9</sup>. Although this instrument has addressed the question of fairness by introducing the principle of burden- and responsibility-sharing to alleviate the burden on host countries affected by large-scale refugee movements, such principle mostly remains on paper. Relations between

---

<sup>9</sup> I examined this point in (Rosignoli, 2022b, pp. 44–50).

developing and developed countries still reflect long-established, unequal power relations, which emerge, for example, from the unwillingness of developed countries to take responsibility over the assistance and resettlement of “climate refugees.”

Indeed, a further common shortcoming in the legal proposals examined above is that none of them have (sufficiently) addressed the justice issue at stake while seeking recognition for climate refugees.

An unsettled question in this debate is: What’s the nature of such an injustice when international law fails to recognize the rights of climate refugees? I argue that this injustice has an environmental-colonial nature that prevents from recognizing this emerging subjectivity. In other words, the misrecognition of climate refugees embodies a form of climate coloniality that might be better understood and dismantled by a decolonial Environmental Justice approach. As explained in the methodological section, I am adopting here the tripartite notion of coloniality of power, knowledge, and being to achieve these goals.

In the context of this research, the coloniality of power results in the imposition of Western forms of power, such as the nation-state, in non-Western societies (Quijano, 2000) and a double standard impacting human mobility based on the racial difference between Europeans and non-Europeans. As also pointed out by Achiume, Third World migrants “who seek legal authorization even just to visit the First World are faced with complex and often prohibitively expensive visa restrictions that, notably, do not apply to the international mobility of First World citizens” (Achiume, 2019, p. 1515).

In this regard, the EU migration policies are a case in point. While the movement of Europeans has been facilitated thanks to the introduction of the Schengen Area<sup>10</sup>, that of non-Europeans is mostly prevented at source, with anti-immigrant policies preventing landings and restricting the opportunities of asylum seekers from the Third World for curbing migratory flows.

---

<sup>10</sup> For a detailed list of Schengen countries, see [www.schengenvisainfo.com/schengen-visa-countries-list/](http://www.schengenvisainfo.com/schengen-visa-countries-list/) [accessed 9 November 2021].

Those restrictions are specific expressions of the right to exclude nonnationals in compliance with the doctrine of state sovereignty, still built upon the centrality of nation-states (Cf Achiume, 2019). The centrality of this category implies, however, unfair outcomes in terms of mobility (in)justice (Baldwin, Fröhlich, & Rothe, 2019; Fröhlich, 2017; Sheller, 2018), lack of recognition of alternative worldviews/categories in place in non-Western countries, and inadequate response to cope with current migratory flows ever more influenced by climate change's impacts and disasters (Clement et al., 2021; IDMC, 2021).

In turn, such imposition of Western categories at the expense of others leads us to examine the coloniality of knowledge. This latter emerges from the imposition of the Western 1951 Refugee Convention's definition of a refugee as the only scientifically valid, theoretically sound, detached from geo-historical conditions and, therefore, with universal validity (Rosignoli, 2022b). As recently reaffirmed by the 2018 Global Compacts, only refugees, as defined by international refugee law, are entitled to specific international protection. However, this position perpetuates a hierarchical understanding of a refugee that excludes other sources of knowledge and protection. On top of that, this epistemological hierarchy neglects changes in the current geopolitical context ever more dominated by cross-border environmental conflicts<sup>11</sup>. Evidence shows that violence and armed conflicts are increasingly the results of climate change's impacts, disasters, and environmental disruptions in climate hotspots, i.e. regions "for which potential climate change impacts on the environment or different activity sectors can be particularly pronounced" (Giorgi, 2006, p. 1). While characterized by socio-ecological vulnerability (Cf Rosignoli, 2022a), climate hotspots more often exceed political borders. Rather than "superior," Western categories appear then unjust and inadequate to cope with the current human mobility trend.

Finally, such an epistemological hierarchy results in the construction of hierarchical subjectivities where uncategorized "climate refugees" are

---

<sup>11</sup> James Lee defines *environmental conflicts* as situations "where natural resources or natural conditions are a cause, consequence, tool, or weapon in a large-scale political dispute resolved through conflict or cooperation" (Lee, 2020, p. 40).

classified as *irregular migrants*, thus being excluded from healthcare, education, legal jobs, and basic services and exposed to risk repatriation. Such dehumanization of subjects can be well conceived as a form of coloniality of being (Maldonado-Torres, 2007). This latter manifests in the “disposal” of climate-induced irregular migrants in immigration detention camps, where they are more likely to suffer gender-based violence and experience protracted detention before resettlement or eventually repatriation (Betts, 2010; Betts, 2016).

Having accomplished that, the current misrecognition of climate refugees ultimately depends upon a “colonial impasse,” how can we overcome such an impasse? What is a decolonial environmental justice approach's contribution to providing a way forward?

A decolonial environmental justice approach is used here to decolonize the concept of refugeehood by two pathways.

The first has to do with filling the current legal gap by providing a broader interpretation of a refugee, which might be more comprehensive and respectful of “other” misrecognized aspects of refugeehood as emerged from the Third World most affected by climate change's impacts.

To achieve this goal, I propose an extensive interpretation of a refugee by analogy through the concept of vulnerability. More specifically, I suggest using this concept as a *ratio legis* for establishing when people fleeing environmental disruptions can be considered as refugee-like cases and ought to be treated like “political” refugees. In this view, “climate” and “political” refugees ought to be treated alike when they find themselves in the same vulnerable situation: their human rights are at risk upon return in their home countries. As a result, Courts may play a crucial role in evaluating such an analogy on a case by case basis.

A broader interpretation of a refugee may have the following advantages. First, both Western and non-Western understanding of refugeehood would be equally represented and protected, thus overcoming the epistemological hierarchy examined above. Second, this interpretation would also help bypass empirical difficulties in isolating climate refugees as an identifiable and measurable group. Indeed, this solution

does not require providing a specific and, eventually, concurrent definition of climate refugees. Nor it requires establishing any causal link between human mobility and climate change impacts as the focus is shifted from causes to consequences of human mobility and its discriminatory effects. Put it simply, rather than focusing on the reasons why people leave their home countries (e.g. persecution, war, natural disasters, etc.), the main concern is on the impacts this movement has on their human rights. If both cases/groups of people experience the same level of vulnerability able to trigger the non-refoulement obligations, they ought to be treated alike<sup>12</sup>.

Finally, when integrated into context-designed policies, the concept of vulnerability might better address distinct situations of different groups and individuals whose human rights have been violated. And this leads us to the second pathway addressing some crucial questions of this paper: Who should be doing decolonial environmental justice for climate refugees? Which actor/s can take adequate measures to deal with most vulnerable groups when their human rights are violated in the context of climate change/environmental degradation? As anticipated above, I do not believe that states are the only game in town and, therefore, I suggest focusing on non-state actors as potential drivers of change for the following reasons. First of all, they are better equipped than states to cope with cross-border environmental conflicts, and work on the frontline of disasters occurring in vulnerable regions, such as climate hotspots, which are more often situated on the border between more states. In this regard, a key example is lake Chad basin, which forms a border between Nigeria, Niger, Chad and Cameroon. Such a climate hotspot is marked by violence and environmental and armed conflicts fueled by the Boko Haram terroristic group. The scarcity of resources and poverty due to the drying up of the lake contributed significantly to the rise of Boko Haram in northern Nigeria and its further expansion to all the area surrounding the Lake Chad basin. In the current violent landscape of this area, non-state actors are often more effective in providing first relief and assistance to the most vulnerable people

---

<sup>12</sup> See the principle of formal justice: “treat relevantly similar cases alike and relevantly unlike cases unlike” (Reidhav, 2007, p. 48, as cited in Juthe, 2016, p. 70).

displaced by climate change and environmental conflicts than states. In this regard, an independent, private, non-profit organization such as ACTED is a practical example to be mentioned. ACTED has created a Rapid Response Mechanism (RRM) for population movements and offers assistance to displaced persons. Operating in 38 countries, this organization works with several NGOs, such as Action Against Hunger and INTERSOS, respectively, engaged with Water, Hygiene and Sanitation (WASH) and the Protection of vulnerable people. The RRM provides first aid to displaced people in less than two weeks.

Secondly, non-state actors can better implement tailored policies for accommodating different forms of vulnerability at the individual and community level. These policies are not limited to first emergency response and disaster relief but include community-based planned relocations. In this regard, a telling example is the local NGO based in Bougainville called Tulele Peisa. This NGO is among the first organizations initiating community-driven climate refugees relocation plans in the Pacific region (United Nations Development Programme, 2016). In particular, it has facilitated the voluntary relocation of indigenous communities and the resettlement of people from the Cartaret Islands to Bougainville. Although the process was far from being straightforward, mainly because of the few available resources to support the program, the role of Tulele Peisa was a pioneer and crucial given the state's inaction.

Ultimately, I believe that non-state actors might better navigate the new geopolitical context marked by climate hubs of migration and displacement, which rarely coincide with the borders of a single state. In this context, non-state actors' translocal perspective would have more to offer than states in taking actions that require trespassing boundaries on different scales (Greiner & Saktapolrak, 2013).

For their actions to be effective, however, non-state actors should extensively work to improve their collective capabilities<sup>13</sup>, specific

---

<sup>13</sup> Collective capabilities are capabilities exercised by collective subjects acting "in order to secure a capability for the members of that group" (Robeyns, 2017, p. 116).

functions as attributed by the Paris Agreement<sup>14</sup>, and their ability to get sufficient funding diversification and to become ever more economically and financially independent.

As I argued in (Rosignoli, 2022b, Chapter 5), non-state actors should then strengthen their resistant and resilient capabilities by improving Community Change Strategies, such as civil disobedience, climate litigation, and mass mobilizations (as for resistant capabilities) and letter writing, media advocacy, policy advocacy, partnership, and coalition building (as for resilient capabilities) (Adapted from Williamson et al., 2020). The essential condition to increase their capabilities to become subjects able to influence the global agenda-setting, policy formulation, and decision-making within the UNFCCC orchestration is to equip them with adequate financial and economic resources, knowledge, and technical expertise. Once non-state actors have obtained funding, a further issue is monitoring that they manage and use the funds effectively. Therefore, a key challenge is strengthening their capacity to manage the funds properly. To this end, mutual technical assistance received from wealthier and high-skilled non-state actors counterparts operating in other parts of the world and part of the same networks might be the most suitable solution (Cf Freudenberg, Pastor, & Israel, 2011).

## 5. RESULTS AND CONCLUSIONS

The main findings of this paper include a broader interpretation of the current definition of a refugee along the line of vulnerability and a major emphasis on the role of non-state actors in taking responsibility for climate refugees. This contribution has employed a non-state centric-approach that values, on the one hand, the judicial creativity of judges ignited by climate change litigation and, on the other hand, the empowerment of non-state actors for taking responsibility and seeking justice for climate refugees. As a result, Courts may help ensure the same protection for people fleeing environmental disruptions when they

---

<sup>14</sup> According to the 2015 Paris Agreement, specific functions consist of acting as watchdogs of the nationally determined contributions (NDCs) and governing partners by scaling-up their climate actions (Kuyper, Linnér, & Schroeder, 2018).

experience the same vulnerability as those fleeing armed conflicts. Thus, the main argument is based on the principle of formal justice, establishing that similar cases have to be treated alike. In this context, similarities rely on the movement's consequences (rather than the causes) and its discriminatory effects. Further, the paper has proposed a reversal of the current paradigm of responsibility based on the accountability/culpability of developed states conceived as the most responsible for causing anthropogenic climate change impacts and, therefore, those who should take care of climate refugees. By contrast, the main contribution here is proposing an alternative model of responsibility by replacing the idea of accountability with empowerment and shifting the focus from states to non-state actors. As a result, non-state actors are indicated as the most suitable subjects to do justice for climate refugees once their collective capabilities, specific functions enshrined by the Paris Agreement, and ability to achieve adequate funding diversification are improved. Not only are they more equipped than states to address different vulnerabilities of people when operating on the frontline of disasters, but they are embedded into a translocal perspective that enables them to tackle cross-border climate migration and displacement.

Ultimately, this proposal urges to rethink the governance of climate induced-migration and displacement as an emerging global policy area within the hybrid, non-hierarchical architecture of the Paris Agreement (Backstrand, Kuyper, Linnér, & Lövbrand, 2017). As Backstrand et al. showed, the Paris Agreement's hybrid architecture evolves out of the new landscape of international climate cooperation based on a renewed interplay between states and non-state actors beyond the traditional categorizations of "top-down" and "bottom-up" initiatives. In this context, non-state actors might make a difference in overcoming the hierarchy between (Western) developed states and developing states, as well as between states and non-state actors by implementing context-tailored policies to take care of "climate refugees" and facilitating the construction of a new legal subjectivity in the long run (Rosignoli, 2022b).

## 6. REFERENCES

- Achiume, E. T. (2019). Migration as decolonization. *Stanford Law Review*, 71(6), 1509–1574.
- Álvarez, L., & Coolsaet, B. (2020). Decolonizing Environmental Justice Studies: A Latin American Perspective. *Capitalism Nature Socialism*, 31(2), 50–69.
- Andrade, J. H. F. De. (2008). On the Development of the Concept of Persecution in International Refugee Law. *Anuário Brasileiro De Direito Internacional |Brazilian Yearbook of International Law*, 2(3), 114–136.
- Backstrand, K., Kuyper, J. W., Linnér, B.-O., & Lövbrand, E. (2017). Non-state actors in global climate governance: from Copenhagen to Paris and beyond. *Environmental Politics*, 26(4), 561–579. <https://doi.org/10.1080/09644016.2017.1327485>
- Baldwin, A., Fröhlich, C., & Rothe, D. (2019). From climate migration to anthropocene mobilities: shifting the debate. *Mobilities*, 14(3), 289–297. <https://doi.org/10.1080/17450101.2019.1620510>
- Behrman, Simon, & Kent, A. (2020). The Teitiota Case and the limitations of the human rights framework. *Questions of International Law*, 75, 25–39.
- Betts, A. (2010). Towards a “Soft Law” Framework for the Protection of Vulnerable Irregular Migrants. *International Journal of Refugee Law*, 22(2), 209–236. <https://doi.org/10.1093/ijrl/eeq018>
- Betts, Alexander. (2016). *Survival Migration*. Survival Migration. Cornell University Press. <https://doi.org/10.7591/cornell/9780801451065.003.0002>
- Biermann, F. (2018). Global governance to protect future climate refugees. In Simon; Behrman & A. Kent (Eds.), *Climate Refugees: Beyond the Legal Impasse?* (pp. 265–277). New York: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315109619>
- Biermann, F., & Boas, I. (2008). Protecting Climate Refugees: The Case for a Global Protocol. *Environment*, 50(6), 8–17. <https://doi.org/10.3200/ENVT.50.6.8-17>
- Biermann, F., & Boas, I. (2010). Preparing for a warmer world: Towards a global governance system to protect climate refugees. *Global Environmental Politics*, 10(1), 60–88. <https://doi.org/10.1162/glep.2010.10.1.60>
- Clement, V., Rigaud, K. K., de Sherbinin, A., Jones, B., Adamo, S., Schewe, J., ... Shabahat, E. (2021). *Groundswell Part 2 : Acting on Internal Climate Migration*. Washington, DC.

- Coles, G. J. L. (1990). *Placing the refugee issue on the new international agenda*. Geneva: United Nations High Commission for Refugees.
- Cooper, J. B. (1997). Environmental Refugees: Meeting the Requirements of the Refugee Definition. *New York University Environmental Law Journal*, 6(2), 480–529. Retrieved from <https://ezp.sub.su.se/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edshol&AN=edshol.hein.journals.nyuev6.25&site=eds-live&scope=site>
- Docherty, B., & Giannini, T. (2009). Confronting a Rising Tide : a Proposal for a Convention on Climate Change Refugees. *Harvard Environmental Law Review*, 33(2), 349–403.
- Escobar, A. (2007). Worlds and knowledges otherwise: The Latin American modernity/ coloniality research program. *Cultural Studies*, 21(2–3), 179–210. <https://doi.org/10.1080/09502380601162506>
- Ferracioli, L. (2014). The Appeal and Danger of a New Refugee Convention. *Social Theory and Practice*, 40(1), 123. Retrieved from <https://ezp.sub.su.se/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsjsr&AN=edsjsr.24332266&site=eds-live&scope=site>
- Freudenberg, N., Pastor, M., & Israel, B. (2011). Strengthening community capacity to participate in making decisions to reduce disproportionate environmental exposures. *American Journal of Public Health*, 101(SUPPL. 1), S123–S130. <https://doi.org/10.2105/AJPH.2011.300265>
- Fröhlich, C. (2017). A Critical View on Human Mobility in Times of Crisis. *Global Policy*, 8, 5–11. <https://doi.org/10.1111/1758-5899.12417>
- Gemenne, F. (2017). The refugees of the Anthropocene. In B. Mayer & F. Crépeau (Eds.), *Research Handbook on Climate Change, Migration and the Law* (pp. 394–404). <https://doi.org/10.4337/9781785366598.00025>
- Giorgi, F. (2006). Climate change hot-spots. *Geophysical Research Letters*, 33(8), 1–4. <https://doi.org/https://doi.org/10.1029/2006GL025734>
- Greiner, C., & Sakdapolrak, P. (2013). Translocality: Concepts, Applications and Emerging Research Perspectives. *Geography Compass*, 7(5), 373–384. <https://doi.org/10.1111/gec3.12048>
- Grosfoguel, R. (2007). The epistemic decolonial turn: Beyond political-economy paradigms. *Cultural Studies*, 21(2–3), 211–223. <https://doi.org/10.1080/09502380601162514>
- Hathaway, J. C. (2017). *Reconceiving refugee law as human rights protection*. (M. Crock, Ed.), *Refugees and Rights*. Osgoode Hall Law School, York University: Taylor and Francis. <https://doi.org/10.4324/9781315244969>

- Hodgkinson, D., Burton, T., Anderson, H., & Young, L. (2010). The Hour When the Ship Comes In: A Convention for Persons Displaced by Climate Change. *Monash University Law Review*, 36(1), 69–120. Retrieved from <https://ezp.sub.su.se/login?url=https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edshol&AN=edshol.hein.journals.monash36.7&site=eds-live&scope=site>
- IDMC. (2021). *Global Report on Internal Displacement*. Geneva: IDMC.
- Juthe, A. (2016). Classifications of Arguments by Analogy Part I. A comprehensive review of proposals for classifying arguments by analogy. *Cogency*, 8(2), 51–99. Retrieved from <http://www.cogency.udp.cl/index.php/cogency/article/view/281>
- Kälin, W. (2010). Conceptualising Climate-Induced Displacement. In J. McAdam (Ed.), *Climate change and displacement: multidisciplinary perspectives* (pp. 81–104). Oxford: Hart Publishing.
- Kälin, W., & Schrepfer, N. (2012). Protecting People Crossing Borders in the Context of Climate Change: Normative Gaps and Possible Approaches. [Geneva]: UNHCR.
- Kent, A., & Behrman, S. (2018). *Facilitating the resettlement and rights of climate refugees: An argument for developing existing principles and practices*. Abingdon: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781351175708>
- Kent, A., & Behrman, S. (Eds.). (2022). *Climate Refugees: Global, Local and Critical Approaches*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/DOI>
- Kuyper, J. W., Linnér, B. O., & Schroeder, H. (2018). Non-state actors in hybrid global climate governance: justice, legitimacy, and effectiveness in a post-Paris era. *Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change*. <https://doi.org/10.1002/wcc.497>
- Lee, J. R. (2020). *Environmental conflict and cooperation : premise, purpose, persuasion, and promise*. Abingdon: Routledge.
- Maldonado-Torres, N. (2007). On the coloniality of being: Contributions to the development of a concept. *Cultural Studies*, 21(2–3), 240–270. <https://doi.org/10.1080/09502380601162548>
- Maldonado-Torres, N. (2011). Thinking through the Decolonial Turn: Post-continental Interventions in Theory, Philosophy, and Critique—An Introduction. *Transmodernity: Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World*, 1(2), 1–15.
- Mcadam, J. (2011). Swimming against the Tide: Why a Climate Change Displacement Treaty is Not the Answer. *International Journal of Refugee Law*, 23(1), 2–27.

- McAdam, J. (2020). Protecting People Displaced by the Impacts of Climate Change: The UN Human Rights Committee and the Principle of Non-refoulement. *American Journal of International Law*, 114(4), 708–725. <https://doi.org/DOI: 10.1017/ajil.2020.31>
- Mignolo, W. D. (2012). *Local Histories/Global Designs: Coloniality, Subaltern Knowledges, and Border Thinking*. Princeton: Princeton University Press. <https://doi.org/10.1215/0961754x-9-3-551>
- Pérez, B. F. (2018). Beyond the shortcomings of international law: A proposal for the legal protection of climate migrants. In *Climate Refugees: Beyond the Legal Impasse?* (pp. 214–229). Abingdon: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315109619>
- Prieur, M., Marguénaud, J.-P., Monédiaire, G., Bétaille, J., Drobenko, B., Gouguet, J.-J., ... Shelton, D. (2008). Draft convention on the international status of environmentally- displaced persons. *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, 12(4), 395–406. <https://doi.org/10.3406/reden.2008.2058>
- Quijano, A. (2000). Coloniality of Power and Eurocentrism in Latin America. *International Sociology*, 15(2), 215–232.
- Reidhav, D. (2007). *Reasoning by analogy: A study on analogy-based arguments in law*. Lund: Faculty of Law, Lund University.
- Rigaud, K. K., Kanta, Sherbinin, A. de, Jones, B., Bergmann, J., Clement, V., ... Midgley, A. (2018). *Groundswell - Preparing for internal climate migration*. Washington, DC: The World Bank. <https://doi.org/doi.org/10.7916/D8Z33FNS>
- Robeyns, I. (2017). *Wellbeing, Freedom and Social Justice - The Capability Approach Re-Examined*. Cambridge, UK: Open Book Publishers .
- Rodriguez, I. (2020). Latin American Decolonial environmental justice. In B. Coolsaet (Ed.), *Environmental Justice Key Issues* (pp. 78–93). Milton: Routledge.
- Rosignoli, F. (2022a). Environmental Justice and Climate-induced Migration. In A. Kent & S. Behrman (Eds.), *Climate Refugees. Global, Local and Critical Approaches* (pp. 301–319). Cambridge: Cambridge University Press.
- Rosignoli, F. (2022b). *Environmental justice for climate refugees. Environmental Justice for Climate Refugees*. London: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781003102632>
- Shacknové, A. E. (1985). Who Is a Refugee? *Ethics*, 95(2), 274–284.
- Sheller, M. (2018). *Mobility justice : the politics of movement in an age of anxiety*.

- Sultana, F. (2022). The unbearable heaviness of climate coloniality. *Political Geography*. <https://doi.org/10.1016/j.polgeo.2022.102638>
- United Nations Development Programme. (2016). *Tulele Peisa, Papua New Guinea. Equator Initiative Case Study Series*. New York, NY.
- Williams, A. (2008). Turning the tide: Recognizing climate change refugees in international law. *Law and Policy*, 30(4), 502–529. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9930.2008.00290.x>
- Williamson, D. H. Z., Yu, E. X., Hunter, C. M., Kaufman, J. A., Komro, K., Jelks, N. O., ... Kegler, M. C. (2020). A scoping review of capacity-building efforts to address environmental justice concerns. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 17(11). <https://doi.org/10.3390/ijerph17113765>

EL PAPEL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO  
EN LAS MIGRACIONES MAGREBÍES Y  
SUBSAHARIANAS. ENTRE EL RESPETO A LA  
IDENTIDAD CULTURAL Y EL ORDEN PÚBLICO  
INTERNACIONAL

---

IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ  
*Universidad de Córdoba*

## 1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad la migración no agota sus perfiles en su dimensión jurídico-pública, sino que las situaciones privadas son cada vez más relevantes. Cuando nos referimos a las migraciones provenientes del continente africano, el Derecho internacional privado (DIPr.) tiene con el migrante dos funciones claves: garantizar su identidad cultural y dar continuidad espacial a sus relaciones personales y familiares. El objetivo de este estudio es atender a los principales retos que las migraciones provenientes del África Subsahariana y el Magreb plantean en su dimensión *ius privatista*, centrándonos en aquellos aspectos que suponen un desafío para los derechos humanos. En este sentido, asistiremos al impacto que las características propias de una identidad marcada por una confesión religiosa determinada – la islámica– conlleva en el sistema legal de acogida; a saber, a veces pacífica, y otras no tanto. En la pervivencia de instituciones personales y familiares nacidas al amparo de un sistema jurídico distinto –en determinados aspectos incluso antagónico en cuanto al modo de entender la laicidad del sistema o el papel de la mujer–, y el necesario recurso al art. 12.3 Cc ante contrariedades insalvables, nuestra aplicación jurisprudencial conoce modulaciones atendiendo a la justicia material del caso concreto.

En este encuentro entre sistemas jurídicos distintos, el DIPr. se redimensiona ante una “sociedad de inmigración” que está generando una silenciosa renovación metodológica (Esteban, 2007). Más allá de aportar una respuesta particular a supuestos con un elemento de extranjería, esta disciplina no es ajena a las características actuales de la migración, ni a las respuestas dadas tanto a nivel nacional como europeo ante los flujos actuales y la llamada “crisis migratoria” (Attinà, 2018). En efecto, el DIPr. y su respuesta a la diversidad no es inmune a los tres ejes que vertebran el Derecho de extranjería, a saber, el control de los flujos, la cooperación con los países de origen y la integración en el nuevo espacio convivencial.

## 2. CONTEXTUALIZACIÓN: MIGRACIÓN Y SOCIEDAD MULTICULTURAL

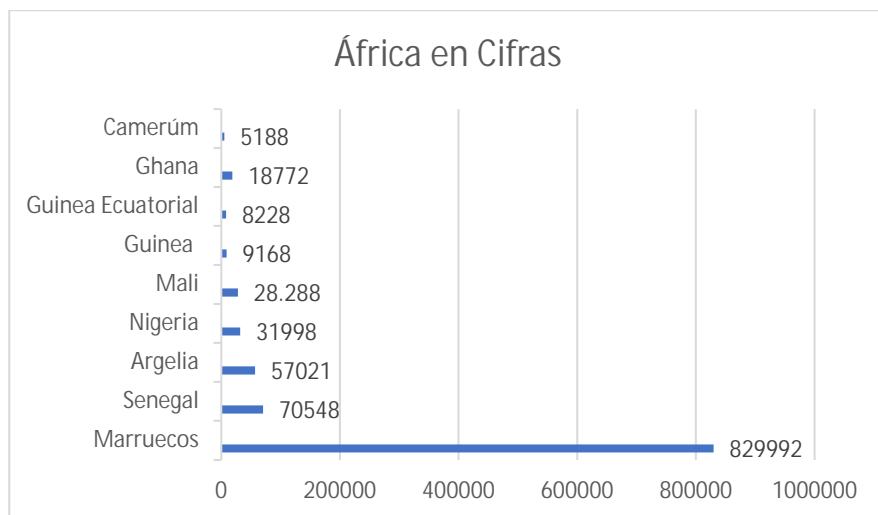
Desde finales del s. XX hasta la época actual, las corrientes migratorias cuyo destino es España son numerosas y diversas. Si bien su volumen es altamente sensible a acontecimientos más recientes como la guerra, el cambio climático o la covid-19, no hay duda de que el flujo de personas es hoy una constante y, por tanto, un factor, consustancial de la actual era globalizada. En la actualidad, nuestro país cuenta con más de seis millones de extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor. Así, junto con un número importante de población de origen europeo (principalmente rumanos, británicos, italianos y de otros países de la UE) que representan casi el 40 % del total, la presencia de ciudadanos procedentes de otros continentes es también notoria (Latinoamérica 25 %, África 22 % o Asia 9%)<sup>15</sup>. Cuando nos centramos en las migraciones procedentes de África, el colectivo mayoritario viene representado por los ciudadanos magrebíes, en su mayoría marroquíes, y subsaharianos principalmente provenientes del Senegal, Nigeria o Mali. Hemos de advertir que dar cifras sobre este colectivo no

---

<sup>15</sup> Datos a 1 de enero de 2022. Fuente: Observatorio Permanente de la Inmigración dependiente de la Secretaría de Estado de Migraciones, Infografía Extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor, publicada el 8 de abril de 2022, imagen\_infografia.PNG (1324x564) (inclusion.gob.es).

es sencillo –y no siempre reflejan la realidad– dado el dinamismo de los flujos, así como el alto porcentaje de migración clandestina<sup>16</sup>.

**GRÁFICO 1.** *África en Cifras. Principales nacionalidades de países africanos residentes en España con documentación en vigor a 31 de diciembre de 2021*



Nota:Elaboración propia.

Fuente. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

<https://extranjeros.inclusion.gob.es/es/Estadisticas/tableau/index.html?modelo=4>

No es este el espacio para reflexionar sobre las causas de la migración africana hacia Europa, pero sí es interesante para nuestra perspectiva insistir que los accesos legales de esta población son escasos –sino inexistentes–. Como consecuencia, se desarrollan vías de acceso irregular cada vez más peligrosas y la única vía para una migración legal se limita a la reagrupación familiar que precisa necesariamente para su puesta en marcha del reconocimiento de situaciones personales y familiares.

<sup>16</sup> Según el Informe del Ministerio del Interior “Inmigración Irregular 2022”, datos acumulados del 1 de enero a 31 de julio, llegaron a España un total de 16.718 inmigrantes, la mayoría por vía marítima, y con un aumento de un 3.3 % en el mismo periodo de meses del año anterior. [https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2022/14\\_informe\\_quincenal\\_acumulado\\_01-01\\_al\\_31-07-2022.pdf](https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2022/14_informe_quincenal_acumulado_01-01_al_31-07-2022.pdf).

Para nuestra perspectiva desde el DIPr. hay dos rasgos que nos interesan especialmente cuando nos referimos a la inmigración procedente del continente africano. En primer lugar, el rasgo característico es su sedentarización progresiva, su carácter estable y familiar. El actual inmigrante –sea aún de carácter irregular– o ya de tipo económico como trabajador temporal, aspira a asentarse y a desarrollar junto con su familia un proyecto de futuro en la próspera Europa, pese a que el viejo continente solo desee a lo que eufemísticamente denomina “trabajadores invitados”. Además, en la actualidad consecuencia de los avances tecnológicos, así como de las telecomunicaciones, este sedentarismo tiene un carácter propio al no suponer una ruptura con la cultura de origen. Como denomina Aparicio (2003, p. 33) se produce “la relativización del espacio físico”, así entre los migrantes prolifera el uso de recurrir profusamente a los instrumentos relativizadores de la distancia, como son el teléfono, las redes sociales y todo tipo de comunicación a través de internet. Esta conducta social de “marcharse sin irse del todo” no es irrelevante tampoco jurídicamente; en definitiva, la persona se encuentra entre dos ordenamientos jurídicos para reglar sus relaciones personales y familiares, el del país de origen y el de residencia. A modo de ejemplo, numerosos son los migrantes –sobre todo marroquíes dada la proximidad geográfica– que cada año celebran su matrimonio en su país de origen y que aspiran a que sean reconocidos en España. Recordemos que estas migraciones casi nunca son familiarab *initio*, siendo principalmente masculina en un origen, conllevando uniones con personas de su misma nacionalidad, al tiempo que proliferan así mismo los matrimonios mixtos. Esta conducta jurídica-antropológica es una constante en países de más largo recorrido migratorio tales como Francia, Países Bajos o Bélgica (Jessurund’oliveira, 1998 y Flobets, 2000).

El segundo rasgo que destacar es la pluralidad cultural que aporta a la sociedad de acogida, y del que no puede ser ajeno el Derecho. En estas migraciones magrebíes y subsaharianas las personas poseen una determinada confesión religiosa–se calcula que prácticamente el 80% o 90% son de religión musulmana–, que en determinadas materias trasciende al ámbito jurídico. Ello es particularmente evidente en el derecho de familia donde instituciones como el matrimonio o la filiación

constituidas de acuerdo con el derecho, la cultura y la religión de origen, aspiran a ser reconocida por el sistema legal del Estado de acogida.

#### 4. IDENTIDAD CULTURAL, DERECHO DE FAMILIA E INTEGRACIÓN

Entre dos materias aparentemente dispares como la identidad personal y cultural del individuo y el derecho en tanto que conjunto de normas, existe una doble ligazón que se manifiesta con fuerza en la actual sociedad plural. Por una parte, el migrante tiene derecho a una protección a su identidad cultural, por otra parte, el derecho de esa persona forma parte de su identidad (Blázquez Adam, 2005, p.43).

Desde un punto de vista jurídico, las nuevas minorías formadas por los migrantes procedentes del Magreb o del África Subsahariana tienen derecho a una protección de su identidad cultural y religiosa. La época postmoderna se caracteriza por el papel crucial que los individuos y, por consiguiente, también los Estados otorgan al desenvolvimiento personal de acuerdo con sus valores, creencias y costumbres propias, siempre lógicamente con el límite del respeto absoluto a los derechos humanos. Este sentir ha sido recogido por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión que, tras prohibir cualquier discriminación, entre otras cuestiones, por razón de raza, color, orígenes étnicos, lengua o por pertenencia a una minoría nacional (art. 21), insta a la Unión a respetar la diversidad cultural, religiosa y lingüística (art. 22)<sup>17</sup>. Además, dicho respeto al no limitarse al ámbito de la ciudadanía de la Unión tendrá como destinatarias no exclusivamente a las minorías nacionales sino también a las formadas por aquellos migrantes procedentes de terceros países (Pérez, 2004)<sup>18</sup>. En el plano interno, el respeto a la diversidad

---

<sup>17</sup>DOUE C nº 202, de 7 de junio de 2016.

<sup>18</sup> La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en sus Títulos del I al VI relativos a la "Dignidad", "Libertades", "Igualdad", "Solidaridad", "Ciudadanía" y "Justicia" reconoce a nivel europeo derechos y libertades para toda persona con independencia de ser nacional o no de un Estado miembro. De este modo, se supera uno de los principales escollos existentes en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales, que se limitaba a compeler a los Estados firmantes a respetar la identidad cultural de aquellas

cultural de las minorías extranjeras se encuentra en el propio texto constitucional español. El artículo 13.1 al disponer que “*los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley*” está dotando a todos los extranjeros por el hecho de ser persona de las libertades consagradas en el Título I de la Constitución.

Por otra parte, el respeto de la diversidad cultural de la sociedad no se limita a manifestaciones exteriores tales como la lengua, el modo de vestir o la alimentación, sino que engloba asimismo ciertas reglas y tradiciones de la comunidad de origen que guían el comportamiento del individuo en sus relaciones sociales y jurídicas. En efecto, entre esas reglas de conducta que forman parte de la idiosincrasia de cada pueblo se incluyen determinadas normas jurídicas que enraizadas en convicciones religiosas conforman instituciones básicas del derecho de familia (Jayme, 1995, pp. 167 ss). El derecho en tanto que manifestación cultural de una sociedad es una realidad en los Estados confesionales de tipo islámico, donde las normas jurídicas se confunden con los preceptos religiosos dado que el islam es fuente de inspiración para el legislador. De todas las ramas que conforman el derecho, son las materias relativas a la familia y a la persona las que reciben una mayor influencia del islam y son precisamente éstas las que los individuos tienen más interés en preservar como parte de su identidad cultural. El reconocimiento de dichas instituciones por parte de la sociedad de acogida no es siempre pacífico, sino que da lugar a desencuentros y fricciones que en derecho se denominan “conflicto de civilizaciones”(Mercier, 1972 y Déprez, 1988). En efecto, instituciones tales como el matrimonio poligámico o el repudio, si bien pueden considerarse manifestaciones jurídicas propias de la cultura musulmana, generan tensiones con valores universales generalmente admitidos por los ordenamientos europeos.

El derecho español ante la problemática que suscita esta convivencia multicultural se moverá asimismo entre dos dinámicas contradictorias: la de la salvaguardia de la diversidad cultural del colectivo inmigrante

---

colectividades diferenciales que poseen la nacionalidad del Estado de acogida (Convenio hecho en Estrasburgo, el 1 de febrero de 1995, BOE, de 23 de febrero de 1998).

y la integración de las minorías en su actual espacio convivencial, es decir la sociedad de acogida (Espinar, 2009, p.183). Ante esta disyuntiva el derecho tiene dos opciones. Por un lado, el respeto absoluto de la herencia cultural del inmigrante a través de la pervivencia de la ley nacional de origen para reglar instituciones propias del derecho de familia y de la persona. Pese a que dicha opción es la más adecuada en aras a una integración en la diversidad, ésta a menudo se encuentra con conflictos insalvables dado que reconocer determinadas instituciones del país de origen conlleva una confrontación directa con valores y principios constitucionales. La segunda opción ante la diversidad sería imponer al inmigrante la ley del Estado de acogida. Esta alternativa tampoco se encuentra exenta de riesgos al mermar, por un lado, manifestaciones básicas de su propia identidad cultural como son ciertas reglas de derecho, e impedir, por otro, el reconocimiento *a posteriori* de determinadas instituciones en su país de origen. En este sentido, no olvidemos que una de las funciones del DIPr. es la permanencia del estatuto personal al tiempo que permitir la circulación de decisiones, en tanto que piezas esenciales en aras a resolver la situación de las personas que se encuentran conectada *sine die* con más de un ordenamiento.

Dado que tanto el sometimiento a la ley del Estado receptor como el mantenimiento de su ley nacional presentan dificultades insalvables en aras a una integración con éxito en la sociedad de acogida, la única vía admisible sería una opción intermedia, la llamada “integración flexible”. En palabras de Abarca (2000, p. 167) “una integración en los valores de la civilización –comunidad universal de derechos e intereses de todos los seres humanos que está por encima y relativiza la pertenencia a una cultura–, es decir, derechos humanos y diversidad en los valores culturales, cuestiones accesorias que no afecten a esos derechos humanos”. En un sentido parejo, Espinar (2009, pp. 203-204) aboga por el papel central que tiene la Constitución al establecer el límite máximo y el mínimo en el que puede ampararse una divergencia de tratamiento jurídico, de modo que “el límite máximo estriba en la total asimilación del extranjero al régimen del ciudadano y el mínimo lo constituye el núcleo del Derecho fundamental o de la libertad pública constitucionalmente consagrado”.

## 5. MECANISMOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA PRESERVAR LA IDENTIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

El DIPr. entre otras ramas jurídicas, es un instrumento clave para aportar respuestas ante la actual "sociedad multicultural", o como viene a denominarse por algunos autores "sociedad de inmigrantes". En este sentido, se plantea un doble reto: por un lado, crear cauces que amparen ciertas instituciones provenientes de otros contextos normativos en tanto que manifestación cultural de la persona y, por otro, articular respuestas adecuadas ante los conflictos propios de esa naciente plurilegislación. En efecto, en virtud del art. 9.1 del Código Civil la ley personal es la determinada por la nacionalidad y ésta regulará materias inherentes a las personas físicas como su capacidad, el estado civil, los derechos y deberes de la familia y la sucesión por causa de muerte. Consecuencia de la elección por nuestro legislador de la conexión nacionalidad, los extranjeros que se encuentren en territorio español les será de aplicación su ley de origen para regir todas aquellas materias incluidas en el estatuto personal. Mediante esta vía y consecuencia de las migraciones procedentes del Magreb y del África subsahariana en España coexistirán dos sistemas jurídicos de dos civilizaciones sino antónimas sí antagónicas, una musulmana y otra laica de raigambre cristiana.

En este contexto, el derecho ha de buscar soluciones adecuadas que al tiempo que respeten la identidad cultural de las nuevas minorías garanticen los valores constitucionales del país. Sin duda la cuestión no está exenta de dificultades, pero la necesidad sí es clara: el sistema jurídico debe aportar respuestas adecuadas para una cohabitación pacífica y respetuosa entre grupos culturalmente diversos. Desde la doctrina *ius privatista* se apuntan las siguientes vías ante las exigencias de la actual multiculturalidad (Rodríguez, 2002, pp. 54 ss. y Borrás, 1998, 178 ss.).

*La conclusión de convenios bilaterales o multilaterales.* Se establecen así cauces para una cooperación internacional que pretende facilitar la vida de los inmigrantes en la nueva sociedad aportando canales de diálogo basados en el respeto mutuo de las partes en presencia. La firma de convenios bilaterales ha sido uno de los recursos más empleados por

los países de nuestro entorno ante las fricciones derivadas de la pervivencia del estatuto personal musulmán en Europa (Carlier, 2000, pp. 34-35). En particular, España ha abierto esta vía con los países del Magreb. Así ha suscrito con Marruecos un Acuerdo sobre cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa<sup>19</sup>, y otro sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y de derecho de visita y devolución de menores<sup>20</sup>. Por su parte con Argelia ha suscrito un Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil<sup>21</sup>. Tales convenios son una pieza clave para el reconocimiento de resoluciones dictadas en materia de familia arbitrándose así una vía que permite conservar al inmigrante su estatuto personal en el Estado receptor y con ello el respeto de instituciones familiares nacidas en otro tiempo y cultura (Moya y Zekri, 1997)<sup>22</sup>. Pese a la existencia de tales instrumentos, dicho reconocimiento ni es automático ni está exento siempre de dificultades. En efecto, toda resolución se somete a una verificación exhaustiva por parte de los tribunales españoles que impide el reconocimiento de cualquier resolución contraria a nuestro orden público internacional. En concreto, las mayores fricciones se encuentran en principios básicos como la igualdad entre hombre y mujer, la desprotección del menor o ante la carencia de unas mínimas garantías procesales.

Por su parte, con los países subsaharianos no existe abierta –ni siquiera iniciada– esta vía. En el año 2007 se firmó con Mali un Acuerdo marco de cooperación en materia de inmigración<sup>23</sup> que limita su alcance fundamentalmente a cuestiones como la admisión, el retorno, la lucha frente a la migración regular, y donde la referencia a la integración del

---

<sup>19</sup>BOEnº 151, de 25 de junio de 1997.

<sup>20</sup>BOE nº 150, de 24 de junio de 1997.

<sup>21</sup> Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República Argelina Democrática y Popular y el Reino de España, hecho ad referendum en Madrid el 24 de febrero de 2005, BOE nº 103, de 1 de mayo de 2006.

<sup>22</sup> Art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa.

<sup>23</sup> Aplicación provisional del Acuerdo Marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Mali, hecho en Madrid el 23 de enero de 2007, BOE nº 138, de 4 de junio de 2008.

migrante junto con su familia no realiza alusión alguna al reconocimiento de instituciones familiares entre ambos países.

*La adaptación de la propia normativa interna.* Ante los retos planteados por las migraciones procedentes del continente africano, los ordenamientos europeos han esbozado distintas respuestas desde su propia normativa interna. En primer lugar, hay Estados que ante ciertas instituciones familiares de especial sensibilidad han respondido mediante la promulgación de leyes específicas en la materia. Es el caso de la Ley británica sobre matrimonio poligámico (Matrimonial Proceedings “Polygamous Marriages” Act 1972) con el fin de regular determinados efectos de estas uniones existentes en su territorio<sup>24</sup> o la Ley holandesa en materia de disolución del matrimonio y de separación de cuerpos y de reconocimiento de estos en cuyo articulado se regulan ciertos efectos del repudio islámico<sup>25</sup>. En segundo término, desde distintas instancias ha habido iniciativas a favor de la elaboración de un código sobre estatuto personal musulmán a nivel europeo con el fin de solventar los problemas que con mayor frecuencia surgen en relación con determinadas instituciones musulmanas. En concreto, este derecho material musulmán adaptado se inspiraría en la *charia* en su expresión más conciliable con los valores europeos (Riad, 1999, p. 379). En tercer lugar, hay una tendencia a elaborar normas internas con apertura a la diversidad religiosa de minorías grupales. Un ejemplo de esta práctica son los Acuerdos suscritos, el 10 de noviembre de 1992, entre el Estado español y las confesiones evangélicas, israelitas e islámicas<sup>26</sup>. En el marco de estos Acuerdos existe un precepto específico, el número siete, que permite la

---

<sup>24</sup> Esta Ley británica de 1972 ha sido modificada en algunos de sus aspectos por *la Private International Law Miscellaneous Provisions Act* de 1995 (Section 8.2). <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/42/data.pdf>.

<sup>25</sup>Vid. *Sttatsblad (Butletin des lois) Pays-Bas, Revue critique de droit international privé*, 1981, pp. 809 ss.

<sup>26</sup> Acuerdo con la Comisión Islámica de España (CIE) aprobado por Ley 26/1992, de 10 de noviembre, mediante la Ley 24/1992, de 10 de noviembre; el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE) a través de la Ley 24/1992, de 10 de noviembre; y el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCIE) mediante Ley 25/1992, todos ellos se publicaron en el *BOE*, nº 272, de 12 de noviembre de 1992, entrando en vigor el día siguiente al de su publicación.

celebración válida de matrimonios según el rito evangélico, judío o islámico siempre que se cumplan una serie de requisitos fijados en el mencionado artículo (Martinell, 1998). Y, en cuarto lugar, junto con las soluciones esbozadas de derecho material, se articulan otras en el sistema conflictual. En este sentido, una diversidad de puntos de conexión permitiría al inmigrante elegir en cuanto que ley reguladora de sus relaciones familiares entre la propia ley nacional y la de su residencia habitual. De este modo, la elección de una u otra ley atendería al propio grado de integración del inmigrante en la sociedad de acogida (Carlier, 2000, p. 35) y de la compatibilidad de las normas de origen con los valores constitucionales. Un ejemplo se encuentra en el art. 107.2 del Código Civil que permite junto con la regla anterior de aplicar la ley nacional común de los esposos a los supuestos de separación y divorcio, emplear la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España siempre que *inter alia* en virtud del apartado c) “si las leyes aplicables en virtud del párrafo primero no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público”<sup>27</sup>. En la actualidad dicho precepto ha sido desplazado por la entrada en vigor del Reglamento (UE) n° 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial<sup>28</sup>.

*Una aplicación judicial flexible y respetuosa con la diferencia.* Junto con el legislador estatal los tribunales tienen asimismo un papel destacado en aras a que el derecho aporte las soluciones que exige la creciente diversidad cultural y religiosa de esta sociedad de inmigración. En este sentido, se han propuesto varias posibilidades. Primeramente, ante el nuevo pluralismo es preciso una jurisprudencia que responda a las especiales circunstancias del caso concreto de un modo tolerante con la diferencia, sin menoscabarla seguridad jurídica. En segundo lugar, con el fin de reconocer ciertos efectos a instituciones propias del

---

<sup>27</sup> La reforma del art. 107 Cc. ha sido realizada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

<sup>28</sup>DOUE L n° 343, de 20 de diciembre de 2010.

país de origen que resultan contrarias a los valores constitucionales se aboga por una flexibilización de la excepción de orden público internacional (Déprez, 1988, p. 157; Lagarde, 1993, p. 263; Aguilar, 1999, p. 315). De este modo, si bien los tribunales no pueden reconocer instituciones propias del derecho musulmán como la poligamia o el repudio al considerarse contrarias a principios como la igualdad de los cónyuges o la dignidad de la mujer; mediante dicha flexibilización se reconocerían ciertos efectos en aquellos aspectos que no vulneren los mencionados valores constitucionales. Y, por último, ante este encuentro entre culturas se aboga por una ductilidad en cuanto al reconocimiento a la luz de nuestro ordenamiento jurídico de situaciones jurídicas que han nacido al amparo de otro sistema legal. En tales casos el juez del *exequatur* debe valorar las circunstancias particulares y, en concreto, el resultado material que se produce en el caso concreto evitando así la desprotección e incluso consecuencias negativas que pudieran generarse a la parte más débil.

## 6. RESPETO A LA DIVERSIDAD, FAMILIA Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

La cohabitación de grupos cultural y jurídicamente diversos está generando nuevos retos para el derecho que ha de dar soluciones que al tiempo que garanticen una integración en la diversidad, no supongan riesgo alguno para los valores constitucionales. Cuando nos referimos a las situaciones familiares, existe un amplio espectro de cuestiones que afectan a ámbitos diversos tales como la reagrupación familiar, el matrimonio, el divorcio, la filiación. Nos centraremos en la institución matrimonial, donde es aún más evidente la tensión entre varias fuerzas o poderes, el civil, el cultural y el religioso, a la que habría que añadir que la mujer, se encuentra sujeta a la tensión de las fuerzas citadas a través de su nacionalidad de origen y de su pertenencia (o no) a un credo o fe religiosa. La práctica española se mueve entre tres ejes, tal como se deduce de la amplia literatura científica sobre la materia (Aguilar, 2000; Motilla, 2003 y Blázquez, 2004). *Primo*, el reconocimiento del *ius nubendi*, el derecho a contraer matrimonio como derecho fundamental de toda persona reconocido a nivel nacional e internacional.

*Secundo*, el derecho al respeto a su diversidad cultural y religiosa a través de la pervivencia del estatuto personal del migrante en su nuevo espacio convivencial. Y *tertio*, la aplicación de la excepción de orden público que se opone a la admisión o reconocimiento de situaciones contrarias a los principios y valores que inspiran y presiden nuestra concepción de la familia y del matrimonio. A continuación, nos centraremos en tres cuestiones donde la tensión de esos tres ejes es evidente en la práctica tanto de nuestros tribunales como de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP)—antes Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN)—.

### 6.1. IMPEDIMENTO DE DISPARIDAD DE CULTO

La mayoría de los Códigos de Derecho de Familia de los países islámicos conoce una limitación a la capacidad de los contrayentes: el de disparidad de culto<sup>29</sup>. Dicho impedimento prohíbe al hombre contraer matrimonio con una mujer que no sea de una de las tres religiones del libro (cristianismo, judaísmo o islam) y es aún más rígido cuando se trata de la mujer que siendo musulmana no podrá casarse con un no musulmán<sup>30</sup>. Este es un supuesto que se plantea frecuentemente en la práctica. Esta cuestión ha llegado en numerosas ocasiones a la DGSJFP, así como a nuestros tribunales al tramitar el expediente previo matrimonial. Según el DIPr. español, las mujeres marroquíes, argelinas o senegalesas que deseen celebrar matrimonio en España *ex art.* 9.1 Cc regulan su capacidad nupcial por su ley de origen. Consultada para el caso concreto dicha capacidad su Embajada alega un impedimento que inhabilita a su súbdita a contraer matrimonio: el futuro cónyuge necesariamente tiene que ser musulmán y en caso contrario, ha de convertirse. Como es lógico la respuesta de las autoridades españolas no puede ser otra y aunque la capacidad matrimonial de un extranjero se rija por la ley personal del interesado (art. 9.1 Cc.) esta ley no ha de ser aplicada,

---

<sup>29</sup>*Ad exemplum*, Art. 39.4 Código marroquí de la familia, Ley nº 7003, del 3 de febrero de 2004, Boletín Oficial nº 5184, de 5 de febrero de 2004.

<sup>30</sup> La razón de que dicho impedimento impere sólo para la mujer se fundamenta en los futuros hijos siguen la religión del padre y por tanto importa menos la religión de la madre. *Vid.* Sura II, verso 221: “No te cases con una no creyente hasta que no crea”, en Mahoma, *El Corán*.

regulándose la cuestión por la ley española. Nuestras autoridades consideran que esta norma supone “una limitación intolerable del *ius nubi* de la mujer (art. 32 CE), así como una discriminación por razón de religión (art. 14 CE) y una vulneración del principio constitucional de libertad religiosa (art. 16 CE). La norma indicada es pues manifiestamente contraria al orden público español, que ha de permitir que los extranjeros, lo mismo que los españoles, contraigan matrimonio civil en España, sin indagación alguna sobre su religión, ideología o creencias”<sup>31</sup>.

## 6.2. IMPEDIMENTO DE LIGAMEN. EL CASO DE LAS UNIONES POLIGÁMICAS.

La institución matrimonial tiene un recorrido vital que se prolonga a lo largo del tiempo; jurídicamente se inicia con la celebración del matrimonio y se extiende hasta los efectos que dicha situación conlleva durante y tras la disolución del vínculo matrimonial. La respuesta de nuestro ordenamiento jurídico –al igual que otros países de nuestro entorno europeo– ante las uniones poligámicas atiende necesariamente a los distintos estadios dado que el bien jurídico a proteger cambia. Atendremos a dos momentos claves.

En primer lugar, se plantea la autorización para celebrar o inscribir un matrimonio en España existiendo un matrimonio musulmán previo no disuelto celebrado en el país de origen del varón. Ante dicha solicitud ya sea entre dos ciudadanos extranjeros o bien ante uniones mixtas con uno de los contrayentes español, nuestras autoridades no dudan en declarar la imposibilidad de celebrar y/o inscribir dicha unión atendiendo a un impedimento de ligamen<sup>32</sup>. La DGSJFP advierte que si bien el contrayente musulmán de acuerdo con su peculiar estatuto personal sea libre para contraer otro matrimonio, subsistiendo el primero, esta norma extranjera, en principio aplicable según nuestras normas de conflicto, ha de ser excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (art. 12.3 Cc.), que no puede permitir que una mujer contraiga

---

<sup>31</sup>RDGRN, de 10 de junio de 1999.

<sup>32</sup> Resolución de 11 de mayo de 1994 (RJ 1994/5022). En este mismo sentido, la Resolución de 8 de marzo de 1995 (RJ 1995/2601) y la Resolución de 22 de septiembre de 1994 (RJ 1994/10187).

matrimonio con un hombre casado, lo que atentaría contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio. Ante estos casos, la DGSJFP ha precisado que no basta con la sola sospecha para coartar un derecho fundamental de la persona como es el *ius nubendi*, sino que es preciso una certeza de la existencia de este impedimento de ligamen<sup>33</sup>.

En segundo lugar, pese a dicha prohibición de celebrar e inscribir matrimonios perviviendo un vínculo anterior no disuelto, la realidad es que las uniones poligámicas llegan a nuestro país demandando una solución en cuanto a sus efectos. Las uniones poligámicas son una práctica propia del mundo musulmán ya que si bien no es obligatoria por el Corán sí es permitida por éste hasta un máximo de cuatro esposas. A pesar de esa admisión por el derecho musulmán, ha de considerarse una práctica venida a menos en muchos países islámicos estando limitada como en Marruecos o incluso prohibida en algunos como es el caso de Túnez desde el año 1956. En la actualidad, España recibe un gran contingente procedente del continente africano donde sus leyes personales admiten tales matrimonios poligámicos y, dicha realidad llega a través normalmente de la reagrupación de una sola de las esposas y el viaje migratorio en solitario de la otra.

En estos casos el derecho se enfrenta con la necesidad de una respuesta que va más allá de la prohibición absoluta de una institución aberrante y discriminatoria para la mujer. En efecto, en esta “realidad familiar” se encuentran inmersas personas –en concreto, las dos mujeres y los hijos de ambas–, siendo preciso la visualización de todos los actores y con ello el reconocimiento de ciertos efectos a esas uniones que, aunque contrarias al orden público español son plenamente legales según su ley nacional. Una vez acontecida esta realidad, el recurso a la excepción de orden público que impediría el reconocimiento de cualquier efecto a la

---

<sup>33</sup> La resolución de 20 de marzo de 1993 autorizó a contraer matrimonio civil en Melilla a una española con un ciudadano marroquí con independencia de la sospecha existente de que éstos habían contraído ya matrimonio en la misma localidad según el rito musulmán (*AndGRN*, año 1993, pp. 1355-1357).

segunda unión es cuestionado por los tribunales europeos en tanto que supone la total desprotección de una de las esposas<sup>34</sup>.

En un breve periodo de tiempo los tribunales españoles han tenido que enfrentarse a varios casos sobre la existencia y alcance de los efectos de estos matrimonios poligámicos. La línea jurisprudencial española en este sentido se evidencia en varias sentencias dadas por los Tribunales Superiores de Justicia de varias CCAA.

En un primer momento, hemos de destacar las STS respectivamente de Galicia y de Madrid, ambas del año 2002<sup>35</sup>. Mediante su sentencia de 2 de abril de 2002, el TSJ de Galicia abordó los efectos que el matrimonio poligámico tiene en materia de pensión de viudedad y de orfandad para las dos esposas y los correspondientes hijos habidos en el matrimonio de un ciudadano senegalés residente legal en España. En concreto, ambos matrimonios se habían celebrado en Senegal con anterioridad a su establecimiento en territorio español, de acuerdo con la *lex loci celebrationis*. Ante tales hechos, el TSJ de Galicia no dudó en reconocer el derecho a la pensión de viudedad a favor de ambas esposas cuya cuantía se dividió entre las dos a partes iguales<sup>36</sup>. Con posterioridad y mediante sentencia de 29 de julio de 2002, el TSJ de Madrid se pronunció frente al recurso interpuesto por una de las viudas de un trabajador marroquí en el que solicitaba que el reparto de la pensión no fuese al 50 % entre ambas esposas. En concreto, el ciudadano marroquí se había casado en

---

<sup>34</sup> La DGRN distingue esta doble problemática del reconocimiento de una unión poligámica por parte del ordenamiento español y el reconocimiento de ciertos efectos. En este sentido se expresa la resolución de 10 de julio de 1996: "El hecho de que este matrimonio no pueda ser inscrito en el Registro civil por las razones apuntadas, no ha de impedir, conforme a los artículos 61 y 79 del Código civil, que el matrimonio islámico haya de surtir, al menos, los efectos del matrimonio putativo y por tanto, siempre el carácter de filiación matrimonial del menor, cuya inscripción y mediante su filiación se pretende rectificar, al existir una apariencia objetiva de celebración de matrimonio y demás requisitos mínimos que deben exigirse para la existencia del llamado matrimonio putativo" (RJ 1996/9703).

<sup>35</sup>El primer supuesto planteado en España se resolvió mediante Sentencia de 10 de octubre de 2001 del Juzgado de lo Social nº 6 de Barcelona. En concreto, este Tribunal decidió ratificar la decisión del Instituto Nacional de Salud que reconocía ante la existencia de un matrimonio polígamo celebrado en Gambia efectos a favor de ambas esposas de nacionalidad gambiana.

<sup>36</sup> Siguiendo así el tenor del art. 23 del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social de 6 de noviembre de 1979, BOE nº 245, de 13 de octubre de 1982.

Marruecos en 1993 en primeras nupcias y posteriormente también en su país en el año 1995 con una segunda mujer de la que se divorció en 1996. Ante la decisión del INSS que repartió equitativamente la pensión entre ambas viudas, el TSJ de Madrid decidió otorgar el 85,25% de la pensión a la primera y el 14,75% restante a la segunda, es decir atendiendo al tiempo de convivencia marital de cada una. Con ello, se ha realizado una aplicación analógica del art. 220 de la Ley de la Seguridad Social que reparte proporcionalmente la pensión entre ambas viudas en los casos de sucesión de matrimonios. Mediante estas resoluciones los jueces españoles optan por una práctica recogida desde hace años por el Derecho comparado (Bourdellois, 1993), una solución flexible que busca la justicia material del caso concreto. En definitiva, se está produciendo una matización de la cláusula de orden público al reconocer ciertos efectos a aquellos matrimonios poligámicos celebrados de acuerdo con la ley nacional de los contrayentes.

Un paso más en cuanto a su argumentación jurídica supone la sentencia TSJ de Andalucía de 24 de mayo de 2018. Mediante esta sentencia se resuelve el recurso presentado por una ciudadana española ante la denegación por parte del juzgado de los Social de Ceuta del derecho a percibir una pensión de viudedad. Esta señora había celebrado matrimonio en Tetuán con un ciudadano marroquí, residente en España, conociendo que existía un matrimonio previo con una esposa de nacionalidad igualmente marroquí. El avance argumentativo de la resolución del TSJ de Andalucía es notorio desde una doble perspectiva tanto formal como sustantiva. Por un lado, consolida la línea jurisprudencial ya existente por el TC en cuanto a la plena validez de dicho matrimonio celebrado válidamente –en este caso según la *lex loci celebrationis* en virtud del art. 49 CC– y la irrelevancia de la inscripción registral posterior del matrimonio a los efectos del derecho de la pensión de viudedad. Así las cosas, el primer obstáculo para los matrimonios que no puede acceder al Registro Civil se despeja.

Por otra parte, se considera “cónyuge supérstite”, viuda con derecho a prestación, a la segunda esposa del trabajador fallecido. Con este reconocimiento por parte del TSJ de Andalucía, tal como señala Juárez se “deja meridianamente claro que la poligamia sí genera el vínculo

matrimonial legalmente exigido para poder optar a una pensión de viudedad” (2018, p. 805). A la luz de tales consideraciones, resulta de aplicación el art. 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos firmado el 8 de noviembre de 1978<sup>37</sup>, que dispone la distribución de la pensión de viudedad generada por el trabajador marroquí. Tal como ha explicado Valverde y Carrascosa, el gran acierto de esta resolución ha sido extraer “mediante analogía iuris, un principio clave contenido en el art. 23 del Convenio (...) y lo ha aplicado a un caso excluido del ámbito material de dicho artículo” (2018, p. 729).

En definitiva, a través de una práctica jurisprudencial consolidada se acoge la llamada tesis del “orden público internacional atenuado” con arreglo a la cual el matrimonio poligámico que no puede celebrarse en España ni inscribirse en el Registro Civil, sí despliega algunos de sus efectos periféricos que pueden ser hechos valer en nuestro sistema jurídico.

### 6.3. FAMILIA Y CONTROL MIGRATORIO

En la práctica de nuestras autoridades al reconocimiento de situaciones personales y familiares, hemos de poner de relieve lo que podemos denominar una “cara oculta”. Así, hay supuestos en que nuestras autoridades se acogen “en demasía a la excepción de orden público”. En estos casos el DIPr. cuya función básica es el “reconocimiento”, crear puentes entre ordenamientos jurídicos distintos y que están llamados a entenderse, se hace permeable –excesivamente permeable podemos afirmar– a una de las funciones del Derecho de extranjería “el control del flujo migratorio”. Algo que lógicamente es inadmisibile.

El supuesto del matrimonio celebrado por extranjeros fuera de España no se contempla específicamente en los arts. 49 y 50 del Código civil. No obstante, dado que el caso tiene interés para el DIPr. al plantearse posteriormente ante nuestras autoridades la validez de matrimonios celebrados en estas circunstancias, la doctrina coincide en recurrir analógicamente al art. 50 Cc. para dar solución a tales supuestos. En consecuencia, ha de considerarse que tal unión será válida si “el

---

<sup>37</sup>BOE nº 45, de 13 de octubre de 1982.

consentimiento se ha prestado bien según la ley del lugar de celebración del matrimonio o bien de acuerdo con la ley personal de cualquiera de ellos”. Así las cosas, el matrimonio celebrado por dos marroquíes en Marruecos de acuerdo con el rito coránico, en principio será válido en España ya que la *lex loci celebrationis* permite tal matrimonio religioso. Y, digo en principio, porque las dificultades en muchos casos surgen cuando se intenta inscribir dicha unión en el Registro Civil español. En efecto, dicha inscripción no se práctica de modo automática una vez que se ha verificado por el Encargado del mismo la autenticidad de la certificación extranjera –a saber, que estamos ante un título válido emitido por una autoridad competente–, la verificación de la realidad del hecho –el matrimonio ha sido realmente celebrado–, sino que se comprobará asimismo el cumplimiento de ciertos requisitos legales. Entre éstos se incluyen la celebración según una de las leyes fijadas en el art. 50 Cc., así como los requisitos de capacidad nupcial de los contrayentes y *la existencia de un consentimiento válido*. En este sentido, la practica nos muestra casos en los que se rechaza dicha inscripción por la ausencia de un consentimiento válido matrimonial, cuestión que no está exenta de críticas desde una doble perspectiva. Por un lado, al someter la validez de este consentimiento a una norma conflictual distinta a la marcada por la ley personal, es decirno a la ley nacional de los contrayentes sino a la ley española (*ex. art. 9.1 Cc*). Y, por otra parte, ante una evidente falta de seguridad jurídica al constatarse cada vez con mayor frecuencia una denegación por parte de las autoridades españolas tanto de celebración como de reconocimiento de uniones celebradas entre ciudadano español (de origen o naturalizado) y ciudadano extranjero; todo ello bajo la consideración de quedicha unión es una vía para evitar las limitaciones impuestas por la normativa de extranjería. Del análisis de estos casos considerados como “matrimonios de complacencia” o “matrimonios de papel” se evidencia un “exceso de celo”<sup>38</sup>; en efecto se constata que nos encontramos ante otro “instrumento” más de control para la entrada y residencia de ciudadanos extranjeros por la vía de la reagrupación familiar. Tal como ha señalado Sánchez, se altera el propio Derecho de familia contaminado por las exigencias de la política de

---

<sup>38</sup>RDGRN, de 5 junio de 2013 o la RDGRN, de 14 de diciembre de 2005.

inmigración, alterando el sentido del consentimiento matrimonial en nuestro Derecho civil (2008, p. 182). Ante tales denegaciones que ponen en demasiados casos en entredicho el *favor matrimonii* y por tanto el derecho fundamental a una vida familiar, la única solución por parte del migrante es la insistencia ante las distintas instancias del reconocimiento de tal unión, no bastando su solicitud ante el Registro Consular sino asimismo ante la DGSJFP.

## 7. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Con los flujos migratorios procedentes del Magreb y del África Subsahariana, las personas a través de su *iter vital* se encuentran en muchas ocasiones entre dos ordenamientos jurídicos, el de origen y el del nuevo país de residencia. En esta confluencia, el DIPr. actual tiene una función básica: crear puentes que permitan el reconocimiento de situaciones personales y familiares nacidas al amparo de sistemas jurídicos distintos que están llamados a entenderse. En este sentido, la protección de los derechos fundamentales fija un doble límite.

Por un lado, para el reconocimiento de la identidad cultural de la persona que se manifiesta en sus instituciones familiares —a menudo inspiradas en preceptos religiosos—, es imprescindible la existencia de un mínimo denominador común que no es otro que los derechos humanos y fundamentales, entre los que necesariamente se incluyen la dignidad de la mujer y la plena igualdad entre hombre y mujer. Sin ese mínimo denominador común, y pese a la existencia de técnicas jurídicas de derecho interno respetuosas con esa diversidad cultural, los distintos modelos de familia no resultan intercambiables y por consiguiente difícilmente pueden circular. En este sentido, si bien el proceso de reforma de los códigos de familia de países islámicos ha resultado un significativo avance entre dicho intercambio entre ambos lados del Mediterráneo existe aún un importante óbice. El mencionado reconocimiento entre modelos familiares distintos no podrá garantizarse plenamente hasta que los países árabes ratifiquen y adapten su Derecho a las principales Declaraciones internacionales sobre Derechos Humanos, sin reservas

como las actuales que continúan situando a la *shaira* o ley islámica por encima del respeto de los Derechos Humanos.

Y, por otra, también desde el DIPr. debe existir una respuesta más proactiva hacia la apertura de nuestro sistema a la diversidad que aporta la actual sociedad de inmigración. En este sentido, resulta básico un mayor conocimiento del derecho extranjero –a sus instituciones familiares que si bien en muchos casos son desconocidas o se inspiran en la *sharia* islámica no resultan contraria a nuestro orden público internacional–, todo ello como paso previo para un recurso menor a la aplicación de la *lex fori*. Por último, pero no menos importante, hemos de ser conscientes a esa permeabilidad actual del DIPr. al Derecho de extranjería, en concreto a su afán de “control” del flujo migratorio que, recordemos no es inherente a esta disciplina y que muchas veces pone en riesgo derechos básicos de la persona como el *ius nubendi* o su derecho fundamental a tener una familia.

## 8. REFERENCIAS

- Abarca, P. (2000). La regulación de la sociedad multicultural. En A. L. CALVO Y J.L. IRIARTE, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia* (pp. 163-179). Colex.
- Aguilar, M. (2001). Estatuto personal y Orden Público en un contexto de Creciente Multiculturalidad. En I. GARCÍA (Ed.), *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural* (pp. 315-334). Universidad de Alcalá.
- Aguilar, M. (2000). *Ius nubendi* y orden público matrimonial. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 54 (1862), 425-447.
- Aparicio, R. (2003). La inmigración en el siglo XXI: las novedades en las actuales migraciones, AA.VV., *La inmigración en España: contextos y alternativas* (pp. 31-40). Universidad de Granada.
- Attiná, F. (2018). Tackling the migrant wave: EU as a source and a manager of crisis. *REDI*, 70 (2), 49-70. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales.
- Bellouch, L. (2014). L’Islam: source d’inspiration du droit marocain. *Jurismat*, nº especial, 15-31. Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes.

- Bernard-Maugiron, N. et Dupret, B. (2012). *Ordre Public et droit musulmán de la famille. En Europe et Afrique du Nord*. Bruylant.
- Blázquez, I. (2004). Pluralidad de formas de celebración y matrimonio musulmán: una perspectiva desde el Derecho internacional privado español. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 110, 425-477. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Blázquez, I. y Adam, M.D. (2005). *Inmigración magrebí y Derecho de familia*. Junta de Andalucía.
- Borrás, A. (1998). La sociedad europea multicultural: la integración del mundo islámico. En A. Borrás y S. Mernissi, *El islám jurídico y Europa. Derecho, religión y política* (pp. 170-196). Icaria.
- Bourdalois, B. (1993). *Mariage polygamique et droit français*. G.N.L. Joly.
- Carlier, J. Y. et Werwilghen, M. (1992). *Le statut personnel des musulmans, droit comparé et droit international privé*. Travaux de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain. Bruylant.
- Carlier, J.Y. (2000). Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad. En A. L. Calvo y J.L. Iriarte (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia* (pp. 27-38). Colex.
- Déprez, J. (1988). Droit international privé et conflicts de civilisations. *Res des Cours*, 211. Académie de Droit International de la Haye.
- Espinar J.M. (2009). Sociedad multicultural y Derecho internacional privado. En I. García (Ed.), *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural* (pp. 181-204). Universidad de Alcalá.
- Esteban, G. (2007). La multiculturalidad (de inmigración) relevante para el Derecho internacional privado español. *Dereito*, 16 (2), 5-26.
- Esteban, G. (2007). El nuevo Derecho internacional privado de la migración, *REDI*, LIX (2), 103-129.
- Flobets, M.Cl. (2000). *Les familles maghrébines et la justice en Belgique*. Karthala.
- Hochart, C. (2001). Le statut personnel des musulmans en France, *Hommes & Migrations*, 1232, 55-67.
- Hochart, C (1998), *Questions sensibles. La reconnaissance du statut personnel des musulmans en France*. Puf.

- Jayne, E. (1995). Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Res. des Cours*, 251. Académie de Droit International de la Haye.
- JessurunD'oliveira, H. U. (1995). Le droit international privé néerlandais et les relations Maroc-Pays-Bas. *Cahiers des Droits Maghrébins*, 1 (1), 137-166.
- Juárez, P. (2018). La consolidación de una lúcida doctrina judicial sobre poligamia y pensión de viudedad: la STSJ de Andalucía de 24 de mayo de 2018, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11 (1), 806-811. Universidad Carlos III de Madrid.
- Lagarde, P. (1993). La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française. En *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux* (pp. 263-282). Bruylant.
- Martinell, J. M. (1996). Derecho a celebrar ritos matrimoniales y Acuerdos de cooperación. En V. Reyna, y M.A. Félix, (Coord.), *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias* (pp. 667-694). Marcial Pons.
- Mercier, P. (1972). *Conflicts de civilisations et Droit International Privé. Polygamie et repudiation*, Droz.
- Motilla, A. (2003). *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*. Universidad de Córdoba
- Moya, M. y Zekri, H. (1997). Nuevo régimen bilateral de asistencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones con Marruecos, *REDI*, 49 (2), 369-377. Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales.
- Pérez, E. (2004). La Constitución Europea y los extranjeros nacionales de terceros Estados. En V. Garrido, S. García y E. Álvarez, *Comentarios a la Constitución Europea* (pp. 1063-1112). Tirant lo Blanch
- Riad, F. (1999). Pour un code européen de droit musulman. En J. Y Carlier et M. Werwilghen. *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé* (pp. 371-389). Bruylant.
- Rodríguez, A. (2002). Tráfico externo, Derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español. En A. Rodríguez, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam* (pp. 52-88). Cuadernos de Derecho Judicial.

- Sánchez, S. (2005). Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional de la familia. *Anuario hispano-luso-americano de Derecho internacional*, 17, 87-113. IHLADI.
- Sánchez, S. (2008). La mujer marroquí ante el matrimonio de conveniencia. En C. Ruíz y R. Rueda, *Situación jurídico familiar de la mujer marroquí en España* (pp. 181-192). Instituto Andaluz de la Mujer.
- Valverde, M.J y Carrascosa, J. (2018). Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público atenuado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10 (2), pp. 718-731. Universidad Carlos III de Madrid.

# LA MIGRACIÓN FORZADA DERIVADA DEL CONFLICTO RUSO-UCRANIANO: RIESGOS Y AMENAZAS A LA SEGURIDAD HUMANA DE LAS PERSONAS DESPLAZADAS

---

WALDIMEIRY CORREA DA SILVA  
*Universidad de Sevilla*

## 1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo describe un modelo de migración forzada, derivada del conflicto armado<sup>39</sup> en Ucrania, con objetivo de analizar los riesgos y amenazas a los derechos humanos de las personas obligadas a desplazarse<sup>40</sup> durante la situación del conflicto. Además del drama humanitario, este colectivo forzado a desplazarse puede ser objeto de diferentes formas de abusos, violencias, discriminaciones y explotaciones; entre ellas la trata de personas. El aislamiento social, deterioro del Estado de Derecho y colapso social los hace vulnerables y presa fácil para los traficantes y tratantes de personas (ICMPD, 2016; UNODC, 2018; OIM, 2015).

---

<sup>39</sup> Se adopta la definición del artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949 de conflicto armado internacional, interpretada por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) en el caso Tadić (1995) que indicó que la existencia de conflicto armado: "siempre que se recurra a la fuerza armada entre Estados o a la violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre dichos grupos dentro de un Estado". TPIY. *Case Prosecutor v. Dusko Tadić*. Sentencia del 02 de 1995 de octubre, párr. 70.

<sup>40</sup> De acuerdo con ACNUR, las personas obligadas a dejar su lugar de residencia debido a un conflicto y/o persecución son consideradas como desplazadas. (UNHCR, 2010).

Este vínculo entre migración forzada, conflictos y trata de personas, viene recibiendo creciente atención de la comunidad internacional<sup>41</sup> pudiendo incluso ser considerado un crimen de guerra<sup>42</sup> (S/RES/2388, 2017; UNODC, 2018). Se defiende que la trata de personas es una consecuencia directa de la crisis humanitaria provocada por el conflicto armado y que no siempre es reconocida e investigada apropiadamente. En este contexto, el conflicto provoca una interrupción tanto de la vida comunitaria, social y económica como de su marco de protección jurídico-política. Con ello, el desplazamiento crea una vulnerabilidad extrema. (OIM, 2015)

Se observa que los efectos de una crisis humanitaria y del desplazamiento forzado provocados por el conflicto actúan, en la mayoría de los casos, como verdaderos factores de empuje que aumentan la vulnerabilidad de las personas y, por ende, la probabilidad de que sean captadas por las redes de trata y tráfico de personas (CEDAW/C/GC/38, 2020; UNODC, 2018a; UNODC, 2018b; ICMPD, 2016). A su vez, estos mismos efectos obstaculizan la aplicación de las políticas anti-trata, tornándose ineficaces, más aún cuando estas políticas tienen un enfoque estatocéntrico y de orden público, dirigido principalmente a la represión del delito de trata y la persecución de los tratantes.

---

<sup>41</sup> En esta dirección véase las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: Resolución 2242, octubre de 2015; Resolución 2331 de diciembre de 2016; Resolución 2388 de noviembre de 2017.

<sup>42</sup> La oficina de NN. UU contra Drogas y Delitos ha desarrollado un informe temático sobre esta cuestión en el que señala que en el panorama de la responsabilidad de proteger, algunas violaciones de derechos humanos cometidas en el entorno de la trata en los conflictos armados, pueden alcanzar un nivel de gravedad propio de los crímenes más importantes de trascendencia para la comunidad internacional, a saber, delitos internacionales graves que los Estados están obligados a prevenir y que son competencia de la Corte Penal Internacional (CPI): crímenes de guerra (art. 8 Estatuto de Roma de 1998), crímenes de lesa humanidad (art. 7 Estatuto de Roma de 1998) o actos de genocidio (art. 6 Estatuto de Roma de 1998). Véase: UNODC, *Sobre la lucha contra la trata de personas en situaciones de conflicto*. Nota Informativa, Viena 2019, pp. 3-4. UNODC., *Thematic Paper on Countering Trafficking in Persons in Conflict Situations*. UNODC, Viena, 2018, pp.5-7. Además, "mientras la trata de personas puede constituir un crimen de lesa humanidad si se comete como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, la esclavización sexual de los miembros de determinadas minorías étnicas puede derivar en un genocidio, en ciertos casos extremos." (UNODC, 2018, p. 3).

Por otro lado, el enfoque basado en los derechos humanos sitúa a la persona en el centro de la respuesta anti-trata, salvaguardando sus derechos y priorizando la dignidad humana frente a las cuestiones de orden público. A su vez, dicho enfoque señala la diligencia debida de los Estados y la responsabilidad de proteger ante crímenes que pueden conducir a las violaciones masivas de derechos humanos, en el entorno de la trata (A/HRC/26/37, 2014).

Lo expuesto remite a la necesidad de analizar las consecuencias de la migración forzada a partir de la categoría de trata de personas en contextos de conflictos armados, desde el enfoque de la seguridad humana y de los derechos humanos. Esto implica que el enfrentamiento a la trata en contextos de conflicto armados, deberá, en primer lugar, aplicar el marco normativo del Derecho Internacional de los Derechos humanos como sustento o base a toda acción o respuesta anti-trata y, en segundo lugar, a nivel operativo, debe focalizar su acción en la promoción y la protección de los derechos humanos de las personas en contexto de trata.

Un enfoque basado en los derechos humanos y en la noción de seguridad humana tiene el potencial de reducir, e incluso de solucionar, el problema de la trata de personas. (Corrêa Da Silva, 2018) Esto es posible al indicar a las causas para “comprender el perfil de las víctimas y los motivos por los cuales se tornan vulnerables al reclutamiento” (Corrêa Da Silva, 2019, p.39), al situar la discriminación interseccional que acomete principalmente a mujeres y niños, y al preocuparse por favorecer la inclusión social (CEDAW/C/GC/38, 2020; A/HRC/41/46, 2019; A/HRC/76/263, 2021); también y, con mayor motivo, en contextos de conflicto. En todo caso, este cambio de enfoque conduciría a una inclusión social de las personas en contexto de trata para garantizar el reconocimiento de sus derechos violados en el proceso de trata.

## 2. OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS

Se establece el ámbito del conflicto armado producido por la invasión rusa en Ucrania (feb-2022) para explicar y analizar el concepto de la trata de personas como un fenómeno complejo, dinámico y amplio. Con

ello, se observará cómo la crisis humanitaria procedente del conflicto armado actúa como factor de empuje que aumenta la vulnerabilidad de las personas afectadas por la crisis y, por ende, la probabilidad de que sean sometidas a actividades de explotación<sup>43</sup>.

El análisis se fundamenta en tres objetivos específicos: el primero describe el desplazamiento forzado, provocado por la invasión rusa en Ucrania, en especial el que afecta a las mujeres y niños. Este colectivo se encuentra en riesgo de ser víctimas de trata de personas debido a su contexto de vulnerabilidad (UNODC, 2018a), provocado tanto por el desplazamiento forzado, la inestabilidad socio-jurídica y política, ausencia de apoyo institucional y de información, atención y seguimiento de su asistencia en un país de acogida o tránsito.

El segundo explica, por un lado, el concepto internacionalmente definido de trata de personas y su evolución normativa<sup>44</sup> y, por otro, la correlación entre la trata y la crisis humanitaria derivada del conflicto ruso-ucraniano. Se examina el vínculo existente entre la trata, percibida como proceso multicausal y delictivo en el cual se vulneran los derechos humanos, pero también como una actividad económica que se retroalimenta de las circunstancias que rodean el conflicto, como pueden ser el desmantelamiento de las instituciones del Estado, la corrupción y la impunidad, comunes en situaciones de conflicto armado que fomentan la trata.

El tercero investiga la trata de personas en situación de conflicto armado y busca ofrecer una respuesta adecuada a esta situación de

---

<sup>43</sup> Como advierte el Consejo de Seguridad de la ONU en su Res/2242/2015, se considera que las mujeres y niños son los grupos más vulnerables a la violencia sexual y que son utilizadas por grupos extremistas tanto como parte de una estrategia para generar ingresos o para reclutar y mantener a combatientes.

<sup>44</sup> A estos efectos se tendrá como referencia el Protocolo para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional Protocolo de Palermo, (Protocolo de Palermo, 2000) - [Aprobada por la Resolución 55/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas]; el Convenio N.197 del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (2005); la Jurisprudencia del TEDH sobre la materia; y, el desarrollo del marco de protección a los derechos humanos de las presuntas víctimas de trata desarrollado por los Relatoría de la ONU sobre la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños.

violaciones masivas de derechos humanos en contexto de desplazamiento forzado. A su vez, se razonará que estos mismos efectos obstaculizan la aplicación de las políticas anti-trata, que se muestran ineficaces al contar con un enfoque estatocéntrico de orden público y dirigido principalmente a la persecución de los tratantes y no a una acción proactiva y preventiva del delito.

Ante ello, se plantea como hipótesis que una política anti-trata eficaz en contextos de conflicto armado requiere de un enfoque de derechos humanos interseccional y fundamentado en el concepto de la seguridad humana. Se defenderá que este enfoque permite superar la noción básica del enfoque de orden público limitado a las tres “P” enunciadas en el artículo 2º del Protocolo de Palermo del año 2000 (Prevención, Persecución y Protección), centrándose en la persona como objeto de la política anti-trata y considerando la trata como una amenaza directa a la seguridad humana, al constituir una violación masiva de los derechos humanos de las víctimas.

### 3. METODOLOGÍA

Se realizó un trabajo de revisión e investigación bibliográfica cualitativa. Se analizaron diversas fuentes secundarias relativas al fenómeno de la trata de personas en contextos de conflicto armado. Así, la búsqueda de bibliografía incluyó el análisis de normativa internacional, informes de organismos internacionales públicos y privados, manuales de referencia, artículos doctrinales y de revistas y documentación especializadas. Tras la revisión general del tema, se concretó el ámbito de estudio en la dirección que marca la hipótesis de partida, ciñendo la búsqueda a las cuestiones de seguridad humana y al enfoque de derechos humanos, en lo que concierne a la problemática de la trata en el contexto del conflicto armado ruso-ucraniano.

El procedimiento de acceso a la información de las fuentes secundarias mencionadas se ha llevado a cabo a través de los siguientes motores de búsqueda y bases de datos bibliográficos: Web of Science y Google Scholar. A su vez, se ha recurrido a los distintos repositorios y bases de datos de Naciones Unidas, especialmente los relativos a la UNODC,

CSNU, UNHCR y a la OIM. Por otra parte, este proceso de búsqueda se ha llevado a cabo limitando el marco temporal de la información, centrándolo en el período 2001-2022 (teniendo en cuenta que la entrada en vigor del Protocolo de Palermo y el conflicto ruso-ucraniano en 2022). A este respecto, las principales ecuaciones de búsqueda que se han utilizado para identificar, revisar y seleccionar la principal literatura existente sobre el tema elegido.

*Tabla 1: ecuación de búsqueda*

ECUACIONES DE BÚSQUEDA	SEARCH EQUATIONS
Trata de Personas (y) conflictos armados*	Human Trafficking (and) armed conflict*
Trata de Personas (y) Seguridad Humana	Human Trafficking (and) Human Security
Trata de Personas (y) Derechos humanos	Human Trafficking (and) Human Rights
Trata de Personas (y) desplazamiento forzado* (y) Seguridad Humana	Human Trafficking (and) displacement forced* (and) Human Security
Trata de Personas (y) conflictos* (y) Derechos humanos	Human Trafficking (and) conflict* (and) Human Rights
Trata de Personas (y) conflicto ucraniano	Human Trafficking (and) ukraine conflict

## 4. RESULTADOS

### 4.1. LA INVASIÓN RUSA DE UCRANIA: CRISIS HUMANITARIA Y DESPLAZAMIENTO FORZADO DE PERSONAS, ESPECIALMENTE DE MUJERES, NIÑAS Y NIÑOS

La revisión de literatura permite diferenciar la migración del desplazamiento forzado. La migración es el movimiento de una persona o grupo de personas desde un lugar o país de origen a otro lugar o país de origen, a través de una frontera administrativa o política. (OIM, 2002). Mientras que el desplazamiento forzado es un fenómeno multidimensional, con diferentes grados de complejidad y singularidad para aquellas personas que lo sufren. Debe ser concebido como un proceso que impacta de forma negativa en las personas, tanto por el motivo del desplazamiento, el contexto y condiciones que son realizadas la movilización y su asentamiento (provisional o definitivo). Provisiones que no fueron

realizadas en contexto abordado. En este sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su observación N.38, advierte sobre la necesidad de:

“En las zonas críticas con corrientes migratorias mixtas faltan espacios adecuados y confidenciales donde llevar a cabo la detección, con personal capacitado e intérpretes, que pueden evaluar rápidamente los indicadores de vulnerabilidad y prestar el apoyo adecuado.” (CE-DAW/C/GC/38, 2020, párr. 38).

El desplazamiento forzado de personas ocurre cuando una persona o grupo de personas se ve forzada a huir de su hogar o local habitual de residencia, para evitar los efectos de una situación de violencia generalizada, como pueden ser los conflictos armados, desastres naturales, o violaciones masivas de Derechos humanos (E/CN.4/1998/53/Add.2, 1998). El ámbito puede ser interno (dentro del propio país<sup>45</sup>) o internacional (cuando involucra el cruce de fronteras). De acuerdo con la ONU, en 2021 se contabilizaban en torno a 82,4 millones de personas desplazadas en el mundo (UNHCR. 2021). Para aproximarse a las cifras actuales, se tendrían que añadir los desplazamientos provocados por el retorno de los talibanes a Afganistán, el conflicto en Yemen y, por último, el provocado por la invasión rusa en Ucrania, que según estimativas de ACNUR son en torno a 5.5 millones de personas, de las cuales un 90% son mujeres, niñas y niños<sup>46</sup>. El desplazamiento forzado es un indicador perceptible del coste humano del conflicto (Hovil, 2018).

La coordinadora del puesto de ACNUR en Polonia, para prevenir la explotación y los abusos sexuales, Nadia Abu-Amr, resalta los riesgos a caer en redes de trata de personas debido a la ausencia de un sistema oficial de registro de transportistas que se ofrecieron a acoger o trasladar a las personas refugiadas a otro país en el que desean seguir su ruta migratoria<sup>47</sup>. En el mismo sentido, la Comisión de Derechos de la Mujer

---

<sup>45</sup> Dentro de Ucrania se ha señalado el riesgo de trata laboral, sexual, para fines de adopción y explotación sexual por las tropas rusas. (UNODC, 2022)

<sup>46</sup> UNHCR. <<https://www.unhcr.org/ukraine-emergency.html>>

<sup>47</sup> UNHCR. <[https://www.acnur.org/noticias/historia/2022/4/625755944/crisis-en-ucrania-genera-nuevos-riesgos-de-trata-de-personas.html#\\_ga=2.209428690.1361166661.1651856419-174218177.1651856419](https://www.acnur.org/noticias/historia/2022/4/625755944/crisis-en-ucrania-genera-nuevos-riesgos-de-trata-de-personas.html#_ga=2.209428690.1361166661.1651856419-174218177.1651856419)>

e Igualdad del Parlamento Europeo: “Expresa su profunda preocupación por el creciente número de denuncias de trata de personas, violencia sexual, explotación, violación y abuso a los que se enfrentan las mujeres y los niños que huyen de Ucrania.” (European Parliament, 2022/2633(RSP). En este sentido, se entiende que el empleo de la Directiva sobre protección temporal de la Unión Europea (2001/55/EC, 20/07/2001), acordada por el Consejo de la UE el 4 de marzo de 2022, se aplica a todos los nacionales ucranianos que lleguen a la UE y les permite la entrada sin visado a otros países europeos, lo que reduce significativamente la necesidad de que quienes huyen de la guerra recurran a los traficantes de migrantes. En esta línea, la Agencia para Asilo de la Unión Europea indica que 4.1 millones de ucranianos se habían registrado en el sistema de protección temporal (EUAA, 24/08/2022). Sin embargo, el marco protector no ampara a los no ucranianos residentes, que sí, pueden tener que acudir a traficantes para salir o entrar en Ucrania, y por lo tanto son también vulnerables a la trata<sup>48</sup>.

Asimismo, no se puede obviar que las personas que huyen de Ucrania son en su mayoría mujeres, niños y personas mayores, que se encuentran vulnerables, debido al contexto del desplazamiento forzado y a los medios para llegar a los países de destino. La EUROPOL publicó una “Notificación de Alerta Rápida” para advertir a los Estados miembros de los riesgos de que redes delictivas de trata, aprovechen la crisis para reclutar a personas que huyen de Ucrania (EUROPOL/Ref. N°. 2022/340, 2022)<sup>49</sup>, lo que hizo que la UE estableciera el “Plan Común contra la Trata derivadas de esta crisis”<sup>50</sup> (6/05/2022).

---

<sup>48</sup> Véase: OCHA. Ukraine: Humanitarian Impact. Situation Report. 21 March 2022.

<sup>49</sup> EUROPOL/Ref. N°. 2022/340, 2022 [https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Early\\_Warning\\_Notification\\_\\_War\\_in\\_Ukraine\\_-\\_refugees\\_arriving\\_to\\_the\\_EU\\_from\\_Ukraine\\_at\\_risk\\_of\\_exploitation\\_as\\_part\\_of\\_THB.pdf](https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Early_Warning_Notification__War_in_Ukraine_-_refugees_arriving_to_the_EU_from_Ukraine_at_risk_of_exploitation_as_part_of_THB.pdf)

<sup>50</sup> EU Solidarity Platform, 6 May 2022. A Common Anti-Trafficking Plan to address the risks of trafficking in human beings and support potential victims among those fleeing the war in Ukraine. <[https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2022-05/Anti-Trafficking%20Plan\\_en.pdf](https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2022-05/Anti-Trafficking%20Plan_en.pdf)>

#### 4.2. LA TRATA DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO FORZADO: DEL PANORAMA GENERAL AL CONTEXTO DEL CONFLICTO RUSO-UCRANIANO

En primer lugar, es necesario entender el concepto internacionalmente definido de trata de personas y, por otro, la correlación entre la trata y el desplazamiento forzado derivado de la invasión de Rusia a Ucrania. Y segundo, que la comprensión actual sobre la trata exige una visión inclusiva, sostenible, integral y humanizada, que ha superado un enfoque racista, trafiquista, hegemónico, sexista y de orden público, hacia un enfoque de DDHH, en el que se fundamenta los once pilares para la promoción de una visión inclusiva y una respuesta centrada en los DDHH (tabla 2).

Es importante señalar la complejidad conceptual de la trata de personas a partir de su definición elástica y relacional (Correa da Silva, 2018). La trata está internacionalmente definida por el artículo tercero del Protocolo de Palermo (2000) y debe ser interpretada como un proceso derivado de la conjunción de tres elementos constitutivos interrelacionados: una acción; los medios; y la finalidad de explotación directa o indirecta de la persona. Esta definición considera la trata como un proceso (relación) que incluye un movimiento de personas en contextos de vulnerabilidad con la finalidad de explotación (Correa da Silva, 2018). La invasión rusa a Ucrania ha provocado esta movilidad forzada en un contexto de vulnerabilidad, de mujeres y niños principalmente. (CEDAW/C/GC/38, 2020)

La trata de personas supone una violación masiva de derechos humanos, no sólo en el proceso de explotación, sino también en las causas y consecuencias de este (ACNUDH, 2002; A/HRC/20/18, 2012; A/HRC/23/48, 2013). Por consiguiente, el Derecho Internacional de los Derechos humanos ampara a las víctimas de la trata y les reconoce una necesidad de protección especial, para velar por sus derechos fundamentales ante una situación de vulnerabilidad que, en el contexto de la trata de personas, sufren “las mujeres, los niños, los migrantes y los trabajadores migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo, los desplazados internos y las personas con discapacidad”, y que les

convierte en el “objetivo que les prioritario de los tratantes” (AC-NUDH, 2014, p.8) . Esto se ve incluso agravado en situaciones de conflicto o posconflicto al intensificarse esta condición de vulnerabilidad (A/HRC/32/41, 2016)

Además, la trata también se encuadra dentro de la violencia de género (CEDAW/C/GC/38, 2020), especialmente en lo que se refiere a aquella que tiene por fin la explotación sexual, por la especial vulnerabilidad de las mujeres víctimas, ante un sistema discriminatorio, desigual y excluyente que “facilita la causa y consecuencia de la trata de mujeres” (Corrêa da Silva, 2016, p. 231). En este sentido, las relaciones de subordinación patriarcales, la cultura de la violencia, la desigualdad de acceso a servicios básicos, al mercado laboral y la feminización de la pobreza, sitúan a las mujeres y niñas en una posición especial de vulnerabilidad que las hace más proclives a caer víctimas de las redes de trata de personas. A ello, sumamos los colectivos de determinadas etnias o identidades diversas, colectivos LGTBIQ+ que también están más expuestos a contextos de vulnerabilidad y, por lo tanto, de discriminación interseccional. En esta línea, la comprensión sobre la trata exige una visión interseccional (Crenshaw, 1989; Collins & Chepp, 2013) que permita entrever su carácter estructural, en el que se superponen la pobreza, la raza/etnia, la movilidad humana, el género, discriminaciones y situaciones de amenaza a la seguridad humana, contribuyendo así a perpetuar situaciones de injusticia social.

De ahí que una visión integral, inclusiva y centrada en los DDHH requiere comprender tanto factores sistémicos como las acciones que atacan a sus causas, relacionadas a su vez con la pobreza, la discriminación contra las mujeres y la capacidad política e institucional para proteger a las víctimas y perseguir a los tratantes. En consecuencia, se observa la necesidad de un giro hacia una acción proactiva a partir de una dirección estratégica, como ha convocado en diferentes ocasiones la Relatora de la ONU sobre la Trata de Personas, lo que se consideran los once pilares para la promoción de una visión inclusiva y una respuesta centrada en los DDHH, como se observa en la tabla que sigue.

Tabla 2: Enfoque estatocéntrico x enfoque de derechos

Enfoque de orden público	Enfoque de Derechos humanos
Centralidad del Estado	Centralidad de la persona
Amenaza al Estado y la seguridad nacional	Amenaza a la seguridad humana
Prioridad: orden público y control judicial	Prioridad: dignidad humana
Perspectiva criminalizadora	Perspectiva de inclusión social
Combate a la delincuencia transnacional organizada	Violación de DDHH
Securitización de las migraciones	Detección temprana en fronteras derivadas de los flujos migratorios mixtos.
3 P's (Prevención, persecución, protección) Protocolo de Palermo (2000)	5 P (Prevención, persecución, protección, penalización de los infractores, promoción de la cooperación internacional). 3R (Reparación, rehabilitación y reintegración de las víctimas) 3C (Capacidad, coordinación y cooperación) (Protocolo de Palermo + Convenio de Varsovia (2005) + NN.UU).

Fuente: Elaboración propia

La tesis que la trata de personas sea un fenómeno clandestino, multidimensional, amplio y complejo la tesis de que, es por lo que no debe ser tratado apenas como una actividad criminal o reducir su enfrentamiento a este aspecto. Sin embargo, dicho enfoque criminalizador es el que tradicionalmente prevalece. Esta configuración de la política anti-trata actual encuentra su respaldo en lo dispuesto por el artículo 2 del Protocolo de Palermo, según el cual esta debe cimentarse sobre las tres “P”: Prevención, Persecución y Protección (de las víctimas). Con ello, fue desarrollado un enfoque estatocéntrico y de orden público de la política anti-trata (Corrêa da Silva y Silva, 2018), que la concibe como una amenaza a la seguridad nacional y que encamina su acción a las prioridades de orden público y control judicial, por abordar la trata como una cuestión más de delincuencia transnacional organizada y de securitización de las migraciones (criminalización de la migración irregular y control de fronteras), criminalizando incluso a las víctimas de la trata (Correa da Silva, 2022).

Esto, unido a la falta de cooperación regional y de coordinación de las diferentes políticas anti-trata regionales y nacionales, la ausencia de comunicación entre los diferentes actores implicados; la dificultad para prevenir la actividad de los tratantes; la carencia de mecanismos para identificar a las víctimas o la limitación de los recursos hacen que el enfrentarse a la trata pierda eficacia (Mohammed y OIM, 2018), provocando que los Derechos humanos de la víctimas continúen siendo vulnerados y haciendo que la trata siga siendo uno de los mayores retos a los que la comunidad internacional aún tiene que enfrentarse.

En este sentido, desde 2012 la Relatora Especial de la ONU sobre la trata de personas viene instando a adoptar un enfoque basado en los Derechos humanos. Este enfoque se centraría en la persona y en el respeto de su dignidad humana, frente a las prioridades de orden público, entendiendo la trata no como una amenaza a la seguridad nacional sino como una amenaza directa a la seguridad humana por la violación masiva de Derechos humanos que conlleva. Invita a una perspectiva de inclusión social donde no se criminalice a las víctimas, como recalca el Informe de la Relatora de 2012 (A/HRC/20/18, 2012); y, en la línea del Informe de 2013, “teniendo en cuenta los factores que hacen a las personas vulnerables a la trata” (A/HRC/23/48, 2013, párr. 41). Esta reorientación y ampliación permitiría entonces afrontar la problemática de la trata, intentando reducir las vulneraciones de Derechos humanos en las que residen las causas de la trata, así como reparar y favorecer la inclusión social de las víctimas (además de criminalizar y penalizar a los tratantes).

El nexo entre la trata de personas y el conflicto armado se pone de relieve con diferentes casos muy mediáticos, como el secuestro en 2014 de las 200 niñas por parte de Boko Haran, en Nigéria o el caso de la “esclavización de las mujeres yazidíes por parte del ISIS en Irak. Tradicionalmente la trata no fue considerada una posible consecuencia de los diferentes contextos del de desplazamiento forzado, derivadas de conflictos, (OIM, 2015) sino una problemática preexistente y, por tanto, ignorada (Carroll, 2020). Sin embargo, en los últimos cinco años, organismos como la OIM (2015), la UNODC (2018a; 2018b) y la Relatoría Especial de la ONU sobre la Trata de Personas (2016, 2019 y 2021) han

señalado e la existencia de dicho vínculo: ante una situación de conflicto, las redes de trata preexistentes pueden ampliarse (Elliott, 2018), pudiendo incluso surgir otras nuevas; su vínculo con la violencia de género y discriminación “van más allá del cese de las hostilidades” (A/HRC/32/41, 2016, párr. 14).

La ausencia de una respuesta efectiva y proactiva en el la lucha contra la trata en contexto de conflictos armados es objeto de diferentes análisis. En primer lugar, se alega que el principal fallo del enfrentamiento a la trata se debe a que esta tiende a ignorar la correlación entre la trata y las situaciones de crisis, de forma que hasta que los *'policy-makers'* no estimen la existencia de dicha conexión y configuren las políticas anti-trata teniéndolas en cuenta, los esfuerzos continuarán siendo insuficientes (Miller, 2017). Por un lado, se resalta que el enfrentamiento a la trata es una prerrogativa del Estado, lo que en contextos de crisis dificulta en gran medida la implementación de las respuestas anti-trata, al tratarse de áreas con un Estado de derecho limitado y donde la aplicación de la ley es inexistente (Lungarotti et al., 2015; Mohammed y OIM, 2018). Por otro lado, se apunta a que existen numerosas áreas grises provocadas por la complejidad de la definición del fenómeno, pues ante situaciones de conflicto no siempre es fácil trazar una línea divisoria entre el abuso de poder, el abuso de una posición de vulnerabilidad, el trabajo forzoso, esclavitud, la explotación y la trata de personas (Lungarotti et al., 2015). A todo ello hay que sumarle la falta de conocimiento sobre cómo identificar a las víctimas en estos contextos, así como la falta de datos y evidencias (Mohammed y OIM, 2018). De hecho, la ausencia de datos fiables y de calidad es considerada como uno de los principales obstáculos a la hora de “desarrollar respuestas anti-trata específicas” (MDP, 2020).

Por último, y en relación a estas lagunas, también se ha observado que gran parte del diseño de las políticas anti-trata se circunscribe únicamente a la respuesta frente a la crisis humanitaria en sí (sin atender al fenómeno de la trata) o en todo caso, centrando sus esfuerzos en la criminalización y persecución de los tratantes, securitización de las migraciones, sin que se aporten análisis integrales (Nelson et al., 2004), que son los factores que crean la tormenta perfecta (Gurung y Clark,

2018), para la proliferación e intensificación de las actividades de explotación en estos contextos, sin que los Estados cumplan con su obligación internacional de prevenir, detectar, proteger y asistir a las posibles víctimas de trata. (CEDAW/C/GC/38, 2020).

## 5. DISCUSIÓN

### 5.1. LA POSIBLE CONTRIBUCIÓN DESDE LA NOCIÓN DE SEGURIDAD HUMANA A LA SITUACIÓN DE RIESGO Y AMENAZA, DERIVADAS DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO COMO CONSECUENCIA DE CONFLICTOS ARMADOS

El concepto de seguridad humana fue introducido mediante el Informe de Desarrollo de 1994, que define que:

“La seguridad significa estar libres de las constantes amenazas del hambre, la enfermedad, el delito y la represión. También significa protección contra perturbaciones repentinas y perjudiciales en la pauta de nuestras vidas cotidianas, ya sea en relación con nuestros hogares, nuestros empleos, nuestras comunidades o nuestro medio ambiente” (PNUD, 1994, pp. 3-4).

Dicho concepto se presenta unido al de desarrollo humano y entendiendo que la seguridad humana se configura en torno a dos ejes: “*libertad respecto del miedo y libertad respecto de la necesidad*” (PNUD, 1994, p. 27). Por consiguiente, la noción de seguridad deberá tener un enfoque centrado en la persona, multisectorial, integral, contextualizado y preventivo (IIDH, 2020). Se establecen consecuentemente siete dimensiones de la seguridad humana: seguridad económica, alimentaria, de la salud, ambiental, personal, comunitaria y política.

En la misma línea, la Comisión sobre seguridad humana de Naciones Unidas, creada tras la Cumbre del Milenio de 2000, y a iniciativa de Japón, publicó su informe *Human Security Now*, en el que se definía la noción de seguridad humana en los siguientes términos:

“[L]a seguridad humana consiste en proteger la esencia vital de todas las vidas humanas de una forma que realce las libertades humanas y la plena realización del ser humano. Seguridad humana significa proteger las libertades fundamentales: libertades que constituyen la esencia de la vida. Significa proteger al ser humano contra las situaciones y las

amenazas críticas (graves) y omnipresentes (generalizadas). Significa utilizar procesos que se basan en la fortaleza y las aspiraciones del ser humano. Significa la creación de sistemas políticos, sociales, medioambientales, económicos, militares y culturales que en su conjunto brindan al ser humano las piedras angulares de la supervivencia, los medios de vida y la dignidad” (CSH, 2003, p.4).

Los diferentes informes del Secretario General de NNUU sobre la temática (A/59/2005, 2005; A/RES/63/156, 2008; A/64/701, 2010) concluyen que “la definición de seguridad humana surge como respuesta a las amenazas actuales, que son múltiples, complejas, interrelacionadas y transnacionales.” (Corrêa da Silva y Silva, 2016, pp. 225-226) En este contexto, la seguridad debe estar centrada en las personas, que sustituyen al Estado como sujeto de la seguridad.

Lo anterior permite observar las implicaciones que tiene la noción jurídica de seguridad humana para la trata de personas cuando la misma se deriva de un conflicto, que son una amenaza a la seguridad humana. De ahí, la urgencia en promover la seguridad humana a través de estrategias multisectoriales, integradas e interseccionales. (A/64/701, 2010). Esto significaría abordar las causas estructurales de la trata, con el objetivo de reducir los efectos derivados del conflicto armado, que generan la vulnerabilidad de las personas, aumentan las redes de trata y las actividades de explotación, y obstaculizan la aplicación de políticas anti-trata; priorizando siempre a la persona y el respeto de su dignidad y Derechos humanos. De este modo se actuaría de forma proactiva y no reactiva.

De ahí la necesidad de un enfoque preventivo para hacer frente a la inseguridad humana originada de la migración forzada provocada por el conflicto ruso-ucraniano. En este sentido, el enfoque de seguridad humana demanda que los Estados realicen intervenciones colaborativas, preventivas y de asistencia humanizada que promuevan el bienestar de las personas desplazadas por el conflicto de modo a minimizar las vulnerabilidades surgidas de esta migración forzada.

## 6. REFLEXIONES FINALES: LA INSUFICIENCIA DEL ACTUAL ENFOQUE ANTI-TRATA EN SITUACIÓN DE CONFLICTOS ARMADOS

La relación entre la trata y el conflicto armado ha sido poco analizada y generalmente sin un análisis sistémico y humanizado. Esto se debe a la primacía del enfoque estatocéntrico, áreas grises, poco conocimiento de la materia el terreno, ausencia de datos fiables y de políticas estatales comprometidas con el enfoque de derechos humanos. Además, estas carencias vienen determinadas principalmente por los propios planteamientos tradicionales del enfrentamiento a la trata, que resultan insuficientes para una respuesta proactiva en contextos de conflictos, e incluso fuera de dichos contextos.

En este sentido, la política anti-trata se caracteriza, en primer lugar, por su enfoque estatocéntrico y de orden público (Corrêa da Silva, 2018) expuestos en la tabla 2. El enfrentamiento a la trata de personas se ha configurado de manera general como una prerrogativa del Estado (Lungarotti et al., 2015), basada además en la concepción tradicional y realista de la seguridad. De ahí que priorice garantizar la seguridad del Estado, frente a las amenazas externas, puesto que asegurando el Estado se garantiza automáticamente la seguridad de sus ciudadanos (Ionescu, 2007). Esta perspectiva entiende la trata como una amenaza a la seguridad nacional, a menudo incluida en el marco de la migración irregular y utilizada como excusa para endurecer las políticas migratorias y de gestión de fronteras. Ejemplo de ello es la actual política migratoria de la Unión Europea, que a pesar de mantener como punto central de su política el respeto de los Derechos humanos y de atender a las causas que provocan la vulnerabilidad de las víctimas de trata, continúa priorizando las cuestiones de orden público en materia de migración irregular (Corrêa da Silva, 2019).

En relación con lo anterior, la política anti-trata se caracteriza también por actuar únicamente frente a los efectos o las consecuencias, de forma reactiva. En otras palabras, no se trata de una política correctora de las múltiples causas estructurales, que contribuyen a que se produzca este fenómeno. Esta tampoco presenta un enfoque que promueva la

inclusión social, ni de las personas vulnerables a la trata ni de las propias víctimas (A/HRC/41/46, 2019); pues las autoridades competentes no abogan por otorgarle a estas personas las herramientas de empoderamiento y justicia social que requieren, para mejorar sus condiciones socioeconómicas, recuperar su estatus social y obtener oportunidades de futuro. A su vez, en el enfrentamiento reactivo a la trata, los Estados tienden a centrar sus esfuerzos en la condena y sanción de la actividad criminal concreta y de los tratantes, en su mayoría delegando “la protección y asistencia a la sociedad civil” (Corrêa da Silva y Silva, 2016, p. 231). Igualmente ocurre con la prevención, siendo la mayor parte de las campañas de sensibilización y prevención llevadas a cabo por ONGs y organismos internacionales como la UNODC o la OIM (Mohammed y OIM, 2018).

Esta situación se produjo durante el conflicto actual en Ucrania que ha provocado el desplazamiento de millones de personas<sup>51</sup> huyendo de la guerra y buscando asilo, que se han convertido en objetivos primordiales de los tratantes (EUROPOL, 2022). En estos casos, la falta de territorialidad es un riesgo añadido para estas personas, pues su vulnerabilidad se ve aumentada; también un impedimento para la aplicación de una política anti-trata desde un enfoque estatocéntrico. Estos planteamientos resultan ineficaces, pues no tienen en cuenta las implicaciones del contexto de crisis derivadas del conflicto y, sobre todo, porque no consideran los aspectos humanos del fenómeno de la trata de personas.

La protección efectiva de los derechos humanos de las víctimas de trata no ha sido prioridad durante contextos de conflicto (A/HRC/76/263, 2021; A/HRC/44/45, 2018). Sin embargo, este es el enfoque demandado por diferentes especialistas, entre ellos, por la Relatora de NNUU sobre la Trata de Personas desde 2012-2021 (A/HRC/20/18; A/HRC/44/45; A/HRC/76/263), para que las medidas anti-trata no “queden limitadas únicamente al ámbito de la seguridad y permanezcan confinadas en un marco de aplicación de la ley, de seguridad y de

---

<sup>51</sup> De acuerdo con ACNUR ocho millones de desplazados internos y más de seis millones de refugiados. (ACNUR, 22 de mayo de 2022).

gestión de riesgos.” (A/HRC/76/263, 2021, párr.9) Aunque esta no se haya sido tomada en cuenta en las respuestas anti-trata tradicionales.

En efecto, esta relación hace referencia a las violencias sufridas por las víctimas de trata y a los Derechos humanos violados. Esta es la dirección que apunta la Relatora de la ONU sobre la Trata de Personas en su informe del año 2021, al señalar “la negativa a proporcionarles asistencia consular o a facilitar y respaldar su repatriación y las dificultades para obtener documentos de identidad, lo cual conduce a su vez a la apatridia y a las violaciones de derechos humanos asociadas a ella.” (A/76/263, 2021, párr. 3).

Con ello, no es de extrañar que el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos humanos (ACNUDH) considere la primacía de los Derechos humanos como un principio fundamental en el enfrentamiento a la trata. Esto implica, por consiguiente, que el enfrentamiento a la trata en contextos de conflicto deberá, en primer lugar, aplicar el marco normativo del Derecho Internacional de los Derechos humanos, como sustento o base a toda acción o respuesta anti-trata y, en segundo lugar, a nivel operativo, focalizar su acción en la promoción y la protección de los Derechos humanos de las personas en contexto de trata (ACNUDH, 2014, p 9). En el primer caso, se debe atender a las obligaciones de prevención de los Estados, con relación a las personas desplazadas por el conflicto. En esta línea el Consejo de Seguridad de la ONU:

“Alienta a los Estados Miembros, en particular a los Estados de tránsito y de destino, que reciben a personas desplazadas a la fuerza por conflictos armados, a que elaboren y utilicen marcos de alerta y detección tempranas de riesgos posibles o inminentes de trata de personas para detectar de manera proactiva y expeditiva a las víctimas y a las personas vulnerables a la trata, prestando especial atención a las mujeres y los niños, en particular a los no acompañados.” (CSNU/2388, 2017, párr. 16).

El enfoque basado en los derechos humanos busca poner a la persona en el centro de la respuesta anti-trata, salvaguardando sus derechos fundamentales y priorizando la dignidad humana frente a las cuestiones de orden público. Para ello, teniendo en cuenta que la trata se encuentra en el núcleo de la exclusión social (A/HRC/41/46, 2019, párr. 7) y de la

inseguridad humana (Tavanti et al., 2015, p. 10), al definirse por una violación de los Derechos humanos, tanto en la causa como en la consecuencia; la noción de seguridad humana ofrece un marco coherente para las políticas de enfrentamiento a la trata, pues permite abordar las causas estructurales de la trata. De hecho, si atendemos al planteamiento teórico de la noción de seguridad humana, es imposible las dos nociones.

La explicación para ello radica en que la trata constituiría una amenaza directa a la seguridad humana en sí misma, ya no sólo en su dimensión personal, como resultado de la propia actividad criminal de explotación, sino también en las dimensiones económica, alimentaria o de la salud entre otras; que se ven amenazadas por los efectos de las crisis humanitarias, al aumentar la condición de vulnerabilidad de las personas afectadas<sup>52</sup>. En otras palabras, la seguridad humana de la persona se ve amenazada por todo el proceso de trata, tanto por los factores que propician el fenómeno de la trata en contextos de emergencia o posconflicto, aumentando la vulnerabilidad de las personas, como por las consecuencias de ser captadas por los tratantes y sometidas a prácticas de explotación. (A/HRC/41/46, 2019).

## 7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Agradezco el apoyo brindado por la Junta de Andalucía mediante el Contrato de Captación al Talento Investigador/Programa EMERGIA (Ref: EMERGIA20\_00092), ya que el presente estudio se enmarca dentro de este proyecto.

---

<sup>52</sup> Como advierte la Relatora de la ONU sobre la Trata de personas: “dicho riesgo tiene su origen en un proceso continuo de explotación conectado con la discriminación estructural, la violencia, la pobreza y la exclusión, que forman parte de la vida cotidiana y no constituyen una excepción.” (A/HRC/76/263, 2021, pár.4)

## 8. REFERENCIAS

- Asamblea General de Naciones Unidas. (2005). *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*. Informe del Secretario General. Resolución A/59/2005. NNUU.
- Asamblea General de Naciones Unidas. (2008). *Resolución del 18 de diciembre de 2008 sobre la trata de mujeres y niñas*. A/RES/63/156. NNUU.
- Asamblea General de Naciones Unidas. (2010). *Seguridad Humana*. Informe del Secretario General. Resolución A/RES/64/701. NNUU.
- CEDAW. Recomendación general núm. 38 (2020), relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial. CEDAW/C/GC/38. 20/11/2020.
- Carroll, J. (2020). *Preventing Human Trafficking in Humanitarian Emergencies*. UNICEF USA.
- Comisión Europea. (2018). *Data collection on trafficking in human beings in the EU*. Migration and Home Affairs. UE, Bélgica.
- Comisión sobre Seguridad Humana. (2003). *Human Security Now*. OCHA.
- CSNU. S/RES/2388, 2017. Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 8111a sesión, celebrada el 21 de noviembre de 2017.
- CSNU. S/RES/2242. Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7533a sesión, celebrada el 13 de octubre de 2015.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (2020). *Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales*. CICR.
- Consejo de Derechos humanos de Naciones Unidas. (2012). Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Joy Ngozi Ezeilo. Resolución A/HRC/20/18. NNUU.
- Consejo de Derechos humanos de Naciones Unidas. (2013). Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Joy Ngozi Ezeilo. Resolución A/HRC/23/48. NNUU.
- Consejo de Derechos humanos de Naciones Unidas. (2014). Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Joy Ngozi Ezeilo. Resolución A/HRC/26/37. NNUU.
- Consejo de Derechos humanos de Naciones Unidas. (2019). Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Maria Grazia Giammarinano. Resolución A/HRC/41/46. NNUU.
- Consejo de Derechos humanos de Naciones Unidas. (2020). Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Maria Grazia Giammarinano Resolución A/HRC/44/45. NNUU.

- Consejo de Derechos humanos de Naciones Unidas. (2021). Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Siobhán Mullally. Resolución A/HRC/76/263. NNUU.
- Consejo de Europa. (2005). *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos* N. 197. (Convenio de Varsovia). CdE.
- Corrêa da Silva, W. (2019). *La interseccionalidad en la Trata de Seres Humanos: Un encuentro necesario para el enfoque de Derechos humanos*. En: Cordero Ramos, N. y Cruz Zuñiga, P. (org). *Trata De Personas, Género Y Migraciones En Andalucía (España), Costa Rica Y Marruecos. Retos y propuestas para la defensa y garantía de los derechos humanos*. pp. 37 - 66. Dykinson editorial: Madrid.
- Corrêa da Silva, W. y Silva, R. (2016). *Re-aproximaciones y Posibles Aplicaciones del Concepto de Seguridad Humana*. Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades. N° 36. Pp. 217-240.
- Correa da Silva, W. (2018) *Regime internacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas: avanços e desafios para a proteção dos direitos humanos*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Elliott, S. (2018). *Human Trafficking in Humanitarian Crises*. The Global Initiative Against Transnational Organized Crime. OCHA.
- European Parliamentary Research Service. (2016). *The gender dimension of human trafficking*. Briefing February 2016. EPRS.
- European Parliament. Committee on Women's Rights and Gender Equality. 2022/2633(RSP). 22.4.2022.
- Gurung, A. y Clark, A. (2018). *The perfect storm: The impact of disaster severity on internal human trafficking*. International Area Studies Review. P.p. 1-21.
- Hovil, Lucy. (2018). *Conflict, Displacement, and Refugees*. In: Fionnuala Ní Aoláin, Naomi Cahn, Dina Francesca Haynes, and Nahla Valji (Edited). *The Oxford Handbook of Gender and Conflict*, pp.276-287.
- International Centre for Migration Policy Development (2016). *Targeting Vulnerabilities: The Impact of the Syrian War and Refugee Situation on Trafficking in Persons: A Study of Syria, Turkey, Lebanon, Jordan and Iraq*. ICMPD, Viena.
- Instituto Interamericano de Derechos humanos. (2020). Seguridad Humana. IIDH.
- International Institute for Strategic Studies. (2020). *Human Trafficking in Conflict*. Armed Conflict Survey 2020. Pp. 31-36.

- Ionescu, M. (2007). A Human Security Approach to Anti-trafficking Policies in the EU: Tackling the Structural Sources of Vulnerability. Pp. 211-230.
- Lungarotti, L., Craggs, S. y Tillinac, A. (2015). *Human Trafficking in Crises: A Neglected Protection Concern*. Humanitarian Practice Network.
- Migration Data Portal. (2020). *Human Trafficking*. Immigration and Emigration statistics. MDP.
- Miller, M. (2017). *Gaps in International Law Surrounding Human Trafficking and Natural Disasters*. Denver Journal of International Law and Policy.
- Mohammed, M., Organización Internacional para las Migraciones. (2018). *Anti-Trafficking in Humanitarian Responses*. Global Protection Cluster.
- Morillas, P. (2007). *Génesis y evolución de la expresión de la seguridad humana. Un repaso histórico*. Seguridad Humana: conceptos, experiencias y propuestas. Revista CIDOB d'Afers Internacionals. N° 76. Pp. 47-58.
- Nelson, S., Guthrie, J. y Sumner, P. (2004). *Literature Review and Analysis Related to Human Trafficking in Post-Conflict Situations*. USAID.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2014). *Informe Mundial sobre la Trata de Personas*. UNODC, Viena.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2015). *Issue Paper: The concept of 'exploitation' in the Trafficking in Persons Protocol*. UNODC, Viena.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2018, a). *Countering Trafficking in Persons in Conflict Situations*. UNODC, Viena.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2018, b). *Informe Mundial sobre la Trata de Personas*. UNODC, Viena.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos humanos. (2014). *Los Derechos humanos y la Trata de Personas*. ACNUDH, Ginebra.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos humanos. (2010). *Commentary on Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking*. ACNUDH, Ginebra.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos humanos. (2002). *Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos humanos y la Trata de Personas*. ACNUDH, Ginebra.
- Organización Internacional para las Migraciones. (2015). *Addressing Human Trafficking and Exploitation in Times of Crisis. Evidence and Recommendations for further action to protect vulnerable and mobile populations*. OIM, Ginebra.

Organización de las Naciones Unidas. *E/CN.4/1998/53/Add.2*, de 11 de febrero de 1998. *Derechos humanos, éxodos en masa y personas desplazadas*. Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos humanos. Párr. 1.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD. (1994). *Informe sobre Desarrollo Humano 1994*. NNUU.

Tavanti, M., Tucker, C. y Wangerin, G. (2015). *Anti-Human Trafficking for Human Security*. International Journal of Sustainable Human Security (IJSHS). N° 1.

UNHCR. Global Trends in Forced Displacement 2020. UNHCR, 2021.

## ASILO Y REFUGIO A MINORÍAS RELIGIOSAS PERSEGUIDAS

---

ÁNGEL LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ  
*Universidad de Jaén*

### 1. INTRODUCCIÓN

La Humanidad vive tiempos convulsos, si alguna vez han dejado de serlo, en los que pueblos enteros se ven obligados a desarraigarse de su tierra, empujados por la escasez o acosados por la inquina de otros, provocando así desplazamientos de multitudes que, como las olas, son arrojadas a otras costas que no siempre tienen disposición a acogerlas. El drama humano del perseguido es, así, doble: no solamente se le impone la huida bajo amenaza, que le exige dejar atrás todo lo que no puede llevar encima, sino que, además, puede verse rechazado allí donde espera encontrar, al menos, la paz que se le ha arrebatado, y una esperanza de supervivencia. Las fronteras de los países no tienen la permeabilidad que permitiría dar cabida a quienes escapan de otros sitios en los que sufren; y, si finalmente acogen, lo hacen con renuencia, filtros y un sinfín de requisitos que sobre todo responden al interés propio, y no tanto a la situación personal de quien solicita ayuda.

Uno de los aspectos que son escasamente considerados, pero que constituye una faceta fundamental de la vida y la identidad de muchos grupos, es la afiliación religiosa. No se trata solo del derecho humano de la libertad de conciencia, que toda persona posee y ejercita en uno u otro sentido. Sucede también que la religión puede ser un rasgo que permite identificar a colectivos minoritarios de un país o región, en lugares donde la transmisión durante generaciones del idioma o la cultura ha incorporado, además, unas determinadas creencias que, desde tiempos ancestrales, se abrazan en la misma cuna, porque se nace en ellas y

a ellas se pertenece, al igual que se forma parte del pueblo de origen. Así se vive y así se percibe desde fuera en muchos sitios, de forma que tales colectivos son descritos, entre otros aspectos, por ese de su vinculación religiosa. Más en concreto, se ha definido a la minoría religiosa como «un grupo de personas residentes con carácter permanente en el territorio de un Estado, numéricamente inferior y no dominante, que mantienen características religiosas diferentes a las del resto de la población, y cuya voluntad es el mantener de manera colectiva y solidaria dicha característica»<sup>53</sup>. El factor religioso, además de servir para reconocerlos, puede, también, convertirse en un aspecto que se utilice para clasificarlos, con la consecuencia de incluirlos en una categoría social aparte, y muy posiblemente marginada o inferior a aquella a la que se adscribe a la mayoría de los ciudadanos. En situaciones en que la marginación es más acuciante o incluso desemboca en persecución, pueden desencadenarse desplazamientos de personas que se sienten amenazadas por su adscripción religiosa, y que buscan en otros lugares un refugio seguro donde ampararse. Los ejemplos que, tristemente, nos ofrece la actualidad, son numerosos: desde los cristianos y yazidíes de Siria e Irak, a los rohingyás de Birmania. La crisis de los refugiados de 2015, sin ir más lejos, estuvo muy vinculada a la violencia por motivos religiosos<sup>54</sup>.

Esta es la premisa de las páginas que siguen, en las que examinaré algunos supuestos en que los integrantes de minorías religiosas solicitan asilo en Occidente, particularmente en España, y la respuesta que pueden recibir a la luz de lo atisbado en la jurisprudencia. Previamente, haré un somero repaso a la normativa que sirve de soporte a dichas respuestas, más o menos iluminada por las interpretaciones que a nivel internacional se ofrecen para dichos casos.

---

<sup>53</sup> CONTRERAS MAZARÍO, J. M. (2004). *Las Naciones Unidas y la protección de las minorías religiosas*. Tirant lo Blanch, p. 209.

<sup>54</sup> «The majority of migrants originate from those Islamic countries where the so-called Islamic State and its reign of terror, legitimated by reference to the Quran, forces people to live according to Islamic State's interpretation of Sharia law, the Islamic law» (BESIER, G. [2018]. "The 'Clash of Civilisations' Has Happened Refugees and Religion". *How To Deal With Refugees? Europe as a Continent of Dreams*. LIT Verlag, p. 271).

## 2. NORMAS SOBRE ASILO Y ORIENTACIONES DE APLICACIÓN EN EL CASO DE MINORÍAS RELIGIOSAS PERSEGUIDAS

El asilo no es contemplado como el derecho a obtener una protección en el ámbito internacional, sino una concesión a la que se puede aspirar, pero que queda a expensas de los requisitos y la voluntad del país al que se demanda<sup>55</sup>. El artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, suscrita en el ámbito de las Naciones Unidas en 1948, proclama que, en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país (1), pero este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas (2). Se desarrolló esta previsión en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, firmada en Ginebra el 28 de julio de 1951<sup>56</sup>, que contempla aplicar la consideración de refugiado a la persona que, «debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él» (art. 1.A.2). La Convención sería posteriormente completada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967<sup>57</sup>.

Como se puede observar en esta normativa básica, uno de los motivos en los que podría fundarse la existencia del temor que da pie a una

---

<sup>55</sup> Cfr. Raúl TRUJILLO HERRERA, *La Unión Europea y el derecho de asilo*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 63.

<sup>56</sup> Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950, en vigor el 22 de abril de 1954. España es parte desde la firma del Instrumento de Adhesión el 22 de julio de 1978.

<sup>57</sup> Instrumento de Adhesión de España firmado en Madrid el 26 de septiembre de 1978.

solicitud de asilo es el relacionado con la religión. Se trata de un motivo de difícil aprehensión, por la dificultad de su definición, la variedad de elementos y supuestos que alberga, y la subjetividad o los prejuicios que, en última instancia, pueden influir en su valoración. Para facilitar esta tarea, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) aprobó en 2004 las *Directrices sobre Protección Internacional número 1: Solicitudes de asilo por motivos religiosos bajo el Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*<sup>58</sup>. Este documento señala que las solicitudes basadas en la religión pueden implicar uno o más de los siguientes aspectos: a) religión como creencia (incluyendo la no-creencia); b) religión como identidad; c) religión como forma de vida<sup>59</sup>. A la vez, reconoce que los supuestos que incluye en su texto son de los más complejos dentro de la materia de asilo, debido, por una parte, a la ausencia de una definición universal de religión, y, por otra, a la habitual confluencia de los motivos religiosos con otros de los comprendidos en la noción de refugiado.

A nivel europeo, el Convenio de Roma de 1950 no contempla el derecho de asilo, pero la Corte de Estrasburgo ha tenido la oportunidad de ocuparse de numerosos casos relacionados con él, aunque lo ha hecho desde el prisma de otros derechos, como la prohibición de tortura o tratos inhumanos o degradantes (art. 3) o la defensa de la vida privada y familiar (art. 8)<sup>60</sup>. Por otro lado, la Unión Europea sí que ha reconocido expresamente el derecho de asilo, en concreto en el artículo 18 de su Carta de Derechos Fundamentales de 2000, con este tenor: «Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea»<sup>61</sup>. El acervo legislativo

---

<sup>58</sup> Documento disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2570.pdf>.

<sup>59</sup> Cfr. ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional número 6*, p. 3

<sup>60</sup> Cfr. GARCÍA GARCÍA, R. (2021). *Derecho de extranjería y libertad religiosa en el ordenamiento jurídico*. Edisofer, p. 172.

<sup>61</sup> El artículo 19 de la misma Carta establece, a este respecto, que se prohíben las expulsiones colectivas y que nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que

comunitario se ha engrosado en esta materia bajo el diseño del llamado «sistema de Dublín», y destaca al respecto la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida<sup>62</sup>, refundición de la anterior Directiva 2004/83/CE.

En el artículo 10 de la Directiva de 2011, que se dedica a los motivos de persecución, encontramos entre los elementos que tendrán que ser valorados por los estados miembros lo siguiente: «b) el concepto de religión comprenderá, en particular, la profesión de creencias teístas, no teístas y ateas, la participación o la abstención de participar en cultos formales en privado o en público, ya sea individualmente o en comunidad, así como otros actos o expresiones de opinión de carácter religioso, o formas de conducta personal o comunitaria basadas en cualquier creencia religiosa u ordenadas por ésta». También se concreta en este mismo precepto lo que habrá de entenderse por *grupo social*, y se menciona —entre otros aspectos que pueden ser considerados en una solicitud de asilo— el que sus miembros pueden compartir «una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella», además de que dicho grupo posea una identidad diferenciada en su país que haga que sea percibido como diferente por la sociedad que lo rodea (art. 10.1.d). De este modo, un grupo social, a efectos de asilo, puede estar constituido por una minoría religiosa, o por una etnia caracterizada por profesar unas determinadas creencias basadas en la religión.

En España, el artículo 13.4 de la Constitución de 1978 dispone que la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España, previsión

---

corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.

<sup>62</sup> *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. 337, de 20 de diciembre de 2011, pp. 9 a 26.

desarrollada primero en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado<sup>63</sup>, y en la ulterior y vigente Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria<sup>64</sup>. Aunque tanto el estatuto de refugiado como la protección subsidiaria incluyen la no devolución y medidas de amparo al solicitante que fuera beneficiado con ellas, la segunda se reserva a aquellas personas que «sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate» (art. 4). En lo que respecta a los motivos religiosos como fundamento del temor a sufrir una persecución, nuestra normativa no se aparta de lo contemplado en el ámbito internacional. De esta forma, se puede afirmar que una persona puede sentirse perseguida por la práctica de su fe o porque se le quiere imponer una que no es la suya; pero también podría serlo, sin llegar a ser practicante de una religión, por estar adscrita a un grupo social que se identifica por su adhesión a una creencia concreta. Así, en el primer caso, estaríamos ante una persecución que amenaza la libertad religiosa de la persona, mientras que, en el segundo, se puede apreciar una discriminación por pertenecer a un grupo religioso, y en muchas ocasiones esto es lo que se invoca en la solicitud de asilo<sup>65</sup>.

Hay un documento específico del ACNUR que se ocupa de esta materia. Se trata de las *Directrices sobre Protección Internacional número 1: “Pertenenencia a un determinado grupo social” en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967*<sup>66</sup>. Aunque allí no se hace referencia

---

<sup>63</sup> BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1984.

<sup>64</sup> BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

<sup>65</sup> Cfr. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Á. (2018). “Asilo y libertad religiosa en la jurisprudencia española y europea”. *Derecho y religión*, 13, p. 129.

<sup>66</sup> Documento disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1754.pdf>.

expresa al factor religioso como uno de los que pueden ser determinantes para distinguir a un grupo social perseguido, se puede inferir que aquel rasgo es válido a tales efectos a partir de la referencia que se hace a la existencia a un rasgo definitorio de dicho grupo que sea tan fundamental para la vida humana que nadie debería verse obligado a renunciar a él (6). Claramente, la religión, vinculada a un derecho humano, puede ser ese rasgo distintivo del grupo social perseguido y al mismo tiempo desencadenante del hostigamiento que se dirige en su contra.

A la hora de valorar si existe un temor fundado de persecución, no se suele estimar que sea suficiente con que el solicitante de asilo pertenezca a una minoría religiosa acosada. Y esto es así, a pesar de que, por ejemplo, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 reconociera que las minorías tienen derecho a practicar su religión, sin que este derecho pueda negarse por los estados que las acogen. Tampoco bastará con que el *Manual del ACNUR sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*<sup>67</sup> considere que la mera pertenencia a un grupo social determinado podría ser la causa fundamental de la persecución, si aquel es visto por los poderes del Estado como un obstáculo para sus políticas, debido a sus opiniones o a su simple existencia (78); porque, como afirma a continuación este mismo documento: «Generalmente, el mero hecho de pertenecer a determinado grupo social no será suficiente para justificar la reclamación de la condición de refugiado. Sin embargo, en ciertas circunstancias especiales, la mera pertenencia puede ser causa bastante para temer la persecución» (79). Tales circunstancias no se explicitan, pero sí se puede entrever que el orden internacional, que no reconoce el asilo como derecho efectivo del solicitante individual, menos aún va a admitir que colectivos enteros de extranjeros se conviertan en potenciales asilados en el territorio de otro estado por el mero hecho de ser grupos amenazados.

---

<sup>67</sup> ACNUR, Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional en virtud de la convención de 1951 y el protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados reedición, Ginebra, febrero de 2019 (disponible en [https://www.acnur.org/publications/pub\\_prot/5d9e06e74/manual-sobre-procedimientos-y-criterios-para-determinar-la-condicion-de.html](https://www.acnur.org/publications/pub_prot/5d9e06e74/manual-sobre-procedimientos-y-criterios-para-determinar-la-condicion-de.html)).

En todo caso, para que se pueda considerar que la persecución aducida viene motivada por la adscripción a una minoría religiosa, será necesario que dicho grupo sea verdaderamente acosado, perseguido o discriminado por aquello que lo diferencia dentro de la sociedad, y que al menos uno de sus rasgos identificativos sea la vinculación o asociación con una religión o unas creencias en particular. Que la religión forma parte de la identidad de las personas con importancia similar, al menos, a la de otros rasgos que no se discuten, como los relativos a la sexualidad<sup>68</sup>, es algo que debe ser recordado; porque hay «comunidades de fieles que se encuentran unidos por vínculos espirituales, conceptualmente equiparables a los elementos culturales y raciales que constituyen rasgos identitarios de las comunidades indígenas o tribales. Al igual que sucede con estas, su supervivencia depende de que puedan mantener esa identidad espiritual propia como ente colectivo»<sup>69</sup>, y por ello necesitan reconocimiento y protección.

No será un problema el que el religioso no sea el único rasgo característico del grupo que determina su persecución, pues es frecuente que la religión concorra con otros aspectos étnicos o culturales<sup>70</sup>, y puede que sea inseparable de ellos, o que al menos el agente perseguidor no haga tal distinción. También es indiferente el que el solicitante de asilo sea ferviente seguidor de las creencias del grupo o bien esté alejado de ellas o de su práctica, porque lo determinante será que forme parte del grupo; incluso bastaría con que el agente perseguidor le atribuyese tal pertenencia<sup>71</sup>, aunque niegue el carácter religioso del colectivo. Así lo

---

<sup>68</sup> MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y VALERO ESTARELLAS, M. J. (2022), “Consideraciones sobre el caso Sandra Cecilia Pavez Pavez c. Chile a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el estatus de los profesores de religión católica en centros de enseñanza públicos”. *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, 1, p. 6.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>70</sup> Cfr. CONTRERAS MAZARÍO, J. M. (2004), p. 216. También RELAÑO PASTOR, E. (2003). *La protección internacional de las minorías religiosas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 114.

<sup>71</sup> Hay que recordar lo establecido en el artículo 10.2 de la Directiva 2011/95/UE: «En la valoración de si un solicitante tiene fundados temores a ser perseguido será indiferente el hecho de que posea realmente la característica racial, religiosa, nacional, social o política que suscita la acción persecutoria, a condición de que el agente de persecución atribuya al solicitante tal característica».

señalan las *Directrices sobre persecución por motivos religiosos* en su punto 9, al añadir que «puede no ser necesario que el solicitante conozca o entienda acerca de la religión, si esa persona ha sido identificada por otros como perteneciente al grupo y, como resultado, teme la persecución. Un individuo (o un grupo) puede ser perseguido con base en la religión, incluso si él u otros miembros del grupo niegan categóricamente que sus creencias, identidad y/o forma de vida constituyan una “religión”».

### 3. MINORÍAS RELIGIOSAS Y ASILO EN LAS INSTANCIAS JUDICIALES EUROPEAS

Son numerosos de los miembros de minorías religiosas que solicitan asilo, fundamentalmente en estados occidentales, por el temor a ser perseguidos en sus países de origen. Es muy menor el porcentaje de quienes tienen éxito en esta pretensión, pues no se oculta que no solamente el miedo a ser hostigados moviliza a quienes abandonan su tierra, ya que en muchos casos lo hacen por otros motivos, como pueden ser los económicos; detectar este otro objetivo, incluso yendo unido al otro, suele deparar una denegación de la solicitud de asilo. Así, una mayoría de casos que ven rechazada sus solicitudes recurren a los tribunales para mantener viva su esperanza, aunque sea también mínimo el número de los que allí consiguen lo que no obtuvieron ante la Administración competente. En cualquier caso, el examen de las resoluciones judiciales es ilustrativo y puede resultar iluminador de la realidad que estudiamos, además de servir para comprobar en qué medida las previsiones legales y las orientaciones de los organismos internacionales se cumplen en los supuestos registrados en la práctica.

He adelantado que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no contempla el asilo como un derecho en sí mismo, y por eso, cuando se le plantean demandas por parte de solicitantes de asilo, acude a otros derechos para resolverlos. Además, habría que añadir que tampoco entre ellos suele estar presente la libertad religiosa, aunque la religión sea un factor relevante en el caso en cuestión. De este modo, en la Sentencia dictada por la Corte de Estrasburgo el 20 de febrero de 2020, en el

*asunto M. A. y otros contra Bulgaria*<sup>72</sup>, iniciado por cinco ciudadanos chinos de la etnia uigur que habían visto rechazada su solicitud de asilo en aquel país, se acabó resolviendo solamente en favor de dos de ellos, por considerar que su devolución a China podría suponer una violación de los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo. Sin embargo, aunque los uigures constituyen una minoría musulmana de la que consta su hostigamiento por las autoridades chinas, así como los intentos sistemáticos por borrar sus signos de identidad, muchos de ellos de naturaleza religiosa, no fue esto lo relevante para el Tribunal, sino el hecho de que las actividades separatistas en las que estaban involucrados podrían haberles supuesto malos tratos y torturas si hubieran regresado.

La Corte de Estrasburgo también ha examinado casos en los que los protagonistas eran cristianos procedentes de Irak, país de mayoría musulmana que lleva años envuelto en la violencia, padecida sobre todo por los grupos minoritarios. En la Sentencia que dictó el 20 de enero de 2009, en el *asunto F. H. contra Suecia*<sup>73</sup>, el Tribunal no observó pruebas convincentes de que los cristianos de Irak fueran efectivamente una minoría religiosa perseguida a los efectos de conceder asilo a sus miembros: la evidencia de que padecían ataques no era suficiente, ya que se consideraban perpetrados por individuos o grupos aislados, y era posible acudir a las autoridades iraquíes en demanda de protección. En el *asunto M. Y. H. contra Suecia*, resuelto por Sentencia de 27 de junio de 2013<sup>74</sup>, por su parte, la Corte reconoció la condición de minoría vulnerable de los cristianos iraquíes, pero estimó que el riesgo de persecución al que podían enfrentarse en caso de volver al país se circunscribía a zonas del centro y sur, por lo que la reubicación dentro de Irak era una alternativa preferible al asilo<sup>75</sup>. En ambos casos, lo que se consideraba

---

<sup>72</sup> Demanda 5115/18.

<sup>73</sup> Demanda 32621/06.

<sup>74</sup> Demanda 50859/10.

<sup>75</sup> Sin embargo, en muchas áreas geográficas, esta solución es difícil de aplicar, como lo demuestra la posición adoptada por Países Bajos con respecto a los cristianos en Irak, pues para su gobierno, la reintegración de refugiados de fe cristiana en una parte diferente de aquel territorio sería un remedio inútil, ya que constituyen un grupo particularmente vulnerable respecto del cual no existe posibilidad de reubicación en cualquier parte del territorio del estado iraquí (cfr. P. ANNICCHINO [2014]. "Persecuzioni religiose e diritto d'asilo nella

era el riesgo de una violación del artículo 3 del Convenio, que no fue apreciada, sin hacer mención a las repercusiones que pudieran sufrir sobre su libertad religiosa.

Se puede entender que el asilo no sea un derecho invocado en estos casos, ya que no está contemplado en el Convenio europeo. Sin embargo, es llamativo que no se alegue una posible violación del artículo 9, en el que se reconoce la libertad religiosa, si se considera que la amenaza está vinculada a la adscripción confesional de los solicitantes. Y no solo eso: se puede presumir que, si un colectivo es perseguido por su fe, la práctica de esta será lo primero en sufrir las consecuencias de tal hostilidad, ya que sin duda el acoso impediría una práctica libre de la religión, sin contar con situaciones en las que se obliga a renunciar a la propia fe o se trata de imponer otra. La explicación para la invisibilidad de la libertad religiosa en estos casos puede encontrarse en una postura del Tribunal Europeo fraguada ya en su Decisión de admisibilidad de 28 de febrero de 2006, en el *asunto Z. y T. contra el Reino Unido*<sup>76</sup>, en la que declaró que la aplicación del Convenio a ciudadanos de países que no eran parte de él se debía limitar sobre todo a los riesgos que una persona expulsada pudiera sufrir en cuanto su derecho a la vida (art. 2), su integridad personal por malos tratos (art. 3), su derecho a la libertad y seguridad (art. 5) y el derecho a un proceso equitativo (art. 6), sin que en principio la Corte se vea obligada a velar por la amenaza que pudiera sufrir en cuanto a otros derechos, como podría ser la libertad religiosa. Precisamente, este derecho era alegado por las demandantes, mujeres pakistaníes de religión cristiana solicitantes de asilo en territorio británico, a las que la Corte respondió que el hecho de que un individuo afirmase que al regresar a su propio país se vería impedido en su culto religioso de una forma que no alcanzase los niveles prohibidos, solo podría dar lugar a una asistencia muy limitada, si la hubiese, del artículo 9 por sí mismo, pues, de lo contrario, se estaría imponiendo a los Estados contratantes la obligación de actuar efectivamente como

---

giurisprudenza delle Corti sovranazionali europee". *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 35, p. 6).

<sup>76</sup> Demanda 27034/05.

garantes indirectos de la libertad de culto para el resto del mundo. Algo que, al parecer, sobrepasa sus ambiciones.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por su parte, ha fijado una posición diferente. En la Sentencia de septiembre de 2012, en el *asunto República Federal de Alemania contra Y. y Z.*<sup>77</sup>, la Corte de Luxemburgo examinó los casos acumulados de unos solicitantes de asilo procedentes de Pakistán, que alegaban temor a ser perseguidos por su pertenencia a la minoritaria comunidad ahmadí del país, motivo por el que habían solicitado asilo en Alemania. La situación de los ahmadíes en Pakistán es tan precaria que hasta el Código penal contempla medidas represivas hacia ellos si pretenden presentarse como musulmanes o tratan de difundir sus doctrinas, derivadas del islam pero consideradas por este como heréticas. Pese a todo, las autoridades alemanas no estimaron que las limitaciones en su libertad religiosa sufridas por esta minoría fuesen un motivo suficiente para conceder asilo a dos de sus miembros, que además habían sufrido personalmente amenazas y maltratos. La Sentencia de la Corte iluminará la cuestión al afirmar que, para hablar de persecución, hay que tener en cuenta el contenido esencial de la libertad religiosa, y que se violaría gravemente este derecho no sólo si se vulnera en su dimensión privada –la tradicionalmente considerada más esencial–, sino también si se impide la práctica pública de la fe. De esta forma, continúa, las autoridades competentes para evaluar la solicitud de asilo deberán comprobar el riesgo real de persecución que correrían los demandantes si, al ser devueltos, pretendieran ejercitar exteriormente su religión, añadiendo que no sería razonable esperar –como si se tratara de una sugerencia implícita– que, en tal situación, renunciaran a dicha práctica externa para evitar el peligro.

Es de lamentar que esta acertada resolución no haya tenido un eco relevante en sentencias posteriores de otros tribunales. La Corte de Estrasburgo, por ejemplo, ha continuado sin considerar la libertad religiosa como uno de los aspectos a valorar en el riesgo que previsiblemente correrían las personas devueltas a sus países, aun perteneciendo a la misma minoría indicada, como se puede constatar en la Sentencia

---

<sup>77</sup> C-71/11 y C-99/11.

de 19 de diciembre de 2013, en el *asunto N. K. contra Francia*<sup>78</sup>. En un supuesto más reciente, resuelto por la Sentencia de 7 de septiembre de 2020, en el *asunto A. S. N. y otros contra Países Bajos*<sup>79</sup>, ante las demandas de varios sijs procedentes de Afganistán, la Corte reconocerá que se trata de una minoría marginada que experimenta graves problemas, por lo que han sido designados como grupo en riesgo y grupo minoritario vulnerable, padeciendo sus miembros diversas discriminaciones y restricciones; además, aunque en principio los sijs pueden practicar su religión en público, acepta que «en la práctica es difícil hacerlo» (§ 112). Pero esto no será suficiente para el Tribunal, que concluirá que los demandantes deberían demostrar la existencia de otras características distintivas especiales que los pondrían en riesgo real de sufrir malos tratos en caso de retorno a su país (§ 112).

#### 4. ASILO A MINORÍAS RELIGIOSAS EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

España ha conocido en los últimos años un llamativo incremento de la inmigración forzada, que ha resultado en numerosas solicitudes de asilo, las cuales, al igual que en otros lugares, son en su mayoría desestimadas. Los tribunales españoles han dictado una profusión de sentencias al resolver los recursos contra aquellas denegaciones, sentencias que solo de forma muy puntual corrigen al órgano recurrido, pero que nos permiten comprobar cómo en este país se aplican las normas nacionales y europeas sobre protección internacional, en el concreto campo que estamos examinando.

En primer lugar, si se alega en una solicitud de asilo el temor a sufrir persecución por pertenecer a una minoría religiosa, hay que probar tanto la realidad de dicha pertenencia como el hecho de que tal minoría efectivamente sufre una discriminación, acoso u hostigamiento relevantes en el país de origen del solicitante a los efectos de que se conceda protección en España. Así lo recuerda la Sentencia del Tribunal

---

<sup>78</sup> Demanda 7974/11.

<sup>79</sup> Demandas 68377/17 y 530/18.

Supremo de 15 de febrero de 2007<sup>80</sup>, ante el recurso de un cristiano procedente de Irak<sup>81</sup>. Y, si la situación de persecución que existía hacia la minoría en un país hubiese cambiado, ya no serían aceptables las solicitudes de asilo procedentes del lugar que ha dejado de registrar los antiguos problemas. Es lo indicado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2009<sup>82</sup>, ante la petición de testigos de Jehová venidos de Armenia, donde se constata un cambio favorable en el estatus jurídico del grupo respecto a tiempos anteriores.

Tampoco bastaría con alegar una situación de acoso genérico hacia una minoría religiosa, si el solicitante de asilo no suministra pruebas de que la ha padecido personalmente. Es lo que sucedió con un miembro de la etnia rohingyá, minoría musulmana marginada y perseguida en Birmania, al que la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2014<sup>83</sup> confirmó la desestimación de su solicitud. Precisamente, en otro caso, el Tribunal Supremo, mediante Sentencia de 9 de febrero de 2007<sup>84</sup>, había decidido que se admitiese a trámite una solicitud que inicialmente se había rechazado, porque, aunque hubiera dudas de la persecución genérica alegada –esta vez, hacia la minoría cristiana de Senegal–, el solicitante sí que había aportado indicios de que él mismo había padecido sus consecuencias, habiendo sido incluso encarcelado. Hay que reflexionar, no obstante, sobre esta exigencia del padecimiento particular del miembro del grupo, pues, llevada al extremo, podría suponer exigir un comportamiento heroico o ejemplar a quien pertenece a un colectivo que es víctima de persecución, o hacer del hostigamiento otra característica identificativa de la adscripción a esa minoría<sup>85</sup>.

---

<sup>80</sup> Rec. 9042/2003.

<sup>81</sup> También se afirma esto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2004 (rec. 8520/1999), respecto de la minoría cristiana de Armenia, o en la Sentencia del Tribunal Supremo 3 de marzo de 2005 (rec. 6666/2001), respecto de la misma minoría en Irán.

<sup>82</sup> Rec. 6052/2006.

<sup>83</sup> Rec. 401/2014.

<sup>84</sup> Rec. 9834/2003.

<sup>85</sup> PÉREZ-MADRID, F. (2017). “El requisito del miedo en la concesión de asilo por persecución religiosa”. *Religión, libertad y seguridad*, p. 148. Tirant lo Blanch. pp. 143-184.

En la jurisprudencia española, como en la europea, también se registran casos en los que parece no darse relevancia al factor religioso, aunque se invoque expresamente y se aporten pruebas que acreditan su importancia. Es lo observado en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2017<sup>86</sup>, que desestimará el recurso de un cristiano pakistaní quien alegaba la situación de acoso que padece dicha minoría en el Punjab, con referencia a actos concretos que repercutían directamente sobre la condición y libertad religiosa de dicho grupo y de él mismo, tales como las falsas acusaciones de blasfemia, las detenciones abusivas o los maltratos. No obstante, apoyándose en otros informes, la Audiencia desvió la cuestión del aspecto religioso, que tendría que haber sido central, hacia la situación de las castas en aquel país, que a su juicio sería el verdadero motivo para tales padecimientos y discriminaciones, y diluyó los peligros referidos dando a entender que las amenazas, aun existiendo, evidentemente, no eran verificables en todas partes ni en todo caso. En este supuesto, el tribunal parece conformarse con la posibilidad de una existencia precaria, sin valorar el que el solicitante de asilo se viese condenado a una vida en la que, para sobrevivir, tuviera que ocultar su fe o renunciar a practicarla.

Algo parecido sucederá con un miembro de la minoría yazidí de Siria, pues la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2007<sup>87</sup> conectó la supuesta discriminación sufrida por su afiliación religiosa con la situación que padecían los kurdos en la misma zona; los hechos posteriores han puesto de manifiesto que en la región se estaba gestando una animadversión hacia las minorías religiosas que iba a ser particularmente cruel con los yazidíes. Pero esta Sentencia aporta además un argumento que debilita la posición de los solicitantes de asilo, ya que va a subrayar que «la discriminación no puede confundirse con la persecución, pues esta es cualitativamente distinta» (FJ 4). Aquí sería oportuno recordar que las Directrices del ACNUR relativas a la persecución por motivos religiosos sí que incluyen la discriminación entre

---

<sup>86</sup> Rec. 618/2016.

<sup>87</sup> Rec. 4523/2004.

aquellos motivos, si se trata de medidas que son aplicadas por la mera pertenencia o identificación con una concreta minoría religiosa<sup>88</sup>.

Así son las que oprimen a los ahmadíes en Pakistán, que por tal motivo fueron tenidas en cuenta por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2016<sup>89</sup>, que decidió la concesión del asilo a uno de sus miembros, cuya situación había sido relativizada por la Administración con el argumento del menor porcentaje de sucesos cruentos padecidos por la etnia en el año de la solicitud. La Audiencia, por el contrario, valorará no solamente la difícil situación de este grupo, acreditada en documentos tan fidedignos como las *Directrices de elegibilidad del ACNUR para evaluar las necesidades de protección de los miembros de las minorías religiosas de Pakistán* (2012), o en los episodios de violencia que no dejaban de registrarse cotidianamente, sino en las propias amenazas sufridas por el solicitante, que hacían fundado su temor a acabar padeciendo las mismas violencias que habían recaído sobre otros seguidores de su religión.

También el Tribunal Supremo será sensible al factor religioso en su Sentencia de 25 de octubre de 2006<sup>90</sup>, en la que se pone de manifiesto la difícil situación a la que se encuentran sometidos los hindúes en Bangladés. El Tribunal considerará relevantes los actos intolerantes y violentos sufridos por aquel colectivo, hasta el punto de determinar la existencia de una persecución de carácter religioso hacia dicha minoría. En este caso en particular, se señalará que, aunque los agentes perseguidores no fueran estatales o no estuviesen amparados abiertamente por las autoridades, la pasividad de estas sería suficiente para considerar que el solicitante se encontraba desprotegido<sup>91</sup>. Además, estimará que la

---

<sup>88</sup> Cfr. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Á. (2019). "Discriminación religiosa y derecho de asilo". *Libertad religiosa, neutralidad del Estado y educación: una perspectiva europea y latinoamericana*, p. 111. Thomson Reuters Aranzadi. Pese a ello, el argumento del Supremo actuará de premisa para la resolución de otros casos, como el de una testigo de Jehová procedente de Ucrania, cuyo recurso será desestimado por la Sentencia de la Audiencia Nacional 8 de enero de 2018 (rec. 238/2017).

<sup>89</sup> Rec. 199/2016.

<sup>90</sup> Rec. 133/2006.

<sup>91</sup> Lo que respecta a este dato resulta decisivo en muchos casos. Por ejemplo, el protagonizado por un chií procedente de Afganistán, a quien la Sentencia de la Audiencia Nacional de

acreditada hostilidad hacia el grupo redundaba en el peticionario de asilo, de tal forma que se convertía en un elemento determinante para atender su solicitud.

## 5. CONCLUSIONES

La consideración de aquellas solicitudes de asilo en las que es determinante el factor religioso se enfrenta a una complejidad quizá mayor que la de otros supuestos. Ello se debe, entre otros aspectos, a la ausencia de una noción de religión reconocida a nivel internacional, a los prejuicios que suscita en algunos casos la religión, a la variedad de situaciones en que la libertad religiosa puede verse implicada o afectada en un caso concreto, o a la credibilidad de los motivos religiosos alegados, que a menudo son de difícil prueba<sup>92</sup>. Otra dificultad con la que se tropiezan estos casos, que puede derivar de las causas anteriores, es la escasa consideración hacia los motivos religiosos como causa de persecución, lo que lleva a que con frecuencia se atienda a otros factores o se devalúe la importancia de los argumentos en que se denuncia el atropello de la libertad religiosa o el riesgo de practicar la propia fe<sup>93</sup>.

La comparecencia de una minoría religiosa, que se dice perseguida, en una solicitud de asilo, supondrá, por tanto, tener que hacer frente a todos esos inconvenientes, con el añadido de que el peticionario deberá probar no solo su propia situación angustiosa, sino la que afecta a la comunidad a la que pertenece. Ni lo uno ni otro acaba resultando sencillo, a la vista de las resoluciones emitidas por los tribunales. El reparo más serio que se podría hacer a muchas de estas es, precisamente, el que no se tenga en cuenta lo que la religión representa para los miembros de las minorías religiosas. Que una persona se mantenga vinculada

---

26 de mayo de 2022 (rec. 1285/2020) rechazará su petición de asilo porque, aunque se reconoce «la existencia de una situación de discriminación, en un clima de odio hacia su comunidad presente en todos los sectores», también se constata que «las autoridades no dejan a estos ciudadanos en situación de desamparo y que cabe el desplazamiento interno».

<sup>92</sup> Cfr. PÉREZ-MADRID, F. (2018). *Derecho de asilo y libertad religiosa*. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 56-57 y 206-207.

<sup>93</sup> Cfr. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Á. (2022). *Dignidad humana, derecho de asilo y factor religioso*, pp. 96-98. Tirant lo Blanch.

a sus creencias formando parte de un colectivo poco numeroso y en un contexto hostil, debería ser significativo para quienes evalúan los riesgos que corren dichas personas; pero también debería abrir los ojos ante la importancia que su fe tiene para ellas. Y, en este punto, se tiene que considerar que la fe no es solamente un título o un marchamo de pertenencia a un grupo, sino una visión del mundo y un rasgo sobresaliente de la propia identidad, que implica, como indicaba el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que las personas deben ser libres para creer, pero también para practicar y llevar a la vida pública sus creencias, haciendo externas sus convicciones. A la hora de decidir sobre una solicitud de asilo, se debería tener presente que vivir ocultando o renunciando a la propia religión no es una alternativa razonable para un grupo que se identifica justamente por ese rasgo en concreto.

## 6. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Agradezco al Profesor Doctor Víctor Luis Gutiérrez Castillo, Investigador Principal del Grupo de Investigación “Derecho Común Europeo y Estudios Internacionales” (SEJ-399), que me invitara a colaborar en esta obra, con un trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación “Dignidad humana y cohesión social: una búsqueda de vías para minimizar el efecto socialmente divisivo de los conflictos entre derechos humanos en el ámbito de la libertad de religión y creencia (HUNDISOC)”, dentro del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y del Programa Estatal de I+D+i del Ministerio Ciencia e Innovación, Convocatoria 2019 (PID2019-106005GB-I00).

## 7. REFERENCIAS

- ANNICCHINO, P. (2014). “Persecuzioni religiose e diritto d’asilo nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali europee”. *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 35. 1-13.
- BESIER, G. (2018). “The ‘Clash of Civilisations’ Has Happened Refugees and Religion”. *How To Deal With Refugees? Europe as a Continent of Dreams*. LIT Verlag. 271-286.
- CONTRERAS MAZARÍO, J. M. (2004). *Las Naciones Unidas y la protección de las minorías religiosas*. Tirant lo Blanch.
- GARCÍA GARCÍA, R. (2021). *Derecho de extranjería y libertad religiosa en el ordenamiento jurídico*. Edisofer.
- LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Á. (2022). *Dignidad humana, derecho de asilo y factor religioso*. Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Á. (2019). “Discriminación religiosa y derecho de asilo”. *Libertad religiosa, neutralidad del Estado y educación: una perspectiva europea y latinoamericana*. Thomson Reuters Aranzadi. 101-124.
- LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Á. (2018). “Asilo y libertad religiosa en la jurisprudencia española y europea”. *Derecho y religión*, 13, 127-152.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y VALERO ESTARELLAS, M. J. (2022), “Consideraciones sobre el caso Sandra Cecilia Pavez Pavez c. Chile a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el estatus de los profesores de religión católica en centros de enseñanza públicos”. *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, 1, 1-31.
- PÉREZ-MADRID, F. (2018). *Derecho de asilo y libertad religiosa*. Thomson Reuters Aranzadi.
- PÉREZ-MADRID, F. (2017). “El requisito del miedo en la concesión de asilo por persecución religiosa”. *Religión, libertad y seguridad*. Tirant lo Blanch. 143-184.
- RELAÑO PASTOR, E. (2003). *La protección internacional de las minorías religiosas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- TRUJILLO HERRERA, R. (2003). *La Unión Europea y el derecho de asilo*. Dykinson.

## ¿PUEDEN SER LOS LITIGIOS ESTRATÉGICOS UNA SOLUCION EN LA LUCHA CONTRA LA ESCLAVITUD MODERNA?

---

LORENA SALES PALLARÉS  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

### 1. LA ESCLAVITUD MODERNA

No será la primera vez que empiece diciendo que nos hemos acostumbrado *a mirar sin ver* si de esclavitud estamos hablando (Sales, 2021). Pero la realidad no puede ser más contundente y resulta imposible llegar a otra conclusión que no sea, a pesar de los años y de las diferentes legislaciones a las que se han sometido desde todas las perspectivas y a todos los niveles, que los problemas derivados de las situaciones de trata de seres humanos y de la esclavitud siguen formando parte de nuestra realidad. Y no solo es que las cifras siguen creciendo con cada informe que publica la Organización Internacional del Trabajo (ILO, 2017 y 2022), sino que las previsiones que *Save the Childrens* tiene para los próximos años prevén un aumento, por primera vez en más de veinte años, de los matrimonios infantiles (Heimsoth y Szabo, 2022).

No solo los organismos internacionales, también los tribunales vienen manifestando que el fenómeno de la esclavitud, lejos de ser un vestigio histórico es una figura incluso en auge, que se ha sofisticado en sus formas de ejecución, especialmente desde un punto de vista organizativo transnacional (Rivas, 2020, p.43).

Esto me plantea, antes de proponer los litigios estratégicos como una posible vía de solución a la “ceguera” que arrastra la esclavitud moderna, dos cuestiones previas que conviene tener en mente para entender los problemas y, por tanto, comprender la situación que tratamos de resolver.

La primera cuestión a la que me quiero referir de manera muy breve es la propia definición del concepto de esclavitud moderna. La segunda cuestión es la relativa a la obtención de los datos.

### 1.1. PARA ENCONTRAR UNA SOLUCIÓN HAY QUE VER EL PROBLEMA

Una de las dificultades mayores con las que nos encontramos, como he apuntado, es la dificultad en ver, en reconocer, la esclavitud. Como apunta Villacampa:

desde que KEVIN BALES, fundador de la organización *Free the Slaves*, asesor de Naciones Unidas y de los Gobiernos Británicos y de Estados Unidos y uno de los máximos especialistas contemporáneos en esclavitud y trata de seres humanos, empleara la expresión “moderna esclavitud” en su conocida obra “Disposable People: New Slavery in the Global Economy”, ésta ha hecho fortuna (Villacampa, 2013, p.294)

Incorporar esta denominación significó vincular la idea de la esclavitud anclada en el imaginario colectivo, a un nuevo fenómeno que se estaba observando, y que no era sino “la explotación económica despiadada de seres humanos completamente disponibles y fungibles por parte de quienes, sin detentar ya un derecho de propiedad sobre los mismos, sí disponen de su fuerza de trabajo y ejercen el control absoluto sobre los mismos” (Villacampa, 2013, p.294).

Esto significa que podemos entresacar algunas características de esta nueva figura para dotarnos de un concepto extrajurídico que nos ayude a reconocer al *elefante en la habitación*. La pérdida de la libertad de la voluntad, y el mantenimiento del control sobre la otra persona mediante el uso de la violencia, y su explotación, normalmente en algún tipo de actividad económica, es el elemento fáctico más habitual, aunque también puede darse en el marco de alguna forma de actividad sexual, e incluso como objeto de ostentación<sup>94</sup>.

Pero contar con una palabra que nos defina una situación fáctica no implica contar con una definición desde el punto de vista legal. Esto lo decimos porque ciertamente si acudimos tanto a la Declaración

---

<sup>94</sup> Un trabajo pormenorizado de las diferentes concepciones y tipos que quedarían englobados en el concepto de esclavitud puede verse en Villacampa, 2013 y a él nos remitimos.

Universal de los Derechos Humanos de 1948<sup>95</sup>, o a los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>96</sup> y de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (PIDESC) de 1966<sup>97</sup> veremos que en todos ellos se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata en todas sus formas. Sin embargo, hay que revisar estos conceptos para deslindarlos de figuras afines a las prácticas que queremos señalar (Weissbrodt, 2002) (Bales y Robbins, 2001), esto es, la esclavitud moderna. Porque, aunque trata, explotación, trabajo forzoso, esclavitud y servidumbre suelen ser conceptos que se manejan de manera indistinta, no debemos caer en el error de creerlos sinónimos (Rivas, 2020). La problemática no es fácil de manejar a pesar de que exista consenso sobre los dos textos de referencia en el tema: por un lado, el Convenio N.º 29 de la OIT sobre trabajo forzoso<sup>98</sup> y el Protocolo de Palermo<sup>99</sup>, que a su vez es complementario de la Convención sobre la esclavitud<sup>100</sup>, que han conseguido reconducir la interpretación y relación entre esclavitud y trabajo forzoso.

En todo caso resulta paradójico (Sales, 2021) que, pese a que no dejamos de darle vueltas al término buscando acomodarlo a una nueva definición de esclavitud para el mundo actual, ésta no se ha modificado desde la definición combinada que figura en la Convención de 1926 y en la Convención suplementaria de 1956, lo que ya puede hacernos sospechar que la idea que subyace no es compatible (jurídicamente

---

<sup>95</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, op.cit., “Artículo 4: Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”.

<sup>96</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución de la Asamblea General 2200 A(XXI) adoptado el 16 de diciembre de 1966

<sup>97</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Resolución de la Asamblea General 2200 A(XXI) adoptado el 16 de diciembre de 1966.

<sup>98</sup> Convenio sobre el trabajo forzoso 1930, (núm.29) de la OIT. <https://bit.ly/2Yx4VQZ>.

<sup>99</sup> Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2000. <https://bit.ly/3iQzEQk>.

<sup>100</sup> Nos referimos a las ya citadas Convención sobre la Esclavitud, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926 y a su Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su Resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956.

hablando) con la promoción de una noción de *moderna* esclavitud. La propia Unión Europea, tanto en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales<sup>101</sup> como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>102</sup> recogen respectivamente en sus art. 4 y art.5, la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado, *pero sin entrar a definir* ninguna de esas prácticas.

¿Cómo podemos erradicar una práctica si no somos capaces de darnos un concepto jurídico comprensivo de todas aquellas actividades y prácticas que queremos atajar?

Nos llevan la delantera allende los mares, donde la Comisión Interamericana de Derechos junto con la Corte Interamericana han desarrollado e interpretado lo que debe considerarse “esclavitud moderna” y prácticas análogas a través de la jurisprudencia iniciada en casos como *Hacienda Brasil Verde v. Brasil*<sup>103</sup>. En este primer caso sobre esclavitud la Corte tuvo la oportunidad de apreciar<sup>104</sup> que:

[...] la Corte constata que la prohibición absoluta de la esclavitud tradicional y su interpretación han evolucionado de modo que también comprende determinadas formas análogas de ese fenómeno, el cual se manifiesta en los días actuales de diversas maneras, pero manteniendo determinadas características esenciales comunes a la esclavitud tradicional, como el ejercicio de control sobre una persona mediante coacción física o psicológica de tal manera que implique la pérdida de su autonomía individual y la explotación contra su voluntad. Por lo tanto, la Corte Interamericana considera que la servidumbre es una forma análoga de esclavitud y debe recibir la misma protección y conlleva las mismas obligaciones que la esclavitud tradicional

---

<sup>101</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos, Modificado por los Protocolos nos. 11 y 14 completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nos. 4, 6, 7, 12 y 13. <https://bit.ly/2X1SagZ>.

<sup>102</sup> DOUE C 202, de 7 de junio de 2016. <https://bit.ly/3Aw7VdC>.

<sup>103</sup> Caso Trabajadores de la *Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, Sentencia de 20 de octubre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C N.º 318, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), 20 de octubre 2016 (<https://bit.ly/3Bw1Uio>). Para un estudio en profundidad del asunto nos remitimos a Salmon, 2020; Navarro, 2020; Martín y Wences, 2020.

<sup>104</sup> Apartado 276.

Seguía así la estela que la Relatora Especial<sup>105</sup> inició al proclamar que:

en la actualidad, el mundo se enfrenta a un enorme problema de trata de seres humanos, impulsado por las mismas fuerzas que impulsan la globalización de los mercados, ya que no falta oferta ni demanda. En distinta medida y en diferentes circunstancias, hombres, mujeres y niños de todo el mundo son víctimas de lo que se ha convertido en una forma moderna de esclavitud.

A pesar de no contar con una definición *ad hoc* ha hecho fortuna la utilizada por la OIT, aglutinadora de un conjunto de conceptos jurídicos que incluyen el trabajo forzoso, la servidumbre por deudas, el matrimonio forzoso, otros tipos de esclavitud y prácticas análogas a esta y la trata de personas.

Como puse de relieve (Sales, 2021, p.325) merece la pena también prestar atención a las voces discrepantes sobre este término. Y no solo por quién encabeza esta corriente<sup>106</sup>, sino por la acusación del sesgo imperialista y racista del que se le tilda y porque incide en un tema que es el segundo punto que quería resalta: los datos y la medición de la esclavitud en el mundo.

## 1.2. ¿CÓMO SE MIDE LA ESCLAVITUD?

Soy la primera que usa los datos de los informes que la ILO nos ofrece sobre esclavitud moderna y se los cree, a pesar de que la metodología de este último informe de septiembre de 2022 sigue pendiente de ser público<sup>107</sup> y de que la propia ILO (ILO, 2012) concediera indirectamente al titular su guía *Hard to see, harder to count*, que contabilizar

---

<sup>105</sup> Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, UN, Doc. A/HRC/12/21, 10 de julio de 2009. <https://bit.ly/3Fyonhf>.

<sup>106</sup> Michael Dottridge fue director de la *Liga Contra La Esclavitud*, y firmó en 2002 junto a David Weissbrodt para la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos el trabajo *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*. En 2017 comenzó a manifestar públicamente su malestar por el uso de ese término que él mismo había defendido unos años antes (Dottridge, 2018).

<sup>107</sup> Puede consultarse el documento sobre metodología que acompañó al anterior informe de ILO en la siguiente dirección: <http://bit.ly/3EG6bno>. La publicación de anexo separado dedicado a la metodología se podrá consultar en <http://bit.ly/3gkP29C>.

la esclavitud era mucho más difícil cuando se trata de medir algo *difícil de ver*.

Desde 2017 la ILO y *Walk Free* se aliaron con la IOM (*International Organization for Migration*) para elaborar conjuntamente las estimaciones, siendo los únicos datos con los que se trabaja actualmente. El *Counter Trafficking Data Collaborative (CTDC)*<sup>108</sup> creo que puede servirnos para poner de relieve el matiz que estamos queriendo señalar. Los datos con los que se trabaja, que luego se facilitan al resto de organismos y que leemos en los titulares, son datos extraídos *de víctimas de trata identificadas*. Esto es, los números con los que trabajamos dependen de factores externos, como la tasa de éxito (o fracaso) de las organizaciones encargadas de la lucha contra la trata; la facilidad de las organizaciones en la recopilación de estos datos y su tratamiento informático, que puede a su vez ayudar a una mayor fluidez (o no) a la hora de compartirlos a nivel regional, nacional o internacional... Así será fácil entender que los datos no son exhaustivos sino dependientes de variables, y que el sesgo que pueden conllevar es desconocido, ya que la población no identificada es, por definición, desconocida. Junto a ello, el CTDC reconoce la dificultad a la hora de elaborar estimaciones sobre la prevalencia a través de la recopilación de nuevos datos primarios, debido, tanto a la compleja definición jurídica de la trata, como a los límites éticos en la formulación de determinadas preguntas a los participantes de las encuestas<sup>109</sup>.

No pretendo impugnar la certeza de los informes y cifras que todos usamos, sino señalar el hecho de que la mayoría de nosotros prestamos poca atención a ello y nos quedamos en los titulares y los gráficos que se nos dan ya hechos. Por suerte, parece que una parte de la doctrina está volcada en la problemática de la obtención de datos sobre

---

<sup>108</sup> El CTDC es el “primer centro de datos global sobre la trata de personas, que publica datos armonizados de organizaciones de lucha contra el tráfico de todo el mundo con datos actualizados y fiables sobre la trata de personas” de acuerdo con sus propias palabras. Remitimos a su propia página para la consulta de los datos y afirmaciones realizadas sobre el mismo: <http://bit.ly/3Aw1YQG>.

<sup>109</sup> Sobre la prevalencia remitimos a consultar <http://bit.ly/3Atr0Qw>.

esclavitud y trabaja en este sentido<sup>110</sup>. Creo profundamente que esto es clave porque, ¿cómo pretendemos encontrar una solución al tema de la esclavitud si no conocemos la magnitud real del problema?

Con lo dicho parece obvio entender que entraña grandes dificultades predicar sobre las variaciones producidas a lo largo de los años en la cifra de personas sometidas a esclavitud moderna, ya que puede deberse a una modificación en los criterios utilizados para realizar los cálculos; o a modos diferentes de contabilizar los casos dependiendo de los Estados o de los organismos encargados de contabilizarlos; o a contabilizarlos de manera agregada atendiendo a categorías jurídicas que nos cambian al cambiar de país; o ser consecuencia de un aumento real de los casos recogidos; o a problemas derivados de las encuestas utilizadas para la estimación de los datos finales.

Podemos llegar a pensar que todas estas posibilidades harían que las estimaciones con las que trabajamos pudieran entenderse mayores de las reales, ya que pueden elevarse las cifras al estimar los casos. Pero los mismos argumentos nos pueden servir para afirmar lo contrario, esto es, que tal vez estemos hablando de un número mucho más elevado al que aparecen en los datos oficiales porque no somos capaces de medir el alcance real de personas afectadas (Mestre, 2020). Sea cual sea la posición por la que acabemos partiendo, lo cierto es que estos son los únicos datos con los que contamos y por lo tanto, de momento son a los que hay que atender.

Si vemos el informe hecho público en septiembre de 2022 por la ILO<sup>111</sup> se habla de 50 millones de personas sometidas a esclavitud moderna durante el periodo de 2017-2021. No es solo que la cifra es escandalosa, sino es que además supone un incremento notable desde el informe anterior, así como con los datos (con todo lo sesgados e incompletos que queramos entender que están) de organizaciones y organismos de años anteriores.

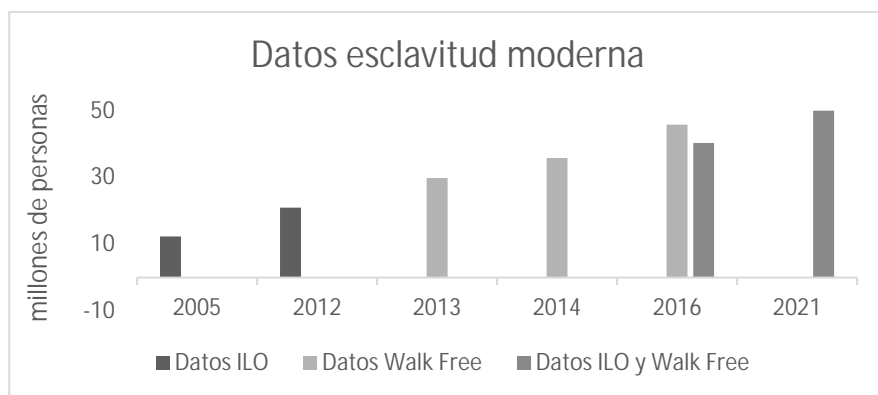
---

<sup>110</sup> Como muestra vid. los trabajos enunciados en la nota 63 del trabajo de Villacampa, 2013.

<sup>111</sup> Se puede consultar el Informe ejecutivo (<http://bit.ly/3ApPJoQ>) o el Informe definitivo que actualmente solo está disponible en inglés (<http://bit.ly/3ElxguW>).

La gráfica que nos queda es desoladora:

**GRÁFICO 1.** Evolución de los datos de esclavitud moderna.

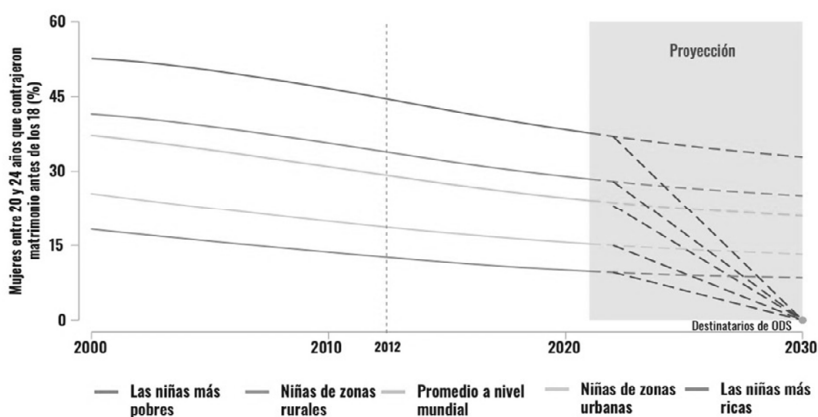


*Nota:* Elaboración propia a partir de los informes de ILO y Walk Free

Ciertos serán todos los matices a los que hemos aludido, pero las cifras crecen, y las previsiones, como hemos apuntado (Heimsoth y Szabo, 2022) auguran un crecimiento de los matrimonios infantiles, lo que redundará en un aumento de las cifras globales.

**GRÁFICO 2.** Progreso mundial hacia la erradicación del matrimonio infantil.

### Progreso mundial hacia la erradicación del matrimonio infantil



Estimaciones de Save the Children con base en los datos de DHS/MICS. La muestra se base en 94 países (lo que cubre 65 % de la población), mientras que las tendencias y los pronósticos sobre el nivel de riqueza y los subgrupos urbanos/rurales se basan en un conjunto de 90 países (lo que cubre 62 % de la población). Los pronósticos se basan en las tendencias antes de la COVID.

*Nota:* Extraído de Heimsoth y Szabo, 2022, p.10. <http://bit.ly/3i0IQ6W>

Si las cifras apuntadas en el informe que han realizado para *Save the Childrens* se cumplen, no nos cabe duda de que el siguiente informe de la ILO aumentarán el número de esclavos en el mundo.

## 2. ACCION LEGISLATIVA CONTRA LA ESCLAVITUD MODERNA

Viendo estas cifras, cualquiera creería que falta compromiso político o jurídico para luchar contra la esclavitud, pero nada más lejos. La Agenda 2030 de Desarrollo sostenible se ha hecho eco de esta realidad, incluyendo un Objetivo #8: Trabajo decente y crecimiento económico, cuya Meta 8.7 es:

Adoptar medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas contemporáneas de esclavitud y la trata de personas y asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, incluidos el reclutamiento y la utilización de niños soldados, y, de aquí a 2025, poner fin al trabajo infantil en todas sus formas.

Esta no es la única iniciativa que ha visto la luz en los años precedentes, aunque curiosamente, un aumento en la legislación se ha percibido en ocasiones como un aumento en el tráfico y la esclavitud (Healy, 2018).

Como ya advertíamos al inicio, el Protocolo de Palermo<sup>112</sup> es el punto de arranque para poder decir que contamos con un instrumento completo que aborda un concepto de esclavitud amplio, *moderno*: centrado en la trata de personas, considera el trabajo forzoso, la explotación sexual, la esclavitud o la servidumbre como formas de explotación a la trata de personas entendida del modo más tradicional.

Junto a textos internacional, la última década se ha mostrado muy prolífica a nivel estatal y regional, en el desarrollo de normas vinculadas a la lucha contra la esclavitud moderna como demuestran los siguientes datos sin ánimo de ser exhaustiva:

- *California Transparency in Supply Chains Act* (□□□□)

---

<sup>112</sup> Los estados parte y las ratificaciones al mismo pueden consultarse en <http://bit.ly/3OpCcDA>.

- *Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*
- *UK Modern Slavery Act (2015)* pendiente de una reforma en 2022/2023.
- *Loi n.º 2017-133 du 10 mars 2017, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*
- *Regulation 2017/2518 on Supply Chain Due Diligence Obligations for Importers of [Minerals] from Conflict-Affected and High-Risk Areas (2017)*
- *Modern Slavery Bill (2018)*, pendiente de una enmienda actualmente en discusión en el Parlamento australiano.
- *Canada's Modern Slavery Act, an Act respecting the fight against certain forms of modern slavery through the imposition of certain measures and amending the Customs Tariff (2015)*
- *Dutch Child Labor Due Diligence Act (2022)*, en vigor desde 2022.
- *Proposed Modern Slavery Bill's final version (2018)*, aunque Hong Kong no parece que vaya a apoyar la propuesta.
- *The Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains (2017) // Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten.*
- *Act relating to enterprises' transparency and work on fundamental human rights and decent working conditions (Transparency Act) 2021*, en vigor en Noruega desde 1 julio 2022 // *Lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold (åpenhetsloven)*

- *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence (COM (□□□□) □□final)*
- *Proposal for a Regulation in prohibiting products made with forced labour on the Union market (September □□□□)*
- ...

Hay más iniciativas y legislaciones en este sentido, pero sirvan estas referencias normativas para fijarnos en la paradoja de que, a medida que han ido las cifras de personas sometidas a esclavitud, mayor era el proceso de creación de normas anti-esclavitud en el sentido más amplio posible: lo mismo se ha atajado la problemática con normas pensadas en la esclavitud moderna literalmente, como se han abordado soluciones desde la responsabilidad social corporativa y la *due diligence*<sup>113</sup>.

Si dotarnos de normas, internas o internacionales, si fijarnos objetivos de desarrollo sostenible con metas específicas como la 8.7, no hace descender las cifras de esclavitud moderna parece lógico plantear que hemos de buscar otro tipo de soluciones u otro tipo de abordajes.

### 3. LA LITIGACIÓN ESTRATÉGICA

#### 3.1. ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE LITIGACIÓN ESTRATÉGICA?

La litigación estratégica es mucho más fácil de reconocer que de describir, y con ello queremos decir, que no existiendo una definición única de qué debe entenderse por litigación estratégica, trazaremos un esbozo que perfile aquellos elementos comunes que necesariamente han de aparecer para poder afirmar que estamos frente a este tipo de litigación.

Cuando hablamos de litigación estratégica estamos planteándonos una litigación no pensada solo para resarcir un daño causado, sino sobre todo para provocar un cambio social. Cuando los tribunales se utilizan

---

<sup>113</sup> No podemos dejar de señalar la indisoluble relación entre empresas y derechos humanos en el fenómeno de la esclavitud moderna y por tanto la necesidad de mantener esta perspectiva de manera continuada. En este sentido los trabajos de Sales, 2021; Sales y Marullo, 2020; Sales, 2019; Muñoz y Sales, 2018.

para cuestionar situaciones injustas, esperando que esa decisión judicial trascienda el caso concreto y logre un cambio en todo el sistema jurídico estamos hablando de litigación estratégica. De algún modo se trata de conseguir que lo particular trascienda a lo general.

No se trata de un problema de mala aplicación de una norma o el incorrecto proceder de una autoridad concreta, sino que *se cuestiona la propia norma en sí misma considerada* al entender que es contraria a estándares de derechos humanos, de justicia o de dignidad personal. Un ejemplo puede ilustrar a qué nos referimos (Bregaglio et ál., 2020, p.31): si al registrar a un individuo se comete un error sobre su nombre estaremos ante un problema que resolveremos bien vía administrativa o tal vez judicial, para que sea corregido este error en su nombre y pueda expedirse el documento de identidad correctamente. Si el *error* viene dado porque la norma no permite habilitar el cambio del nombre por ser el de una persona transexual, no estamos hablando de un error o de una inadecuada aplicación de la norma, ni ante un caso que afecte solo a una persona. Se trata de una situación que genera un impacto en la comunidad de personas transexuales que se ven imposibilitadas de registrar el nombre con el que se sienten identificados. Por ello, los litigios planteados en estos casos no pretenderán la aplicación *correcta* de la norma, sino cuestionar las regulaciones y solicitar su inaplicación o reinterpretación desde un enfoque inclusivo. Aquí sí estaremos frente a un caso de litigio estratégico, pues la decisión de un caso abrirá las puertas a todo un colectivo de personas.

A pesar de que hemos planteado de manera indirecta una propuesta de concepto, ni existe una única definición consensuada del término litigio estratégico (Ramsden y Gledhill 2019; Van der Pas, 2021), ni están claramente definidos qué elementos y condiciones forman parte del concepto. Esto juega a favor y en contra del mismo, ya que con demasiada frecuencia *todo* se somete bajo el paraguas de los litigios estratégicos, dentro de una estrategia y un fenómeno que se utiliza cada vez más en toda Europa en diversos ámbitos jurídicos. En este sentido Ramsden y Gledhill (2019) destacaron la necesidad de definir el litigio estratégico haciendo un llamamiento explícito a otros académicos para seguir desarrollando una definición del término litigio estratégico.

De nuevo como nos sucedía con la esclavitud moderna, situar adecuadamente los términos en los que nos movemos puede ayudar a lograr el éxito en la empresa que pretendemos; si pretendemos hacer uso de la litigación estratégica será imprescindible acotar los márgenes y el ámbito de aplicación sobre el que estamos predicando.

En paralelo a la búsqueda de una definición propia de litigación estratégica, creo que es interesante atender a la denominada por Lehoucq y Taylor (2020), *movilización legal*. Mantienen estos autores que la movilización legal implica la movilización del derecho, a menudo vinculada a los movimientos sociales que utilizan el derecho para la participación política. El litigio estratégico, en este sentido, se deriva de la movilización jurídica, ya que el litigio es una de las formas de movilizar el derecho, lo que llevará a entender más fácilmente que hayan florecido estos litigios en temáticas vinculadas con la violación de derechos humanos. Incluso se señala (Ramsden y Gledhill, 2019, p. 408) que el litigio estratégico y el litigio estratégico en materia de derechos humanos se utilizan a veces indistintamente, lo que implica un vínculo entre el litigio estratégico y los derechos humanos obvio, lo cual no es de extrañar, si tenemos en cuenta que con el vínculo con los derechos humanos se pretende un cambio más allá del interés individual en estos litigios; como los derechos humanos conciernen a todos los individuos, los casos que utilizan los derechos humanos pueden clasificarse más fácilmente como litigios estratégicos.

Es justamente el significado y alcance de *estratégico* lo que conlleva más dificultad a la hora de definir y por ende de aplicar. El peligro que corremos sin una definición unificada o propia del término es que el uso coloquial o vulgar de estratégico predicado sobre cualquier asunto puede conducir a un *conceptual stretching* (Van der Pas, 2021, p.S120), lo que significará que el número de casos judiciales que acabarían entrando en el concepto de litigio estratégico se ampliaría de tal modo que haría inviable el uso de esta definición por englobarlo prácticamente todo.

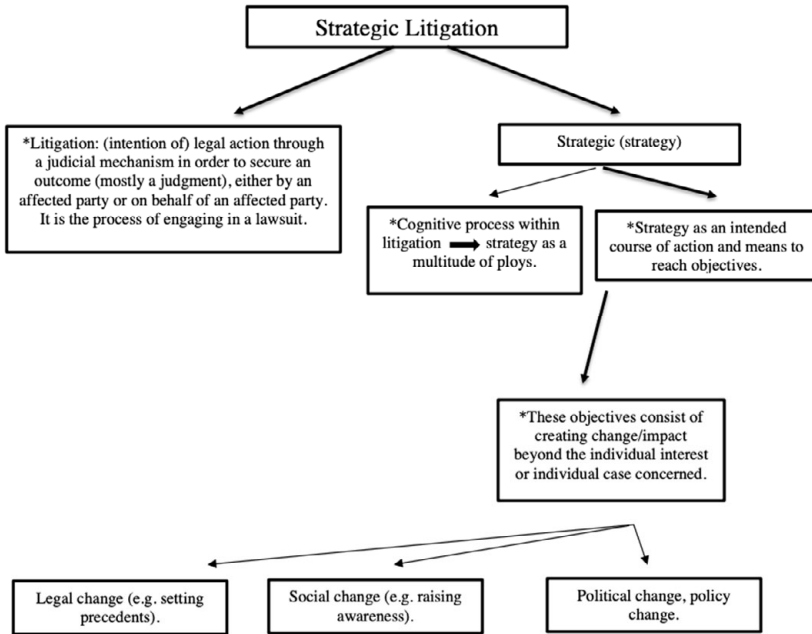
La importancia de definir el litigio estratégico radica en el hecho de que se trata de una herramienta que se ha extendido a gran velocidad, constituyendo una forma atípica de litigar. Para quienes quieran

aproximarse a una conceptualización del mismo podemos reconducirles a una definición que contiene varias condiciones necesarias:

- el litigio estratégico consiste en (la intención de) una acción legal a través de un mecanismo judicial con el fin de garantizar un resultado ya sea por una parte afectada o en nombre de una parte afectada,
- el litigio se utiliza como medio para alcanzar determinados objetivos. Estos objetivos consisten en la condición necesaria de crear un cambio más allá del caso individual o del interés individual.
- este cambio puede consistir en un cambio jurídico, un cambio político y/o un cambio social, que no son condiciones necesarias ni suficientes, es decir, no son elementos necesarios para que se considere que un caso entra en la categoría de litigio estratégico.
- una última condición necesaria es que se tomen ciertas decisiones (o estrategias) dentro del proceso de litigio estratégico para crear el cambio más allá del caso individual o del interés individual.

Atendiendo a la complejidad del discurso alrededor del propio concepto de litigio estratégico adjuntamos la Figura 1 para mayor facilidad de comprensión.

FIGURA 1. Elementos del concepto litigación estratégica



Fuente: Van der Pas, 2022, p. S126

### 3.2. DIFICULTADES AÑADIDAS EN LOS LITIGIOS ESTRATÉGICOS SOBRE ESCLAVITUD MODERNA

Aunque brevemente esbozados, ya tenemos en mente que el uso de litigios estratégicos podría ser un método complementario en la lucha contra la esclavitud moderna, en el sentido de que la aplicación de la normativa interna e internacional *per se* no ha impedido hasta el momento el crecimiento de las cifras. Ahora bien, planteada la posibilidad de acudir a los litigios estratégicos nos surgen una serie de dificultades que voy a tratar de exponer.

En primer lugar, y teniendo claro que con la litigación estratégica se buscaría un punto de inflexión para cambiar el paradigma, sería necesario hacer surgir esta iniciativa, pero... ¿de quién debería surgir? ¿de la sociedad civil? Ya me pronuncié (Sales y Marullo, 2019) sobre dejar en manos privadas la tarea de proteger los derechos humanos, y aunque sigo pensando que ello permite a los particulares elegir el mundo en el

que quieren vivir (*with every dollar that we spend, we vote for the world we want*),<sup>114</sup> sigo teniendo dudas de si debemos dejar solo en manos privadas esta delicada actuación.

Junto a esta duda los recientes éxitos de litigaciones estratégicas en materia climática (Zamora, Sales y Marullo, 2022) nos abocan a justamente apostar por esta opción en la defensa de la esclavitud moderna. ¿Por qué no un caso como *Urgenda* o como *Milieudefensie* para lograr un cambio de paradigma y conseguir una justiciabilidad real sobre la esclavitud moderna?<sup>115</sup>

La dificultad estribaría en varios frentes: por un lado, surgiría la duda de encontrar el caso más adecuado para plantear un litigio estratégico. ¿A cuál de los conceptos englobados por la esclavitud moderna tendríamos que atender? ¿Al matrimonio forzado, al trabajo forzoso, a la trata...? ¿Buscamos un caso que implique a un niño, o a una mujer como colectivo especialmente vulnerables? ¿Planteamos un caso producido en territorio europeo o buscamos un caso producido en fuera de la zona occidental?

No es fácil deslindar cuestiones morales, políticas o socioeconómicas en este primer paso en la elección. La estrategia implícita en este tipo de asuntos pasa, como acabamos de poner de manifiesto, por no solo la elección de un caso, sino que nos obligaría a escoger, dentro de las actividades incluidas en el concepto de esclavitud moderna, aquella que fuera capaz de arrastrar más fuerza, planteada desde la perspectiva de la estrategia. Y ello, no podemos engañarnos, provocaría una categorización de víctimas y abusos, poniendo a algunos por encima de otros, menos atractivos desde la perspectiva del litigio estratégico. ¿Sería esto justo? ¿Podríamos plantearlo sin provocar nueva victimización?

---

<sup>114</sup> Aunque la frase se le atribuye a Osgood, lo cierto es que la autoría de la misma o versiones de ella está indeterminada (Bayer y Hudson, 2017).

<sup>115</sup> No es el lugar para desarrollar el tema, pero la contribución de esta presión sobre los Estados ha hecho emerger una propuesta de una nueva categoría penal, el ecocidio e incluso planteamientos de modificaciones de los tribunales penales internacionales existentes para dar cabida a estos nuevos tipos penales.

De nuevo no es el sitio ni era el fin, pero la protección de la víctima queda de nuevo orillado en muchos de estos planteamientos, ya que si bien con los litigios estratégicos buscaríamos la mejora no de un individuo sino el cambio en la situación de un colectivo, es obligatorio pensar que estamos tratando con seres humanos sometidas a una situación insostenible, sin capacidad para salir y defender su derecho a la propia libertad ¿justificaría este fin los medios?

#### 4. CONCLUSIONES

Las cifras que de manera incesante nos recuerdan los millones de personas que están sometidas en la actualidad a alguna forma de esclavitud moderna exigen un abordaje multidisciplinar. La mera existencia de normas no impide que sigamos teniendo ejemplos y casos de esclavitud incluso en la propia Europa como así lo demuestran los asuntos *Siliadin v. Francia* (2005), *Rantsev v. Rusia y Chipre* (2010), o *S.M v. Croacia* (2020) todos ellos ante el TEDH. Va a ser necesario un trabajo conjunto de Estados, empresas, sociedad civil y academia para elaborar normas cada vez más especializada, que tengan en cuenta la especial relación entre derechos humanos y empresas. Podemos aprender de los avances conseguidos en litigación climática, así como en litigación estratégica en derechos humanos para tratar de lograr un cambio real, que consiga, en el siguiente informe que elabore la ILO disminuir la curva. Ello significará no solo un triunfo para la dignidad humana, sino la posibilidad para millones de personas de acceder a un derecho tan fundamental como es el vivir libre.

#### 5. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

El presente trabajo ha sido posible gracias a la concesión de Resolución de 1 de julio de 2021 de la Universidad de Castilla-La Mancha, por la que se convocan Ayudas para la recualificación del sistema universitario español para 2021-2023, financiado por la Unión Europea – Next-GenerationEU, Ministerio de Universidades, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que me ha permitido investigar y desarrollar el proyecto “Litigios estratégicos como respuesta y modo de

protección de las víctimas de esclavitud moderna” en el *Centro de Estudios sobre Administración de Justicia en la Universitat Jaume I de Castellón*.

## 6. REFERENCIAS

- Bales, K. Y Robbins, P.T. (2001). “No One Shall Be Held in Slavery or Servitude”: A critical analysis of international slavery conventions. *Human Rights Review*, 2(2), 18-45.
- Datta, M.N., David, F., Bales, K., y Grono, N. (2013). *The Global Slavery Index*. <http://bit.ly/3X7gp7A>.
- Dottridge, M. (2018, 26 de julio). *Ocho razones por las que no deberíamos usar el término “esclavitud moderna”*. OpenDemocracy. <https://bit.ly/3luWjTQ>.
- Healy, C. (2018). *What Do We Really Know About the Prevalence of Human Trafficking?*. Delta8.7. <http://bit.ly/3Atr0Qw>.
- Heimsoth, E. y Szabo, G. (2022). *Global Girlhood Report 2022: Girls on the frontline*.
- International Labour Organization (ILO) (2005). *Informe del Director General. Una alianza global con el trabajo forzoso*. <http://bit.ly/3XjIpVw>.
- International Labour Organization (ILO) (2012). *Global Estimate of Forced Labour. Results and methodology*. <http://bit.ly/3AyDMx5>.
- International Labour Organization (ILO) (2012). *Hard to see, harder to count. Survey guidelines to estimate forced labour of adults and children*. <http://bit.ly/3Oim32O>.
- International Labour Organization (ILO) y Walk Free Foundation (2017). *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*.
- International Labour Organization (ILO), Walk Free, y International Organization for Migration (IOM) (2022). *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*.
- Martinón, R. y Wences, I. (2020). Corte Interamericana de Derechos Humanos y pobreza. Nuevas incursiones a la luz del caso Hacienda Brasil Verde. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. 20, 169-201. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14474>
- Mestre Mestre, R. M. (2020). La jurisprudencia del TEDH en materia de trata de seres humanos y la necesidad de regresar a las categorías jurídicas de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado. *RELIES: Revista del*

*Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, 4, 208-226. <https://doi.org/10.46661/relies.5187>

- Muñoz Fernández, A. y Sales Pallarés, L. (2018). Las leyes anti esclavitud: primeras respuestas judiciales. En M.<sup>a</sup> Ch. Marullo y F.J. Zamora Cabot (Coords.). *Empresas y derechos humanos: temas actuales* (pp.277-303). Editoriale Scientifica.
- Navarro Fernández, J.A. (2020). La sobreexplotación del trabajo en la agricultura. El caso de los trabajadores de la Hacienda Brasil Verde. En E. PÉREZ ALONSO, y S. OLARTE ENCABO (Dir.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas* (pp.191-220). Tirant lo Blanch.
- Rivas Vallejo, M.<sup>a</sup> P. (2020). Las fronteras entre los conceptos de esclavitud, trabajo forzoso y explotación: perspectiva laboral y de género. En E. Pérez Alonso y S. Olarte Encabo (Dir.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas* (pp. 39-90). Tirant lo Blanch.
- Sales Pallarés, L. (2019). La vigencia de los Derechos Humanos en la actualidad: hacia la justiciabilidad como medio y como fin en las relaciones entre Derechos Humanos y Empresas. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 39, 136-153.
- Sales Pallarés, L. (2021). El caso Furukawa como exponente de las relaciones entre derechos humanos y empresas y la esclavitud moderna. *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián: Donostiako Giza Eskubideei Buruzko Ikastaroen Urtekaria*, 21, 319-352.
- Sales Pallarés, L. y Marullo, M.<sup>a</sup> Ch. (2019). Las iniciativas estatales y regionales sobre el control de las cadenas de suministro globales: la solución californiana. En J. Urbaneja Cillán; C. M. Díaz Barrado, J.M., Rodríguez Barrigón, F. Pereira Coutinho (Dir.), *Las empresas transnacionales en el derecho internacional contemporáneo: Derechos humanos y objetivos de desarrollo sostenible* (pp. 265-276). Tirant lo Blanch.
- Sales Pallarés, L. y Marullo, M.<sup>a</sup> Ch. (2020). Informes de sostenibilidad y planes de vigilancia: explorando nuevos caminos para luchar contra la impunidad empresarial. *Cuadernos europeos de Deusto*, 63, 207-235.
- Salmon, E. (2020). El sistema interamericano de derechos humanos y las formas contemporáneas de esclavitud, análisis de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. En E. Pérez Alonso, y A. Olarte Encabo (Dir.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas* (pp.157-190). Tirant lo Blanch.
- Villacampa Estiarte, C. (2013). La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal. *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*. 10, 293-342.

- Weissbrodt, D. y la Liga Contra La Esclavitud, (2002). *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR). Nueva York y Ginebra. Documento HR/PUB/02/4. <http://bit.ly/3hVuDbH>.
- Van der Pas, K. (2021). Conceptualising strategic litigation, *Oñati Socio-Legal Series*, 11(6), S116–S145.
- Bregaglio, R., Constantino, R., Barrenechea, M.<sup>a</sup> S., Camino, P. y Espino, M.<sup>a</sup> A. (2021). *Guía de capacitación y formación sobre litigio estratégico en derechos LGBTI*. Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX).
- Ramsden, M. y Gledhill, K. (2019). Defining Strategic Litigation. *Civil Justice Quarterly*, 4, 407-426.
- Lehoucq, E. y Taylor, W.K. (2020). Conceptualizing Legal Mobilization: How Should We Understand the Deployment of Legal Strategies?. *Law & Social Inquiry*, 45(1), 166. <https://doi.org/10.1017/lsi.2019.59>.
- Bayer, C.N. y Hudson, J. H. (2017). *Corporate Compliance with the California Transparency in Supply Chains Act: Anti-Slavery Performance in 2016*, March 7. <http://bit.ly/3EpFJ0c>.
- Zamora Cabot, F., Sales Pallarés, L. y Marullo, M.<sup>a</sup> Ch. (Dirs.) (2022). *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*. Aranzadi Thomson Reuters.

LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MIGRACIÓN  
COMO MECANISMO DE CONTROL Y DE  
PRECARIZACIÓN DE LAS PERSONAS MIGRANTES  
ANTE LA EXPANSIÓN DEL CAPITALISMO:  
EL CASO DE CHILE, ARGENTINA Y BRASIL

---

BRUNO FERNANDO ASTE LEIVA  
*Universidad de Antofagasta*

## 1. INTRODUCCIÓN

Las migraciones que tienen lugar a partir del s. XVI, se han desarrollado en medio de la generación de condiciones estructurales configuradas en función de aquello que se ha propuesto el sistema socioeconómico, cuestión que ha determinado el desplazamiento de las personas para ser insertadas como fuerza de trabajo.

En el caso del capitalismo, modelo que desde final del siglo XX ha logrado expandirse a nivel global, históricamente este ha requerido de factores extraeconómicos para lograr la acumulación. Tal es el caso de la movilidad de la fuerza de trabajo y la adopción de regulaciones jurídicas determinadas capaces de precarizar a los sujetos migrantes, en cuanto al ejercicio de sus derechos.

En efecto, en relación con lo primero, el capital ha generado las condiciones de un mercado mundial de trabajo, favoreciendo la circulación de personas, siendo el desarrollo de las migraciones, un fenómeno mediado por aquello que requiere el modo de producción, especialmente en torno a la posibilidad de integrar fuerza de trabajo móvil. Tal circunstancia ha venido a significar el contexto en el que han tenido lugar las migraciones de los últimos años en América Latina. Se trata de un fenómeno que ha experimentado un considerable y sostenido aumento, específicamente respecto de aquellos ubicados en América del Sur,

subregión que al 2020 concentra el 82.58% del stock de migrantes en la región<sup>116</sup>.

Por su parte, en cuanto a lo segundo, la expansión capitalista hacia formaciones periféricas y el ejercicio de movilidad de personas capaces de insertarse como fuerza de trabajo en ellas, ha requerido contar con una regulación jurídica determinada que permita acentuar el carácter vulnerable de los migrantes, convirtiéndolos en sujetos susceptibles para aceptar las condiciones ofertadas por el capital. Lo anterior, en un contexto de configuración y desarrollo de un sistema que refuerza las desigualdades y consolida “de inicio” las libertades, apoderándose de la vida de las personas, al someterlas a condiciones de dependencia y de explotación. En torno a los efectos de las políticas de control, Stefoni, Lube y González (2018, p. 139), consideran que “...estas tienen la capacidad de producir sujetos en condiciones de vulnerabilidad extrema, lo que los transforma en candidatos perfectos para los mercados laborales precarizados...”. Ante la imagen precaria, marginal y vulnerable de estos, el trabajo se transforma en un privilegio, independiente de las condiciones en las que este se realice, toda vez que viene a cumplir una necesidad de sobrevivencia.

En virtud de lo anterior, la pregunta de investigación sobre la que se articula el presente trabajo es la siguiente: En Chile, Argentina y Brasil ¿Qué elementos críticos convierten a la regulación jurídica de la migración en un mecanismo de control y de precarización de las personas migrantes en el contexto de expansión capitalista?

## 2. OBJETIVOS

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar la regulación jurídica de la migración en Chile, Argentina y Brasil. Lo anterior con la finalidad de identificar aquellos elementos críticos que la convierten en

---

<sup>116</sup> Al año 2020 el stock de migrantes en la región fue de 13.200.000. Información de la División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas, disponible en [https://www.migrationdataportal.org/es/international-data?i=stock\\_abs\\_&t=2020](https://www.migrationdataportal.org/es/international-data?i=stock_abs_&t=2020)

un mecanismo de control y de precarización de las personas migrantes en el contexto de expansión capitalista<sup>117</sup>.

### 3. METODOLOGÍA

Para cumplir con el objetivo general, haré una aplicación combinada de elementos del método dogmático, sistemático y comparativo. Así, con el primero estudiaré aspectos del marco normativo que rige a la migración en los países seleccionados. Con el segundo, ordenaré los factores críticos que se desprenden del análisis de la regulación jurídica que hacen los tres países considerados. Finalmente, con el tercer método pretenderé evidenciar similitudes y algunos elementos comparativos en torno al tipo de regulación de la migración que estos contemplan.

Por su parte, para el desarrollo del presente trabajo utilicé fuentes primarias y secundarias. Las primarias corresponden a las leyes y los respectivos reglamentos que regulan las migraciones en los países considerados para el análisis, mientras que las secundarias son artículos de investigación publicados en revistas indexadas y capítulos de libros en los que se abordan algunas dimensiones generales del tema tratado, los que se encuentran citados y/o referenciados en el contenido del trabajo<sup>118</sup>.

### 4. RESULTADOS

Chile, Argentina y Brasil registran recorridos históricos similares en lo relativo a la configuración de sus bases socioeconómicas establecidas

---

<sup>117</sup> La selección de los países se debe al registro de recorridos históricos similares. Durante décadas rigieron normas que fueron creadas en el contexto del desarrollo de las dictaduras militares de final del siglo XX. Sin embargo, en la actualidad los tres países cuentan con nuevas leyes migratorias. No obstante, la gobernabilidad migratoria sigue patrones comunes que ponen en tensión el reconocimiento y ejercicio de los derechos de las personas migrantes.

<sup>118</sup> Las fuentes primarias corresponden a la Ley N°25.871, de migraciones, 20 de enero 2004, Argentina; Ley N° 13.445, que establece la ley de migración, de 24 de mayo de 2017, Brasil; Decreto N° 9.199, que reglamenta la Ley N°13.445 de 24 de mayo de 2017, de 20 de noviembre de 2017, Brasil; Ley N°21.235, de Migración y Extranjería, de 20 de abril de 2021, Chile y Decreto N°296, que aprueba Reglamento de la Ley N°21.325 de Migración y Extranjería, de 12 de febrero, Chile.

desde final del siglo XX y en el desarrollo de fenómenos como la migración, las que se han tenido lugar en virtud de un contexto estructural determinado por la expansión del capitalismo en la región, como parte de su relocalización en los países con economías periféricas.

Por su parte, en los tres países la regulación jurídica de las migraciones también ha sido similar. Durante décadas rigieron leyes migratorias creadas en dictadura, las que han sido reemplazadas en los últimos años con ocasión del establecimiento de nuevas leyes que no obstante representar un avance, poseen puntos críticos que pueden tensionar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas migrantes.

De esta forma, habiendo efectuado un análisis cualitativo acerca de la regulación jurídica de las migraciones en Chile, Argentina y Brasil, pude evidenciar los siguientes resultados de investigación:

a.- Las normas migratorias revalorizan las categorizaciones que diferencian a las personas según su situación administrativa migratoria.

En el caso de Chile, si bien la nueva Ley de Migración y Extranjería N°21.325 constituye un avance en relación con la regulación anterior efectuada por el Decreto Ley N°1094 y su reglamento, al reconocer principios y algunos derechos, además de un apartado dedicado a los chilenos en el exterior, igual termina centrando su contenido en el tratamiento de cuestiones de naturaleza administrativa, tales como el ingreso, salida y permanencia de los migrantes, además de la consagración de prohibiciones, revocaciones, infracciones, sanciones y cuestiones vinculadas con las categorizaciones a través del reconocimiento de una serie de permisos de permanencia, evidenciándose algunas contradicciones en estos aspectos. En relación con lo primero, la autorización de ingreso al país, está vinculada a las categorías y subcategorías migratorias, entre las que se encuentra la permanencia transitoria, residencia oficial, residencia temporal y residencia definitiva (Ley N°21.235, de Migración y Extranjería, de 20 de abril de 2021, Chile, Art. 78). Por su parte, respecto a lo segundo, una de las contradicciones de la ley se refiere al ingreso de personas con permiso de residencia transitorio de 90 días, los que no podrán cambiar de categoría migratoria y tampoco

desarrollar actividades económicas. Por tanto, en aquellos casos de personas que ingresen buscando nuevas oportunidades laborales, al no contar con el respectivo permiso de residencia que los habilitaría a desarrollar actividades remuneradas, incurrirán en ilegalidad migratoria, sin contemplar la ley algún mecanismo que permita superarla, siendo la única opción, la de salir del país y solicitar el permiso correspondiente en el respectivo consulado chileno (Ley N°21.235, de Migración y Extranjería, de 20 de abril de 2021, Chile, Art. 58).

En idéntico sentido, para optar a la residencia definitiva, se requiere haber estado en posesión de un permiso de residencia temporal por al menos veinticuatro meses. Algunos de los antecedentes para otorgar dicho permiso son el tener ingresos suficientes para satisfacer las necesidades básicas, la estabilidad laboral, la inexistencia de infracciones migratorias, laborales, tributarias, aduaneras, entre otras.

Además, la ley contempla prohibiciones de ingreso, las que se clasifican en imperativas y facultativas<sup>119</sup>. Ambas categorías se encuentran basadas en causas de naturaleza penal y administrativa, esta última referida al no cumplimiento de las normas migratorias. En materia de rechazo de solicitudes de residencia, algunas de estas se fundan en las causales consideradas para las prohibiciones, además del no cumplimiento de los requisitos de las categorías migratorias, de obligaciones tributarias y presupuestarias y la imposibilidad que a juicio de la autoridad migratoria exista para ejercer una profesión u oficio.

En lo relativo a las expulsiones, estas se distinguen si son aplicadas a residentes con permanencia transitoria, de aquellos que cuentan con permiso de residencia, cuya verificación se analiza en base a las causales referidas a las prohibiciones e infracciones<sup>120</sup>.

Por su parte, en el caso de Argentina si bien la nueva ley de migraciones N°25.871 incorporó un enfoque de derechos humanos, al integrar una parte relativa a los derechos de las personas migrantes, atenuando la

---

<sup>119</sup> Causales reconocidas en los artículos 32 y 33 de la Ley N°21.235, de Migración y Extranjería, de 20 de abril de 2021, Chile.

<sup>120</sup> Contenidas en el artículo 127 de la Ley N°21.235, de Migración y Extranjería, de 20 de abril de 2021, Chile.

desconfianza que existía respecto de estos, la norma continuó centrando su regulación en aspectos administrativos, cuya finalidad radica en resaltar la importancia de la regularidad migratoria y la condena de todo aquello que no sea capaz de encuadrar en la estructura jurídica que valida la residencia. Así, la mayor parte de la norma está destinada a regular aspectos de detalle en torno a plazos, requisitos de ingreso y de permanencia, facultades y atribuciones de la autoridad migratoria, entre otros. En efecto, la ley incrementa significativamente los tipos de permisos al introducir una serie de subcategorías que terminan configurando distintos perfiles de inmigrantes, estableciendo categorizaciones diferenciales entre “residentes permanentes”, “residentes temporarios” y “residentes transitorios” (Ley N°25.871, de migraciones, 20 de enero 2004, Argentina, Art. 20).

Además, la norma regula cuestiones como las causales de impedimento de ingreso y permanencia en el país. Entre ellas llama la atención algunas, tales como la relativa a mantener antecedentes penales en Argentina o en el extranjero.

De igual forma, otra contradicción se genera para los inmigrantes que residen ilegalmente, a los que se les prohíbe trabajar por cuenta propia o bajo relación de dependencia. En idéntico sentido existe prohibición de otorgar alojamiento a título oneroso, trabajo y celebrar contratos, ya sea para la adquisición, venta de bienes muebles o inmuebles con inmigrantes que se encuentren en dicha situación migratoria, además de la obligación de comunicarlo a la autoridad, bajo apercibimiento de ser sancionados con una multa<sup>121</sup>.

Paralelamente, la ley tipifica delitos del orden migratorio con penas privativas de libertad, las que pueden ir de uno a seis años, en casos de “promover o facilitar el tráfico ilegal de personas hacia Argentina”, o para aquel que “facilite la permanencia ilegal con el fin de obtener directa o indirectamente algún beneficio” (Ley N°25.871, de migraciones, 20 de enero 2004, Argentina, Arts. 117 y 118).

---

<sup>121</sup> Al respecto, ver artículo 29 y 55 de la Ley N°25.871, de migraciones, 20 de enero 2004, Argentina.

Si bien lo que se quiere es prevenir el tráfico ilícito de personas, lo cierto es que tales tipificaciones olvidan la posibilidad de asistencia y de auxilio hacia aquellos inmigrantes que en estas circunstancias hayan arribado al país, al centrarse en un aspecto punitivo aplicable a aquellos que, a propósito del tránsito de inmigrantes ilegales, obtengan algún provecho. Además, la ley también regula las causales de cancelación de la residencia, situación que conlleva la obligación de hacer abandono del país<sup>122</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, respecto de la constatación de la irregularidad migratoria, se establece que la autoridad migratoria deberá otorgar un plazo a los inmigrantes para efecto de regularizar su situación, bajo apercibimiento de expulsión, pero atendiendo a factores tales como la profesión, parentesco con nacionales y otras condiciones sociales y personales<sup>123</sup>.

Finalmente, en el caso de Brasil, la ley N°13.445 también efectúa una clasificación de inmigrantes residentes, destacando el visitante, temporal, diplomático, oficial y de cortesía. Cada uno se define por el motivo que tenga el solicitante para ingresar y permanecer en el país. No obstante, en el caso del visado temporal para aquellos que vengan a trabajar, la ley dificulta la obtención de este, al condicionarse a la existencia de una oferta previa de trabajo realizada por persona jurídica que funcione en el país, no siendo necesario cumplir con tal requisito si se acredita la posesión de un título de educación superior (Ley N°13.445, que establece la ley de migración, de 24 de mayo de 2017, Art. 14 III N°5).

Por su parte, no obstante que la norma contempla alternativas de regularización de la condición migratoria para aquellos a los que se les notifique una orden de deportación, contando con un plazo de sesenta días para regularizar su situación, esta no consagra un apoyo estatal en caso de que dicha situación no se cumpla para que la persona pueda salir de tal condición migratoria<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> Consultar artículo 62 de la Ley N°25.871, de migraciones, 20 de enero 2004, Argentina.

<sup>123</sup> Consultar artículo 61 de la Ley N°25.871, de migraciones, 20 de enero 2004, Argentina.

<sup>124</sup> Al respecto consultar artículo 50 de la Ley N°13.445, que establece la ley de migración, de 24 de mayo de 2017, Brasil.

Además, la ley consagra un régimen de sanciones por infracciones al orden jurídico migratorio, entre la que destaca la expulsión. Sin embargo, la norma reconoce el derecho a defensa y recursos en contra de la resolución que decreta la expulsión<sup>125</sup>.

b.- Las normas migratorias analizadas contienen puntos críticos en torno al reconocimiento y respeto de los derechos de las personas migrantes

En el caso de la regulación de las migraciones en Chile, el tratamiento que hace la ley en cuestiones concretas vinculadas a derechos pone en tensión y amenaza el ejercicio de estos, especialmente en consideración a su vinculación con la condición migratoria y temas relacionados con las prohibiciones de ingreso.

En relación con el primer aspecto señalado, como se explicó en el punto anterior, la ley reconoce derechos, cuyo ejercicio y acceso se encuentra condicionado por la calidad de residente, es decir, estar en posesión de determinados permisos o contar con una situación administrativa migratoria legal. Así ocurre con los derechos laborales, de acceso a la salud, vivienda, seguridad social y reunificación familiar.

En cuanto al reconocimiento de prohibiciones imperativas de ingreso, la aplicación de algunas de ellas podría significar una amenaza al ejercicio de los derechos de las personas migrantes. Así se verifica respecto de aquellas que están fundadas en aspectos de naturaleza penal, tal como haber sido condenado, imputado o procesado en Chile o en el extranjero por delitos como robo con intimidación o violencia, secuestro, homicidio, entre otros<sup>126</sup>. En efecto, la norma no es clara, en el sentido de lo que ocurriría con personas que, habiendo sido condenadas, hubiesen cumplido la pena. De ser así, la aplicación de una prohibición como esta, significaría un juzgamiento para aquellos que ya cumplieron su condena y que eventualmente se encuentran reintegrados en la sociedad, estableciéndose una especie de doble sanción por un mismo

---

<sup>125</sup> Contenidos en el artículo 110 de la Ley N°13.445 de 24 de mayo de 2017, que establece la ley de migración, de 24 de mayo de 2017, Brasil.

<sup>126</sup> Prohibiciones establecidas en el artículo 32.

hecho, con la diferencia que la relativa al orden migratorio, no tendría límites en cuanto al tiempo para ser considerada.

En sentido similar también se hace referencia de manera imprecisa a todos aquellos que “no cumplan con los requisitos de ingreso establecidos en la ley y en el reglamento relativo a las categorías migratorias” y de aquellos que hubiesen contrariado “las normas fundamentales del derecho internacional” (Ley N°21.235, de Migración y Extranjería, de 20 de abril de 2021, Chile, Art. 32 N°8 y 9). Se trata de causales genéricas, cuyo contenido abierto quedará entregado a la interpretación discrecional de la autoridad migratoria.

En lo relativo a las prohibiciones facultativas, la ley consagra que no podrán ingresar al país los extranjeros que hubiesen sido condenados por crimen, simple delito o que mantengan antecedentes penales, además de aquellos que hayan sido deportados o expulsados de otros países, lo que constituye una amenaza al ejercicio del derecho a migrar, la libertad de circulación y la igualdad ante la ley, por cuanto el contenido de esos derechos se afecta por el hecho de haber infringido el orden migratorio de otros países. Adicionalmente, entre las causales se incorpora otra que podría constituir una vulneración al principio de presunción de inocencia, al establecer que se podrá negar el ingreso a “...los que realicen declaraciones, ejecuten actos o porten elementos que constituyan indicios de que se dispone a cometer un crimen o simple delito” (Ley N°21.235, de Migración y Extranjería, de 20 de abril de 2021, Chile, Art. 33).

En este sentido, sorprende que la sola presencia de algún elemento o el significado de declaraciones, configuren una presunción en orden a que se pueda cometer un delito.

Finalmente, la ley no incorpora derechos de participación política, los que son claves para alcanzar la integración e inclusión de los migrantes en las sociedades de destino. Tampoco consagra explícitamente el derecho a migrar.

Por su parte, en el caso de Argentina, el orden jurídico migratorio derivado de la ley que regula el fenómeno, posee problemas de concreción y de operatividad. En efecto, la ley se limita a enumerar derechos que

no son dotados de un contenido mínimo esencial que supongan mayores compromisos para el Estado.

Además, la mayoría de los derechos reconocidos son de tipo libertarios, más no prestacionales que supongan un compromiso asistencial por parte del Estado. Además, si bien derechos sociales tales como el acceso a la educación y a la salud no quedan condicionados a la situación migratoria, hay otros que sí se ven afectados por el hecho de que algunos migrantes no cuenten con cierto estatus jurídico. Así ocurre con el derecho al trabajo y el derecho a la vivienda. En el caso del primero por la prohibición que en la ley se establece para desarrollar actividades lucrativas y remuneradas, mientras que, en el caso del segundo, por la prohibición para otorgar alojamiento<sup>127</sup>.

En el mismo sentido, la ley establece para estos, la obligación de respetar “la identidad cultural de la Argentina” (Ley N°25.871, de migraciones, 20 de enero 2004, Argentina, Art. 125), lo que genera una división en torno a su integración al pretender marcar una diferencia entre estos y obviando una eventual asimilación.

Entre otras contradicciones, la ley establece algunos impedimentos de ingreso al país, los que estarían fundamentados por registrar antecedentes penales por la comisión de cierto tipo de delitos.

En el caso de Brasil, la ley que regula las migraciones no ha planteado el derecho a migrar desde una perspectiva de respeto y de vinculación con los derechos sociales o de aquellos que en general requieran de acciones prestacionales estatales conducentes a materializar mejores condiciones de vida para los migrantes. En este sentido, se reconocen una serie de principios y derechos, sin mayor concretización que supongan obligaciones y compromisos específicos para el Estado. Además, de la lectura del contenido del artículo 4° de la norma, se aprecia que el ejercicio de algunos derechos tales como el acceso a la salud pública y seguridad social, no están condicionados por la situación migratoria. No

---

<sup>127</sup> Prohibiciones establecidas en el artículo 52 de la Ley N°25.871, de migraciones, 20 de enero 2004, Argentina.

obstante, resulta necesario presentar la solicitud de registro de identificación para que se garanticen los derechos reconocidos en la ley<sup>128</sup>.

Paralelamente, la ley incorpora una prohibición para otorgar permisos de residencia a aquellos que hayan sido condenados penalmente, la que se suma al impedimento de ingreso al país a aquel que haya sido condenado o que se encuentre sometido a proceso penal por delito grave en otro país<sup>129</sup>.

Finalmente, la ley reconoce la libertad como uno de los derechos que deber ser ejercidos, independiente de la condición migratoria, sin embargo, el Decreto N°9.199 de 20 de noviembre de 2017, que reglamenta al texto legal analizado, contempla la posibilidad de arresto de personas en caso de entrada condicional al país (Decreto N° 9.199, que reglamenta la Ley N°13.445 de 24 de mayo de 2017, de 20 de noviembre de 2017, Brasil).

## 5. DISCUSIÓN

a.- El establecimiento de categorías migratorias y la fragmentación de los sujetos migrantes

Uno de los elementos comunes de las regulaciones normativas de las migraciones contemporáneas y de su gobernabilidad, radica en la búsqueda de la denominada migración ordenada y regular, vinculando a lo irregular, el no cumplimiento de los requisitos que estas establecen para ingresar y residir en el país. En tal sentido, las regulaciones normativas y las fronteras establecen una división funcional a la organización del poder, al instaurar delimitaciones territoriales que permiten sobre la base de aquello que en cada momento histórico determinado declaran proteger (seguridad nacional, soberanía, orden público interior, etc.), controlar a los sujetos que conformarán ejércitos de reserva, al asignar

---

<sup>128</sup> Al respecto, ver el artículo 19 III de la Ley N°13.445, que establece la ley de migración, de 24 de mayo de 2017, Brasil.

<sup>129</sup> Consultar artículo 30 N°1 y 45 III de la Ley N°13.445 de 24 de mayo de 2017, que establece la ley de migración, de 24 de mayo de 2017, Brasil.

un estatus que será fundamental para la valoración y aceptación de las condiciones establecidas por el mercado de trabajo.

En un contexto en el que las leyes migratorias segmentan y clasifican a los sujetos en migrantes y nacionales, en donde los primeros son socialmente considerados como “ellos” y los segundos como “nosotros”, las políticas migratorias se configuran para tipificar infracciones, sanciones y categorizaciones, las que son atendidas por las fuerzas policiales bajo un tratamiento y vigilancia similar a las establecidas en la legislación penal.

De esta forma, las leyes tienden a establecer diversas categorizaciones que refuerzan la fragmentación de los sujetos, al establecerse condiciones diferentes en relación con el tipo de visado, los que se presentan como mecanismos selectivos de inmigrantes y que, en ocasiones, se determinan por la conveniencia o utilidad que estos presentan al país. Así, la construcción de la ilegalidad, históricamente se encuentra asociada a la figura del inmigrante indeseado en donde el Estado, haciendo uso de instrumentos jurídico-políticos, tales como las políticas migratorias y el control de las fronteras, institucionaliza el proceso de exclusión de todos aquellos que no cumplan con la deseabilidad establecida (Domech, 2011, p. 33). Por su parte, la regulación establece condiciones que propician la irregularidad de los migrantes, ya sea por el rechazo hacia estos (desde el ingreso al país) o porque los procedimientos para mantener la regularidad lo hacen imposible como ocurre con los requisitos para la concesión de los visados de trabajo.

En tal circunstancia, el primer resultado de la investigación permite evidenciar que, pese a que los tres países cuentan con nuevas leyes migratorias que reconocen principios y algunos derechos, igual terminan centrando su contenido en el tratamiento de cuestiones de naturaleza administrativa, tales como el ingreso, salida y permanencia de los migrantes, además de la consagración de prohibiciones, revocaciones, infracciones, sanciones y cuestiones vinculadas con las categorizaciones a través del reconocimiento de una serie de permisos de permanencia. Se trata de elementos que permiten constatar la importancia que existe en torno a la migración legal y regular, a la que en reiteradas ocasiones se sujeta el acceso y ejercicio de algunos derechos reconocidos en las leyes.

Así, las normas se enfocan en el control migratorio el que se reduce a la realización y fiscalización de cuestiones administrativas que no dicen relación con los derechos y la integración de los migrantes. La verdadera y principal finalidad es la de conducir y mantener el control sobre los flujos migratorios, antes que la preocupación por el respeto y garantía de los derechos de las personas migrantes. Lo anterior, en un contexto en como indica Valim (2018, p. 148), “...el control basado en la exteriorización y criminalización de los inmigrantes como trabajadores ilegales es un instrumento de clase del Estado en el proceso estructural de expansión y transformación del sistema capitalista”.

Paralelamente, en el sentido de privilegiar el desarrollo de la migración ordenada y regular, la ley reconoce algunos derechos, cuyo acceso y ejercicio (en algunos casos) quedan condicionados a la legalidad de la situación migratoria y en otros, al tipo de permiso de residencia. Así ocurre por ejemplo en Chile con el derecho a circular libremente y acceso a derechos sociales. En efecto, la regulación de las migraciones y las políticas plasmadas en ellas han servido como instrumentos de jerarquización y de diferenciación de los sujetos, los que son categorizados según el cumplimiento de su situación migratoria. En este sentido, lo que esconde la llamada gobernabilidad migratoria en la regulación de la migración ordenada es el “encontrar estrategias de control más sutiles que permitan conducir, direccionar y canalizar los flujos migratorios” (Domenech, 2013, p. 12).

#### b.- Tensiones en el reconocimiento y ejercicio de los derechos de las personas migrantes

Como se señaló en la sección anterior, uno de los elementos que más destacan en la regulación de las migraciones es el relativo al tratamiento de la situación jurídica de los migrantes, estableciéndose estructuras y etiquetas diferenciales que repercuten negativamente en aquellos que no son capaces de encuadrar en estas, los que son relegados a lo ilegal, cuestión que, en el marco del desarrollo de la sociedad capitalista, genera marginación, precariedad y exclusión social.

Así, desde el punto de vista de aquello que significa el estar “fuera de la ley”, se evidencia que a la condición de irregular no solo se asocian

las dificultades para el ejercicio de derechos respecto de los cuales son titulares, tales como la vivienda, educación, salud, reagrupación familiar, trabajo, entre otros, sino que además, se entorpece la posibilidad que los migrantes puedan constituirse como fuerza social capaz de organizarse y defender sus derechos, ya que son condenados a vivir en la clandestinidad con el objetivo de no ser vistos por el propio Estado receptor, el que a través de diversos mecanismos, como indica García (2016, p. 122) “...interviene oficializando la ilegalidad (por la vía de declarar situaciones de irregularidad, de rechazar permisos de residencia, entre otros), dándole a esa ilegalidad ontológica una inteligibilidad asible y hasta reconfortante para el nacional, lo que permite la apropiación del discurso de los migrantes como delincuentes”.

En este sentido, se evidencia una relación de determinación problemática entre la regulación normativa de las migraciones y el ejercicio de los derechos fundamentales de los migrantes. Al respecto, como sigue García (2016, p. 115), “...el privilegio legal que permite asignar derechos distintos a nacionales frente a extranjeros -y dentro de estos, a personas en situación regular frente a aquellos en situación irregular- presenta serias dudas desde la misma lógica de derechos humanos”. Lo anterior, sin perjuicio que en los últimos años, los tres países analizados hayan incluido en sus normas migratorias, una redacción más amigable con los derechos de las personas migrantes. Sin embargo, se trataría de una técnica que utilizarían los Estados para legitimar y neutralizar el establecimiento de controles sobre las migraciones, conceptualizada como política de control con rostro humano (Domenech, 2011, p. 121).

De esta forma, las normas en las que descansan las políticas migratorias, se han esforzado en combatir la migración irregular, limitando el enfoque de derechos de los sujetos que la conforman a declaraciones abstractas en favor de los migrantes, las que no vienen acompañadas de acciones exigibles para el Estado que tengan por objeto contribuir al ejercicio de estos. Además, en los tres países las actuales regulaciones que las normas legales hacen de la migración no consideran la participación de estos como una voz activa en torno al orden que se les aplicará, siendo absolutamente excluidos al interior de las sociedades de destino de instancias políticas de decisión. Tampoco consideran el

reconocimiento de derechos políticos en favor de los migrantes, cuestión que imposibilita poner en desarrollo la eventual potencialidad transformadora que estos pudiesen tener para efecto de luchar por la protección y garantía de sus derechos en las sociedades de destino.

Lo anterior resulta fundamental en un contexto en donde los migrantes están sujetos a una permanente exclusión diferencial, lo que implica que, “los inmigrantes son incorporados en ciertas áreas de la sociedad (sobre todo del mercado laboral), pero se les niega el acceso a otros (sistemas de bienestar, ciudadanía y participación política)” (Navarrete, 2017, p. 184).

En efecto, las condiciones establecidas en la regulación de las migraciones continúan asumiendo una perspectiva represiva, al centrarse en aspectos de control que intentan ser neutralizados por la incorporación de un discurso aparentemente respetuoso y garantista de los derechos de las personas migrantes, asociando sanciones y castigos a aquel que no se encuentre en la situación establecida por el orden jurídico. Se trata de distinciones elaboradas por la normativa y que han sido susceptibles de generar efectos jurídicos (ilegalidad); materiales, por la afectación en el ejercicio de las condiciones materiales de los migrantes, y sociales, al producir un encasillamiento que se traduce o se convierte en discriminación y exclusión.

Mientras menos se atienda a los derechos de las personas migrantes y más rígido sea el orden jurídico con el establecimiento de estructuras que determinan la legalidad de los sujetos regulados, mayor será la generación de irregularidad migratoria a la cual estos queden expuestos, los que continuarán viviendo en torno a la exclusión y la precariedad que aprovechan las estructuras socioeconómicas configuradas en el marco de la expansión capitalista y del desarrollo del neoliberalismo en los países de la región.

## 6. CONCLUSIONES

No está en discusión que las migraciones desarrolladas desde final del siglo XX en países latinoamericanos se encuentran condicionadas por elementos estructurales, tal como la expansión a los países con

economías periféricas del modelo socioeconómico capitalista. La incidencia de lo anterior se ha manifestado en cuanto al direccionamiento de los flujos migratorios y al tipo de regulaciones jurídicas adoptadas por los Estados.

Tal circunstancia permite explicar el aumento de la migración interregional latinoamericana y el establecimiento de normas migratorias que durante décadas olvidaron un enfoque de derechos humanos, privilegiando la selectividad y la evaluación positiva/negativa que podría suponer la migración para los Estados receptores y para el sistema económico.

De esta forma, en Chile, Argentina y Brasil, ese tipo de regulaciones fue el que rigió por décadas, cuya génesis se vincula al desarrollo de las dictaduras militares iniciadas en los años 60 y 70. Sin embargo, en los últimos años, en los tres países analizados se han creado nuevas leyes migratorias que han incorporado un aparente enfoque de derechos humanos. No obstante, sin desconocer el avance que estas suponen en materia de derechos, en relación con el orden migratorio anterior, lo cierto es que es posible identificar puntos críticos y una proyección en torno a que estas vienen a constituir mecanismos de control y de precarización de las personas migrantes. Así, Domenech (2013, p. 121) sostiene que “El control sobre la inmigración desplaza (no elimina) formas restrictivas o coercitivas, pero no con el propósito de hacer efectivos los derechos humanos de los inmigrantes, sino para obtener mayores resultados en la administración eficaz de los flujos migratorios”. Tales elementos vendrían determinados por la centralidad que en las políticas migratorias asume la regulación de aspectos administrativos de control y la consideración de rigurosas sanciones asociadas a su incumplimiento, además de la insuficiencia en cuanto al respeto de los derechos de las personas migrantes, lo que se evidencia a propósito de la falta de mecanismos de concretización que contribuyan a resguardar su ejercicio y la relación condicional que se establece entre este y la situación migratoria de las personas.

En efecto, si bien las nuevas leyes migratorias han hecho un reconocimiento general de los derechos de las personas migrantes, tal situación debe ser concebida como un elemento básico para lograr su integración,

la que tiene que ser complementada con políticas que sean capaces de concretizarlo para poder pasar desde la titularidad y acceso de los derechos al ejercicio de estos, constituyendo lo anterior la base para alcanzar la materialización de mejores condiciones de vida.

## 7. REFERENCIAS

- Domenech, E. (2011). Crónica de una “amenaza” anunciada. Inmigración e “ilegalidad”: Visiones de Estado en la Argentina contemporánea. En Feldman, B., Rivera, L., Stefoni, C., y Villa, M. (Eds.), *La construcción social del sujeto migrante en América Latina: prácticas, representaciones y categorías* (pp. 31-78). Clacso. <https://n2t.net/ark:/13683/pazb/omT>
- Domenech, E. (2013). Las migraciones son como el agua. Hacia la instauración de políticas de control “con rostro humano”. La gobernabilidad migratoria en Argentina. *Polis. Revista Latinoamericana*, 12 (35), 119-142. <https://www.scielo.cl/pdf/polis/v12n35/art06.pdf>
- Domenech, E. (2017). Las políticas de migración en Sudamérica: elementos para el análisis crítico del control migratorio y fronterizo. *Terceiro Milenio: Revista Crítica de Sociología e Política*, 8 (1), 19-48. <https://n9.cl/cmrxj>
- García, L. (2016). Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿Hacia una nueva era en América Latina?.. *Colomb. Int*, 88, 107-133. <https://doi.org/10.7440/colombiaint88.2016.05>
- Navarrete, B. (2017). Percepciones sobre inmigración en Chile: Lecciones para una política migratoria. *Migraciones Internacionales*, 9 (1), 179-209. <https://n9.cl/ofs0oj>
- Stefoni, C., Lube, M., y González, H. (2018). La construcción política de la frontera. Entre los discursos nacionalistas y la “producción” de trabajadores precarios. *Polis, Revista Latinoamericana*, 51. <http://dx.doi.org/10.32735/s0718-6568/2018-n51-1353>
- Valim, R. (2018). Estado de excepción. La forma jurídica del neoliberalismo. *Derechos en acción*, 7. 438-461. <https://n9.cl/v7q2s>

## NORMAS LEGALES

Ley N°25.871, de migraciones, 20 de enero 2004, Argentina. <https://n9.cl/xlkmb>

Ley N° 13.445, que establece la ley de migración, de 24 de mayo de 2017, Brasil.  
<https://n9.cl/75ukc>

Decreto N° 9.199, que reglamenta la Ley N°13.445 de 24 de mayo de 2017, de 20 de noviembre de 2017, Brasil. <https://n9.cl/tytrm>

Ley N°21.235, de Migración y Extranjería, de 20 de abril de 2021, Chile.  
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1158549>

Decreto N°296, que aprueba Reglamento de la Ley N°21.325 de Migración y Extranjería, de 12 de febrero, Chile.  
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1172573>

THE DEVELOPMENT OF A NEW “BOTTOM-UP  
APPROACH”, HUMAN RIGHTS ORIENTED AND  
BUSINESS RESPONSIBILITY BASED, IN ORDER TO  
FACE THE INCREASED LABOR EXPLOITATION

---

CHIARA DI STASIO  
*Università degli Studi di Brescia*

## 1. INTRODUCTION

One of the most complex challenge of today’s society is the violation of fundamental rights related to labor exploitation which often results in a real enslavement, with the loss of the victim’s ability to self-determination. This phenomenon is strictly linked with the development of migratory pressure, globalisation and economic competition.

Today labor exploitation represents the choice made by several enterprises, at the expense of the migrant workforce, in order to unlawfully bypass their own manufacturing costs within an increasingly competitive and fierce labor market. The labor market is interested by a sort of *deregulation*<sup>130</sup> and it is characterised by a reduction of guarantees in the employment relationship. On the one hand, strong economic operators has increased the power exercisable and, on the other side, the workforce is often forced to accept contractual conditions highly detrimental to human dignity<sup>131</sup>. In a high percentage, this workforce is represented by migrants who leave their Countries of origin in search of

---

<sup>130</sup> De Punta, R. (2018). *Diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, p. 7.

<sup>131</sup> See Santoro, E. (2012). Diritti Umani, lavoro, soggetti migranti: procedure e forme di neoschiavismo, in Casadei, T. (ed.). *Diritti umani e soggetti vulnerabili, violazioni, trasformazioni ed aporie*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 230; Stoppioni, C. (2019). Intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo: prime applicazioni dell’art. 603-bis c.p., in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza.*, n. 2, pp. 70-94.

better living conditions in the hosting Countries, where unfortunately they can't benefit from social policies capable of removing them from a state of marginalization and of promoting their skills. This represents a huge social, humanitarian and economic challenge which has been to long undervalued and not well counteracted by national and international measures, except from a purely criminal point of view<sup>132</sup>. The phenomenon of labor exploitation, which is strictly linked with the trafficking in human being, is not confined to the sphere of organized crime but involves many activities and profiles that permeate entire sectors of the production system<sup>133</sup>.

From a legal point of view, the issue under analysis is mainly faced by an up down or a “governmental” approach that is to say by a set of rule posed by international and national legislative instruments that tried to regulate the phenomenon as a whole but they can't capture the infinite features of it. The scope of the present research is to show the necessity of a change of perspective. Long term structural measures should indeed drift away from a merely up-down and criminal perspective and above all, by means of a multisector, bottom up and soft law approach, concern the responsibility of the production chains, through the adoption of a proper “code of conduct”. This new approach can facilitate the emergence of a new collective consciousness that can help to prevent the rise of the phenomenon rather than fighting the consequences of it on a criminal level.

---

<sup>132</sup> Costello, C. - Freedland, M. (2014). *Migrants at work and the division of labour law*, in Costello C. - Freedland, M. (eds.) *Migrants at work. Immigration and vulnerability in labour law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 1-26; Trucco, L. (2020). *L'evoluzione della normativa relativa allo sfruttamento lavorativo dei migranti/caporalato e fattispecie correlate*, in *Ius Migrandi*, FrancoAngeli, pp. 639-661.

<sup>133</sup> Numerous international reports highlight the progressive expansion of the phenomenon on a global level. See, Council of Europe, *9th General Report on Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings (GRETA) activities*, 2019, available at [rm.coe.int/9th-general-report-on-the-activities-of-greta-covering-the-period-from-16809e169e](https://rm.coe.int/9th-general-report-on-the-activities-of-greta-covering-the-period-from-16809e169e); United Nations, *Statement by Ms Maria Grazia Giammarinaro, Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children*, 25.10.2019, in [www.ohchr.org](https://www.ohchr.org).

## 2. LABOR EXPLOITATION, BETWEEN SLAVERY, TRAFFICKING AND FORCED LABOR

At international and European level, the situation seems to be confused because it may be hard to determine whether labor exploitation should be included within the offence of “trafficking” or under the umbrella of the so called “modern slavery”. Historically, International and European Human Rights Law relating to labour exploitation addresses specific phenomena, such as: slavery, servitude, forced labour and, more recently, trafficking in human beings. In parallel, labour law standards emerged in the framework of the International Labor Organization (ILO) in order to promote decent working conditions, including safety and health at work.

The question is much more complex considering that the boundaries between slavery and trafficking are not well defined. Moreover, it is not easy to define modern forms of slavery because no national or international instrument, today, includes any express notion of “modern slavery” and this lack generates continuous uncertainties. There is no certainty whether the general international rule on the prohibition of slavery offered by the first multilateral Slavery Convention of 25<sup>th</sup> of September 1926<sup>134</sup> today may include new cases and current situations that are assimilated to slavery.

After the Second World War, thanks to the movements of fundamental rights, the prohibition of slavery was included in various Declarations and Charters, in particular in art. 4 of the Universal Declaration of Human Rights, adopted on the 10th of December 1948 by the General Assembly of the United Nations<sup>135</sup>, which explicitly prohibits slavery and servitude, as well as any form of slave trade. Among the regional instruments, the European Convention on Human Rights also prohibits slavery and forced labor, in its art. 4. Similar norms are provided for in

---

<sup>134</sup> See, Slavery Convention, signed at Geneva on 25 September 1926, entry into force on the 9th of March 1927, in accordance with article 12, available at [https://www.un.org/en/genocide-prevention/documents/atrocity-crimes/Doc.13\\_slavery%20conv.pdf](https://www.un.org/en/genocide-prevention/documents/atrocity-crimes/Doc.13_slavery%20conv.pdf).

<sup>135</sup> Tonolo, S. - Pascale, G. (2020). *La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo*, Giappichelli, Torino.

art. 6, entitled “*Freedom from slavery*”, of the American Convention on Human Rights and in art. 5 of the African Charter. Finally, contemporary international criminal law includes slavery among the international crimes.

The most controversial question is that the notion of slavery, first codified in the aforementioned 1926 Convention, has been debated for a long time<sup>136</sup>. In fact, in art. 1.1 we read that: “*Slavery is the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised*”. The norm seems to refer to the condition of those who are legally considered as a “*private property*” and, therefore, deprived of all rights and completely subject to the will of the owner, thus approaching the condition in which slaves were considered as goods that could be sold (the so-called “*chattel slavery*”). But we must recall that legal slavery has been banned from all national legal systems. So the 1926 slavery definition could appear, today, without meaning, that’s why it was abandoned in its practical application by judges, even if it was not eliminated. Indeed, it was reproduced later in other international instruments such as the 1998, Rome Statute of the International Criminal Court.. So, in the last year there have been many doctrinal studies aimed to “modernize” the 1926 definition in order to adapt it to new forms of slavery<sup>137</sup>. Today, in fact, the notion of slavery has further expanded to include other new para-slavery practices whose characterizing element is no longer considered to be *de jure* property, as it was in the traditional notion of slavery, but the presence of *de facto* control on the person who can be considered equivalent to a form of

---

<sup>136</sup> See Allain, J. (2017). Contemporary Slavery and Its Definition in Law, in A. Bunting, A. – Quirk, J. (ed.), *Contemporary slavery: Popular Rhetoric and Political Practice*, pp. 6637-6666; Id. (2009), *The Definition of Slavery in International Law*, in *Howard International Law Journal*, 239 ss.

<sup>137</sup> See Di Stasio, C. (2021). *Schiavi invisibili: minori stranieri non accompagnati*, in Calore, A., De Cesari P. (a cura di), *Schiavi. Presente e passato*, I Quaderni- LaCIS II, Collana del Dipartimento di Giurisprudenza Università degli Studi di Brescia, Giappichelli, p. 209, where she recalls the works of the Research Network on the Legal Parameters of Slavery and the so called Bellagio-Harvard Guidelines, developed between 2010 and 2012, and aimed at guiding judges in understanding the current scope of the definition of slavery contained in the 1926 Convention. The group’s work is published in Allain, J. (2012), *The Legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary*, Oxford University Press.

possession when the “slave” is used, exploited and subjected to a power of management and control.

In order to modernize the existing 1926 Convention, on the 7<sup>th</sup> of September 1956 the States also adopted the Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade and Institutions and Practices Similar to Slavery<sup>138</sup>, undertaking to abolish specific cases such as debt bondage and serfdom. In any case, the Supplementary Convention does not give a definition of slavery or new forms of slavery.

Since there is not a definition of modern slavery and contemporary forms similar to it, uncertainties have also arisen in relation to the definition of “trafficking”. There is a close relationship between trafficking and modern forms of slavery even if it is not easy to determine the boundary between the two offences. As far as trafficking is concerned, apart from the definition contained in the 1926 Convention and a series of bi-lateral and multi-lateral agreements from the early 19th century, more specific attention to this phenomenon was given only with the creation of the United Nations, which promoted a series of Conventions, mostly of a sectoral nature<sup>139</sup>, which have produced a rather

---

<sup>138</sup> See [https://treaties.un.org/pages/ViewDetainsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-4&chapter=18&Temp=mtdsg3&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetainsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-4&chapter=18&Temp=mtdsg3&clang=_en)

<sup>139</sup> See for example: *Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of others*, approved by General Assembly Resolution n. 317 (IV) of 2 December 1949, entry into force on 25 July 1951, in accordance with article 2 <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/traffickingpersons.aspx>; *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* New York, 18 December 1979, disponibile all'indirizzo <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/traffickingpersons.aspx>; *Convention on the Rights of the Child*, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly Resolution n. 44/25 of 20 November 1989, entry into force 2 September 1990, in accordance with article 49, disponibile all'indirizzo <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>; *Worst Forms of Child Labour Convention*, 1999 (No. 182), disponibile all'indirizzo [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C182](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182); *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict*, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly Resolution n. A/RES/54/263 of 25 May 2000, entry into force 12 February 2002, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/opaccrc.aspx>; *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children*, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly Resolution n. 55/25 of 15

confused picture on the subject. However, only in December 2000, with the signature of the Palermo Convention against transnational organized crime<sup>140</sup>, accompanied by two additional Protocols, not only the first internationally recognized definition of trafficking was provided, but alongside a merely repressive logic, complementary social protection measures for victims was for the first time regulated. This orientation is also reflected within the legislative framework of the European Union, both with the issue of Directive 2011/36/EU<sup>141</sup>, which highlights for the first time the irrelevance of the consent of victims of trafficking, also placing the obligation it is up to the Member States to prepare support measures in favor of the latter, both through the adoption of Directive 2009/52 /EC<sup>142</sup>. The latter, in addition to providing for sanctions against employers who hire irregular workers as their employer, contains the provision of information obligations on the means of protection provided for them.

The discipline of the Palermo Protocol was taken up and developed also by the 2005 Council of Europe Trafficking Convention<sup>143</sup>, which had the merit of privileging the protection of victims of trafficking, through the adoption of provisions that introduce specific assistance and support measures.

Finally, it should be noted that, after the Palermo Protocols and the Convention on Trafficking of the Council of Europe, no new treaties have been signed at the international level, apart from the Protocol of

---

November 2000, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/protocoltraffickinginpersons.aspx>.

<sup>140</sup> *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children*, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly Resolution n. 55/25 of 15 November 2000, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/protocoltraffickinginpersons.aspx>

<sup>141</sup> Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA, in OJ L 101, 15.4.2011, p. 1–1.

<sup>142</sup> Directive 2009/52/EC of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009 providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals, in OJ L 168, 30.6.2009, p. 24–32.

<sup>143</sup> <https://rm.coe.int/168047cd70>.

28 May 2014, no. 29 relating to the Forced Labor Convention of 1930<sup>144</sup>. This instrument, adopted to address the shortcomings of the oldest 1930 Convention, states in its preamble that forced labor is an offense to the fundamental rights and dignity of millions of men, women and minors. ILO works has highlighted, however, that the sole labor exploitation, in cases where there is also no actual subjection with deprivation of individual freedom, does not constitute a form of slavery<sup>145</sup>. At international level, and with particular reference to the activity carried out by the ILO, an attempt was made to define what is meant by extreme exploitation and forced labor<sup>146</sup>. The definition was not easy to reach and for this reason a special Committee of experts of the Organization was appointed which identified six indicators: physical violence, including sexual violence; the restriction of the freedom of movement of the persons involved; threats, including those of reporting to the authorities if the worker is illegal; work performed in the context of debt bondage or other forms of slavery; wages withheld or unpaid; the removal or seizure of passport or identity documents<sup>147</sup>.

This brief reference to the norms of international instruments shows that there is a persistence, albeit unclear, distinction between slavery and trafficking as also international jurisprudence has underlined in the decisions we will analyze in the follow paragraph<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> The Protocol, which is accompanied by a Recommendation entered into force on November 9th, 2016, but, to date, has not been ratified by Italy; the 1930 Convention entered into force on 1 May 1932. The texts of both instruments are published on the website <https://www.ilo.org>.

<sup>145</sup> See "Forced Labour, *Modern Slavery and Human Trafficking*", available at ILO [www.ilo.org](http://www.ilo.org).

<sup>146</sup> See Cantoni, S. (2018). *Lavoro forzato e "nuove schiavitù" nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino.

<sup>147</sup> ILO, Forced Labour, cit. See also Calafà, L. (2019). *Il ruolo dei core labour standards e del decent work*, in *Rivisteweb*, 2.

<sup>148</sup> See Siller, N.(2016). "Modern Slavery" Does International Law Distinguish Between Slavery, Enslavement and Trafficking, in *Journal of International Criminal Justice*, 14, n. 2, p. 405 ss.

### 3. THE POSITION OF THE INTERNATIONAL COURTS ON LABOR EXPLOITATION, TRAFFICKING AND SLAVERY

It should be immediately pointed out that there are not many cases related to the modern forms of slavery, trafficking and labor exploitation-decided by international Courts. This situation shows that the issues surrounding the new forms of slavery are elusive and the victims often invisible. Furthermore, as we have said, the conventions do not contain precise definitions.

In the first decision, *Siliadin v. France*<sup>149</sup> of the 26<sup>th</sup> of October 2005, the European Court of Human Rights refers to the definition contained in the 1926 Convention on slavery, interpreting it in a narrow way, like “chattel slavery” and bringing it back into rigid way to exercise the right of ownership over a person. Therefore in the decision, relating to a case of domestic exploitation of a minor, the Court offers a notion of forced labor qualifying it as an obligation to provide one’s services imposed with the use of coercion. For the notion of forced labor, the Court, considering that the European Convention on Human Rights in art. 4, par. 2, does not offer a definition of forced labor, appeals to the ILO Convention 21 June 1930, n. 29, we have already seen.

In the subsequent case *Rantsev v. Cyprus and Russia*, the ECtHR, since trafficking is excluded by art. 4 of the ECHR, it states that trafficking is included in the case of slavery. This ruling represents an important jurisprudential achievement, as it not only expressly established that trafficking in human beings falls within the scope of art. 4 of the ECHR, but also because it goes beyond the limited vision, linked to the traditional definition of slavery, that is a “*de jure*” slavery, adopted in the *Siliadin case*. However, the Court leaves open the problem of the relationship between slavery and trafficking, since it is not possible to derive, from this ruling, sufficient elements to affirm that trafficking is fully attributable to slavery.

---

<sup>149</sup> European Court of Human Rights, *Siliadin v. France*, n. 73316/01.

More recently, in the case of *S.M. v. Croatia* of 25 June 2020<sup>150</sup>, the Court faces again the relationship between trafficking and slavery, confirming the previous jurisprudence, namely that trafficking, even if not provided for by art. 4 of the ECHR, constitutes a violation of it as it represents a threat to the rights and freedoms of the people who are victims of it. Once again, however, while making more complex arguments than previous decisions, it is not clear whether trafficking is itself a form of slavery or whether it represents an autonomous case.

Another important decision is the one pronounced in the case of *Chowdry et al. v. Greece* of 30 March 2017<sup>151</sup>, where the Court states that the situation of the applicants, irregular immigrants who, in a region of Greece, worked in the strawberry harvesting business, in difficult physical conditions, without being paid and under the control of armed guards, constituted trafficking in human beings and forced labor and recognized in this case the violation of art. 4 of the ECHR. The sentence, like previous decisions, refers to the definition of forced labor pursuant to art. 2 of the ILO Convention n. 29/1930. The Court also adds some other useful observations. In particular, it considers that the expression “under threat of punishment” should be understood in an elastic way, because it must adapt to the notions of the contemporary age, seen from an evolutionary perspective and therefore it affirms that not all work must be considered forced, but only what is such as to create a disproportionate burden for the victim. Those judges, however, unfortunately, did not set out general principles to explain what is meant by disproportionate burden for the victim and so they don’t give a notion of extreme exploitation.

The Inter-American Court of Human Rights has also had the opportunity to address the issue of contemporary slavery, ruling in the notable case of October 20, 2016, *Hacienda Brasil Verde Workers v. Brasil*<sup>[11]</sup>, concerning the responsibility of the State for not respecting the prohibition

---

<sup>150</sup> European Court of Human Rights, *S.M. v. Croatia*, n. 60561/14,.

<sup>151</sup> European Court of Human Rights, *Chowdry and others v. Greece*, n. 21884/15.

<sup>152</sup> See *Trabajadores de la hacienda Brasil Verde v. Brasil*, sent. 22 august 2017, available at [https://www.corteidhor.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_337\\_esp.pdf](https://www.corteidhor.cr/docs/casos/articulos/seriec_337_esp.pdf).

of slavery and servitude, provided by art. 6 of the American Convention on Human Rights. The matter submitted to the Court concerns a case of new slavery in one of the largest livestock farms, located in an area in northern Brazil. They were workers recruited from the poorest areas of that State convinced to leave their country with false promises. In the workplace they had been forced to work under the threat of violence and in inhumane conditions and not even paid the promised salary. More than three hundred workers had been released by the authorities, but no criminal convictions had been imposed on the company that had exploited them in an extreme way. The Court focuses on the concept of slavery in the contemporary world starting from the classical notion contained in the 1926 Convention. Those judges try to clarify the meaning of the expression “powers attaching to the rights of ownership” and, to this end, they use the *Bellagio-Harvard Guidelines*, developed by scholars of the Research Network on the Legal Parameters of Slavery stating that there is a situation of slavery only when there is control over the victim corresponding to possession, that is to say when the person is exploited in order to take advantage of it and his life is managed by isolating him from his previous social relationships. The Court also highlighted that, in these situations, the possession exercised over the person also involves the physical and psychological weakening of the same<sup>153</sup>.

The input provided by the International Courts, and particularly by the European Human Rights Court, is significant. However, even maintaining a distinction from the ontological point of view, such bodies have been regarding both slavery and trafficking as serious violations of fundamental human rights, particularly as far as a “commercialisation” of the worker is concerned alongside the purpose of the conduct and the various coercive methods put in place.

---

<sup>153</sup> See Di Stasio, C. *Schiavi invisibili*, cit.

#### 4. A CHANGE OF PERSPECTIVE: THE “*UNITED NATIONS GUIDING PRINCIPLES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS*” (UNGP)

The aim of the current analysis is emphasising the necessity of an urgent change of course. Long term structural measures should indeed drift away from a merely up-down and criminal perspective and above all, by means of a multisector approach, concern the responsibility of the production chains, through the adoption of a proper “code of conduct” they all should abide by. Although the majority of business enterprises were faced with a “human rights and business” agenda, only after the *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights* (UNGP) UNGPs were endorsed, in 2011, attempts to define human rights duties for business enterprises, particularly multinational enterprises, have marked the UN agenda for several decades.

The *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* were unanimously endorsed on 16 June 2011<sup>154</sup>. Resulting from six years of in-depth research, extensive multi-stakeholder consultations with an unprecedented variety of actors from all continents, as well as practical road-testing, the *UNGPs* clarified the duties and responsibilities of both States and businesses on tackling human rights risks related to business activities. Condensed into three pillars and comprising 31 Foundational and Operational Principles, they affirmed:

1. States’ existing obligations to respect, protect and fulfil human rights against adverse impacts by non-state actors, including business (Pillar I: State Duty to Protect);
2. The responsibility of business enterprises to respect human rights (Pillar II: Business Responsibility to Respect); an

---

<sup>154</sup> See Resolution adopted by the Human Rights Council, Human rights and transnational corporations and other business enterprises, 6 July 2011, A/HRC/RES/17/4, available at <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/71/PDF/G1114471.pdf?OpenElement>.

3. The need for state and non-state based, judicial and non-judicial remedies to ensure that rights and obligations are matched to appropriate and effective remedies when breached (Pillar III: Access to Remedy).

The value of the UNGPs lies in their providing practical guidance not only on “who” (State) and “what” (duty to protect), but also on “how” States can provide the appropriate policy and regulatory environment to foster corporate respect for human rights. They also identify specific areas where States interact with businesses (e.g. State-Owned Enterprises, public procurement and privatisation, conflict-affected areas, international economic agreements, access to remedy, etc.) and articulate how these areas can be used as avenues to ensure corporate respect for human rights.

Within just a year of the UNGP’s endorsement, an unprecedented level of alignment took place involving key standards as well as initiatives of global, regional and national reach, covering all geographic regions and business sectors. Among the first standards to be updated were the *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, which saw the addition of a whole new chapter focused on human rights in the business context, including the human rights due diligence recommendations. The ILO, through its work on a proposed resolution concerning decent work in global supply chains, refers extensively to the UNGPs. The UNGPs also saw an uptake at the regional level with the EU<sup>155</sup>, the Council of Europe (CoE)<sup>156</sup> and the Organization of American States (OAS)<sup>157</sup> all undertaking concrete measures to support the UNGPs’

---

<sup>155</sup> The European Commission’s Communication on *Corporate Social Responsibility (CSR)* (European Commission, 2011) in 2011 not only set out steps and regulatory efforts aimed at contributing to the UNGPs’ implementation, but also encouraged EU member States to incorporate those principles into their own national laws.

<sup>156</sup> On 16 April 2014, the Council of Europe first issued a Declaration on the UNGPs, stressing that their effective implementation by both States and business enterprises is essential to ensure respect for human rights in the business context. Subsequently, in 2016, the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted the Recommendation CM/Rec (2016)3 on human rights and business. For information about the work of the CoE Steering Committee for Human Rights, see the Council of Europe Steering Committee for Human Rights website.

<sup>157</sup> The Organization of American States has so far adopted two resolutions of relevance to the UNGPs. The first, adopted in 2012, encouraged OAS member States to “promote

implementation. Finally, various stakeholder groups are very active in their attempts to bring the UNGPs to the attention of their members as well as clarifying and adapting them to their own specific contexts.

First references to the UN Guiding Principles have been slowly included in court decisions, which will add weight to the endorsement of the UNGPs, if not for moral reasons then at least to prove that companies are making an effort to prevent human rights abuses<sup>158</sup>. Such a unique global convergence of international standards and processes around the Guiding Principles and their core concepts carries additional value in helping to clarify, simplify and reinforce the implementation by both states and business enterprises

## 5. DIRECTS IMPACTS OF UNPGS: NATIONAL ACTION PLAN (NAP) ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS AND THEIR EFFECTIVENESS IN ADDRESSING VIOLATIONS AND ABUSES

The most important results of the UNPGs was the approval of the first national Action Plans. The National Action Plans (NAPs)<sup>159</sup> are the government-led policy strategies outlining strategic orientation and

---

corporate social responsibility programs and initiatives among the private sector, the community and other stakeholders”; to “promote among businesses operating in or from their countries the use of applicable corporate social responsibility initiatives, tools, and best practices”, including the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, and to ‘encourage dialogue between legislative bodies and the private sector on the subject of corporate social responsibility’ (OAS, 2012). The resolution adopted in June 2014 (OAS, 2014), was strongly supportive of the UNGPs and triggered the creation of measures to promote and implement them, including exchanges of information and sharing of best practices.

<sup>158</sup> See for example: The Ontario Superior Court of Justice mentioned the UNGPs in *dicta* in Ontario Superior Court of Justice, 2013; High Court of South Africa, 2015. The Supreme Court of British Columbia rejecting efforts by Vancouver-based Nevsun Resources Limited (TSX: NSU / NYSE MKT: NSU) to dismiss a lawsuit brought by three Eritrean men who allege they were forced to work at Nevsun’s Bisha Mine, the court references the UNGPs as part of the evidence introduced regarding the due diligence that the company undertook to avoid human rights abuses at the mine (Supreme Court of British Columbia, 2016: para 60-66). For more information about the case see for example: Canadian Centre for International Justice, 2016.

<sup>159</sup> More information about existing NAPs as well as other NAPs that are currently being developed is available on the BHRRC website – National Action Plans.

concrete activities to address specific policy issues. They comprise the key policy tools for States that want to honour their duties to protect against adverse human rights impacts by business enterprises in line with the UNGPs. They have been adopted in many fields, not only in the one under analysis.

The broad framing offered by the NAPs drafting process not only encourages the cross-governmental participation necessary to ensure horizontal policy coherence, but also “*allow[s] the government to make an assessment of the current legal-cum-policy framework so as to identify what is working and what is not in terms of ensuring that companies respect human rights*”<sup>160</sup>. Most countries often have a vast “*legal framework that applies (albeit in a patchy manner) human rights norms to companies. Instead of adopting a piecemeal approach of reviewing different segments of this legal framework (such as labour laws or environmental laws), a holistic assessment that does not ignore the human rights impact of creating an environment conducive to private investment-driven development may be preferable*”<sup>161</sup>.

The advantage lies in their allowing States to identify and articulate their priorities as well as future actions in the area of concern, thus ensuring comprehensiveness. The development of business and human rights-related NAPs together with the uptake of the UNGPs are corresponding and complementary processes. Apart from the advantages already mentioned, the NAP development process, if well designed and adjusted to the local context, can contribute greatly to ensuring not only that the implementation of UNGPs is efficient, targeted, measurable, informed and supported by relevant stakeholders, but also that it contributes to the strengthening of national human rights protection mechanisms. In 2015, the UN General Assembly unanimously adopted the 2030 Agenda for Sustainable Development (2030 Agenda) and 17

---

<sup>160</sup> As pointed out by Deva, S. (2016). *Background Paper for India’s National Framework on Business and Human Rights*, in *The Ethical Trading Initiative*, [http://s3-eu-west1.amazonaws.com/www.ethicaltrade.org/files/shared\\_resources/india](http://s3-eu-west1.amazonaws.com/www.ethicaltrade.org/files/shared_resources/india)

69Policy Department, Directorate-General for External Policies  
[\\_national\\_framework\\_bhr\\_background.pdf?FeQtVeqQG8IntPXXHzNOIGnH3hUOPIlc](#)

<sup>161</sup> As pointed out by Deva, S. *Background Paper for India’s National*, cit.

Sustainable Development Goals. The 2030 Agenda seeks to achieve transformative change with respect to people, planet, prosperity, peace and partnership. Responsible business has a key role to play; the 2030 Agenda underlines the potential of the private sector to foster innovation and inclusive growth, while calling on States to ensure that their efforts to implement the 2030 Agenda align with the standards laid out by the UNGPs and other international agreements. This can be achieved in a number of ways, including through business and human rights NAPs. To ensure their effective implementation, it is critical that business and human rights NAPs go hand in hand with national implementation of the 2030 Agenda.

There have been also some obstacles in the States' commitments to develop NAPs for business and human rights. In the first phase, the implementation of the UNGPs have been rather slow in materialising. The implementation of UNGPs at domestic level requires in fact legal and policy reform. Additionally NAPs, just as human rights due diligence that companies should undertake, are not a singular effort but rather a continuous process that requires constant monitoring, follow-up and improvement. Not all governments seem to be ready for such change. The fact that in many States there is the to ensure greater respect for human rights but without resorting to binding regulation, makes a poor prognosis for the meaningfulness of the NAP development process<sup>162</sup>.

Now the tendency is an increasing number of States that are developing NAPs that show the growth from of a consciousness on human rights issues related to business. Over the last ten years, 42 business and human rights NAPs have been published or are in-development worldwide<sup>163</sup>. To evaluate the effectiveness of such instruments to address

---

<sup>162</sup> <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/wg-business/national-action-plans-business-and-human-rights>

<sup>163</sup> By the end of 2020, twenty-five States have published business and human rights NAPs. Nineteen of these came from Council of Europe States and fifteen from EU member States. Asian States account for three; Latin America for two; and the USA the last. While adoption of NAPs across world regions is hence uneven, regional differences could diminish in future: of seventeen States developing business and human rights NAPs the Americas and Asia each account for five, Africa for four and Europe three. Also at end 2021, four States were producing revised, updated or second business and human rights NAPs. A few States have been

issues relating to the protection of human rights in business related affairs, it can be helpful, consider it relevant to investigate whether business and human rights NAPs processes function in line with experimentalist governance theory, a line of inquiry embarked on by scholars in other policy fields<sup>164</sup>. Experimentalist governance could be seen in policy areas characterised by persistent uncertainty or value conflicts, where governments or other parties could agree on a broad problem definition but lacked the know-how or agreement necessary to isolate specific solutions<sup>165</sup>. Experimentalist governance regimes “set provisional goals” rather than fixed rules. In response to social complexity<sup>166</sup> or where the issue at hand is characterised by “insufficient information and uncertainty<sup>167</sup>”, experimentalist regimes institutionalise stakeholder participation and processes for revision. This approach, according to scholars, produces greater learning, adaptation and reliability over time. De Burca, for example, in her analysis of the human rights treaty system, argues that the “*iterative interaction between civil society actors, UN treaty bodies, and governmental actors*”, transforms the human rights treaty process “into [a] more participatory and accountable experimentalist governance system...<sup>168</sup>”. In their 2013 publication, de

---

prompted to develop NAPs by recommendations received through the UN Universal Periodic Review (UPR) process. An overall total of forty-two published and in-development business and human rights NAPs compares with thirty-nine general human rights NAPs produced since 1993. Source <https://globalnaps.org>.

<sup>164</sup> See for example Goldstein, G., Ansell, C. (2018). Experimentalist governance in global public health: The case of UNAIDs., in *Arizona Journal of International & Comparative Law*, n. 35, pp. 219-256; Kenner, J., Peake, K. (2017). The Bangladesh Sustainability Compact: An effective exercise of global experimentalist EU governance, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, n. 19, pp. 86-115.

<sup>165</sup> See de Búrca, G., Keohane, R., Sabel, R.C. (2013). New modes of pluralist global governance, in *New York University Journal of International Law and Politics*, n. 45, p. 740.

<sup>166</sup> Nance, M. - Cottrell, M. (2014). A turn toward experimentalism? Rethinking security and governance in the twenty-first century, in *Review of International Studies*, n. 40, pp. 277-301.

<sup>167</sup> Bar-Siman-Tov, I. (2016). Temporary Legislation, Better Regulation and Experimentalist Governance: An Empirical Study., in *Regulation and Governance*, n. 12, pp. 192-219.

<sup>168</sup> de Búrca, G. (2017). Human Rights Experimentalis, in *American Journal of International Law*, 2017, n. 2, p. 279 e 310.

Búrca and other authors<sup>169</sup> identify five key features of experimentalist governance:

1. Openness to participation of ‘stakeholders’ who must share at least a broad perception of a common problem in a non-hierarchical process;
2. Articulation of a framework definition of a problem or goals which identifies open-ended objectives to be pursued;
3. Implementation is “left to ‘lower-level’ actors with knowledge of local conditions and considerable discretion to adapt the framework norms to these different contexts<sup>170</sup>”;
4. Continuous feedback from local actors incorporating “mutual monitoring and peer review, involving elaborate processes of consultation that are horizontal rather than vertical in structure<sup>171</sup>”, serving an accountability function;
5. Revision and re-evaluation: goals and practices are “periodically and routinely re-evaluated and, where appropriate, revised in light of the results of the peer review and the shared purposes<sup>172</sup>”.

Experimentalist governance is a theory derived from institutional observation by social scientists. Yet, it is also viewed by its socio-legal scholar exponents as “normatively attractive<sup>173</sup>” insofar as it is claimed to encourage “*participatory, deliberative, locally-informed, and adaptive problem solving*<sup>174</sup>”, while being able to address contemporary

---

<sup>169</sup> See de Búrca, G., - Keohane, R., - Sabel, R.C. (2013). *New modes of pluralist global governance*, cit., p. 723

<sup>170</sup> de Búrca, G. - Keohane, R. - Sabel, R.C. (2014). *Global experimentalist governance*, in *British Journal of Political Science*, n. 44, pp. 477-486; de Búrca, G. - Keohane, R. - Sabel, R.C. (2013), *New modes of pluralist global governance*, cit., p. 739.

<sup>171</sup> de Búrca, G. - Keohane, R. - Sabel, R.C. *New modes of pluralist global governance*, cit., p. 742.

<sup>172</sup> de Búrca, G. - Keohane, R. - Sabel, R.C., *Global experimentalist governance*, cit., p. 748.

<sup>173</sup> See de Búrca, G. *Human Rights Experimentalis*, cit., p. 281.

<sup>174</sup> See de Búrca, G. - Keohane, R. - Sabel, R.C. (2015) *Global experimentalist governance*, cit., p. 480. See also Armeni, C. (2015). *Global experimentalist governance, institutional law*

transnational challenges in a ways that state-based actors and “traditional” governmental processes, for a variety of reasons as alluded to above, cannot<sup>175</sup>.

Besides being a sub-field of human rights, experimentalist governance theory highlights the dynamic, dialogic and iterative character of human rights implementation as well as the role of stakeholders. The experimentalist lens appears appropriate to business and human rights for many reasons. As argued by scholarship<sup>176</sup> business and human rights problems, in terms of abuses and implementation gaps, are endemic across economies; root causes are multiple and hard to diagnose; value conflicts are pervasive; and solutions, if they are to be had, imply the pooling of knowledge, resources and sustained multi-actor cooperation. Accordingly, business and human rights carries a likelihood of value conflicts across States, local policy variation and a need to evaluate effectiveness over time, rather than against a prior universal template.

On the above basis, an experimentalist governance analysis of business and human rights NAPs is relevant while also making a novel scholarly contribution<sup>177</sup>. It may illuminate whether the national implementation of business and human rights norms mirrors or diverges from that of other human rights standards. It may shed light on the ongoing debate over how an international business and human treaty should be designed, in terms of substantive content, institutionalisation, oversight and accountability mechanisms. It may also help to better qualify understanding of the reasons for ready pursuit of business and human

---

and climate change technologies, in *International and Comparative Law Quarterly*, n. 64, pp. 875-904.

<sup>175</sup> See Methven O'Brien, C. - Ford, J. (2019). *Business and human rights: from domestic institutionalisation to transnational governance and back again*, in *Nordic Journal of Human Rights*, n. 3, p. 204; de Búrca, G. - Keohane, R. - Sabel, R.C. *Global experimentalist governance*, cit.; de Búrca, G. - Keohane, R. - Sabel, R.C. *New modes of pluralist global governance*, cit., p. 727;

<sup>176</sup> Methven O'Brien, Ford, J. *Business and human rights*, cit.

<sup>177</sup> See Nance, M. - Cottrell, M. *A turn toward experimentalism* cit.; Kenner, J. - Peake, K. *The Bangladesh Sustainability Compact*, cit., Goldstein, G. - Ansell, C., *Experimentalist governance in global public*, cit.

rights NAPs by States and others, while also guiding reflection about what may be expected to result from this trend in the years ahead.

A study conducted by scholars<sup>178</sup> has analysed NAPs processes in twenty-five states against five experimentalist governance criteria relating to: 1) stakeholder participation; 2) agreement on a broad problem definition; 3) local contextualisation; 4) monitoring and peer review and 5) periodic revision and learning. According to the study, NAPs on business and human rights in most States demonstrate resemblance to the traits of experimentalist governance<sup>179</sup>. In particular, the analysis points out the emergence of relatively sophisticated and demanding institutional governance mechanisms within NAPs, including the institutionalisation of complex deliberative processes. Nevertheless, it also identifies some significant shortcomings, related to the lack of inclusion of vulnerable groups and the lack of explicit indicators and targets. Nevertheless, the weaknesses of NAPs identified do not seem fatal or to signify a lack of traction of international business and human rights norms, even those of a soft law nature

Consequently, NAPs may have potential to provide the basis for an institutional framework to address the complex problems that emerge in the business and human rights context and as a basis for “*dealing with the failure of traditional problem-solving strategies and multilevel cooperation in decision making*”<sup>[11]</sup>.

## 6. INDIRECT IMPACTS OF UNGPS: NATIONAL LEGISLATIONS TARGETING MODERN SLAVERY AND FORCED LABOR<sup>0</sup>

While one of the very few, if not the only really visible trend is the growing interest and uptake of NAPs by an increasing number of States globally, the UNGPs’ implementation should not be limited to NAPs.

---

<sup>178</sup> To see a summary of the study see O’Brien, C.M. - Ferguson, J. - McVey, M. (2022) *National Action Plans*— n. 23, pp. 71–99.

<sup>179</sup> Goldstein, G. - Ansell C., *Experimentalist governance in global public*, cit., p. 243.

<sup>180</sup> Armeni, C. *Global experimentalist governance*, cit., p. 884.

When we compare the existing NAPs and non-NAPs related initiatives that do contribute at achieving the outcomes set out by the UNGPs, it is noticeable that many if not the majority of existing binding regulations were developed outside the NAPs framework. It is noteworthy also that, for instance, major companies' disclosures about how they try to eradicate slave labour from their supply chains came around the time when the *UK Modern Slavery Act* was adopted. However, it is certainly the case that ongoing discussions first leading to the "Protect, Respect and Remedy" Framework and later the UNGPs endorsement, along with large business-caused tragedies (Rana Plaza<sup>181</sup>, Deepwater Horizon) and scandals (e.g. slavery work in the Nestlé and Unilever supply chains) contributed to the atmosphere conducive for their adoption.

Below are some of the most interesting pre-NAP or non-NAP related initiatives that could be copied or at least used as inspiration by other Countries to develop similar or even better regulations that fit other countries regulatory framework. Those initiatives include, for example, different regulations requiring businesses to report publicly on measures to reduce human trafficking or forced labour in their supply chains.

As a consequence, the past years have seen a rapid development in national legislation targeting modern slavery and forced labor. In Germany, the *Supply Chain Law* that requires mandatory human rights due diligence on global supply chains was passed in June 2021 and will become effective from 2023. Large companies (initially those with more than 3.000 employees, but from 2024, those with more than 1.000 employees) in Germany will face a fine of up to 2% of their global turnover for violation.

In the US, requirements for corporations to report on measures to prevent modern slavery in the supply chain have been in place for several years – for example, the *California Transparency in Supply Chains Act* in 2012. More recently, the previous Trump administration used forced

---

<sup>181</sup> For example, it is worth noting that the original preamble of the French first draft bill on the duty of vigilance, which was put forward in November 2013, mentions 'as justifications for the bill, the Rana Plaza disaster; see Bernaz, N. (2016). *Unpacking the French Bill on Corporate Due Diligence: a presentation at the International Business and Human Rights Conference in Sevilla*', in *Blog "Rights as Usual"*, <http://rightsasusual.com/?p=1087>.

labour and other human rights abuses as a reason to impose sanctions against other Countries, an approach the Biden administration has continued so far. For US companies, the concept of corporate social responsibility, rather than statutory law, is the primary vehicle for extending human rights obligations throughout supply chains and communities. However, in the last few years, the US has also been active in using sanctions against forced labour and other human rights abuse by foreign companies and governments. This includes invoking the *Global Magnitsky Human Rights Accountability Act* to impose sanctions on foreign companies and governments, including police bureaus and political persons, and other specific legislation targeting such alleged human rights abuse. Sanctions are a political problem and usually have a political solution, but the overall development of supply chain legislation in various major developed economies above may compel businesses with global footprints and supply chains, especially in developing or emerging economies, to take more far-reaching action.

There were similar calls in the UK to tighten enforcement of modern slavery laws in order to target the alleged forced labour of minorities and under-represented groups in global supply chains. In particular, *section 54 of the UK Modern Slavery Act 2015* requires companies with a turnover of more than £ 36 million to prepare an annual statement with the steps they have taken to address modern slavery and human trafficking in their supply chains and in any part of their business. On the 22nd of September 2020, the UK government proposed new measures to strengthen those transparency provisions in its response to the transparency in supply chains consultation. These measures extend the application of *section 54* to public bodies with annual budgets over £ 36 million and mandating topics that modern slavery statements must cover. Despite this, the proposals have not yet been implemented.

In January 2019, the *Commonwealth Modern Slavery Act 2015* came into force. Under the Act, an Australian entity or a foreign entity undertaking business in Australia with a consolidated annual revenue of at least AUD100 million, must submit an *annual modern slavery statement* with the Department of Home Affairs. This act is proving to be fruitful not only from an economic point of view, but especially in terms

of the protection of an individual's dignity, which is too often tacitly infringed.

In 2018, the *New South Wales state government* passed its own modern slavery legislation, the *Modern Slavery Act* [111], though there is no date set for when it will come into force. It will require commercial organics actions with employees in NSW and a consolidated revenue of at least AUD50 million to prepare an annual statement similar to that required by the *Commonwealth Modern Slavery Act*.

Tasmania has also started the process of introducing its own modern slavery laws. In April 2020, the *Supply Chain (Modern Slavery) Bill 2020* was tabled in Tasmania's lower house, though it has not progressed further. The bill is similar in operation to the NSW Act, but has an even lower revenue threshold of AUD30 million.

Among other initiatives, at regional level, we can't forget that on the 22<sup>nd</sup> February 2022, the European Parliament sent a proposal to the Commission regarding a new *Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*<sup>182</sup>, which is expected to set out a draft law later this year. This Directive would aim to create a level playing field in which the supply chain due diligence requirements will apply to both EU entities and non-EU entities operating in the EU. It will oblige Member States to adopt or adapt their own corporate due diligence laws. The Directive would also call for complementary measures, such as the prohibition of the importation of products related to forced labor or child labor.

## 7. CONCLUSION

While transnational company (TNCs) or business stand to benefit greatly from such form of labor exploitation, the most vulnerable workers, such as migrant, who absorb most of the costs associated with this

---

<sup>182</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on *Corporate Sustainability Due Diligence* and amending Directive (EU) 2019/1937, COM(2022)71 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071>

economic activity in the form of lower labor and regulatory costs, are victim of many human rights violations.

The human rights agenda in general is plagued by a significant gap between the formal acceptance of norms and policy commitments, on the one hand, and, on the other hand, the achievement of compliance and implementation in practice<sup>183</sup>. The area of human rights and business is no different. Despite many efforts, business-related human rights abuse is still a serious problem. Further implementation of the UNGPs and related instruments is thus necessary.

Therefore, the “bottom up and multilateral approach” human rights oriented, since it is more participative, face the issue from different point of view and have frequent feed back, must be developed by international and national authorities and implemented by all companies and supply chains, because in the long term it could be the best way to eradicate such form of exploitation before they arise and it may be a more effective preventive strategy than criminal repression alone.

The media, politicians and other opinion makers and all stakeholders also need to recognise their responsibility in shaping public discourse about labor exploitation. This sense of responsibility can be encouraged among all citizens through initiatives such as branding products and services that meet certain labor standards, thus allowing consumers to assess the likelihood of their purchases having been produced under exploitative work conditions. Creating a climate of zero tolerance is an essential first step in combating labor exploitation, as the combination of current failings can lead to a situation of endemic impunity for exploiters, resulting in a systemic failure to acknowledge victims and redress violations of their human rights.

---

<sup>183</sup> Hafner-Burton, E.M., Tsutsui, K. (2005). Human rights in a Globalizing World: The Paradox of Empty Promises, in *American Journal of Sociology*, pp. 1373-1411

## 8. REFERENCES

- Allain, J. (2009), The Definition of Slavery in International Law, in Howard International Law Journal, p. 239 ss.
- Allain J. (2012), The Legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary, Oxford University Press.
- Allain, J. (2013). Slavery in International Law: of Human Exploitation and Trafficking, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston
- Allain, J. (2017) Contemporary Slavery and Its Definition in Law, in Bunting, A., Quirk, J. (ed.). Contemporary slavery: Popular Rhetoric and Political Practice, pp. 37-66
- Armeni, C. (2015). Global experimentalist governance, institutional law and climate change technologies, in International and Comparative Law Quarterly, n. 64, pp. 875-904.
- Bales, K. (2000), Expendable People, Slavery in the Age of Globalization, in Journal of International Affairs, p. 46.
- Bar-Siman-Tov, I. (2016). Temporary Legislation, Better Regulation and Experimentalist Governance: An Empirical Study, in Regulation and Governance, n. 12, pp. 192-219.
- Bradley, K., Cartledge, P. (2011). The Cambridge World History of Slavery, Cambridge University Press, Cambridge;
- Cantoni, S. (2018). Lavoro forzato e “nuove schiavitù” nel diritto internazionale, Giappichelli, Torino.
- Costello, C., Freedland, M. (2014) Migrants at work and the division of labour law, in Costello, C., Freedland, M. (eds.) Migrants at work. Immigration and vulnerability in labour law , Oxford, Oxford University Press, pp. 1-26.
- de Búrca, G. (2017). Human Rights Experimentalis, in American Journal of International Law, 2017, n. 2, p. 279 e 310.
- de Búrca, G. - Keohane, R. - Sabel, R.C. (2013). New modes of pluralist global governance, in New York University Journal of International Law and Politics, n. 45, p. 740.
- de Búrca, G. - Keohane, R. - Sabel, R.C. (2014). Global experimentalist governance, in British Journal of Political Science, n. 44, pp. 477-486;
- De Punta, R. (2018). Diritto del lavoro, Milano, Giuffrè, p. 7.

- Deva, S. (2016). Background Paper for India's National Framework on Business and Human Rights, in The Ethical Trading Initiative, [http://s3-eu-west1.amazonaws.com/www.ethicaltrade.org/files/shared\\_resources/india69Policy Department, Directorate-General for External Policies\\_national\\_framework\\_bhr\\_background.pdf?FeQtVeqQG8IntPX XHZN0IGnH3hU0PIlc](http://s3-eu-west1.amazonaws.com/www.ethicaltrade.org/files/shared_resources/india69Policy%20Department,%20Directorate-General%20for%20External%20Policies_national_framework_bhr_background.pdf?FeQtVeqQG8IntPX XHZN0IGnH3hU0PIlc)
- Di Stasio, C. (2021). "Schiavi invisibili": minori stranieri non accompagnati, in Calore, A., De Cesari P. (a cura di), *Schiavi. Presente e passato*, I Quaderni- LaCIS II, Collana del Dipartimento di Giurisprudenza Università degli Studi di Brescia, Giappichelli, p. 209,
- Goldstein, G. - G., Ansell, C. (2018). Experimentalist governance in global public health: The case of UNAIDs., in *Arizona Journal of International & Comparative Law*, n. 35, pp. 219-256;
- Hafner-Burton, E.M. - Tsutsui, K. (2005). Human rights in a Globalizing World: The Paradox of Empty Promises, in *American Journal of Sociology*, pp. 1373-1411
- Ismard, P. (2021), *Les Mondes de l'esclavage. Une histoire comparée*, Seuil, Paris.
- Kenner, J., - Peake, K. (2017). The Bangladesh Sustainability Compact: An effective exercise of global experimentalist EU governance, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, n. 19, pp. 86-115.
- Martineau, A.C. (2021). Contested Histories. Revisiting the Relationship between International Law and Slavery, 279 ss., in *Routledge Handbook of International Law and the Humanities*, Routledge, Taylor & Francis Group, London
- Methven O'Brien - C., Ford, J. (2019). Business and human rights: from domestic institutionalisation to transnational governance and back again, in *Nordic Journal of Human Rights*, n. 3, p. 204
- Miers, S. (2000), Contemporary Form of Slavery, in *Canadian Journal of African Studies*, 34, 731 ss.
- Miers, S. (2003). *Slavery in the twentieth Century. The Evolution of a Global Problem*, Altamira Press, U.S;
- Nance M. - Cottrell, M. (2014). A turn toward experimentalism? Rethinking security and governance in the twenty-first century, in *Review of International Studies*, n. 40, pp. 277-301.
- O'Brien, C.M. - Ferguson, J. - McVey, M. (2022) National Action Plans on Business and Human Rights: an Experimentalist Governance Analysis, in *Hum. Rights Rev.*, n. 23, pp. 71-99.

- Paz Fuchs, A. (2016). Badges of Modern Slavery, in *The Modern Law Review*, n. 5, p. 757 ss.
- Santoro, E. (2012). Diritti Umani, lavoro, soggetti migranti: procedure e forme di neo-schiavismo, in T. Casadei T., (a cura di). *Diritti umani e soggetti vulnerabili, violazioni, trasformazioni ed aporie*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 230
- Siller, N.(2016). “Modern Slavery” Does International Law Distinguish Between Slavery, Enslavement and Trafficking, in *Journal of International Criminal Justice*, 14, n. 2, p. 405 ss.
- Stoppioni, C. (2019). Intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo: prime applicazioni dell’art. 603-bis c.p., in *Dir., Imm. e Citt.*, n. 2, pp. 70- 94.
- Tonolo, S. - Pascale, G. (2020). *La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo*, Giappichelli, Torino.
- Trucco, L. (2020). L’evoluzione della normativa relativa allo sfruttamento lavorativo dei migranti/caporalato e fattispecie correlate, in *Ius Migrandi*, FrancoAngeli, pp. 639-661.

## LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DERIVADA DE LA COMISIÓN DE CRÍMENES DE *LESA HUMANIDAD* EN CAMPOS DE DETENCIÓN DE (IN)MIGRANTES EN LIBIA

---

JONATÁN CRUZ ÁNGELES  
*Universidad de Jaén*

### 1. INTRODUCCIÓN

Sólo entre 2016 y 2018, más de 40.000 personas fueron interceptadas, a la deriva, en el Mediterráneo y trasladadas a centros de detención en Libia, donde se cometerían toda una serie de conductas que bien podrían clasificarse o, como mínimo, estudiarse de la óptica de la categoría de “crímenes de lesa humanidad” tal y como se contempla en el Estatuto de Roma. Un fenómeno que, a día de hoy (2022), no ha resultado en ningún tipo de actuación por parte de autoridades europeas o libias. Ante esta situación, no es de extrañar que, a petición de un grupo de más de doscientos abogados iusinternacionalistas, la Corte Penal Internacional haya decidido abrir diligencias para tratar de calificar las conductas denunciadas y determinar la posible responsabilidad internacional de los sujetos y actores implicados en este caso. Así las cosas, en este capítulo, nos centraremos en tratar de desarrollar las posibles teorías que podrían aplicarse y/o desarrollarse, en este caso concreto, *ad futurum*.

### 2. LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI)

Apriorísticamente, los crímenes o delitos cometidos tanto en el marco de (1) operaciones de salvamento y “rescate” como (2) en campos de detención de (in)migrantes en territorio libio podrían cumplir con todos

los requisitos procesales para poder ser investigados por la Corte Penal Internacional -tal y como desarrollaremos en los próximos apartados-. No obstante, cada una de estas dinámicas se refiere a distintas formas de conducta delictiva (por ejemplo, la primera, generalmente se refiere a responsabilidad derivada de omisión, mientras que la segunda, se correspondería con una posible coautoría). Asimismo, aunque ambas difieren en cuanto a los tipos delictivos específicos, se desarrollan como consecuencia de operaciones de “salvamento y rescate” en el Mar Mediterráneo durante un periodo de tiempo determinado (2013-2022).

De modo que, como punto de partida, a efectos de la determinación de la jurisdicción temporal, debe tomarse en consideración que todos los delitos a los que haremos referencia fueron cometidos desde 2013 hasta la fecha (2022); es decir que, todos ellos, se cometieron tras la entrada en vigor del Estatuto de Roma. Aunque estos delitos también podrían retenerse como cometidos en el marco de un conflicto armado en curso en Libia, a efectos de la determinación de la jurisdicción material, nos centraremos en los delitos o crímenes de lesa humanidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5 y 7 del Estatuto de Roma. Para ello, debe plantearse, necesariamente, que la jurisdicción podría establecerse a través de distintas vías alternativas: (1) partiendo de la premisa de que todos los autores son ciudadanos de Estados Partes del Estatuto de Roma; (2) como resultado de la remisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a la Corte Penal Internacional o (3) sobre la base de la jurisdicción territorial, en la medida en que los delitos enjuiciados se han cometido en una zona bajo la jurisdicción o control efectivo de los Estados Partes del Estatuto de Roma.

## 2.1. LA JURISDICCIÓN RATIONAE PERSONAE

Todas las personas potencialmente afectadas por estos crímenes se encuentran bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en tanto que nacionales de un Estado Parte del Estatuto de Roma. El hecho de que algunos de estos nacionales actuaran en calidad de funcionarios públicos y en tanto que agentes de una organización internacional (Unión Europea) no tiene impacto alguno en su responsabilidad -a tal efecto reténgase el acuerdo de cooperación celebrado entre la UE y la Corte

Penal Internacional-. Todos los Estados miembros de la Unión Europea han ratificado el Estatuto de Roma, sometiendo así sus nacionales a la jurisdicción de la Corte, de conformidad con su artículo 12. Además, según este artículo, la jurisdicción se extendería a los actos cometidos a bordo de un buque cuando el Estado del pabellón del mismo sea un Estado Parte. Esto significa que los delitos, incluidos los cometidos por omisión (propios de las dinámicas generadas entorno a las operaciones de salvamento y “rescate”) o ciertos elementos de los mismos que tuvieron lugar en el buque cuyo pabellón sea de un Estado miembro de la UE (una vez que los inmigrantes fueron interceptados) también pueden entenderse bajo la jurisdicción de la Corte. Así las cosas, se plantearía que tanto los Estados miembros como la UE podrían ser responsables, en principio, del equipamiento, capacitación y coordinación de la Guardia Costera Libia. Como consecuencia, las acciones y omisiones delictivas cometidas por sus agentes también se encontrarían bajo la jurisdicción de los Estados miembros de la UE, ya que éstos habrían ejercido un control *de facto* sobre dichos agentes a través de políticas claramente definidas y orientadas a tal fin. Mientras que, aunque los agentes libios, en tanto que coautores, no serían nacionales de un Estado Parte del Estatuto de Roma, sus coautores (en tanto que miembros de un Estado de la UE) sí que lo serían. De modo que, incluso, si llegásemos a considerar que los agentes libios ostentan la posición de autores principales en la comisión del delito, la determinación de la complicidad o coautoría no requeriría, necesariamente, que los autores principales se encontrasen bajo la jurisdicción *rationae personae* de la Corte Penal Internacional.

## 2.2. LA REMISIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS AL FISCAL GENERAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La Resolución 1970 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ofrece una fotografía estática de la situación de Libia del 26 de febrero de 2011. Recordemos que este tipo de resoluciones tienen el mismo valor jurisdiccional que cualquier otro mecanismo que autorice a la Corte Penal Internacional a actuar en dicha situación. Dicho esto, debe destacarse que las remisiones del Consejo de Seguridad tienen un peso

moral específico (*soft law*), ya que son la expresión de que la comunidad internacional ha acordado que la situación es tan preocupante que merece una resolución especial que active la competencia de la Corte Penal Internacional.

Así las cosas, las remisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas otorgan al Fiscal la posibilidad de abrir inmediatamente una investigación, sin necesidad de solicitar autorización previa a la Sala de Cuestiones Preliminares. Esta consecuencia procesal demuestra que los redactores del Estatuto consideraron que la existencia de tal remisión confiere una legitimidad particular a cualquier procedimiento iniciado a través de este mecanismo.

En el caso que nos ocupa, el Fiscal ha reconocido el carácter generalizado de los crímenes o delitos cometidos contra los migrantes en Libia, específicamente, aquellos cometidos en centros de detención. El Fiscal también ha anunciado que se han iniciado actuaciones, tales como compartir información y colaborar con una amplia red de entidades nacionales e internacionales. En su declaración ante el Consejo de Seguridad de 8 de noviembre de 2017, reitera la existencia de: “informes de homicidios ilegítimos, incluidas las ejecuciones de personas detenidas, secuestros y desapariciones forzadas; tortura, detenciones prolongadas sin un juicio o proceso legal; y detenciones arbitrarias, torturas y violaciones y otros malos tratos a los migrantes en centros de detención tanto oficiales como no oficiales”. Asimismo, la Oficina del Fiscal también destaca la necesidad de continuar las investigaciones sobre “presuntos delitos contra los migrantes en tránsito por Libia”.

### 2.3. LA COMPETENCIA *RATIONE LOCI*

Aunque, de entrada, muchas de las víctimas de los presuntos crímenes o delitos que desarrollaremos en próximos apartados mueran o sufran abusos en Alta Mar o en aguas territoriales libias, ciertos elementos tanto *de facto* como *de jure*, tienen lugar o, como mínimo, generan consecuencias directas en territorio de un Estado Parte del Estatuto de Roma y, por tanto, podrían servir para invocar la jurisdicción de la Corte. A tal efecto, se sostiene que la UE ejerce un completo control efectivo sobre las rutas utilizadas por los civiles, para escapar de la

violencia, en el Mediterráneo. La UE y, más concretamente, algunos de sus Estados miembros, se convertirían, de este modo, en (co)autores necesarios en la intervención militar en Libia.

El “control efectivo” se trata de establecer a través de un análisis fáctico de la situación, basándonos en documentos tanto internos como públicos, tomando en consideración la conducta de los distintos actores y sus declaraciones. En este sentido, mientras que las actuaciones habrían demostrado su impacto directo sobre estas situaciones, las declaraciones de los funcionarios de la UE habrían establecido un conocimiento claro de este impacto, a saber, la capacidad de influir en la situación en Libia y su control sobre el territorio y las aguas adyacentes. Esta toma de conciencia incluiría el control efectivo por parte de los actores de la UE en la Alta Mar que separa la UE de Libia. Aunque, reconocidas como aguas internacionales, habrían sido efectiva y funcionalmente controladas por las fuerzas y cuerpos de seguridad de la UE, así como por sus Estados miembros. Por todo ello, se considera que la estrategia seguida por la UE en la externalización de sus políticas migratorias conllevaría la delegación del control efectivo sobre dichas zonas a actores no estatales, paraestatales y socios extranjeros, en un intento (fallido) de evitar ser expuesto(s) a posibles reclamaciones o a la determinación de su posible responsabilidad internacional.

#### 2.4. LA (IN)ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

Aunque la Resolución 1970 otorga a la Corte Penal Internacional jurisdicción sobre los actos cometidos en el territorio de Libia, el carácter complementario de la Corte hace que los Estados tengan preferencia sobre ésta en cuanto al enjuiciamiento de nacionales que hayan cometido crímenes o delitos relacionados con el caso, tanto si ocurrieron en territorio libio, en Alta Mar o en el territorio nacional de uno de los Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, ningún Estado miembro de la UE ha abierto una investigación sobre los crímenes de lesa humanidad que describiremos en los próximos apartados y que supuestamente habrían sido resultado de la planificación y gestión de las políticas migratorias de la Unión Europea, allanando el camino para la apertura de actuaciones *motu proprio* por parte de la Oficina del Fiscal.

De hecho, por muy sorprendente que pueda parecer, una situación que produjo más de 40.000 víctimas y miles de muertes, aunque sí originó que se iniciaran procesos contra personal de ONGs humanitarias, en cambio, no produjo la apertura de ningún tipo de procedimiento de naturaleza penal, en la materia, en ninguno de los 27 Estados miembros de la Unión Europea, ni por parte de las autoridades libias.

Ante esta situación, la Fiscalía y la Corte Penal Internacional han sido claras: “La ausencia de procedimiento, es decir, la inactividad interna, es suficiente para que el caso sea admisible. La pregunta es si surge como resultado de la falta de voluntad o de la incapacidad y la Oficina no necesita considerar otros factores establecidos en el artículo 17”. Además, desde la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Hirsi, que se refería a la política migratoria italiana de “devoluciones en caliente” durante la era Gadafi, los desafíos no penales a las actuales políticas migratorias son muy limitados e incluyen asuntos relacionados con derechos constitucionales, administrativos y humanos. Esta situación debería extenderse a las autoridades libias -ya que ningún actor político o funcionario político de este país ha sido procesado en relación con el tratamiento que recibe la población (in)migrante en los campos de detención libios-.

## 2.5. LA GRAVEDAD DE LOS HECHOS

Las conductas calificadas como “crímenes de lesa humanidad” acaecidas en los campos de detención de migrantes en Libia revisten suficiente gravedad, según los artículos 17.1.d) y 53.1.c) como para justificar la apertura de diligencias por parte de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. A tal efecto, se considera que los delitos o crímenes son de tal magnitud tanto cuantitativa como cualitativamente. Su naturaleza es sistemática y recursiva, así como su escala de precedentes, requiriéndose, por tanto, una acción urgente y disuasoria por parte de la Corte Penal Internacional.

En este contexto, el Fiscal será el encargado de considerar la gravedad “en el contexto del conjunto probable de casos o casos potenciales, que surgirían de investigar la situación, evaluando no sólo los elementos cualitativos y cuantitativos de los presuntos crímenes o delitos, sino

también a quienes tienen la mayor responsabilidad por éstos”. Y, a tal efecto, aunque el análisis de la gravedad pueda ser un tanto flexible, parece que, incluso aplicando el enfoque más restrictivo, el presente caso no podría quedar sin enjuiciamiento (sin que ello obstaculizase el papel disuasorio de la Corte Penal Internacional), ni mucho menos ser considerado como un “caso periférico” o como “crímenes insignificantes”. Todo ello, debe apreciarse teniendo en cuenta que las poblaciones atacadas son/eran civiles desprotegidas, incluidas muchas mujeres y niños, en su momento de mayor vulnerabilidad, así como el hecho de que la focalización fuera organizada, establecida y parcialmente ejecutada por parte de algunos de los poderes más estructurados del mundo. Éstos son sólo algunos de los muchos argumentos que podrían esgrimirse para establecer que no sólo se alcanza el umbral de gravedad requerido, sino que, probablemente, nos enfrentamos a los crímenes más graves cometidos durante este periodo de la Historia de la Humanidad, en los términos establecidos en el Estatuto de Roma.

## 2.6. ACTUACIONES EN INTERÉS DE LA JUSTICIA

Al decidir iniciar una investigación, el Fiscal también debe considerar si la apertura de dicha investigación servirá a los “intereses de la justicia”, según lo dispuesto en el artículo 53 del Estatuto de Roma.

Las autoridades acusadas/enjuiciadas, en cuestión, actúan como parte de una estructura supranacional. Dos de estos Estados miembros, por ejemplo, son miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (si tenemos en cuenta a Reino Unido). No hace falta decir que, el deber de poner fin a la impunidad con respecto a los delitos más graves debe ser exigible, por igual, a todos los Estados actores, independientemente de su reputación, poder y apoyo en el sistema del Estatuto de Roma.

Los intereses de la justicia se considerarán únicamente en caso de que se abra una nueva investigación, como se argumenta *ad supra*, ya que cabe la posibilidad de que el Fiscal no necesite abrir una pieza separada en el presente caso, en vista de los resultados obtenidos, hasta la fecha (2022), de la investigación principal sobre la situación en Libia y la posibilidad de realizar un examen preliminar de los hechos acaecidos

en Alta Mar (respecto a los delitos cometidos en el marco de las operaciones de salvamento y “rescate”) con el fin de poder completar el expediente. Pero, en la medida en que el Fiscal pueda determinar lo contrario y escoja abrir una nueva investigación para reforzar la legitimidad de su acción, el artículo 53 exige sopesar las razones sustanciales en las que éste se apoya(ría) para negarse a investigar “la gravedad” y “los intereses de las víctimas”. De modo que el requisito debería enfocarse en negativo, es decir, cuáles son las razones sustanciales para no investigar en interés de la justicia, al existir una presunción a favor de iniciar las investigaciones, al no ser posible, en este caso, ni siquiera imaginar que los intereses de las víctimas pudiesen ser atendidos al decidir no seguir investigando o enjuiciando las políticas, al encontrarse bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Asimismo, la investigación de la(s) prueba(s) presentada(s), en relación con las dinámicas desarrolladas entorno a la interceptación y traslado de los (in)migrantes, no requiere de ninguna cooperación o misiones *in loco* en situaciones de peligro. A diferencia de la investigación de los crímenes cometidos por los agentes libios en los campos de detención que sí exige, necesariamente, reunir pruebas en Libia, en este caso, para determinar si procede (o no) enjuiciar a los presuntos autores.

De modo que debemos distinguir, por una parte, los delitos atribuidos a las operaciones de salvamento y “rescate” de la UE, que habrían sido cometidos exclusivamente por agentes europeos en Alta Mar, todos ellos actuando para un Estado(s) Parte(s) del Estatuto de Roma. Mientras que, por otra parte, con respecto a los delitos resultantes de la interceptación, traslado e internamiento de los (in)migrantes, se reconoce que los crímenes de lesa humanidad se habrían cometido en Libia. En relación con estos últimos, la única cuestión pendiente por resolver se relacionaría con la identidad de los máximos responsables, en tanto que autores de los crímenes o delitos, lo que requeriría de una actividad de investigación ardua e intensa, que entendemos que debería llevarse a cabo *in loco*.

La cuestión principal a evaluar no es una cuestión de hecho, sino de Derecho; es decir, si los funcionarios y agentes de la UE que diseñaron, orquestaron, coordinaron y participaron en la política migratoria de la

UE para frenar los flujos migratorios en el Mediterráneo central mediante la contratación de la “guardia costera libia”, siendo cómplices de estos presuntos crímenes o delitos. Este análisis se centraría en lo que se refiere a la *mens rea* y la determinación de la forma(s) de participación aplicables a los sospechosos/acusados.

### 3. LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL COMO RESULTADO DEL ESTUDIO DE LAS CONDUCTAS FÁCTICAS

Como es sabido, la Corte Penal Internacional procesa a individuos y no a grupos o Estados. Cualquier persona sospechosa de haber cometido presuntamente crímenes dentro de la jurisdicción de la Corte puede ser presentado ante ésta. De hecho, la política procesal de la Fiscalía es centrarse en aquellos que, teniendo en cuenta las pruebas reunidas, soportan la mayor responsabilidad por los crímenes. En este caso concreto, se señala a las Altas Autoridades de la Unión Europea, así como a los máximos dirigentes o cabecillas de los distintos grupos conocidos como “la guardia costera libia”. Para ello, distinguiremos entre la determinación de responsabilidad de rescate y aquella que pudiera determinarse desde el momento en que la guardia costera libia se hace cargo de la custodia, traslado y detención de los (in)migrantes.

#### 3.1. LAS DINÁMICAS PROPIAS DE LAS OPERACIONES DE SALVAMENTO Y “RESCATE” DE (IN)MIGRANTES EN EL MEDITERRÁNEO

Tras la crisis política en Libia (2011) y las implicaciones jurídicas de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hirsi (2012), entre 2013 y 2015, la política migratoria de la UE se (re)formuló tomando como eje central la externalización de las fronteras, generando dinámicas dirigidas a disuadir, directamente, a los (in)migrantes que tratan de cruzar el Mediterráneo central. En relación con las operaciones de salvamento y rescate, debemos enfocar la cuestión desde la óptica del artículo 7 del Estatuto de Roma, que contempla como “crímenes de lesa humanidad” aquellos en los que “se comete un (i) ataque, (ii) generalizado o sistemático, (iii) dirigido contra cualquier

población civil, (iv) con conocimiento del ataque, (v) de conformidad con o en apoyo de una política de un Estado u organización para cometer dicho ataque, y con (vi) un nexo entre los delitos y el ataque.”

Si entendemos “ataque” como “un curso de conducta que implique la comisión de múltiples actos”, un ataque en el marco del significado del artículo 7 podría abarcar cualquier tipo de maltrato a la población civil en cuestión, si es generalizado o sistemático. Así las cosas, partimos del hecho de que la terminación de la Operación Mare Nostrum y su sustitución por la Operación Conjunta Tritón es la decisión que desencadenó el “ataque”, de conformidad con la primera política (*de facto*) de la UE. A diferencia de la política de Mare Nostrum, Tritón no se encargó, principalmente, de la búsqueda y rescate (SAR), sino que se centró en “disuadir”, contando con muchos menos medios y recursos, con un alcance operativo que no cubría el área crítica SAR, donde había mayor probabilidad de que los buques estuvieran en peligro. Como consecuencia, se creó una brecha en el área SAR, bajo el control efectivo de la UE, donde se ahogaría miles de personas. Este “ataque” sería “extendido o sistemático”; es decir, que el carácter generalizado del ataque se derivaría del número de víctimas, su duración en el tiempo y el ámbito geográfico que abarca. A in de cuentas, miles de bajas y muchas más víctimas resultaron heridas o sufrieron, innecesariamente, como resultado de esta política de “omisión”.

La población civil afectada, en este caso, no es resultado de un accidente aleatorio: se constituyó en la esfera pública como un grupo de civiles distinguido del resto de la población por los poderes que la perseguía, con el objetivo de violar sus derechos a la vida, a buscar asilo, a salir de sus países de origen o de tránsito. Cientos de miles de solicitantes de asilo, refugiados, migrantes y otras personas necesitadas de protección internacional que pretendían cruzar el Mediterráneo durante el periodo 2014-2015 fueron, por tanto, progresivamente deshumanizadas y reducidas a la categoría de “migrantes”.

Quizás, el elemento más difícil de probar sea el *animus* de los funcionarios y agentes de la UE que se supone que no sólo estaban al tanto, sino que también habrían tenido la intencionalidad “conforme a una política organizacional”; como consecuencia directa de su decisión de

pasar de la Operación Mare Nostrum a la Operación Tritón, es decir, de asignar un presupuesto menor y destinar un número inferior de embarcaciones a operaciones SAR, ubicándolas en puntos más lejanos, en tanto que mandos asignados para rescate y, en cualquier caso, demasiado lejos y, por tanto, sabiendo que éstas actuarían de una forma premeditadamente lenta para poder responder a las llamadas de auxilio de una forma efectiva.

A modo de síntesis, de entrada, en relación con esta dinámica establecida entorno a las operaciones SAR, se plantea la posible comisión de una serie de “asesinatos por omisión”, destacando la responsabilidad de funcionarios y agentes de la UE que habrían causado, a sabiendas, la muerte de miembros de la población civil en el sentido del artículo 7.1.a. del Estatuto de Roma. A lo que debemos añadir, de manera análoga, la atribución del carácter doloso por el que se habría causado la muerte a los ahogados, también a aquéllos a los que se habría infligido, de manera intencional, un dolor severo e innecesario, así como sufrimiento, tanto físico como psicológico, encontrándose bajo el control efectivo de la UE, en el sentido del artículo 7.2.2. del Estatuto de Roma. De modo que, podría concluirse que como consecuencia del incumplimiento del deber legar de prestar auxilio a las personas con necesidad de protección internacional que se encontraban, en peligro, en el mar, en zonas bajo su control efectivo y al hacerlo con la intención de perseguir un objetivo político, los agentes y funcionarios de la UE podrían ser considerados como autores de un crimen contra la humanidad de tortura. Y, por último, no podemos olvidar que estos graves daños, así como el sufrimiento causado(s) a la población (in)migrante que sobrevivió a los naufragios, también puede constituir, si no se calificase como tortura, o como actos inhumanos, al causar intencionalmente un gran sufrimiento o lesiones graves corporales o a la salud física o mental, como “otros actos inhumanos de carácter similar que causan intencionalmente grandes sufrimientos o atentan gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”, en el sentido del artículo 7.1.k. del Estatuto de Roma.

Así las cosas, se plantea, inicialmente, cuál debería ser la modalidad de responsabilidad de los agentes y funcionarios de la UE (así como de sus

Estados miembros), pudiendo ser considerados como autores directos o indirectos (coautores o autores mediatos) de los crímenes o delitos descritos *ad supra*. A tal efecto, debemos distinguir la perpetración directa (individual), que se referiría a aquellos casos en los que el individuo lleva a cabo todos los elementos del tipo delictual. Así pues, la cuestión principal sería la de determinar si la UE habría tenido (o no) la capacidad, o habría contado con los medios para dar instrucciones a Frontex con el fin de que interviniese más allá de las aguas internacionales de la UE, manteniendo su compromiso de cubrir el área crítica SAR que, anteriormente, sí venía cubriendo Italia y permanecía bajo su control efectivo y, de este modo, determinar si podría haber puesto fin (o no) a la crisis humanitaria originada tras el diseño de las nuevas políticas migratorias de la UE, centradas en la externalización.

### 3.2. LAS DINÁMICAS PROPIAS DE LOS CAMPOS DE DETENCIÓN SITUADOS EN TERRITORIO LIBIO (2015-2019)

Los funcionarios y agentes de la UE (así como de los Estados miembros) también podrían haber cometido, a sabiendas, crímenes de lesa humanidad, en el sentido del Estatuto de Roma, de conformidad con las políticas migratorias de la UE y del Estado de Italia, planificadas para ser ejecutadas en el Mediterráneo central y en Libia. A través de estas políticas detalladas, se habrían orquestado operaciones de interceptación, ofreciendo un apoyo material multiforme a la “guardia costera libia”, cometiendo diversos crímenes de lesa humanidad contra los (in)migrantes que trataban de huir de dicho país y/o de sus “autoridades”.

En el presente caso, las dinámicas propias de estos campos de detención podrían constituir un ataque en el sentido del artículo 7 del Estatuto de Roma. Dicho ataque consiste en (i) conspirar, conjuntamente, con o a través de un consorcio de milicias (la guardia costera libia) para cometer (ii) múltiples actos y omisiones contra (in)migrantes que huyen de Libia, (iii) de conformidad con las políticas de inmigración de Italia y de la organización de la Unión Europea para detener los flujos migratorios en la ruta del Mediterráneo central. Para ello, se intercepta a los (in)migrantes en el lugar del “rescate” y, en lugar de custodiarlos para

asegurar que éstos desembarcasen en un “lugar seguro”, los agentes se convierten en cómplices, es decir, con conocimiento previo de que sus acciones conducirían a la comisión de diversos delitos contra la población civil, incluida la persecución, la deportación, el encarcelamiento, el asesinato, la esclavitud, la tortura, la violación y otros actos inhumanos en el sentido del Estatuto de Roma. En efecto, de ser así, las “expulsiones masivas o colectivas” podrían considerarse como forzadas y tendrían como destino(s) una serie de campamentos o centros de detención e internamiento en Libia.

Más allá del planteamiento de la observancia de la práctica sistemática de la “devolución en caliente”, se plantea si la implicación de los agentes de la UE debería extenderse a los delitos cometidos como consecuencia de dicha(s) deportación(es). En primer lugar, porque los agentes de la UE podrían haber tenido pleno conocimiento de que, tras la devolución, de forma rutinaria, al desembarcar a los (in)migrantes en territorio libio, se cometían una serie de acciones y omisiones prohibidas, que podríamos dividir en dos categorías: por una parte, (1) delitos cometidos entre la interceptación y el desembarco, en conjunto con o a través de la “guardia costera libia”; y, por otra parte, (2) un concurso de delitos que se dan tras el desembarco, generalmente, cometidos durante la detención, por milicias que puede incluir a facciones distintas de las que componen “la guardia costera libia”.

De entrada, se plantea un crimen o delito de “persecución”, en el sentido del artículo 7.1.h. del Estatuto de Roma. Según la jurisprudencia consolidada de la Corte Penal Internacional, una amplia gama de actos podría constituir un crimen o delito de persecución. Sin embargo, todos éstos deben ser, como mínimo, de una gravedad similar a otros actos prohibidos por los crímenes de lesa humanidad; es decir, que podrían incluir actos legislativos, ejecutivos, administrativos o contractuales, destinados a crear un sistema de tratos crueles, inhumanos, degradantes y/o discriminatorios. De este modo, la UE y sus Estados miembros podrían haber creado todo un “(eco)sistema” con el fin de implementar sus políticas migratorias, cuyo objetivo habría sido el de abstenerse de rescatar personas en situaciones de riesgo para sus vidas, centrándose en tramitar devoluciones ilícitas, siendo, por tanto, cómplices de

detenciones arbitrarias indefinidas, torturas y otras formas de abuso, trata y/o trabajo forzoso.

En el marco de estas actuaciones, también se acusa a los agentes de la Unión Europea (y de sus Estados miembros) de “deportar” a sabiendas y/o trasladar mediante el uso de la fuerza a una población civil, tal y como se contempla en el artículo 7.1.d. del Estatuto de Roma. En relación con este precepto, conviene destacar que la distinción entre “deportación” y “traslado forzoso” ya ha sido tratada por la Corte Penal Internacional (Sala de Primera Instancia), estableciendo que la deportación debe distinguirse del traslado forzoso en cuanto la deportación requiere un traslado de un Estado a otro, mientras que el traslado forzoso simplemente requiere un traslado de un lugar a otro. Además, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional ha establecido que la deportación o el traslado forzoso continúa siendo un delito de tipo abierto, pudiendo determinarse los elementos objetivos de dicho delito/crimen *ad hoc*. Por tanto, entendemos que, aunque la fuerza no se limitase a la fuerza física, en este caso, sí se referiría al ejercicio de dicha fuerza, ejercida inmediatamente después de la intercepción de las personas en peligro en el mar, así como durante el desplazamiento coaccionado; al ser la única alternativa posible a la muerte por ahogamiento.

Los solicitantes de asilo, en cuestión, se encontraban, ya fuese en aguas libias o en Alta Mar, huyendo de una “persecución” y/o con la intención de solicitar asilo, conforme a Derecho Internacional. Por tanto, entendemos que se encontraban protegidos por el Derecho Internacional de los refugiados y de los derechos humanos, independientemente, de su ubicación exacta. De forma más específica, se habría violado su derecho a la dignidad, a la vida, a la libertad, a la salud física y mental, y su derecho a solicitar asilo. Además, en la medida en que los (in)migrantes pudiesen haber sido localizados e interceptados en Alta Mar, entendemos que gozaban del principio de libertad de navegación, un principio de Derecho Internacional de naturaleza consuetudinaria, recogido en varios tratados internacionales.

Esta dinámica sistémica adoptada por parte de los funcionarios y agentes de la UE habría dado lugar también a una práctica o conducta que

bien podría calificarse como constitutiva de “privación grave de la libertad” de los (in)migrantes, en el sentido del artículo 7.1.e del Estatuto de Roma. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Permanente de la Antigua Yugoslavia determinó que “cualquier forma de abuso físico arbitrario de privación de libertad (...) puede constituir encarcelamiento” y será “arbitraria” cuando se dé “sin el debido proceso legal” y en aquellos casos en que los presos o detenidos hayan sido privados de “acceso a las garantías procesales que regulan su internamiento”. Asimismo, la detención también puede considerarse arbitraria cuando las condiciones de detención incluyan tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así las cosas, en el presente caso, el estudio del estatuto formal de la detención o la naturaleza de la instalación donde se encuentren los reclusos no será relevante *per se*; ya que una amplia gama de tipos y condiciones que privan de libertad pueden considerarse como equivalentes a pena de “prisión” de acuerdo con el significado del Estatuto.

En estos centros de internamiento se habrían cometido una serie de “asesinato(s)”, en el sentido del artículo 7.1.a del Estatuto de Roma. Como ha señalado el Fiscal, en sus declaraciones ante el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: “Los delitos, incluidos los asesinatos (...) se contemplan como un elemento común”. Se han documentado muerte(s) por golpes, por lesiones relacionadas con la tortura o por contraer enfermedades mortales debido a las pésimas condiciones de higiene en los campamentos/centros de detención y la falta de acceso a asistencia médica. Organismos de la ONU, organizaciones de la sociedad civil, investigadores y académicos, ONGs expertas e incluso las propias instituciones de la UE han publicado innumerables informes sobre el carácter delictivo de la conducta del personal de estos campos de detención y las numerosas muertes ocasionadas por éstos.

Al ser interceptados y, posteriormente, trasladados por la “guardia costera de Libia” a los centros de detención, los (in)migrantes se encontraban expuestos a episodios de trata de personas y sometidos a prácticas que podrían considerarse como constituyentes de “esclavitud” en el sentido del artículo 7.1.c. del Estatuto de Roma. En Libia, muchos de los (in)migrantes deportados fueron vendidos, subastados o trasladados

a la fuerza a lugares en los que se encontraban sujetos a una serie de dinámicas o prácticas propias de esclavitud, incluyendo, en ocasiones, la venta o préstamo de personas, totalmente despojadas de su libertad, entre las distintas milicias, con el fin de que éstas realizaran trabajos forzados.

En estos campamentos o centros de detención, también es común el registro de denuncias por tortura a los (in)migrantes. Entendiéndose por “tortura” la noción o concepto que nos ofrece el artículo 7.1.f. del Estatuto de Roma. No existe una definición estricta de los que constituye dolor o sufrimiento físico o mental “grave” pero se acepta que requiere de “un grado importante de dolor y sufrimiento”. De modo que infligir dolor físico o severo por acción u omisión puede incluir varias formas de violencia física que son comunes en los centros de detención y/o establecimientos de tortura libios, tales como golpear a los (in)migrantes *-heating and hitting-*. La tortura generalizada es un hecho bien documentado por ONGs y organizaciones internacionales, incluidos, *inter alia*, *Human Rights Watch* y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Otra forma de violencia documentada en estos campos de detención libios es la comisión de delitos o crímenes de “violación y otras formas de violencia sexual”, en el sentido del artículo 7.1.g. del Estatuto de Roma. Las mujeres son rutinaria y sistemáticamente víctimas de violencia sexual, cometida, *inter alia*, por los guardias de los centros de detención, tanto en centros oficiales como en aquéllos que se encuentran bajo el control de las milicias. Esta situación ha sido denunciada por *Human Rights Watch*, que ha tenido acceso a centros de detención como el de Tajoura en Trípoli, por ejemplo, donde varias mujeres han tratado de quitarse la vida tras haber denunciado agresiones sexuales por parte de los guardias que custodiaban dicho centro.

Y, por último, cabe recordar que, aquellos actos denunciados que no pudiesen encuadrarse en ninguno de los tipos descritos anteriormente, podrían, quizás, encontrar cabida en la cláusula residual del artículo 7.1.k del Estatuto de Roma, relativo a “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente un gran sufrimiento o daños graves al cuerpo o a la salud mental o física”. Hasta la fecha (2022),

han sido considerados como “otros actos inhumanos”, los siguientes delitos: traslados forzados, matrimonios forzados, desapariciones forzadas, ataques de francotiradores y bombardeos dirigidos contra la población civil, así como determinadas actividades relacionadas con la explotación sexual y/o trata de personas. Para dar mayor contenido a este crimen o delito, se ha reconocido que éste puede derivarse de la violación de las normas que prohíben el trato inhumano en virtud de las normas internacionales de derechos humanos y Derecho humanitario. De modo que debemos plantear cómo ciertos actos prohibidos cometidos como resultado de un ataque, de conformidad con las políticas migratorias de la UE, podrían constituir, por tanto, una nueva categoría de crimen atroz que, al no estar enumerado específicamente entre los crímenes de lesa humanidad, sí podrían calificarse como “otros actos inhumanos”, en atención al gran sufrimiento y/o a las lesiones graves causadas a las víctimas.

#### 4. MODALIDADES DE RESPONSABILIDAD

En el periodo comprendido (2013-2022), la determinación de las posibles modalidades de responsabilidad de los funcionarios y agentes de la UE podrían dividirse en el estudio de dos escenarios o dinámicas bien diferenciadas, en el hilo de las conductas *de facto* descritas en apartados anteriores. En primer lugar, deberíamos partir del análisis de la normativa y política(s) migratoria(s) que permitieron las operaciones mediante las cuales se financiaron, capacitaron y equiparon a la “guardia costera libia” para presentarla como un cuerpo de guardacostas nacionales soberanos y competentes con la legitimidad y capacidad para poder llevar a cabo operaciones de salvamento y rescate en el Mar Mediterráneo, con pleno conocimiento de la normativa aplicable tanto de Derecho Internacional del Mar como de Derecho Internacional de los derechos humanos. En esta etapa, la principal forma de autoría podría atribuirse a los agentes de la UE (e italianos) en relación con los delitos cometidos en el mar por omisión, es decir, por una inacción deliberada. A tal efecto, la UE habría establecido un sistema en el que las únicas opciones propuestas a la población serían el ahogamiento o ser interceptados por la “guardia costera libia”; ambas alternativas equivaldrían

a actos u omisiones que constituyen crímenes de lesa humanidad según el Estatuto de Roma. Partiendo de esta premisa, para demostrar una posible coautoría, la acusación no necesitaría probar que la conducta de uno de los sujetos o actores imputados, por sí sola, fue constitutiva de delito; sino que, más bien, la responsabilidad de los coautores surge de una atribución mutua, con base en un acuerdo conjunto o plan común. La idea es que “la suma de los aportes individuales coordinados por una pluralidad de personas da lugar a la realización de todos los elementos objetivos del delito”. Como resultado, toda(s) aquella(s) persona(s) que realice una contribución podrá ser considerada, indirectamente, responsable de las contribuciones de todos los demás y, por tanto, podrá ser considerado como autor principal del delito en cuestión.

Una vez establecido la (co)autoría en las operaciones de salvamento y “rescate”, la segunda dinámica se centraría en la participación de las Agencias y agentes de la UE (y de sus Estados miembros) encargados de la interceptación y que ejecutaron las operaciones de “devolución o expulsión masiva”, más específicamente, en aquellas prácticas iniciadas en el periodo comprendido entre 2016 y 2018. El estudio de su participación incluiría todo el proceso, es decir, desde la recepción de la llamada de socorro a la coordinación de la operación *in situ*. La participación concreta de la UE se referiría a múltiples actos y omisiones destinados a impedir que las ONGs u otros actores participen en operaciones SAR, evitando que los (in)migrantes pudiesen desembarcar en “lugar seguro”, es decir, en territorio comunitario. Además, más allá de determinar la responsabilidad principal de los funcionarios públicos, el Fiscal también tendrá la tarea de identificar aquellos actores que soportan una responsabilidad accesoria. En esta línea de trabajo, entendemos que la complicidad cubriría los casos en los que el acusado(s), intencionalmente, lleva a cabo un acto o actos consistentes en ayuda práctica, estímulo o apoyo moral al autor principal. Esto incluiría permitir que los recursos bajo la responsabilidad de uno se utilicen para la comisión de delitos por parte del otro. Se ilustra, entre otros muchos ejemplos, (1) la decisión del Consejo de la UE de 2016 que establece la cooperación la “guardia costera libia”, incluido el desarrollo de capacidades y la capacitación de ésta; y (2) la adopción por el Consejo de la UE de la

Declaración de Malta en febrero de 2017, que apoyó los esfuerzos para cooperar con Libia en materia de (in)migración y priorizó la provisión de capacitación, apoyo y servicios a la “guardia costera libia”. En este sentido, los funcionarios y agentes de la UE (y de sus Estados miembros) habrían ayudado, instigado y asistido a la comisión de los delitos cometidos en los centros de detención, incluyendo, pero no limitándose única y exclusivamente a la facilitación de medios para su comisión, al proporcionar un sustento legal, moral y simbólico para ello.

## 5. CONCLUSIONES

La política de devolución de Italia a Libia ya ha sido tratada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su *leading case* Hirsi c. Italia. En este asunto, el Tribunal de Estrasburgo estableció que el ejercicio del control efectivo genera un fenómeno de extensión de la jurisdicción, así como da lugar a una serie de deberes y obligaciones posteriores sobre las personas rescatadas, por lo que Libia -ya en la era de Gadafi- no podía ser considerada como un “lugar o país seguro” para efectuar deportaciones y que, como consecuencia, se establece que la política de devolución de Italia constituye una violación de la prohibición de la expulsión colectiva, así como se detectan una serie de conductas que equivalen a “tratos inhumanos y/o degradantes”.

No obstante, en lugar de respetar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la UE revisó su práctica de expulsiones, violando deliberada y sistemáticamente el principio consuetudinario de no devolución, que prohíbe la expulsión hacia un Estado en el que exista un riesgo o peligro real de violaciones de los derechos humanos. Establecido en el artículo 33 de la Convención de los Refugiados (1951), aplicado originalmente sólo a los refugiados en el sentido del artículo 1.a.2. de dicha Convención, es un principio ampliamente aceptado, que cubre a todas las personas, incluidos los solicitantes de asilo, y más aún cuando la población, en cuestión, es un grupo social, en particular, que se encuentra bajo amenaza de persecución.

Más allá del principio de libertad de navegación, se plantea que las conductas abusivas denunciadas en los campos de detención libios, serían

el resultado de que la UE hubiese violado su deber de garantizar el desembarco de los (in)migrantes en puertos seguros, conduciendo, además, a éstos hasta la custodia directa de los “guardacostas libios”, constituyendo una explotación cínica de personas indefensas en situación de riesgo vital, negándoles el auxilio real por parte de las embarcaciones competentes más cercanas.

En última instancia, la decisión de (no) investigar podría llegar a tener una consecuencia directa en la sostenibilidad financiera del Tribunal. No obstante, una negativa por su parte a la hora de abrir investigaciones o reconocer la comisión de delitos o crímenes podría ser perjudicial para la credibilidad o la apariencia de imparcialidad de la Corte Penal Internacional. Llegados a este punto, una vez expuestos todos los elementos de hecho y argumentos jurídicos, sólo nos queda esperar la respuesta por parte del Tribunal que tiene en sus manos la difícil tarea de “calmar las aguas”, literalmente.

## 6. AGRADECIMIENTOS

Quisiera agradecer, especialmente, a la Profa. Dra. Gemma ANDREONE, que aceptara acogerme en su Grupo de Investigación, vinculado al ISGI-CNR (*Istituto di Studi Giuridici Internazionali – Consiglio Nazionale delle Ricerche*), en calidad de *Visiting Researcher* (durante el curso académico 2021-2022), con mi propuesta de proyecto: “las obligaciones jurídico-internacionales de los Estados miembros (UE) en el marco de operaciones de interceptación de embarcaciones y rescate de personas en el mar Mediterráneo”, así como quisiera agradecer, también, una vez más, al Prof. Dr. Víctor Luis GUTIÉRREZ CASTILLO, en calidad de coordinador del Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Jaén, así como en tanto que Investigador Principal (IP) del Grupo “Derecho Común Europeo y Estudios Internacionales (DECOMESI) – SEJ399”, que tuviera a bien recomendar y apoyar mi propuesta.

## 7. REFERENCIAS

- Abegunrin, O., & Abidde, S. O. (Eds.). (2021). African migrants and the refugee crisis. Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-030-56642-5>
- Albahari, M. (2015). Crimes of peace: Mediterranean migrations at the world's deadliest border (Ser. Pennsylvania studies in human rights). University of Pennsylvania Press.
- Amicolo, R. (2013). The case of Hirsi Jamaa et al. v. Italy: the trend of irregular immigration taking place in the Mediterranean Sea. LAP Lambert Academic Publishing.
- Argent, P. d', & Kuritzky, M. E. (2017). Refoulement by proxy? the Mediterranean migrant crisis and the training of Libyan coast guards by EUNAVFOR MED Operation Sophia. *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 47, Pp. 233-264.
- Bevilacqua, G. (2017). Exploring the ambiguity of operation Sophia between military and search and rescue activities. *Future of the Law of the Sea: Bridging Gaps between National, Individual and Common Interests*, Pp. 165-189.
- Bölter Ann-Christin. (2018). Refugee flows as a threat to peace? EUNAVFOR MED and the implications of the adoption of Security Council resolutions in the context of refugee crises for the protection of the displaced. *Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law*, Vol. 32, No. 2, Pp. 161-185.
- Carta, M. (2021). Tutela dei diritti umani e obblighi di soccorso in mare: qualche considerazione sul ruolo del comandante della nave. *Rivista OIDU*, No. 5 (2021), Pp. 1181-1192.
- Ferreira, S. (2019). Human security and migration in Europe's southern borders. Palgrave Macmillan.
- Gaibazzi, P. (Ed.). (2017). Eurafrican borders and migration management: political cultures, contested spaces, and ordinary lives (Ser. Palgrave series in african borderlands studies). Palgrave Macmillan.
- Guttry, A., Capone, F., & Sommario, E. (2018). Dealing with migrants in the central mediterranean route: a legal analysis of recent bilateral agreements between italy and libya. *International Migration*, 56(3), Pp. 44–60. <https://doi.org/10.1111/imig.12401>
- Ippolito, F., & Trevisanut, S. (Eds.). (2015). Migration in the Mediterranean: mechanisms of international cooperation. Cambridge University Press.

- Mitsilegas, V., Moreno Lax, V., & Vavoula, N. (Eds.). (2020). *Securitisating asylum flows: deflection, criminalisation and challenges for human rights* (Ser. Immigration and asylum law and policy in europe, volume 46). Brill Nijhoff.
- Moreno Lax, V. (2017). *Accessing asylum in Europe: extraterritorial border controls and refugee rights under eu law* (First, Ser. Oxford studies in european law). Oxford University Press.
- Moreno Lax, V., & Papastavridis, E. (Eds.). (2017). *Boat refugees and migrants at sea: a comprehensive approach: integrating maritime security with human rights* (Ser. International refugee law series, volume 7). Brill/Nijhoff.
- Papastavridis, E. D. (2018). Recent "non-entrée" policies in the central mediterranean and their legality: a new form of "refoulement"? *Diritti Umani E Diritto Internazionale*, Vol. 12, No. 3 (sep-dec.), Pp. 493-509.

## DESPLAZADOS AMBIENTALES: NUEVO DESAFÍO GLOBAL HUMANITARIO Y POSIBLES RESPUESTAS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

---

LORENA CALLER TRAMULLAS  
*Universidad de Jaén*

### 1. INTRODUCCIÓN

Históricamente los factores medioambientales han sido factores determinantes de los desplazamientos humanos.

El cambio climático ha incrementado su velocidad en las últimas décadas de forma que los desastres naturales, sequías, aumento del nivel del mar e inundaciones, entre otros, son mucho más frecuentes e impactan directamente en los fenómenos migratorios. Además, está presente la paradoja de que los países que menos contaminan son los que reciben un mayor impacto ambiental<sup>184</sup>.

Sin embargo, el Derecho Internacional y el Derecho Internacional Humanitario aún no han previsto un régimen jurídico aplicable a los desplazados ambientales a quienes no se les puede aplicar el estatuto del refugiado a pesar de que los expertos advierten de la premura ante la posibilidad de una crisis humanitaria global.

---

<sup>184</sup> China, Estados Unidos, Japón, Rusia o Canadá se encuentran en el ranking de los países más contaminantes, como semana el informe de Climate Selectra disponible en <https://tinyurl.com/27e7ft2s>. Sin embargo, el informe del Índice de Riesgo Climático del Observatorio Germanwatch señala como países más afectados por el impacto climático a Puerto Rico, Myanmar, Bahamas o Haití y pone acento en la vulnerabilidad de los países más pobres frente a los efectos del cambio climático. Informe disponible en <https://tinyurl.com/2xrs9lop>

## 2. DIFERENCIAS ENTRE DESPLAZADOS AMBIENTALES.

Se ha utilizado terminología muy diferente para denominar a las personas que se ven forzadas al abandono de su tierra de origen por causas ambientales, términos tales como refugiado ambiental, refugiado climático, desplazados climáticos, desplazados ambientales, entre otros. Ello demuestra la complejidad de la materia en el debate internacional puesto que, implica aspectos políticos, pero también económicos y, por otra parte, pone de relieve la falta de unidad en las distintas posturas doctrinales<sup>185</sup>.

El término “refugiado ambiental” ha sido definido por Essam El-Hinnawi en 1985 como personas forzadas al abandono del hábitat tradicional en que se encuentran, ya se trate de un abandono temporal o permanente, debido a una grave ruptura medioambiental que hace peligrar la existencia del individuo o puede afectar de forma grave a sus condiciones de vida. Ese mismo autor define la ruptura medioambiental como el cambio físico, biológico o químico en el ecosistema o en los recursos básicos para la vida que hace que sea impracticable para la vida de forma temporal o indefinidamente<sup>186</sup>.

La problemática en torno a este término y en torno al término de refugiado climático es que en términos estrictamente jurídicos no encuentra encaje en la figura del refugiado tal y como se encuentra configurado en el Derecho Internacional. La Convención sobre el estatuto del refugiado adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951 junto con su Protocolo de 1967 establece los requisitos para la adquisición del estatus de refugiado, sin perjuicio de la existencia de otros instrumentos de protección regionales como la Convención de la Organización para la Unidad Africana, por la que se han regulado las concretas problemáticas respecto de los problemas de los refugiados en África. Así, se requiere que la persona que requiere la protección se encuentre fuera de las fronteras del país cuya nacionalidad ostente o, en su defecto, fuera del país donde

---

<sup>185</sup> López, F., (2017), “Los refugiados climáticos”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, nº 68, 8 mayo, pp. 1-3.

<sup>186</sup> El- Hinnawi, E., (1985), *Environmental refugees*, UNEP, Nairobi, 1985, p. 4. Disponible en la biblioteca digital de Naciones Unidas <https://digitallibrary.un.org/record/121267?ln=en>

tenga su residencia habitual. Igualmente, es necesario que la persona tema fundadamente ser perseguida por cuestión de nacionalidad, raza, religión, opinión política o por su pertenencia a un particular grupo social<sup>187</sup>. En el momento en que dicha Convención fue adoptada, tras la II Guerra Mundial, los factores relativos al cambio climático y su incidencia en los desplazamientos humanos no se tuvieron en cuenta. Por otra parte, el término persecución no puede ser asociado a los desastres ambientales puesto que implica la existencia de vulneraciones de Derechos Humanos graves, ya sea por la intensidad de dichas vulneraciones o por su reiteración<sup>188</sup>. Incluso, en el supuesto hipotético en que se admitiera tal concepto de persecución, sería necesario que ésta tuviera como causa alguna de las expresamente tasadas en la Convención de Ginebra. Por ello, hoy resulta muy complicado realizar una interpretación que permita aplicar el estatus de refugiado a los desplazados ambientales.

El término refugiado climático es bien valorado por un grupo amplio de la doctrina pues tiene un fuerte simbolismo acerca de la vulnerabilidad en la que se hallan estas personas que permite un mayor reclamo a los poderes públicos<sup>189</sup>.

El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, en adelante ACNUR, y la Organización Internacional para las Migraciones, en adelante OIM, acogen el término “personas ambientalmente desplazadas” con preferencia al término “refugiado ambiental”.

La OIM<sup>190</sup> define el migrante por motivos ambientales como la persona que, a causa de los cambios bruscos o graduales en el medio ambiente, que impactan de forma negativa en sus condiciones de vida o en su

---

<sup>187</sup> Convención sobre el estatuto del refugiado adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-26331>

<sup>188</sup> McAdam, J., (2010). “El desplazamiento provocado por el cambio climático y el Derecho Internacional”, *Evento paralelo al Diálogo del Alto Comisionado sobre los desafíos en materia de protección 8 de diciembre de 2010, Palacio de las Naciones, Ginebra*, pág. 2.

<sup>189</sup> Albert, J., (2022). “Desplazados ambientales: incertidumbres y respuestas jurídicas frente a un eventual conflicto humanitario”. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, pp. 13-14.

<sup>190</sup> Glosario de la OIM sobre Migración, disponible en [file:///C:/Users/UJA/Downloads/iml-34-glossary-es%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/UJA/Downloads/iml-34-glossary-es%20(1).pdf), pág. 64.

propia existencia, abandona forzosamente el lugar donde reside habitualmente temporal o indefinidamente y se desplaza a otras localizaciones de su país o a otro lugar fuera del mismo<sup>191</sup>.

El término desplazado ambiental parece ser más adecuado. La utilización de dicho término en el sentido en que la OIM define a los migrantes por motivos ambientales, resulta más concordante con el ordenamiento internacional puesto que, desplazado es un término menos genérico que el término migrante, ya que la migración no siempre es forzosa y, por otra parte, es más acorde jurídicamente que el término refugiado. Igualmente, el término ambiental abarca una tipología de desplazados más amplia que si se utiliza el término climático porque incluye los afectados por el cambio climático y también por desastres ambientales.

### 3. EXAMEN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL

Existen distintos instrumentos jurídicos que han regulado algunos aspectos sobre el cambio climático y su impacto.

Es preciso tener en cuenta que el cambio climático puede dar lugar a la afectación de distintos derechos. Los desastres climáticos de gran intensidad pueden afectar al derecho a la vida<sup>192</sup>. Igualmente, los factores ambientales pueden llegar a tener una gran incidencia respecto de la seguridad alimentaria pudiendo llegar a ser vulnerado el derecho a no padecer hambre y tener una alimentación adecuada<sup>193</sup> y, por último, la salinización y el incremento del nivel del mar pueden comprometer de una forma seria el acceso a agua potable<sup>194</sup>.

---

<sup>191</sup>Términos fundamentales sobre migración de la OIM disponible en <https://www.iom.int/es/terminos-fundamentales-sobre-migracion>

<sup>192</sup>Obsérvese el artículo 6 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

<sup>193</sup>Obsérvese el artículo 11 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

<sup>194</sup>Obsérvense los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Debemos remontarnos a la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992<sup>195</sup> que sentó algunos principios del Derecho ambiental tales como la responsabilidad ante las futuras generaciones o la protección del medio ambiente como un factor del desarrollo sostenible. Tras la Declaración de Río se aprobaron distintos instrumentos como el Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y la Convención de Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación<sup>196</sup> que han sentado las bases de la posterior regulación internacional de la materia<sup>197</sup>.

La movilidad humana por factores ambientales se había tratado y discutido pero el Acuerdo de París de 2015<sup>198</sup> fue el primer instrumento vinculante que hace referencia a los migrantes al decir que *“los Estados deben adoptar medidas para abordar el cambio climático, y respetar, fomentar y considerar las respectivas obligaciones en materia de Derechos Humanos con atención especial a los inmigrantes”*<sup>□□</sup>.

Cabe señalar, por otra parte, la Declaración de Nueva York sobre Refugiados y Migrantes aprobada en la Asamblea General de Naciones Unidas en 2016 que conmina a los Estados a comprometerse a compartir responsabilidades para la gestión de estos desplazamientos garantizando la seguridad y la dignidad de las personas.

---

<sup>195</sup>Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, disponible en [https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2014/08/1\\_DeclaracionRio\\_1992.pdf](https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2014/08/1_DeclaracionRio_1992.pdf)

<sup>196</sup>Convenios disponibles en <https://tinyurl.com/22lzz2ub>, <https://tinyurl.com/23p2muvl> y <https://tinyurl.com/24w37hqd> respectivamente.

<sup>197</sup> Solanes, A., (2020), Desplazados y refugiados climáticos. La necesidad de protección por causas ambientales”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, pág. 435,

<sup>198</sup> Acuerdo de París 2015, disponible en [https://unfccc.int/files/meetings/paris\\_nov\\_2015/application/pdf/paris\\_agreement\\_spanish\\_.pdf](https://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/paris_agreement_spanish_.pdf)

<sup>199</sup> Acuerdo de París 2015, Título Preliminar : *“Reconociendo que el cambio climático es un problema de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, las Partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones vulnerables y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional”*, disponible en [https://unfccc.int/files/meetings/paris\\_nov\\_2015/application/pdf/paris\\_agreement\\_spanish\\_.pdf](https://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/paris_agreement_spanish_.pdf)

Por último, el Pacto Mundial para una Migración Segura y el Pacto Mundial sobre los Refugiados de 2018 muestran preocupación por la incidencia de los factores ambientales en los desplazamientos.

Con todo ello, no existe una regulación internacional que obligue a los Estados a la protección de los desplazados ambientales. Hay que tener en cuenta que, en la actualidad, hay posturas muy dispares respecto del cambio climático, hay defensores, científicos que explican el impacto del cambio climático, detractores que se han retirado del Acuerdo, discrepancias respecto del límite del calentamiento global, entre otras cuestiones, han dificultado enormemente el consenso para lograr la adopción de un marco normativo que proteja a los desplazados ambientales.

La posición mantenida por ACNUR es que a las personas desplazadas que cumplan las condiciones para adquirir el estatus de refugiado conforme a lo dispuesto en la Convención de 1951 se les aplique el mecanismo de protección internacional y, en el caso de aquellos que no reúnan las condiciones para adquirir el estatus de refugiado, al menos se les debe garantizar que no serán devueltos a sus países originarios y una regulación legal que otorgue a estos desplazados un permiso de residencia renovable. No obstante, cuando los desplazamientos se llevan a cabo en el interior de las fronteras de su país, no se plantea la problemática de encontrarse en situación irregular y desaparece el riesgo de expulsión.

El hecho de que una persona adquiera el estatus de refugiado implica la prohibición de expulsarla y devolverla a su país de origen, es decir, que se hace efectivo el principio de *non-refoulement* referido en el artículo 33 de la Convención y sobre el que gran parte de la doctrina mantiene que se trata de un principio general de Derecho Internacional que facilita la conexión entre el régimen de protección de los Derechos Humanos y el régimen de refugio y asilo<sup>200</sup>. Igualmente, se trata de una norma de *ius cogens* y desde el momento que la persona solicita la

---

<sup>200</sup> Solanes, A., (2020), "Desplazados y refugiados climáticos. La necesidad de protección por causas ambientales. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, pág. 442.

protección como refugiado ésta queda bajo la jurisdicción de un Estado seguro.

No obstante, tanto el principio de *non-refoulement* como el ejercicio del derecho de asilo son cuestiones frente a las que los Estados son reacios y como Estados soberanos quieren decidir quienes entran, transitan, salen o permanecen en su territorio. Esto ha conducido en algunas ocasiones a las posturas de diversos Estados que dificultan o paralizan la posibilidad de acceder al estatuto de refugiado, entre otras razones, porque la Convención señala la necesidad de determinar el riesgo del solicitante atendiendo a sus circunstancias personales y tienden a confundirlo con atender a hechos concretamente personalizados y, en los casos en que aumenta la presión migratoria es muy difícil de llevar a la práctica.

Respecto de la definición de país seguro se debe atender al procedimiento de petición de protección pues hay que evaluar si el solicitante ya ha sido efectivamente protegido en otro país o si un tercer país asumió la responsabilidad de evaluar la solicitud. El concepto de tercer país seguro implica la presunción de que la persona solicitante pudo pedir asilo y debió pedirlo en el caso de que hubiera transitado un país seguro durante el tránsito hasta llegar al tercer país. Un tercer país será seguro si respeta el Derecho Internacional respecto de la protección de las personas refugiadas y el mínimo internacionalmente establecido en materia de Derechos Humanos<sup>201</sup>.

En el caso de los desplazados ambientales tal y como se han definido anteriormente, no resultan protegidos por el principio de *non-refoulement* ni es aplicable el concepto de tercer país seguro puesto que no puede aplicarse el estatuto del refugiado. Así lo expuesto, son jurídicamente considerados migrantes y las normas de extranjería generalmente responden a las necesidades económicas o de fuerza laboral que tenga el Estado que se trate.

---

<sup>201</sup> Solanes, A., (2020), "Desplazados y refugiados climáticos. La necesidad de protección por causas ambientales. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, pág. 443

En esta misma línea, la Unión Europea, respecto de los nacionales de terceros países, gestiona los flujos migratorios según las necesidades que marca el mercado de trabajo y el éxito depende en gran medida de la suerte de acceder con un visado y que se trate de ocupar sectores laborales que pueden ser ocupados por las personas migrantes. En este caso, sí pueden ser devueltas o expulsadas, aunque en el país donde retornan existan emergencias ambientales que pongan en peligro su vida o sus condiciones de vida.

Por último, no puede obviarse la especial problemática que presenta la desaparición de islas por inmersión como consecuencia del incremento del nivel del mar. Cabe plantearse la posibilidad de que la población que residía en tales territorios pueda considerarse apátrida conforme al Derecho Internacional siempre que no hayan adquirido la nacionalidad de otro país.

En el Derecho Internacional, un Estado requiere para ser así considerado, ciertos elementos constitutivos que se resumen en territorio, población y gobierno. En el caso de los Estados que pueden desaparecer por inmersión, por un lado, desaparece el territorio y, por otro lado, al desaparecer o convertirse en tierra inhabitable, la población tampoco puede permanecer y, en consecuencia, tampoco será viable la existencia de un gobierno eficaz.

Esta problemática plantea retos importantes al Derecho Internacional en materia de extinción de países puesto que se recoge normativa sobre la absorción, fusión y disolución de países, pero no se han previsto normas que abarquen la desaparición física del país en cuestión.

En el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954<sup>202</sup> se señala textualmente que “A los efectos de la presente Convención, el término “apátrida” designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”, lo que implica que necesariamente ha tenido que ser privada de nacionalidad o que le haya resultado denegada. Esto implica la

---

<sup>202</sup> Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 disponible en <https://www.ac-nur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0006.pdf>

imposibilidad de aplicar esta normativa a la población perteneciente a Estados que desaparecen por inmersión salvo que dicho Estado le hubiera privado de la nacionalidad previamente, lo cual se opone frontalmente a lo dispuesto por el Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, la desaparición que conlleva la inexistencia del país podría conducir a la situación apátrida, si no hubieran adquirido otra nacionalidad, de las personas pertenecientes al Estado desaparecido o en fase final de desaparición, lo cual se traduce en el reconocimiento de los Estados contratantes a estas personas de los derechos reconocidos en el instrumento mencionado<sup>203</sup>.

La realidad es que, en la práctica, no resulta claro cuándo considera la comunidad internacional que un Estado ha desaparecido porque la tendencia general es entender la continuación del estado incluso cuando comienzan a fallar los elementos constitutivos del mismo.

Otra cuestión importante es que, para poder adquirir los derechos previstos en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, es necesario que la persona haya abandonado su país originario previamente y haya llegado a otro país, que además dicho país haya ratificado el instrumento y no todos lo han hecho, y reclame en el mismo los derechos que le pudieran corresponder. Además, los Estados signatarios no han previsto un procedimiento formal específico para el reconocimiento de la condición de apátrida, lo que enturbia el acceso a los derechos reconocidos por la Convención.

El relativismo que caracteriza al Derecho Internacional implica que para que un Estado resulte obligado por una determinada situación jurídica éste debe haber participado en la creación del instrumento jurídico que lo vincula o, al menos, lo reconozca. Queda en manos de cada Estado, de forma unilateral y subjetiva, la apreciación del alcance de las obligaciones por lo que, conforme al principio de equivalencia de las pretensiones, el ordenamiento internacional lo conforma una serie

---

<sup>203</sup> McAdam, J., (2010). *“El desplazamiento provocado por el cambio climático y el Derecho Internacional”*, Evento paralelo al Diálogo del Alto Comisionado sobre los desafíos en materia de protección 8 de diciembre de 2010, Palacio de las Naciones, Ginebra, pág. 8.

de pretensiones y alegaciones subjetivas que rompen la coherencia del mismo<sup>204</sup>. Sin embargo, la humanización del Derecho Internacional quebró en cierta medida la concepción clásica del Derecho Internacional y puso el acento también en la persona, y el reconocimiento internacional de los Derechos Humanos ha generado una obligación de respeto de forma que esta cuestión ya no es una materia perteneciente a la jurisdicción interna de cada Estado.

Por ello, se hace cada vez más necesario y cada vez más urgente que la comunidad internacional adopte medidas e instrumentos eficaces que puedan proteger los Derechos Humanos de las personas desplazadas por factores ambientales<sup>205</sup>.

## 4. POSIBLES SOLUCIONES

### 4.1. INICIATIVA NANSEN.

La iniciativa Nansen es un proceso de carácter consultivo que se comenzó en 2012 y se basa, por una parte, en el artículo 14 de del Acuerdo de Cancún de 2010 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático en el que se reclama la adopción de medidas para lograr mejoras en materia de cooperación y coordinación del desplazamiento y reubicación provocada por los factores del cambio climático y, por otra parte, en los principios de la Conferencia Nansen de 2011.

De igual forma, también liderada por los Estados, nace la Plataforma sobre Desplazamientos por Desastres con el fin de prestar apoyo para llevar a cabo la implementación de las recomendaciones de la Agenda para la Protección de las Personas Desplazadas a través de Fronteras en el Contexto de Desastres y Cambio Climático<sup>206</sup> de la Iniciativa Nansen

---

<sup>204</sup> Carrillo, J. A., (2000), "Derechos Humanos y Derecho Internacional", *Isegoría*, núm. 22, pág. 4. Disponible en <https://tinyurl.com/2ft7uhco>

<sup>205</sup> *Ibidem*. Pág.11.

<sup>206</sup> Agenda para la Protección de las Personas Desplazadas a través de Fronteras en el Contexto de Desastres y Cambio Climático, disponible en <https://tinyurl.com/2xs7y5wt>

de 2015 y el Marco de Sendai 2015-2030<sup>207</sup> para la reducción del riesgo de desastres, que viene a suceder el Marco de acción de Hyogo 2005-2015. Esta Agenda parte de la situación de que las personas desplazadas por causas ambientales no pueden acceder a la condición de refugiado por lo que no cabe la imposición de tal obligación a los Estados. Esta Agenda apela a la solidaridad y cooperación internacional, a la producción de protocolos para gestión de las poblaciones afectadas y el establecimiento de medidas de respuesta concretas operacionales.

El desplazamiento por desastres permite distinguir esta figura de las normas de extranjería y las normas sobre refugiados y, por otra parte, el concepto de reubicación planificada refiere el proceso que se lleva a cabo autorizado por el Estado cuando las personas o grupos de personas se desplazan y se instalan en un lugar nuevo y se les dota con las condiciones mínimamente necesarias para recomenzar sus vidas en un nuevo lugar.

La Plataforma sobre Desplazamientos por Desastres aborda la promoción del desarrollo de políticas que permitan atajar los problemas en la protección de las personas desplazadas o en riesgo de desplazamiento ante las carencias que presenta el Derecho Internacional, pero no persigue el desarrollo de instrumentos vinculantes, sino que persigue la implementación de los ya existentes.

De esta forma, la Iniciativa Nansen plantea posibilidades, pero no impone obligaciones a los Estados. Sin embargo, la propia evolución del cambio climático y su impacto hace necesario ir más allá para tratar de que se haga efectivo el principio de *non-refoulement* y de que, en estos casos, se garantice la posibilidad de acceso a la residencia a las personas que, por causas de desastres ambientales y factores climatológicos han tenido que abandonar su lugar originario. En este caso, la adquisición de la residencia posibilita el acceso al mercado de trabajo, lo que hace que, en cierta medida, no se trate de un régimen transitorio.

---

<sup>207</sup> Marco de Sendai para la reducción del riesgo de desastres, disponible en <https://tinyurl.com/2apcrs2u>

## 4.2. AMPLIACIÓN DE LA CONCEPCIÓN DE REFUGIADO.

En la actualidad, hay algunas zonas a lo largo y ancho del planeta que se encuentran en verdadero riesgo de desaparición y en los que las condiciones de habitabilidad han sufrido un gran deterioro, como es el caso de Vanuatu, Islas Salomón, Kiribati, etc. Existen casos en los que ya se han realizado reubicaciones internas de las comunidades locales al convertirse en inhabitable la isla en la que residían o haber quedado destruidas sus aldeas, como es el caso de algunas de las Islas Salomon. En Papúa Nueva Guinea, ya en el año 2005, se reunió el Consejo de ancianos y de jefes de las Islas Carteret y decidieron reasentar algunas comunidades en la vecina isla de Bougainville, convirtiéndose oficialmente en los primeros desplazados por factores ambientales, aunque los habitantes de la aldea de Lateau en República de Vanuatu también fueron reubicados ese mismo año.<sup>208</sup>

En general, esta problemática respecto de las islas afecta a muchos Pequeños Estados Insulares en Desarrollo, conocidos por sus siglas PEID, y que constituyen un grupo definido dentro de Naciones Unidas que comparte objetivos, retos y especiales vulnerabilidades frente al cambio climático.

Es necesario referir el caso paradigmático de Ioane Teitiota, ciudadano de la República de Kiribati que solicitó a Nueva Zelanda el acceso a estatus de refugiado y le fue denegada. Alegó en su solicitud que a consecuencia de los efectos del cambio climático se vio forzado a dejar su isla, Tarawa, y desplazarse a Nueva Zelanda debido a que el incremento del nivel del mar había disminuido las zonas que reúnen condiciones de habitabilidad y se habían desarrollado paralelamente luchas por la tierra habitable que ponían en peligro su vida. Igualmente, el incremento del nivel del mar había dado lugar a otros problemas porque el agua dulce se contaminó con agua salada impidiendo que el acceso al agua potable resultase garantizado.

---

<sup>208</sup> Gracia, D. (2019-2020). "La tragedia de los pequeños estados insulares en desarrollo: desplazamientos climáticos ante la subida del nivel del mar", *Anuario hispano-luso-americano de Derecho Internacional*, vol. 24, pág. 258.

Denegada la petición por las autoridades neozelandesas, el solicitante recurrió al Tribunal Supremo que, igualmente, desestimó su petición<sup>209</sup> basándose en que no existe persecución porque todos los habitantes del lugar están en la misma situación y que el Gobierno de la República de Kiribati proporcionaba garrafas de agua a sus habitantes. Sin embargo, señala el Tribunal que el cambio climático es un factor que puede llegar a cambiar la concepción de refugiado en el futuro. Señala también que el cambio climático no se recoge entre los requisitos y razones amparadas por el estatuto del refugiado y que no hay vulneración de los derechos de los niños ni de derechos fundamentales como la vida, vulneración que había sido alegada por el recurrente.

El afectado acudió en queja al Comité de Derechos Humanos alegando que Nueva Zelanda violó su derecho a la vida conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos puesto que Kiribati devino en una zona inhabitable a consecuencia del cambio climático, se incrementaron las disputas por la escasa tierra habitable y la dificultad para acceder al agua potable, esencial para la habitabilidad de cualquier lugar y para llevar a cabo actividades propias de que la agricultura para obtener recursos para subsistir.

El Comité determinó que en Kiribati se adoptaron las medidas de protección suficientes y que en Nueva Zelanda no se había vulnerado su derecho a la vida, que había actuado correctamente porque había ofrecido al solicitante examinar la necesidad de su protección y que tuvieron en cuenta múltiples aspectos para valorar los riesgos de su expulsión a su país de origen, Kiribati. El dictamen cuenta con dos votos particulares que entienden que la expulsión de Ioane Teitiota a Kiribati violó sus derechos conforme al artículo 6.1 PIDCP<sup>210</sup>.

El dictamen del Comité de DDHH respecto del caso de Ioane Teitiota, a pesar de que no le otorga la razón al ciudadano de Kiribati, conecta el cambio climático, el derecho a la vida y la responsabilidad internacional

---

<sup>209</sup> Resolución disponible en [http://climatecasechart.com/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2015/20150720\\_2015-NZSC-107\\_judgment.pdf](http://climatecasechart.com/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2015/20150720_2015-NZSC-107_judgment.pdf)

<sup>210</sup> Dictamen del Comité de Derechos Humanos en el caso de Ioane Teitiota contra Nueva Zelanda, disponible en <https://tinyurl.com/29m5l8en>

puesto que señala que la degradación del medio ambiente afecta al disfrute del derecho a la vida y conmina a los Estados a que afronten con responsabilidad estos nuevos desafíos. Es clave el punto 9.5 del dictamen del Comité de Derechos Humanos en el caso referido de Ioane Taitiota al decir textualmente: *" Tanto los sucesos repentinos, entre ellos las tormentas intensas y las inundaciones, como los procesos de evolución lenta, entre ellos la elevación del nivel del mar, la salinización y la degradación de las tierras, pueden impulsar el movimiento transfronterizo de personas que buscan protegerse del daño causado por el cambio climático. El Comité considera que, si no se toman enérgicas medidas en los planos nacional e internacional, los efectos del cambio climático en los Estados receptores pueden exponer a las personas a la violación de sus derechos dimanantes de los artículos 10 o 11 del Pacto, haciendo que entren en juego las obligaciones de no devolución de los Estados de origen. Asimismo, dado que el riesgo de que todo un país quede sumergido bajo el agua es tan extremo, las condiciones de vida en tal país pueden volverse incompatibles con el derecho a una vida digna antes de que el riesgo se materialice."*

Este informe supone la primera vez que un organismo de Naciones Unidas conecta el cambio climático y la búsqueda de protección. Ello permite realizar una interpretación extensiva de las concepciones internacionales en el ámbito de los Derechos Humanos y la Convención de Ginebra que pueda conducir a la protección del desplazado ambiental y abre una esperanza a futuro para la protección de los desplazados ambientales que permita afrontar un posible desafío global humanitario.

#### 4.3. POSIBLES INICIATIVAS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL.

Bajo este epígrafe se señalan las medidas de cooperación adoptadas por Australia y Nueva Zelanda como posibles ejemplos a seguir por el resto de la comunidad internacional.

El Acuerdo relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales celebrado en 2002 entre Nueva Zelanda y Kiribati, Tuvalu, Toga y Fiyi supuso la creación de una nueva categoría de visado llamada *"Pacific Access Category Resident Visa"*, mediante el cual Nueva Zelanda otorga a un máximo de 650 ciudadanos mayores de

edad hasta los 45 años procedentes de tales países y les permite estudiar, trabajar y residir en Nueva Zelanda sin limitaciones temporales, siempre que conozcan el idioma inglés y sepan leer y escribir. Además, se les permite llevar consigo a sus hijos, siempre que no hayan alcanzado la edad de 25 años, y a su cónyuge, lo cual permite reasentar a la unidad familiar<sup>211</sup>.

También Nueva Zelanda, al igual que Australia, han otorgado prioridad a los ciudadanos procedentes de tales países en el acceso al empleo para cubrir puestos de trabajo determinados sectores como la horticultura.

En Australia se llevó a cabo la iniciativa “*Kiribati Australia Nursing Initiative*” con una duración de cinco años que está pensada para la formación de ciudadanos de Kiribati como enfermeros y se llevó a cabo en la Universidad de Griffith mediante un sistema de becas. Esta iniciativa es una medida adecuada que permite mejorar la futura inserción laboral de estos ciudadanos.

Estas medidas pueden servir como ejemplo para otros países. Si bien estas medidas se rigen según las necesidades de fuerza laboral y no están específicamente orientadas a la protección de los desplazados ambientales, al menos suponen pequeñas contribuciones que se pueden magnificar si muchos países siguen su ejemplo, y así se plantean soluciones a la específica problemática que presentan los desplazados ambientales mientras no existan instrumentos internacionales eficaces de protección aplicables a estos casos.

## CONCLUSIONES

El concepto de refugiado establecido en 1951 precisa una revisión para adaptarlo a la realidad social de hoy día, de forma que el concepto abarque la protección de los desplazados ambientales. Es obvio que en el momento que se celebra la Convención en 1951, con una Europa en

---

<sup>211</sup> Gracia, D. (2019-2020). “La tragedia de los pequeños estados insulares en desarrollo: desplazamientos climáticos ante la subida del nivel del mar”, *Anuario hispano-luso-americano de Derecho Internacional*, vol. 24, pág. 266.

cenizas y poco después de finalizar la II Guerra Mundial, el cambio climático no era una preocupación para los Estados signatarios. No obstante, transcurridos 70 años, los intereses de la comunidad internacional, las preocupaciones y los problemas no son los mismos y requiere que los instrumentos internacionales, especialmente los que tienden a la protección de los Derechos Humanos, estén adaptados al tiempo en que pretendemos aplicarlos y sean instrumentos eficaces para la resolución de los problemas del presente.

El establecimiento de mecanismos y procesos claros para poder acceder a la condición de apátrida es necesario cuando se trata de poblaciones desplazadas por desaparición de su Estado originario por inmersión. La falta de procesos establecidos perturba de una forma importante la posibilidad de reclamar tal condición a los desplazados e impera la inseguridad jurídica sobre personas que no tienen una tierra de origen a la que volver por la desaparición física de ésta.

Los Estados desarrollados, que coinciden generalmente con los más contaminantes, deben asumir la responsabilidad de los daños causados por sus propias emisiones de gases efecto invernadero puesto que, paradójicamente, son los países menos desarrollados los que reciben un mayor impacto y sufren las peores consecuencias. La situación económica de estos países subdesarrollados o en vías de desarrollo impide que puedan adoptar medidas de protección contra el cambio climático o reparar los daños, en la medida de lo posible, causados por los desastres ambientales a los que tienen que hacer frente. Todo ello da lugar a una grave injusticia climática sobre la que es necesario que la comunidad internacional adopte medidas para proteger a las personas originarias de tales lugares.

Lo manifestado por el Comité de Derechos Humanos abre una esperanza de lograr una regulación de esta materia que, al menos, haga efectivo en el caso de los desplazados ambientales el principio de *non-refoulement* y permita establecer un estatuto jurídico de protección para estos desplazados cuya tierra originaria no es ya habitable o que, como consecuencia de los desastres ambientales o del cambio climático en general, no les proporciona los recursos mínimamente indispensables para vivir.

En cualquier caso, el cambio climático está incrementando su velocidad por lo que las soluciones no deber posponerse demasiado ante un desafío humanitario global no tan lejano en el tiempo. Los Derechos Humanos han de ser protegidos siempre y en todo caso, y adaptar las normas a las nuevas realidades requiere un esfuerzo importante por parte de los Estados para poder lograr la adopción de un marco jurídico de protección de los desplazados ambientales. Tras cada desplazamiento hay personas, familias, adultos y menores, que requieren con urgencia que la comunidad internacional no mire hacia otro lado, sino que aúnen esfuerzos para garantizar la protección de los Derechos Humanos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Acuerdo de París sobre Cambio Climático de 2015 disponible en [https://unfccc.int/files/meetings/paris\\_nov\\_2015/application/pdf/paris\\_agreement\\_spanish\\_.pdf](https://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/paris_agreement_spanish_.pdf)
- Agenda para la Protección de las Personas Desplazadas a través de Fronteras en el Contexto de Desastres y Cambio Climático, disponible en <https://tinyurl.com/2xs7y5wt>
- Albert, J., (2022). “Desplazados ambientales: incertidumbres y respuestas jurídicas frente a un eventual conflicto humanitario”. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*.
- Carrillo, J. A., (2000), “Derechos Humanos y Derecho Internacional”, *Isegoría*, núm. 22. Disponible en <https://tinyurl.com/2ft7uhco>
- Convención de Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación, disponible en <https://tinyurl.com/24w37hqd> .
- Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, disponible en <https://tinyurl.com/23p2muvl>
- Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0006.pdf>
- Convención sobre el estatuto del refugiado adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-26331>
- Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, disponible en <https://tinyurl.com/22lzz2ub>
- Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, disponible en [https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2014/08/1\\_DeclaracionRio\\_1992.pdf](https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2014/08/1_DeclaracionRio_1992.pdf)

- Declaración Universal de Derechos Humanos disponible en <https://tinyurl.com/2dbnyd8y>
- Dictamen del Comité de Derechos Humanos en el caso de Ioane Teitiota contra Nueva Zelanda, disponible en <https://tinyurl.com/29m518en>
- El-Hinnawi, E., (1985), *Environmental refugees*, UNEP, Nairobi, 1985, disponible en la biblioteca digital de Naciones Unidas <https://digitallibrary.un.org/record/121267?ln=es>
- Glosario de la OIM sobre Migración, disponible en [file:///C:/Users/UJA/Downloads/iml-34-glossary-es%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/UJA/Downloads/iml-34-glossary-es%20(1).pdf) .
- Gracia, D. (2019-2020). “La tragedia de los pequeños estados insulares en desarrollo: desplazamientos climáticos ante la subida del nivel del mar”, *Anuario hispano-luso-americano de Derecho Internacional*, vol. 24.
- Informe de Climate Selectra disponible en <https://tinyurl.com/27e7ft2s>.
- Informe del Índice de Riesgo Climático del Observatorio Germanwatch disponible en <https://tinyurl.com/2xrs9lop>
- López, F., (2017), “Los refugiados climáticos”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, n° 68, 8 mayo.
- Marco de Sendai para la reducción del riesgo de desastres, disponible en <https://tinyurl.com/2apcrs2u>
- McAdam, J., (2010). “El desplazamiento provocado por el cambio climático y el Derecho Internacional”, *Evento paralelo al Diálogo del Alto Comisionado sobre los desafíos en materia de protección 8 de diciembre de 2010, Palacio de las Naciones, Ginebra*.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, disponible en <https://tinyurl.com/y4j2vzt7>
- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en <https://tinyurl.com/y8gwvs9z>
- Resolución del Tribunal Supremo de Nueva Zelanda en el caso Ioane Teitiota contra Nueva Zelanda [http://climatecasechart.com/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2015/20150720\\_2015-NZSC-107\\_judgment.pdf](http://climatecasechart.com/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2015/20150720_2015-NZSC-107_judgment.pdf)
- Solanes, A., (2020), “Desplazados y refugiados climáticos. La necesidad de protección por causas ambientales. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*.
- Términos fundamentales sobre migración de la OIM disponible en <https://www.iom.int/es/terminos-fundamentales-sobre-migracion>

BLOQUE II

LA UNIÓN EUROPEA ANTE LOS RETOS GLOBALES DE  
LAS MIGRACIONES: VISIONES GENERALES,  
NECESIDAD DE GOBERNANZA COMÚN Y  
APLICACIÓN A SUPUESTOS CONCRETOS

---

## LA GENEALOGÍA DE LA POLÍTICA EXTERIOR EUROPEA DE MIGRACIONES. LA SECURITIZACIÓN Y EL RÉGIMEN GLOBAL MIGRATORIO

---

GLORIA CUESTA NOGUERALES  
*Universidad Autónoma de Madrid*

### 1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno globalizador que caracteriza al mundo contemporáneo no ha derivado en la desaparición de los regímenes fronterizos, sino más bien en su fortalecimiento y proliferación. Como expresan María Caterina La Barbera y Juan Carlos Velasco<sup>212</sup>, las fronteras se convirtieron en instituciones selectivas y asimétricas; abiertas para el capital y bloqueadas para los más pobres. El desarrollo de las fronteras posee una importancia especial para las teorías de la justicia global, porque configura desigualmente la capacidad de los individuos para desplazarse e integrarse en contextos que ofrecen alternativas e innovadoras oportunidades de vida. Esta desigual capacidad está ligada única y exclusivamente a la fortuna o desgracia de nacer en un contexto determinado:

“El hecho de migrar es el delito anterior a cualquier otro delito que un migrante<sup>213</sup> pueda cometer. La migración sobrevuela todos los actos llevados a cabo por los

---

<sup>212</sup> Velasco, J. C. y La Barbera, M. C. (2019). De-Bordering Justice in the Age of International Migrations: An Introduction. En Velasco, J. C. y La Barbera, M.C. (Ed.) *Challenging the Borders of Justice in the Age of Migrations* (pp. 1-13). Springer. <https://digital.csic.es/handle/10261/180385>

<sup>213</sup> Quería aclarar la definición de conceptos que han tendido a mezclarse de manera confusa: migrante, solicitante de asilo y refugiado. Una persona migrante es aquella que se desplaza de un lugar a otro con el propósito de mejorar sus condiciones de vida, no como resultado de un conflicto o persecución. Las solicitantes de asilo son quienes se ven obligadas a pedir protección en un país, paso previo a ser considerada como refugiada. Las refugiadas son quienes poseen protección internacional en el extranjero al encontrarse amenazadas en sus países de origen por múltiples factores sociales, entre los que se encuentran la religión, ideología política, raza o etnia, nacionalidad, identidad de género, etc.

migrantes, con toda su carga de descalificación y estigmatización” (Abdelmalek Sayad)<sup>214</sup>.

Con esta sentencia del sociólogo Abdelmalek Sayad me gustaría iniciar este análisis de la genealogía de la política exterior migratoria europea. Podría considerarse que comenzó a desarrollarse en 1999, año en el que se decidió crear en el Consejo Europeo de Tampere, una política común de inmigración y asilo desarrollada a partir de múltiples iniciativas. El objetivo principal del Programa de Tampere consistía en avanzar en la creación de un espacio común de libertad, seguridad y justicia. Si retrocedemos cuatro años, cuando en 1995 se procedió a la erradicación de las fronteras internas entre los países que constituyen el denominado espacio Schengen, comprobamos que los Estados miembros se replantearon precisamente la necesidad de reforzar el control de las fronteras externas de la Unión Europea (UE), así como la gestión de los flujos migratorios, instaurándose consecuentemente controles comunes.

Sin embargo, como quedará esclarecido, al recaer directamente en ellos la competencia exclusiva para tomar la decisión definitiva, la política migratoria europea ha estado marcada por la desconfianza y rechazo. Por otro lado, el fenómeno de la securitización emergió del incremento del recelo de los Estados tras lo acontecido aquel 11 de septiembre de 2001, a lo que habría que añadir el viraje o giro realista-pragmático que se produjo a partir de la erróneamente denominada “crisis” de refugiados de 2015; año en el que se adoptaría a su vez la Agenda Europea de Migración (2015).

Debemos cuestionarnos si la última de las iniciativas planteadas, el Nuevo Pacto de Inmigración y Asilo (presentado el 23 de septiembre de 2020), cumple o ha cumplido finalmente con los objetivos establecidos en Tampere: la colaboración con los países de origen, la mejora del sistema común de asilo (SECA) y de la gestión de los flujos migratorios, así como del trato justo o relación con los migrantes que cruzan las fronteras en busca de una vida digna o huyendo de un conflicto asolador.

---

<sup>214</sup> Jaramillo, V. y Gil-Araujo, S. y Rosas, C. (2020). Control migratorio y producción de irregularidad. Normas, prácticas y discursos sobre la migración en Argentina (2016-2019). *FORUM*, 18, 64-90.

## 2. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

A partir de esta breve síntesis, queda explicitado el objetivo principal de mi propuesta: examinar, a través de la metodología cualitativa de la revisión bibliográfica, el conjunto de iniciativas (instrumentos normativos, estrategias, planes, políticas, discursos y prácticas) que se han impulsado en el marco de la política exterior europea de migraciones hasta el presente. Como resultado, se elaborará un repositorio o base de datos e información sobre esta temática para su posterior análisis y uso por parte de toda clase de expertos en la materia: académicos, agentes sociales, activistas y asociaciones o colectivos centrados en el ámbito de las migraciones.

La relevancia académica y socio-política de la investigación reside en su aportación a la doctrina de las Relaciones Internacionales, concretamente a los estudios migratorios. Es relevante mencionar que el análisis de todas y cada una de las iniciativas, desde las prácticas hasta los discursos, incluyendo planes, políticas y normativas, parte del marco teórico de los estudios feministas críticos. La línea de investigación impulsada desde los feminismos críticos que nos va a interesar se corresponde con el estudio de la acción exterior europea y, en especial, de sus políticas de gestión de las migraciones. Además, resultan de especial interés las investigaciones llevadas a cabo desde los feminismos posestructuralista y poscolonial respecto al papel que juegan los discursos y prácticas sobre la “diferencia” y/o la “otredad” en los procesos de (re)construcción de las identidades, tanto las retratadas como “mayoritarias” o “predatorias” (en este caso la europea-occidental) como las etiquetadas como “subalternas”, correspondientes con las personas del Sur Global y, en especial, las migrantes.

Asimismo, desde los feminismos negros, africanos y pos/decoloniales, se insiste en la necesidad de abordar el estudio de la identidad/alteridad desde el enfoque interseccional. Existen escasas investigaciones que adopten este método para indagar cómo se (re)produce una compleja matriz de opresiones y dominaciones en la realidad social internacional que ubica a la gente del Sur Global en posiciones subordinadas, en función no solo de su sexo-género o de su estatuto migrante, sino por razón

de múltiples factores de desigualdad y/o ejes de discriminación. Pero esta es una cuestión que abarcaría mucho más de lo permitido, por lo que la dejaré para otro momento.

### 3. DISCUSIÓN O ESTADO DE LA CUESTIÓN

Hoy en día, los discursos políticos hegemónicos contemplan el fenómeno migratorio de forma desfavorable, como si de un problema social se tratara, en lugar de entenderlo como aporte o contribución al desarrollo social. Difunden la idea de que la migración es peligrosa y disfuncional, una amenaza vinculada con el delito y la seguridad, por lo que supone el desarrollo de una serie de políticas represivas, como los controles fronterizos, o de índole liberal, como lo que algunos consideran que conforman los planes que pretenden afrontar directamente las causas de la migración (la pobreza o la violencia en los países de origen) para paliar o solucionar sus efectos negativos e impedir que las personas migren<sup>215</sup>. El discurso del miedo, la excepcionalidad<sup>216</sup>, inseguridad y humanitarismo han ido configurando una imagen securitizada del proceso migratorio, legitimando el diseño de políticas ligadas a los grandes negocios que las fomentan, como argumenta Itziar Ruiz-Giménez: el negocio de la seguridad, la economía política de las migraciones y la industria de la ilegalidad<sup>217</sup>.

La clave reside en elaborar políticas que no traten de restringir la migración, sino que permitan que esta tenga lugar bajo condiciones de equidad, justicia social y respeto por los derechos humanos, derivando en un trato justo y digno a los y las migrantes. Los máximos responsables o actores destacados que deben favorecer este contexto son los

---

<sup>215</sup> Castles, S. (2010). Comprendiendo la migración global: una perspectiva desde la transformación social. *Relaciones Internacionales*, 14, 141-169.

<sup>216</sup> Este discurso es promovido por las instituciones europeas que, según los estudios postestructuralistas, tienen mayor capacidad y recursos para articular y consolidar una narrativa concreta. Su objetivo es justificar las políticas migratorias como respuesta frente a un acontecimiento insólito como la mal llamada “crisis de personas refugiadas o humanitaria”.

<sup>217</sup> Ruiz-Giménez Arrieta, I. (2017). El naufragio de Europa: reflexiones feministas en torno a la crisis de las políticas migratorias y de asilo. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 29, 143-164.

países occidentales firmantes de los tratados internacionales. Estos deben fomentar el equilibrio entre lo que para autores como María Caterina La Barbera constituye su principal preocupación, la soberanía nacional<sup>218</sup>, y la garantía de migrar con derechos, para que la construcción de la identidad y el sentido de pertenencia de las personas migrantes no se vean afectados, una vez que la migración se representa como problema<sup>219</sup>; y con el objetivo de que la necropolítica no obtenga aún más protagonismo en este ámbito.

Autores como Achille Mbembe, desarrollaron su teoría sobre la necropolítica inspirándose en Foucault y su obra, lo que derivó en la definición del concepto de soberanía como el poder de dar vida o muerte del que disponen las élites de un determinado contexto<sup>220</sup>. Este mismo autor considera que los regímenes políticos contemporáneos obedecen al esquema de “hacer morir y dejar vivir”<sup>221</sup>, y va a ubicar el origen de esta nueva forma de control durante el periodo colonial, cuando los límites entre la vida y la muerte se desestructuraron y se produjo el silenciamiento de los cuerpos<sup>222</sup>. Es en la etapa postcolonial cuando la violencia se convierte en un fin, a diferencia de la época colonial, donde era un medio para adquirir rentabilidad. Puede comprobarse cómo esta noción de la necropolítica se encuentra ligada a la idea *foucaultiana* de la biopolítica y el biopoder, régimen cuyo propósito y medio de actuación es la sumisión corporal de la ciudadanía y su bienestar, sometiendo la vida a la criba científica y la verdad o razón estadística. En definitiva, es interesante traer a colación el concepto de la necropolítica, vinculado al necrocapitalismo o capitalismo actual que organiza la acumulación de

---

<sup>218</sup> Las consideraciones tradicionales sobre la soberanía presentes en las relaciones internacionales y ciencias políticas en general sitúan este concepto en el interior de las fronteras de los Estados, en el seno de las instituciones estatales o en el marco de instituciones supranacionales o redes internacionales. Foucault y otros autores van a criticar esta concepción de la soberanía y su relación con el biopoder y la guerra.

<sup>219</sup> La Barbera, M. C. (2020). “Vivir entre fronteras”: vulnerabilidad y transformación de la identidad en la era de la globalización. *Bajo Palabra*, 23, 261-286.

<sup>220</sup> Mbembe, A. (2011). *Necropolítica*, Melusina, 1-112. <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>

<sup>221</sup> Este mismo autor va a plantear la hipótesis de que la expresión última de la soberanía se halla en el poder y la capacidad de decidir quién vive y quién muere.

<sup>222</sup> Mbembe, A. (2011). *Necropolítica*...op. cit. p. 14.

capital como fin máximo prevaleciente por encima de cualquier lógica o narrativa.

El sociólogo Stephen Castles va a plantear que el problema no es la migración, sino las condiciones de desigualdad bajo las que se producen los procesos migratorios Norte-Sur, así como las narrativas (liberales) que se oponen a la sucesión de estos flujos. Considera que las migraciones contemporáneas surgen por una serie de transformaciones a nivel global en las relaciones sociales, económicas y políticas, por lo que forman parte del proceso de cambio social de las principales estructuras e instituciones que sostienen las sociedades desarrolladas<sup>223</sup>. De esta manera, el marco conceptual para los estudios migratorios debe establecer como categoría central la transformación social para facilitar el entendimiento de la contextualidad, complejidad y diversidad de los procesos migratorios, tres de sus principales rasgos que deben ser tenidos en consideración.

En Europa, la política exterior de migraciones se focaliza actualmente en el análisis de los costes y beneficios de la migración para las sociedades occidentales de acogida, así como en el control migratorio o, eufemísticamente hablando, la gestión migratoria<sup>224</sup>. En palabras de Sandra Gil-Araujo, la genealogía de la política exterior europea de migraciones vislumbra de qué manera se ha ido modificando con el paso del tiempo la forma de pensar la presencia migrante, a la vez que muestra cómo las iniciativas impulsadas por los Estados difieren en función de la concepción del fenómeno migratorio como un asunto de seguridad o como respuesta a las demandas del mercado laboral<sup>225</sup>. Las políticas migratorias, bien se trate de la Unión Europea o a nivel estatal, se expresan mediante instrumentos normativos, identidades, prácticas y representaciones o discursos, lo que se conoce por retórica migratoria, y funcionan como herramientas o mecanismos para ordenar, clasificar, distribuir y diferenciar a la población, ya no solo entre nacionales o

---

<sup>223</sup> Castles, S. (2010). Comprendiendo la migración global...op. cit. p. 143.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>225</sup> Jaramillo, V. y Gil-Araujo, S. y Rosas, C. (2020). Control migratorio y producción de irregularidad...op. cit. p. 65.

extranjeros, sino incluso entre la propia categoría o colectivo de personas migrantes.

## 2.2. LA GENEALOGÍA<sup>226</sup> DE LA POLÍTICA EXTERIOR EUROPEA DE MIGRACIONES

La pregunta inicial de la que parte la respectiva comunicación recae en las acciones de la UE en el campo de la política exterior de migraciones. Por poner un ejemplo, vamos a centrarnos en los instrumentos o iniciativas (discursos y prácticas) aplicadas por la Unión para la externalización de la gestión migratoria a partir del año 2016, momento en el que tuvo lugar la “crisis” migratoria; no sin antes retrotraernos al momento específico en el que comenzaron a implementarse iniciativas diversas en este campo de actuación.

Previamente, en torno a los años 50<sup>227</sup> y 70, Europa constituía lo que podría convenirse como tierra de asilo y los Estados miembros se acogieron a lo que se conoce como asimilacionismo. Este modelo social para la integración de personas migrantes pretende la uniformidad cultural, es decir, obliga a las minorías étnicas a adoptar las normas sociales, el idioma, la cultura o costumbres, los valores y las identidades nacionales del país de acogida, renunciando inevitablemente a las suyas propias. Este paradigma, de tintes claramente racistas, xenófobos y discriminatorios, fue abandonado alrededor de la década de los años 70 y 80, cuando el pluralismo y multiculturalismo<sup>228</sup> aparecieron en escena, aunque por poco tiempo.

---

<sup>226</sup> La genealogía es una herramienta metodológica planteada desde los feminismos críticos que permite estudiar la política europea de migraciones no como un proceso lineal sino como producto de un contexto situado (en el tiempo y espacio), marcado por múltiples factores (globales, del proyecto europeo y/o sus estados miembros).

<sup>227</sup> En 1951, se firmó un instrumento o normativa fundamental del régimen internacional del derecho al asilo: la Convención de Ginebra o Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, cuyo objetivo era paliar los efectos y resultados de las dos guerras mundiales acontecidas en suelo europeo. Cabe destacar la imposición del principio de no devolución, así como la definición de refugiado, si bien únicamente obliga a los países a prestar protección a los refugiados, mientras que el trato que reciben el resto de migrantes dependerá de cada uno de ellos.

<sup>228</sup> Podría generarse un enorme debate en torno a estos dos conceptos, si bien no representa el objetivo de este análisis. Simplemente pretendo señalar que el pluralismo se basa en los

En los años 90, la influencia y presión tanto política como mediática sobre la amenaza que suponen las personas migrantes para las sociedades de acogida, especialmente en términos de su seguridad y protección de la soberanía nacional, hicieron que se retomara una perspectiva o visión neoasimilacionista. Dieron por finalizadas las décadas de puertas abiertas y los gobiernos europeos de ideologías dispares fueron introduciendo paulatinamente severas restricciones, a pesar de que todavía no se había producido el suceso que cambiaría drásticamente el rumbo de los acontecimientos y el contexto de actuación. Fue en 1990 cuando los Estados de la UE firmaron el célebre Convenio de Dublín<sup>229</sup>, por el que quedaba establecido que el país en donde ingresara por vez primera la persona migrante sería el responsable de tramitar el asilo.

Nuevos discursos político-mediáticos vinculados con la cohesión y el capital social se opusieron también al fomento de la diversidad y las sociedades multiculturales. A todo esto, habría que añadir y no dejar de mencionar todos los discursos de odio<sup>230</sup>, discriminatorios, xenófobos y racistas esgrimidos por las instituciones políticas y élites mediáticas, contrarias a la integración de las migrantes en sociedades donde imperase el respeto, promoción y protección de los derechos fundamentales<sup>231</sup>. La criminalización de la inmigración da lugar a la producción

---

principios y fundamentos del liberalismo político, en el respeto a los derechos fundamentales y la garantía de las libertades de las personas y en el Estado de Derecho. Por su parte, el multiculturalismo se fundamenta en los principios del republicanismo, apostando por la autonomía de los pueblos, que asegure el bienestar de los ciudadanos, y aprueba los usos y costumbres como forma de gobierno e impartición de justicia. Pérez Fragozo, E. (2009). Multiculturalismo y pluralismo en México. Retos para un discurso de la identidad nacional. *División de Ciencias Sociales y Humanidades*, 1-158.

<sup>229</sup> En 2003 fue sustituido por el Reglamento 343/2003 del Consejo Europeo (o Dublín II) para la determinación del Estado responsable del estudio de una solicitud de asilo. El nuevo Reglamento (26 de junio de 2013), confirma los principios en los que se basaba Dublín II y va a centrarse en la mejora y eficacia del rendimiento del sistema y la protección concedida a las solicitantes de asilo. Se van a prohibir las devoluciones de solicitantes a Estados donde puedan sufrir discriminación y un trato injusto o degradante, a la vez que establece una jerarquía en cuanto a los criterios que cada Estado debe seguir antes de examinar una solicitud de asilo.

<sup>230</sup> Domenech, E. (2015). Inmigración, anarquismo y deportación: la criminalización de los extranjeros "indeseables" en tiempos de las "grandes migraciones". *REMHU*, 45 (23), 169-196.

<sup>231</sup> La perspectiva de derechos humanos e integración social se va a oponer radicalmente a la lógica securitizadora que, a través de un acto de habla (*speech acts*), (re)nombra y (re)trata

social de las migrantes como auténticas amenazas con capacidad de desestabilizar la tranquilidad y bienestar social, el orden público o la seguridad nacional. Esta misma criminalización facilita la elaboración de medios de control de la migración y la movilidad, desde la propia deportación o expulsión, hasta el encarcelamiento en los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE) o la detención arbitraria en las calles con forma de control policial, producto, por ende, de la producción social.

Con la entrada del nuevo siglo, bajo el contexto de la llamada “guerra contra el terror”, que dio comienzo tras los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, fue afianzándose la narrativa del miedo y la inseguridad a partir de la construcción discursiva del posible riesgo de la llegada de migrantes vinculados de alguna manera al terrorismo internacional. Este discurso o representación hegemónica iba a ser difundido por las instituciones político-mediáticas para impulsar el refuerzo de la estructura político-jurídica de la producción de la ilegalidad. También se legitimó la adopción de nuevas medidas militares y de seguridad para afrontar la lucha contra la migración irregular que aparece como “amenaza de seguridad” en los informes europeos<sup>232</sup>, de la misma manera que el terrorismo internacional, el comercio de armas o el tráfico de drogas y seres humanos.

En cuanto a las iniciativas<sup>233</sup> que configuraron la política exterior europea de migraciones, siguiendo un orden cronológico y considerando tanto el contexto espacio-temporal y las relaciones de poder pertinentes como la interacción y correlación entre múltiples factores, sobresale el polémico sistema biométrico Eurodac (2000, en funcionamiento desde 2003), creado para cumplir con el reglamento de Dublín e identificar mediante biometría a quienes cruzaban las fronteras de manera

---

las migraciones como amenazas de seguridad. Ruiz-Giménez Arrieta, I. (2017). El naufragio de Europa: reflexiones feministas...op. cit. p. 155.

<sup>232</sup> Ruiz-Giménez Arrieta, I. (2017). El naufragio de Europa: reflexiones feministas...op. cit. p. 156.

<sup>233</sup> En 1999, salió a la luz el Plan de acción para la gestión de las fronteras externas de la UE, cuyo resultado más tangible fue el nacimiento del Comité Estratégico de Inmigración, Fronteras y Asilo, encargado de los aspectos estratégicos de diferentes asuntos en el ámbito de la inmigración, el asilo y las fronteras, como cuestiones horizontales y transversales, propuestas legislativas importantes desde el punto de vista político e iniciativas no legislativas.

irregular. Puede percibirse, desde una mirada ligada a los estudios críticos de seguridad, cómo el fenómeno de la securitización permea todos y cada uno de los instrumentos que van a ir desplegándose, fomentando un discurso racista, colonial, xenófobo, eurocéntrico y de alteridad, siguiendo a los estudios feministas posestructuralista y poscolonial respecto al papel que juegan las representaciones y prácticas en los procesos de (re)construcción de las identidades de las personas provenientes del Sur Global; entendido este no solo en términos geográficos, sino como concepto político.

A continuación, irrumpiría en el escenario geopolítico internacional uno de sus actores protagonistas a partir de entonces en el ámbito de la política exterior europea de migraciones: la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex, creada en 2004 de la mano del Consejo de la UE). Sus operaciones conjuntas y coordinadas<sup>234</sup> constituyen prácticas de securitización, aunque su nacimiento es el resultado del fracaso de este fenómeno y de la creación de una comunidad de seguridad marcada por la solidaridad. Andrew W. Neal considera que la securitización discursiva de la migración<sup>235</sup> fracasó estrepitosamente al no derivar ni en respuestas políticas urgentes ni en solidaridad entre los Estados frente a lo que se calificó de amenaza común<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> Uno de los aspectos más problemáticos jurídicamente hablando de estas operaciones conjuntas, generalmente cuando se realizan por mar, se refiere a que su organización no parece garantizar el respeto del principio de no devolución, eje vertebrador del régimen de protección internacional. Este prohíbe terminantemente a cualquier Estado expulsar o devolver a personas a situaciones en las que sus vidas corran peligro, por riesgo a ser perseguidas, torturadas, asesinadas o en las que sus derechos humanos fundamentales puedan violarse de cualquiera de las maneras. Pero son múltiples los casos en los que diversas personas a bordo de las embarcaciones interceptadas se ven obligadas a regresar a sus países de origen.

<sup>235</sup> El concepto de seguridad funciona aquí como un acto de habla en el que un sujeto securitizador nombra una amenaza existencial para un objeto de referencia concreto, como un Estado, el cual va a requerir la utilización de medios extraordinarios que la controle. De esta forma, el elemento en sí queda securitizado, convirtiéndose en un asunto de seguridad, si la audiencia lo acepta, concediendo el derecho al sujeto particular de violar las normas establecidas.

<sup>236</sup> Neal, A. W. (2009). *Securitization and Risk at the EU Border: The Origins of FRONTEX*. *JCMS*, 2 (47), 333-356.

Con el transcurso de los años, el nexo entre la migración y fronteras, seguridad y terrorismo fue institucionalizándose a la vez que el concepto de seguridad fue paulatinamente desapareciendo de los planes de administración de fronteras. Frontex constituye así la evolución de la seguridad fronteriza que, en primera instancia, estaba unida a los sistemas centrales de la autoridad nacional basada en la soberanía de un Estado, si bien ha derivado en la cooperación en las fronteras exteriores de cada país. No surgió a partir de la securitización, pero sí en base a la desintegración de una respuesta común a la migración, seguridad y fronteras por parte de la UE. Sin embargo, a día de hoy puede contemplarse como una herramienta o agente securitizador con posibilidad de actuar libremente.

A continuación, si colocáramos el foco en los planes estratégicos o programas políticos ejecutados, llama la atención el Programa de la Haya (2004-2009), seguido del de Estocolmo (2009-2014), no sin antes mencionar el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo (2008), con el que se crearía en 2013 el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA). También cabe destacar el Tratado de Lisboa (2009), sucesor del Tratado de Ámsterdam<sup>237</sup> (1997), que modificó el Tratado de la Unión Europea o Maastricht (1993), y el Tratado de Roma (1957).

Retomando un análisis más centrado en el contexto y antes de enfocarnos en el giro realista-pragmático de 2015, como puntualiza el profesor Günther Maihold<sup>238</sup>, desde la Primavera Árabe (2010-2012) hasta los conflictos sucedidos en Oriente medio, como la guerra de Siria, puede contemplarse cierta desestabilización en la vecindad europea debido al incremento de los incesantes flujos migratorios que trataron de atravesar las fronteras. Provenientes tanto de Asia como de África, estas personas en movimiento<sup>239</sup> huían de sus lugares de origen o residencia en

---

<sup>237</sup> En este pacto queda recogido por vez primera el principio de la libre circulación de personas en el territorio de la UE, procedentes de sus Estados Miembros (Acuerdo de Schengen).

<sup>238</sup> Maihold, G. (2018). Migración, control de fronteras y acuerdos migratorios de la Unión Europea con terceros países. *Revista Mexicana de Política Exterior*, 112, 161-183.

<sup>239</sup> Con este concepto no solo se pretende hacer referencia a las personas migrantes en situación regular o irregular, sino también refugiadas, víctimas de trata, etc.

busca de refugio, tratando de encontrar la oportunidad de labrarse un mejor futuro o directamente de sobrevivir.

En 2015 tuvo lugar el nacimiento de la Agenda Europea de Migración, que abogaba por una política de retorno eficaz como parte de la perspectiva global europea para gestionar la migración, tratando de eliminar la irregular o “ilegal”. De corte neoliberal, evitaba incentivos para la migración, en lugar de asegurar un proceso migratorio justo y humano. Este mismo año, se produjo la crisis del sistema de asilo europeo, que visibilizó los defectos y carencias del SECA. El viraje que supuso esta recesión en la política migratoria no acabó reflejándose en acuerdos o pactos, ya que el Consejo Europeo no consiguió efectuar una modificación del reglamento de Dublín, si bien fueron los y las migrantes quienes enfrentaron su ineficacia y discriminación. El control de las fronteras continuó siendo el principal obstáculo en las negociaciones efectuadas. El 23 de septiembre de 2020, la Comisión Europea presentó un Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, con el que se buscaba cooperar con terceros países para combatir el tráfico de personas<sup>240</sup>, mejorar la gestión de las fronteras exteriores europeas e imponer una normativa rigida por la solidaridad. La urgencia que acarrearán diversos asuntos en el ámbito de la política exterior europea de migraciones ha quedado expuesta, por lo que el presente acuerdo debería de atajar de raíz cada uno de ellos, procediendo a una transformación estructural y no valiendo con la reformulación acrítica de políticas y programas estratégicos.

Y así aterrizaríamos en el presente momento histórico de capitalismo global y exacerbado, donde instituciones mundiales como la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) están promoviendo el nuevo régimen global de la gestión de la migración, conocido también como la “globalización del control migratorio” y fundamentado en la perspectiva de la gobernabilidad migratoria (*migration management*). Se trata de una aproximación que pretende unir las categorías de seguridad y derechos humanos, junto con la idea de “desarrollo”, con el

---

<sup>240</sup> Una de las medidas presentes en dicho pacto se centra en reforzar la lucha contra el tráfico de personas mediante un Nuevo Plan de Acción (2021-2025)

objetivo de entender las prácticas de los agentes o élites políticas, institucionales o no, como manera de controlar las migraciones y fronteras internacionales. Por lo tanto, esta nueva política migratoria trae consigo un programa de regularización de las migraciones como mecanismo de control y vigilancia estatales. La gobernabilidad migratoria no constituye un camino alternativo a la securitización, sino que ambas perspectivas actúan complementariamente en la actualidad<sup>241</sup>. Esto conformaría una de las principales controversias dentro del quehacer de los regímenes de control migratorio, relativa a la elección entre fomentar una perspectiva que enfatice el respeto, protección y promoción de los DDHH<sup>242</sup> de las personas en movimiento o de un enfoque estatocéntrico de la seguridad y control de fronteras que priorice la seguridad nacional y el orden público:

“En términos analíticos, buena parte de la dificultad para dilucidar críticamente la configuración de dicho régimen de control migratorio y su extensión en el mundo radica en que tanto entidades nacionales como supranacionales que proclaman la importancia de la protección y defensa de los derechos de los migrantes justifican y validan al mismo tiempo, por acción u omisión, las medidas selectivas de visado, los rechazos en frontera, el uso de la biometría en los controles de ingreso y permanencia, los centros de internamiento de extranjeros y las deportaciones o expulsiones”<sup>243</sup>.

Con la instauración progresiva de este régimen global de las migraciones se ha ido desarrollando una nueva forma de organizar y controlar los flujos migratorios. Este enfoque, contrario a la eficacia de las medidas restrictivas, punitivas y coercitivas que promueve la perspectiva securitizadora, clasifica a las personas migrantes según su utilidad, a partir de una lógica coste-beneficio no solo económica. La idea central es que la migración puede beneficiar tanto a los países receptores como a

---

<sup>241</sup> Domenech, E. (2013). “Las migraciones son como el agua”: Hacia la instauración de políticas de “control con rostro humano”. *La gobernabilidad migratoria en la Argentina*. *Polis*, 35 (12), 119-142.

<sup>242</sup> Teniendo en cuenta la gobernabilidad migratoria, resulta curioso la ambivalencia del rol central de los derechos humanos, debido a que su defensa resulta esencial, ya que la violación de estos derechos supondría el descontrol y desorden de los flujos migratorios, así como el crecimiento de flujos no deseados, lo que constituye un riesgo mayor.

<sup>243</sup> Domenech, E. (2013). “Las migraciones son como el agua” ... op. cit. p. 122.

los de origen. Esta mirada promueve la idea de que la presencia es legítima si su impacto es positivo o ilegítima si es negativo desde la óptica de las sociedades de origen o destino. Como consecuencia, y como alega Eduardo Domenech, la presencia de las migrantes es legítima si es positiva para el país de destino en términos generales, para lo que la migración, de acuerdo con la nueva ortodoxia en la materia, tiene que ser “ordenada” y no irregular<sup>244</sup>.

En definitiva, la migración sigue contemplándose como un problema histórico y social a partir de su clasificación como “ilegal” o irregular y de la solución que a esta irregularidad se presenta: la regularización postulada como instrumento de integración. Las personas en movimiento o migrantes continúan contemplándose como transgresoras de las leyes del Estado en caso de ser consideradas “ilegales”; diferentes, inferiores, bien se las represente como víctimas o como terroristas, y un sinnúmero de calificativos que llenarían todas estas y muchas más páginas. Cómo gestionar los procesos migratorios ha dejado de ser el asunto prioritario, dando paso al cuestionamiento de cómo lidiar con los controles de fronteras o con la migración irregular, concepto que como mínimo debe ser discutido.

Hoy en día sobresale el control fronterizo y la externalización o deriva de la gestión de fronteras a países externos con los que se establecen pactos, los cuales se erigen como estados satélite dependientes de las instituciones europeas. Lo único que demuestran estas prácticas es una falta de responsabilidad gravísima de los Estados miembros, quienes dejan en manos de países precisamente no muy partidarios de los derechos fundamentales, el Estado de derecho y la democracia como modelo político, la gestión de la agenda exterior europea de migraciones. En otras palabras, se está al mismo tiempo comercializando y vendiendo la seguridad a países ubicados fuera del marco normativo de los derechos humanos, como Marruecos o Turquía<sup>245</sup>. Por lo tanto, la UE

---

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>245</sup> El famoso acuerdo con Turquía de 2016 tiene como objetivo limitar el número de migraciones irregulares, así como de solicitantes de asilo que entran en territorio europeo para mitigar la presión que suponía el deseo de llegar a la UE por parte de la migración irregular. Como resultado, estos migrantes son devueltos a Turquía y, a cambio, la UE se comprometía a,

podría estar sacrificando la democracia, actuando en contra de lo que dictan los estándares internacionales de derechos humanos y apostando por la seguridad y la estabilidad de sus fronteras.

### 3. CONCLUSIONES

Parece evidente que resulta mucho más eficaz y menos costoso para los Estados de la Unión financiar una agenda exterior de la gestión migratoria respetuosa con los derechos humanos, que asegure un trato justo y digno y que proporcione canales legales de acceso (visados humanitarios, reagrupaciones familiares o reasentamientos). La externalización y sus instrumentos, como la Política Europea de Vecindad o los Acuerdos de readmisión, no deberían constituir el principal elemento de regulación de la dimensión externa de la UE, ligada a la costosa securitización del control migratorio. Sin embargo, la clave o respuesta puede encontrarse en la pérdida que esto supondría del nicho de mercado de los negocios que la impulsan.

Al mismo tiempo, desde un primer momento la política exterior europea de migraciones se ha caracterizado por la imposición de estándares y reglamentos mínimos, permitiendo a los Estados miembros un campo de acción enorme y dispar que no ha tendido a derivar en estrategias de cooperación y solidaridad entre ellos. Llama la atención cómo la escasa normativa diseñada, como la preliminar Convención de Ginebra, ha sido vulnerada y violada por las prácticas llevadas a cabo por los países en favor de su soberanía nacional. Durante todo este tiempo, es evidente que los movimientos más conservadores, (neo)liberales o (neo)fascistas han basado su discurso en el control de las fronteras, la seguridad y la preservación de las identidades nacionales correspondientes. Pero la incertidumbre resurge al preguntarnos qué le ha podido suceder a las

---

más allá de ofrecer una considerable cantidad de dinero, reasentar a los refugiados de procedencia siria, reducir las restricciones de visados para la ciudadanía turca, y actualizar la unión aduanera, así como reactivar las conversaciones relativas a la entrada de Turquía en la Unión Europea. Torondel Lara, M. (2021). Instrumentos de la Unión Europea para la externalización de la gestión de la migración irregular desde 2016. *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 115, 1-11.

defensoras o seguidores de políticas más socialistas, democráticas, cercanas a la protección de los derechos fundamentales y en contra de todo tipo de discriminación. Parece que las migrantes continúan encontrándose predestinadas a permanecer al otro lado de la línea abismal que definía Boaventura De Sousa Santos, siendo su realidad condenada a la inexistencia y situándose en los márgenes de un mundo que no les acepta.

No cabe duda de la interrelación y constitución mutua entre la construcción de las identidades de las personas en movimiento y la elaboración y despliegue de determinadas iniciativas, instrumentos y dispositivos políticos en el campo de la política exterior europea de migraciones. La UE representa o etiqueta a las y los migrantes como “amenaza”, securitizando su tratamiento y reaccionando a las presiones provenientes de ciertos grupos políticos promotores de una agenda antiinmigración<sup>246</sup>. Por último, quería resaltar la importancia de analizar las políticas migratorias, tanto globales como nacionales, no como un proceso lineal, sino como producto de un contexto situado, a la vez que determinado por múltiples factores, con el propósito de desvelar el rastro o las huellas de las correlaciones de fuerzas configuradoras que han enmarcado a los y las migrantes de una determinada manera a lo largo de todo este periodo.

“Tenemos que encarar el tema de la migración de un modo global, es decir, no sólo abordando la lucha contra la inmigración ilegal, sino también desde sus otras dimensiones. Son varias las críticas que se han hecho a la política de la UE; por ejemplo, que tal vez nuestras políticas están teniendo un impacto más directo en los propios inmigrantes que en aquellos que están organizando los flujos migratorios, también denominados “las mafias de la migración”<sup>247</sup>.

---

<sup>246</sup> Maihold, G. (2018). Migración, control de fronteras...op. cit. p. 172.

<sup>247</sup> Richir, M. (2008). Los temas migratorios en las relaciones con terceros países: una perspectiva desde la UE. *CIDOB*, 55-59.

#### 4. REFERENCIAS

- Castles, S. (2010). Comprendiendo la migración global: una perspectiva desde la transformación social. *Relaciones Internacionales*, 14, 141-169.
- Domenech, E. (2013). “Las migraciones son como el agua”: Hacia la instauración de políticas de “control con rostro humano”. La gobernabilidad migratoria en la Argentina. *Polis*, 35 (12), 119-142.
- Domenech, E. (2015). Inmigración, anarquismo y deportación: la criminalización de los extranjeros “indeseables” en tiempos de las “grandes migraciones”. *REMHU*, 45 (23), 169-196.
- Jaramillo, V. y Gil-Araujo, S. y Rosas, C. (2020). Control migratorio y producción de irregularidad. Normas, prácticas y discursos sobre la migración en Argentina (2016-2019). *FORUM*, 18, 64-90.
- La Barbera, M. C. (2020). “Vivir entre fronteras”: vulnerabilidad y transformación de la identidad en la era de la globalización. *Bajo Palabra*, 23, 261-286.
- Maihold, G. (2018). Migración, control de fronteras y acuerdos migratorios de la Unión Europea con terceros países. *Revista Mexicana de Política Exterior*, 112, 161-183.
- Mbembe, A. (2011). *Necropolítica*, Melusina, 1-112.  
<https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>
- Neal, A. W. (2009). Securitization and Risk at the EU Border: The Origins of FRONTEX. *JCMS*, 2 (47), 333-356.
- Pérez Fragozo, E. (2009). Multiculturalismo y pluralismo en México. Retos para un discurso de la identidad nacional. *División de Ciencias Sociales y Humanidades*, 1-158.
- Pérez Fragozo, E. (2009). Multiculturalismo y pluralismo en México. Retos para un discurso de la identidad nacional. *División de Ciencias Sociales y Humanidades*, 1-158.
- Ruiz-Giménez Arrieta, I. (2017). El naufragio de Europa: reflexiones feministas en torno a la crisis de las políticas migratorias y de asilo. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 29, 143-164.
- Torondel Lara, M. (2021). Instrumentos de la Unión Europea para la externalización de la gestión de la migración irregular desde 2016. *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 115, 1-11.
- Velasco, J. C. y La Barbera, M. C. (2019). De-Bordering Justice in the Age of International Migrations: An Introduction. En Velasco, J. C. y La Barbera, M.C. (Eds.), *Challenging the Borders of Justice in the Age of Migrations* (pp. 1-13). Springer.  
<https://digital.csic.es/handle/10261/180385>

## LA GESTIÓN INTEGRADA DE FRONTERAS EXTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA

---

JORDI HERRERA BOLAÑOS  
*Universidad de Jaén*

### 1. INTRODUCCIÓN

La gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea constituye uno de los aspectos incluidos dentro de su conocido como espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ en adelante), circunstancia por la cual resulta oportuno reseñar lacónicamente cómo se ha ido desarrollando este particular espacio europeo.

Si bien existen diversas opiniones en relación a los orígenes del ELSJ<sup>248</sup>, es posible señalar que en sus inicios, las cuestiones relativas a este espacio, principalmente relacionadas con la seguridad y con la cooperación policial, eran debatidas en reuniones y foros intergubernamentales ajenos a las propias instituciones y organismos europeos, como así sucedía en el denominado *Grupo de Trevi*<sup>249</sup>.

Este sistema intergubernamental de carácter informal pronto mostró su falta de idoneidad para tratar asuntos relativos al ELSJ, fundamentalmente a partir de dos hechos relevantes: la firma del Acuerdo de Schengen en 1985<sup>250</sup>, por el cual se suprimían las fronteras interiores entre los países firmantes, y la firma del Acta Única Europea en 1986, en virtud

---

<sup>248</sup> Mientras que algunos lo sitúan en la Cumbre de La Haya en diciembre de 1969, otros adelantan esa fecha al Consejo de Nápoles de 1967 (Calonge, 2006, p. 96).

<sup>249</sup> El Grupo de Trevi, creado en 1975 al margen de la legislación comunitaria, estaba integrado por los Ministros de Interior y/o Justicia de los Estados miembros, no perteneciendo a la estructura de la Comunidad Europea (Giménez, 1998, p. 283).

<sup>250</sup> Acuerdo firmado el 14 de junio de 1985 por cinco países: Francia, República Federal Alemana, Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo, y reemplazado por el Convenio de aplicación de Schengen el 19 de junio de 1990 (Commission of the European Communities, 1995, p. 21).

de la cual se establecía, entre otras, la libertad de circulación de personas dentro del territorio de la Unión.

Con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, y la configuración de la Unión Europea en su ya conocida estructura de tres pilares, asuntos como el cruce de fronteras, la política común de asilo, la cooperación judicial en el ámbito civil y penal, o la lucha contra la inmigración ilegal, pasaron a formar parte del tercer pilar intergubernamental, destinado a la cooperación en los ámbitos de justicia y asuntos de interior.

No obstante, este nuevo sistema intergubernamental, ahora de carácter formal, igualmente mostró sus limitaciones, ya que reglas propias de los pilares intergubernamentales, tales como la necesaria unanimidad para alcanzar la mayoría en el Consejo, o las competencias casi inexistentes del resto de instituciones comunitarias<sup>251</sup>, impedían desarrollar verdaderamente un ELSJ.

Posteriormente, el Tratado de Ámsterdam supuso un avance importante con la comunitarización parcial del ELSJ. Cuestiones como el control en el cruce de fronteras, la inmigración y el asilo pasaron a formar parte desde entonces del primer pilar comunitario, escapando así de las reglas fijadas para los otros dos pilares intergubernamentales. Asimismo, quedó incorporado al tratado todo el Acervo de Schengen, pasando a ser de obligado cumplimiento a partir de entonces para los Estados miembros de la Unión.

Pese a ello, conscientes de la necesidad de un mayor desarrollo del ELSJ, el Consejo Europeo celebrado con posterioridad en Tampere<sup>252</sup>, estableció un mandato político para que el Consejo y la Comisión europea concretasen un conjunto de acciones destinadas a desarrollar los objetivos marcados en un periodo de cinco años, siendo el reconocimiento de resoluciones judiciales el principal objetivo a alcanzar.

---

<sup>251</sup> La Comisión europea no tenía un rol bien definido, el Parlamento europeo únicamente debía ser informado y consultado en determinados asuntos, y el Tribunal de Justicia tan sólo ostentaba competencias para interpretar los convenios firmados (García-Jourdan, 2005, p. 57-58).

<sup>252</sup> Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere celebrado el 15 y 16 de octubre de 1999. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_es.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm)

Años más tarde, un nuevo Consejo Europeo celebrado en La Haya<sup>253</sup>, estableció un programa dirigido a la Comisión europea, con el fin de que presentase un plan de acción<sup>254</sup> igualmente a desarrollar en los cinco años siguientes. El programa del Consejo Europeo, si bien afirmaba la necesidad de alcanzar un balance entre libertad y seguridad, se inclinó claramente hacia lo segundo, toda vez seguían estando muy presentes los ataques terroristas sucedidos en Nueva York y Madrid.

Finalmente, otros dos hechos relevantes se sucedieron con posterioridad. De un lado, la plena comunitarización del ELSJ gracias al Tratado de Lisboa, en tanto que asuntos como la cooperación policial y judicial en materia penal que aún pertenecían al tercer pilar intergubernamental, pasaron entonces a formar parte del primer pilar comunitario junto con el resto de aspectos incluidos en el ELSJ. Por otro lado, el Consejo Europeo celebrado en Estocolmo, el cual estableció un programa<sup>255</sup> que insistía en su prioridad de seguir desarrollando el ELSJ, abordando cuestiones como la gestión de fronteras de la Unión o la política de visados, y afirmando la necesidad de establecer un sistema común de asilo.

Tras haber mencionado los hitos más relevantes en la evolución del ELSJ, bien podría afirmarse el histórico interés de la Unión Europea por alcanzar elevadas cotas de desarrollo en este ámbito. Sin embargo, centrándonos únicamente en uno de los aspectos incluidos dentro del ELSJ, el objetivo de este trabajo no es otro que señalar algunas cuestiones controvertidas que realmente necesitan ser resueltas si se pretende consolidar una eficiente gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión Europea.

---

<sup>253</sup> El Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea. Publicado en *Diario Oficial de la Unión Europea*, C53/1, de 3 de marzo de 2005.

<sup>254</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, "Programa de la Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia". Publicado en *Diario Oficial de la Unión Europea*, C236, de 24 de septiembre de 2005.

<sup>255</sup> El Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano. Publicado en *Diario Oficial de la Unión Europea*, C115/1, de 4 de mayo de 2010.

## 2. LA INCESANTE PRODUCCIÓN NORMATIVA EUROPEA FRENTE A LAS LAGUNAS DE LA *AGENCIFICACIÓN*

La producción normativa europea relacionada con la gestión integrada de fronteras exteriores de la Unión tiene su base en el Título V del TFUE, así como en el Acervo de Schengen, el cual quedó incluido en el derecho originario europeo a partir del Tratado de Ámsterdam<sup>256</sup>.

Dentro del extenso marco normativo creado por la Unión Europea en relación a la gestión de sus fronteras cabría destacar el *Código de Fronteras Schengen*<sup>257</sup>, el cual establece las normas aplicables para el control de personas que cruzan sus fronteras exteriores, el *Código de Visados*<sup>□□</sup>, el cual contempla las condiciones para conceder visados de corta duración a nacionales de terceros países no exentos de dicha obligación para entrar en territorio de la Unión, y el reglamento *Dublín-III*<sup>□□</sup>, el cual señala los criterios para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de protección internacional.

El persistente desarrollo normativo europeo en este ámbito implicaría, entre otro tipo de cuestiones, el progresivo aumento de tareas asumidas por parte de la Unión; y ha sido precisamente este aumento de tareas una de las causas que han originado el conocido fenómeno de la

---

<sup>256</sup> No obstante, Reino Unido, Irlanda y Dinamarca “disfrutan de las posibilidades de las cláusulas *opt-out* que les permite abstenerse de aplicar una medida en cualquier momento, pero no hay que olvidar, que podrán utilizar las cláusulas que *opt-in* previstas en los tratados que posibilitan a cada uno de estos países participar, en casos concretos, en el procedimiento de adopción de una medida o en la aplicación de una medida ya aprobada” (Fernández, 2016, p. 360).

<sup>257</sup> Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras. Diario Oficial de la Unión Europea, L77, de 23 de marzo de 2016. Disponible en <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/399/2019-06-11>.

<sup>258</sup> Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados. Diario Oficial de la Unión Europea, L243, de 19 de septiembre de 2009. <http://data.europa.eu/eli/reg/2009/810/2020-02-02>.

<sup>259</sup> Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida. Diario Oficial de la Unión Europea, L180/31, de 29 de junio de 2013. Disponible <http://data.europa.eu/eli/reg/2013/604/oj>

*agencificación*, que no es otro que la creación de un importante número de agencias europeas descentralizadas<sup>260</sup> encargadas de desarrollar labores de carácter eminentemente técnico y, como ocurre en el ámbito del ELSJ, destinadas a fortalecer la cooperación de la Unión con los Estados miembros y a realizar funciones de carácter operativo en sus fronteras exteriores.

Si bien no cabe duda que la proliferación de estas agencias genera importantes beneficios<sup>261</sup>, existen al mismo tiempo diversas lagunas relacionadas con la *agencificación* que impedirían afirmar la plena coherencia del sistema normativo europeo.

La primera cuestión controvertida sería la ausencia de una definición normativa de agencia europea<sup>262</sup>. Pese al remoto interés de la Comisión europea por dar respuesta a esta cuestión<sup>263</sup>, la definición realizada por esta institución no llegó a incorporarse a la normativa europea<sup>264</sup>; y si bien gran parte de la doctrina considera válida dicha definición<sup>265</sup>, algunas de las características atribuidas a las agencias europeas, tales

---

<sup>260</sup> No confundir con agencias ejecutivas, las cuales son creadas durante un tiempo determinado para gestionar tareas específicas vinculadas a programas de la Unión. En cuanto a las agencias descentralizadas, existen un total de 48 según *EU Agencies Network*, disponible en <https://euagencies.eu> (consultado el 10 de octubre de 2022).

<sup>261</sup> Las agencias descentralizadas permiten a la Comisión centrarse en tareas relevantes y delegar funciones de carácter secundario, contribuyen al proceso de toma de decisiones centralizando los conocimientos técnicos disponibles a nivel europeo, y permiten acercar la Unión Europea a ciudadanos gracias a la implantación de las mismas fuera de las ciudades sede de las instituciones europeas (Santos, 2021, p. 20).

<sup>262</sup> Cuestión en ningún caso baladí si tenemos en cuenta que “no sirve de nada definir los límites políticos y legales de la *agencificación* europea sin definir adecuadamente que significa agencia europea” (Chamon, 2016, p. 4).

<sup>263</sup> En un proyecto de acuerdo interinstitucional, la Comisión definió a la agencia reguladora como “una entidad jurídica autónoma creada por el legislador para participar en la regulación de un sector concreto, a escala europea, y en la ejecución de una política comunitaria determinada”. COM (2005) 59 final, de 25 febrero de 2005.

<sup>264</sup> La ausencia de una clara diferenciación entre agencias regulatorias y agencias ejecutivas hizo que la definición realizada por la Comisión no fuese finalmente adoptada en la doctrina legal (Chamon, 2016, p. 5-6).

<sup>265</sup> La generalidad de la doctrina coincide en señalar que esta definición incluye los elementos que comparten todas las agencias reguladoras: personalidad jurídica propia, organismos de derecho público europeo, creadas a través de un acto de derecho derivado y participación en la regulación o ejecución de una política de la Unión Europea (Santos, 2021, p. 24).

como su creación a partir de un acto de derecho derivado o su personalidad jurídica propia, parecen encontrar por otra parte un elevado número de excepciones<sup>266</sup>.

Otro problema aún no resuelto por la Unión es la inexistencia de un marco regulatorio preciso que defina las condiciones para la creación y el régimen de funcionamiento de sus agencias. Con igual interés por parte de la Comisión europea para resolver este asunto<sup>267</sup>, y a pesar de su fallida insistencia<sup>268</sup>, el único acuerdo interinstitucional alcanzado hasta el momento<sup>269</sup> continua sin dar respuesta a la cuestión. No obstante, teniendo en cuenta la diversidad de áreas cubiertas por las agencias europeas, quizás habría que cuestionarse si es necesario y/o conveniente establecer un único marco regulatorio común aplicable a todas ellas<sup>270</sup>.

Por último, mencionar que ha sido necesaria la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión para esclarecer los límites a los poderes autónomos de las agencias europeas. En este sentido, si bien inicialmente<sup>271</sup> el tribunal admitió la posibilidad de delegar en las agencias únicamente facultades de ejecución claramente definidas y bajo el

---

<sup>266</sup> Sirvan como ejemplos que la creación de la agencia Europol está contemplada en el derecho originario (artículo 88 TFUE), o que la agencia OLAF no tiene personalidad jurídica propia a pesar de realizar sus funciones con total independencia.

<sup>267</sup> Un Libro Blanco de la Comisión en 2001 ya se mencionaban las condiciones para la creación de agencias reguladoras en la Unión. COM (2001) 428 final de 12 de octubre de 2001.

<sup>268</sup> El proyecto de acuerdo interinstitucional presentado por la Comisión en 2005, fue rechazado por el Consejo al considerar que la adopción de un acuerdo interinstitucional era contrario a los Tratados al tener carácter vinculante (Santos, 2021, p. 22).

<sup>269</sup> Declaración común del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre agencias descentralizadas en 2012. Disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11752-2012-INIT/es/pdf>

<sup>270</sup> Ciertamente, lo que más interesa al ciudadano podría ser el saber si las agencias europeas realmente han alcanzado el objetivo para el que fueron creadas (Brennkmeijer, 2021, p. 248).

<sup>271</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de junio de 1958, Asunto 9/56, Caso Meroni.

estricto control de la autoridad delegante<sup>272</sup>, posteriormente<sup>273</sup> llegó a validar que “las agencias reguladoras puedan adoptar disposiciones tanto de alcance general o individual, siempre se delimite claramente el margen de discrecionalidad de las competencias ejercidas” (Janer, 2014, p. 14). No obstante, la validez otorgada por el tribunal a la hora de delegar competencias en las agencias europeas al margen de los artículos 290 y 291 TFUE, bien podría entrar en contradicción con el principio de atribución de competencias de la Unión Europea<sup>274</sup>, más allá de que efectivamente existan mecanismos de control jurisdiccional para fiscalizar la actividad de las agencias.

### 3. LA CONTINUA RESERVA DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y EXCESIVO USO DEL RESTABLECIMIENTO TEMPORAL DE FRONTERAS INTERIORES DE LA UNIÓN

Por todos es sabido que las acciones destinadas a desarrollar el ELSJ, siendo una competencia de carácter compartido entre la Unión Europea y los Estados miembros, debe respetar, entre otros, los principios de subsidiariedad<sup>275</sup> y de proporcionalidad<sup>276</sup>.

---

<sup>272</sup> En el caso *Meroni*, “el Tribunal de Justicia, a pesar de la falta de previsiones al respecto en los tratados, permitió que la Alta Autoridad delegase en entes privados el ejercicio de determinadas competencias bajo dos condiciones: a) que la delegación fuese de potestades conferidas a la Alta Autoridad; y, b) que el ejercicio de las potestades debía estar sometido a criterios objetivos previamente determinados (Janer, 2014, p. 7).

<sup>273</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de enero de 2014, C-270/12, Reino Unido contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea apoyados por España, Francia, Italia y la Comisión Europea.

<sup>274</sup> Conforme al artículo 5.1 TUE, “la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan”.

<sup>275</sup> Conforme al artículo 5.3 TUE, “en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”.

<sup>276</sup> Conforme al artículo 5.4 TUE, “en virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados”.

En este sentido, si bien diversos sucesos relacionados con los flujos migratorios han evidenciado la incapacidad de los Estados miembros de gestionar de forma individual sus fronteras<sup>277</sup>, la histórica reticencia por parte de dichos Estados en ceder poderes a la Unión a la hora de gestionar las fronteras exteriores bien podría vulnerar el principio de subsidiariedad. Ciertamente, un estricto cumplimiento de este principio permitiría a los Estados miembros únicamente “aplicar normas adicionales de protección, en coherencia a la naturaleza compartida de la competencia en materia de fronteras, asilo e inmigración” (Fernández, 2016, p. 373), y en ningún caso les habilitaría para ejercer un control de fronteras basado únicamente en intereses nacionales relacionados fundamentalmente con el mercado laboral, el orden público o la seguridad interior.

Aun siendo conscientes de la incidencia que tienen las fronteras en el concepto clásico de soberanía nacional, cuestiones como la excesiva presencia de los Estados miembros en los órganos de dirección de algunas agencias europeas<sup>278</sup>, o el incumplimiento de Decisiones europeas relativas a la reubicación de nacionales de terceros países<sup>279</sup>, no hacen sino evidenciar el permanente interés de los Estados miembros por seguir conservando el control de sus fronteras, impidiendo una eficiente gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión.

---

<sup>277</sup> El año 2015, “en una afluencia sin precedentes, se calcula que 800.000 migrantes y refugiados habían llegado a Europa por mar hasta la segunda semana de noviembre” (Dimitriadi, 2016, p. 34).

<sup>278</sup> Sirva como ejemplo la composición de consejo de administración de la agencia Frontex, del que forman parte un representante de cada Estado miembro y dos representantes de la Comisión. En base a dicha composición, es sencillo presumir la prevalencia de los intereses nacionales en un lugar tan relevante dentro de la estructura de la organización.

<sup>279</sup> En las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 2 de abril de 2020, C-715/17, Comisión contra Polonia, C-718/17, Comisión contra Hungría y C-719/17, Comisión contra República Checa, el tribunal de Luxemburgo estimó los recursos por incumplimiento interpuestos por la Comisión al entender que los mencionados Estados miembros incumplieron la obligaciones establecidas en las Decisiones del Consejo 2015/1523 y 2015/1601, del 14 y 22 de septiembre de 2015 respectivamente, en virtud de las cuales se determinaba la reubicación de 120.000 solicitantes de protección internacional desde Grecia e Italia en los demás Estados miembros de la Unión.

Sea como fuere, argumentos basados en el mantenimiento del orden público o la salvaguarda de la seguridad interior, frecuentemente utilizados por los Estados miembros para seguir conservando su preeminencia en las fronteras, no deberían ignorar los principios establecidos en los tratados ni menos aún justificar el incumplimiento del derecho de la Unión Europea<sup>280</sup>.

Consideraciones más políticas que jurídicas deberían ser igualmente tenidas en cuenta en relación a la posibilidad de un restablecimiento temporal de las fronteras interiores de la Unión Europea, algo que el Código de Fronteras Schengen permite por motivos concretos y en determinadas circunstancias.<sup>281</sup> En este sentido, utilizar circunstancias relacionadas con el fenómeno migratorio para motivar el cierre de fronteras interiores, criminalizando de alguna manera la inmigración en Europa, ha permitido relacionarlo con un término conocido como *crimmigration*<sup>□□</sup>.

Observando los datos obtenidos en relación a las comunicaciones realizadas por los Estados miembros con ocasión del restablecimiento temporal de sus fronteras interiores<sup>283</sup>, se puede comprobar que efectivamente los Estados no han dudado en ejecutar esta medida con ocasión

---

<sup>280</sup> En un comunicado de prensa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirma que el artículo 72 TFUE “no confiere a los Estados miembros la facultad para establecer excepciones a disposiciones del Derecho de la Unión mediante la mera invocación de los intereses relacionados con el mantenimiento del orden público y la salvaguarda de la seguridad interior, sino que los obliga a demostrar la necesidad de hacer uso de la excepción prevista en ese artículo a los efectos de ejercer sus responsabilidades en estas materias”. Comunicado de prensa n° 40/20 de 2 de abril de 2020.

<sup>281</sup> Entre los motivos señalados en el Código de Fronteras Schengen están: la amenaza grave para el orden público o la seguridad interior (artículo 23), la necesidad de una actuación inmediata para garantizar el orden público o la seguridad interior (artículo 25), así como circunstancias excepcionales que pongan en riesgo el funcionamiento general del espacio sin controles en las fronteras interiores como consecuencia de deficiencias graves persistentes en los controles de las fronteras exteriores (artículo 26).

<sup>282</sup> Término introducido por Juliet Stumpf para indicar la fusión entre derecho migratorio y penal, tanto en el ámbito sustantivo como procesal (van der Woude, 2015, p. 62).

<sup>283</sup> La Comisión ha publicado los datos desde octubre de 2006, siendo los datos de periodos anteriores aportados por el Servicio de Transparencia del Consejo (Gülzau, 2021, p. 6).

tanto de la crisis migratoria de 2015<sup>284</sup>, como de la pandemia provocada por la Covid-19 (Gülzau, 2021, p. 10).

En este sentido, si bien la actitud de los Estados miembros pudiera ser comprensible, que no justificable, lo realmente sorprendente es la postura adoptada al respecto por la Comisión europea. Aun teniendo entre sus funciones la de asegurar la aplicación del Derecho de la Unión, “salvo una simple evaluación de proporcionalidad realizada en octubre de 2015 en relación al cierre de fronteras entre Alemania y Austria, la Comisión nunca ha llevado a cabo una evaluación sistemática del restablecimiento de las fronteras interiores, abiertamente cuestionado su legalidad, o iniciado procedimientos de infracción contra los Estados miembros” (Rijpma, 2021, p. 6), sino que al contrario, no ha tenido reparo alguno en justificar dicha medida ante circunstancias relacionadas con el flujo migratorio<sup>285</sup>.

Actitud distinta parece haber adoptado la Comisión en relación a la prórroga del cierre de las fronteras más allá del plazo máximo establecido. Mientras que determinados Estados han afirmado la validez dicha prórroga<sup>286</sup>, la Comisión se muestra favorable a la aplicación estricta del límite establecido, ya que la ausencia de dicho límite podría poner en riesgo la efectividad del Derecho de la Unión Europea (Cebulak, 2021, p. 3). No obstante, entendiendo que la cuestión reviste sin duda mayores

---

<sup>284</sup> Sirva como ejemplo la medida llevada a cabo por Alemania con ocasión de la crisis migratoria ocurrida en 2015, cerrando sus fronteras con Austria tras la masiva llegada de refugiados sirios hasta la zona de Bavaria, llegando a ser posteriormente hasta siete países los que cerrasen sus fronteras por idénticos motivos.

<sup>285</sup> En octubre de 2015, su Opinión sobre la Necesidad y Proporcionalidad del Restablecimiento de Controles en la Fronteras Interiores entre Alemania y Austria, la Comisión europea afirmó la adecuación del restablecimiento temporal de fronteras en Alemania al entender que el incontrolado flujo de un gran número de indocumentados y el riesgo de crimen organizado y amenazas terroristas, supondrían una amenaza grave al orden público y la seguridad interior.

<sup>286</sup> Tras el recurso presentado por varias ONG's ante la decisión del gobierno francés de restablecer sus controles fronterizos más allá del plazo máximo establecido en el Código de Fronteras Schengen, el Consejo de Estado del país galo entendió que “el plazo de seis meses no puede entenderse como un plazo máximo aunque las amenazas sean las mismas y que Francia, en caso de nuevas o renovadas amenazas a su seguridad interior y orden público, puede volver a restablecer los controles fronterizos empezando a contar nuevamente el tiempo de cómputo” (Janer, 2018, p. 928).

tintes políticos que jurídicos, la Comisión ha optado por realizar una propuesta de reglamento al Consejo<sup>287</sup> con el fin de que se sustituya el que actualmente regula el mecanismo de evaluación y seguimiento para verificar la aplicación del Acervo de Schengen, y de esta forma evitar que los Estados miembros puedan realizar interpretaciones jurídicas que desvirtúen la configuración de la Unión Europea como un espacio sin fronteras interiores.

#### 4. LOS HOTSPOTS COMO EJEMPLO DE COORDINACIÓN MULTILATERAL OPERATIVA Y LAS CONTROVERSIAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LAS AGENCIAS.

Teniendo en cuenta la similitud de actividades que en muchas ocasiones pueden llegar a realizar las agencias europeas en el ámbito operativo, existen distintas opiniones sobre la forma en que éstas deben cooperar para evitar duplicidades y solapamiento de tareas. Si bien algunos apuntan hacia la más absoluta separación e independencia de las agencias, logrando así conservar las características y métodos de trabajo propios de cada una de ellas, otros apuestan por la plena integración de todas aquellas agencias que realizan actividades similares en una única o, en el mejor de los casos, en la creación de un departamento central que las coordine a todas ellas, evitando así cualquier tipo de duplicidad innecesaria en sus actividades. En esta cuestión, la Unión Europea parece haber adoptado finalmente una postura eclética, ya que si bien no apuesta por la integración de agencias, intenta desarrollar todos los mecanismos necesarios para que la cooperación entre ellas pueda desarrollarse de la manera más eficiente posible. Si bien en alguna ocasión la Comisión europea ha intentado sin éxito la fusión de varias agencias<sup>288</sup>, el propio

---

<sup>287</sup> Propuesta de REGLAMENTO DEL CONSEJO relativo al establecimiento y el funcionamiento de un mecanismo de evaluación y seguimiento para verificar la aplicación del Acervo de Schengen y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 1053/2013. COM (2021) 278 final de 2 de junio de 2021.

<sup>288</sup> En el ámbito del ELSJ, dos intentos relacionados con la fusión de agencias europeas obtuvieron resultados infructuosos: por un lado, el Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE) con la Agencia de Derechos Fundamentales (FRA), y por otro lado, la Agencia Euro-pol con la Agencia Europea para la Formación Policial (CEPOL) (Fernández-Rojo, 2020, p. 119).

Parlamento europeo “rechazó la integración de la agencia Cepol en Europol argumentando que estas agencias perderían su autonomía y singularidad, y que las agencias ya llevaban a cabo sus tareas de manera efectiva y en estrecha cooperación” (Fernández-Rojo, 2018, p. 1022).

En cuanto a las formas de cooperación entre agencias, las mismas pueden revestir un carácter formal a través de la firma de acuerdos, convenios o figuras análogas, así como un carácter informal en virtud de reuniones u otro tipo de encuentros en los que prima la relación personal y de confianza entre las distintas partes. Igualmente, en función del número de agencias que acuerdan los mecanismos de su actividad conjunta, la cooperación puede ser bilateral o multilateral, siendo los conocidos como *hotspots* el mejor ejemplo de actividad multilateral coordinada.

Los *hotspots* se crean en lugares donde pueden producirse con mayor frecuencia repentinos y específicos flujos migratorios<sup>289</sup>. Desde un punto de vista estructural, estos *hotspots* se constituyen en bases o puntos estratégicos donde operan agencias europeas con funciones operativas, tales como Frontex, Europol y la Agencia de Asilo<sup>290</sup>, junto con las agencias nacionales y la propia Comisión europea, todo ello con el fin de auxiliar a determinados Estados miembros en la gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea.

Sin entrar a detallar de manera pormenorizada las funciones o tareas desarrolladas por las agencias europeas en los *hotspots*, en virtud de su incidencia en los derechos de los migrantes, resulta interesante citar algunas de ellas: Frontex realiza la entrevista preceptiva para determinar la nacionalidad de los migrantes en caso de que la misma no pueda ser determinada por otros medios<sup>291</sup>, así como asiste en la tomas de huellas

---

<sup>289</sup> Actualmente se han identificado *hotspots* en las costas italianas (Tarento, Mesina, Pozzallo y Lampedusa) y griegas (Lesbos, Chíos, Samos, Leros y Kos), si bien en determinados periodos algunos de ellos pueden no estar en funcionamiento en función del número de migrantes llegados a las citadas costas.

<sup>290</sup> Mencionar que, si bien no realizan tareas de carácter estrictamente operativas, otras agencias como la Agencia Europea de Derechos Fundamentales también operan en los *hotspots*.

<sup>291</sup> “Pese a que las autoridades nacionales son exclusivamente competentes a la hora de adoptar una decisión final respecto al país de origen del migrante irregular, éstas tienden a

y su posterior registro en el sistema Eurodac; la Agencia Europea de Asilo, por su parte, además de asistir al Estado miembro en el registro, la preparación de expedientes y la tramitación de las solicitudes de asilo, lleva a cabo las entrevistas de admisibilidad en las costas griegas<sup>292</sup>; y Europol despliega equipos de operación conjunta sobre el terreno con el fin de intercambiar información para luchar contra actividades criminales de carácter transnacional, tales como la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de migrantes.

Podría resultar evidente que la creación de los hotspots han generado importantes ventajas en relación a la gestión de fronteras exteriores de la Unión, ya que no sólo suponen una descarga de trabajo considerable para los Estados miembros donde éstos se han instalado, sino que se configuran como un excelente banco de pruebas donde crear sinergias y mejorar la coordinación de las agencias, proporcionando además una importante ayuda para los migrantes que intentan cruzar las fronteras exteriores de la Unión, siendo relevante en este último aspecto las labores de salvamento y rescate llevadas a cabo por la agencia Frontex<sup>293</sup>.

No obstante, existen también una serie de cuestiones aún sin resolver en relación a los hotspots, ya que actualmente no cuentan con un marco regulatorio específico que determine las reglas de su creación o las tareas que deben desarrollarse en los mismos. Si bien los *Planes Operacionales* firmados por la Unión Europea y los Estados miembros donde se crean los *hotspots* se han configurado como la principal guía de actuación de las agencias europeas, dichos instrumentos jurídicos “no

---

basar sus decisiones en la evaluación y recomendación elaborada por Frontex” (Fernández-Rojo, 2018, p. 1032).

<sup>292</sup> Si bien la recomendación realizada por la Agencia Europea de Asilo sobre la admisibilidad de las solicitudes de asilo “no es vinculante para los funcionarios griegos, la opinión de Easo presenta efectos cuasi vinculantes en la práctica, pues el Servicio de Asilo griego, dada la presión migratoria a la que está sujeto, se limita a ratificar la recomendación emitida por la agencia y no entra a evaluar el fondo de la solicitud” (Fernández-Rojo, 2018, p. 1035).

<sup>293</sup> “La introducción de normas vinculantes en relación con las operaciones SAR generó una gran controversia en el marco de la negociación del Reglamento 656/2014. Italia, Grecia, Malta, Francia y Chipre alegaron que no era aceptable que se regulasen mediante un acto legislativo las operaciones SAR y de desembarco porque se trata de materias que se enmarcan dentro de la competencia exclusiva de los Estados y que han de ser ejercidas en el marco del derecho internacional” (Santos, 2018, p. 170).

excluirían sino que deberían complementar un marco jurídico a nivel europeo que aclare las tareas operativas de Frontex, Easo y Europol, y el grado de cooperación y asistencia que prestan a aquellas autoridades nacionales sujetas a presiones migratorias excepcionales y repentinas en sus fronteras exteriores” (Fernández-Rojo, 2018, p. 1028).

Además de las dudas suscitadas en relación a las tareas a desarrollar, la ausencia de un marco regulatorio específico para los *hotspots* genera controversias relacionadas con la responsabilidad derivada de las acciones de las agencias europeas. En relación precisamente a la responsabilidad de estas agencias en los *hotspots* debemos partir de una premisa básica, y es que los Estados miembros siguen siendo los principales responsables de la gestión de sus fronteras; premisa que sin duda podría resultarnos incomprensible teniendo en cuenta las actividades de carácter *quasi-decisorio* que realizan las agencias europeas.

La respuesta ofrecida desde el ámbito europeo a las controversias sobre la responsabilidad de las agencias europeas ha sido diversa. Por un lado, nos encontramos con el sorprendente silencio de la Comisión europea, a la vez que las propias agencias insisten en afirmar que sólo realizan tareas de apoyo bajo el mando de los Estados miembros, es decir, derivan cualquier tipo de responsabilidad de sus acciones en los Estados miembros donde operan. Por otro lado, el Parlamento europeo ha emitido una resolución en la que rechaza completamente las excusas utilizadas, en este caso por Frontex, a la hora de evadir su responsabilidad<sup>294</sup>.

La citada resolución del Parlamento europeo no viene sino a aclarar su posición ante el elevado número de acusaciones realizadas por parte de organizaciones no gubernamentales, sociedad civil y académicos en relación a las actividades de la agencia Frontex en las fronteras exteriores de la Unión. Además de innumerables violaciones de derechos fundamentales, la agencia Frontex ha llegado a ser acusada no sólo de

---

<sup>294</sup> El Parlamento Europeo, en su Resolución de 2 de diciembre de 2015, sobre un informe especial del Defensor del Pueblo Europeo afirma que “Frontex no puede eludir su responsabilidad y control por el mero hecho de que existan acuerdos administrativos con los Estados miembros que participan en una acción coordinada por Frontex cuando dichos acuerdos repercuten en los derechos fundamentales”.

participar activamente, sino incluso de financiar devoluciones en caliente en la frontera griega; financiación que de hecho ha llegado a ser acreditada en un informe de la agencia OLAF<sup>295</sup>.

En definitiva, sigue siendo necesario la creación de un marco normativo europeo que establezca los mecanismos de control de sus agencias, evitando así la constante puesta en entredicho del compromiso de la Unión Europea con los derechos fundamentales de los migrantes y refugiados.

## 5. CONCLUSIONES

Llegados a este punto no podemos sino comenzar afirmando el aparente interés de la Unión Europea por alcanzar un verdadero ELSJ, lo cual incluiría una eficiente gestión de sus fronteras exteriores. La persistente inclusión de cuestiones relacionados con este ámbito en la agenda europea, así como la incesante producción normativa, no harían sino evidenciar el deseo de la Unión por consolidar un auténtico ELSJ.

No obstante, el importante número de tareas asumidas por la Unión Europea en este ámbito, fundamentalmente a través de sus agencias, requiere en primer lugar un desarrollo normativo más preciso, que cubra las lagunas relacionadas con las condiciones para la creación, el régimen de funcionamiento y los límites a los poderes autónomos de las agencias europeas reguladoras o descentralizadas.

Por otra parte, estando tan ligadas las cuestiones relativas a las fronteras con la soberanía nacional, el obstinado interés de los Estados miembros por seguir conservando el control de sus fronteras impide alcanzar elevadas cotas de eficiencia en la actividad europea, ya que los Estados no sólo siguen siendo últimos responsables de cuantas actividades se desarrollen en su territorio, sino que además no dudan en proceder al cierre temporal de su fronteras ante cualquier flujo migratorio imprevisto, ligando así el fenómeno migratorio con cuestiones relacionadas con la criminalidad y la seguridad interior. Ciertamente los Estados miembros

---

<sup>295</sup> Ante la filtración de dicho informe a diversos medios de comunicación, la Agencia Frontex ha emitido un comunicado en el que asegura que las prácticas irregulares descritas en el informe, forman parte del pasado.

deberían estar dispuestos a ceder mayores capacidades de actuación a la Unión Europea en relación a la gestión de fronteras exteriores, ya que dicha cesión no debe ser entendida en ningún caso como un traspaso de soberanía.

Otra de las cuestiones que sin duda debe ser abordada de manera urgente por la Unión Europea es la configuración de un marco normativo adecuado con respecto a los conocidos como *hotspots*, ya que la falta de concreción jurídica origina controversias sobre las actividades realizadas en los mismos y, lo que es mucho más delicado, genera importantes lagunas relativas a la responsabilidad de las agencias que realizan tareas de carácter operativo sobre el terreno, especialmente en el caso de la agencia Frontex. Un mayor grado de seguridad jurídica haría posible, cuanto menos, exigir la correspondiente responsabilidad a estas agencias en casos en los que se constate la violación de derechos fundamentales por parte de sus agentes.

Finalmente, afirmar que, junto a la necesaria voluntad política por parte de los Estados miembros, se debe insistir en la necesidad de analizar y elaborar todo tipo de medidas y acciones destinadas a alcanzar mayor grado de eficiencia en la gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión Europea, llegando a entender el fenómeno migratorio como una oportunidad y nunca como una amenaza.

## 6. REFERENCIAS

- Brenninkmeijer, A. (2021). The unknown agents of European cooperation, and their future. *ERA Forum*, 22, 245-251.
- Calonge, A. (2006). Sistema competencial y de fuentes en el espacio de libertad, seguridad y justicia. *Revista de derecho de la Unión Europea*, 10, 95-112.
- Cebulak, P., y Morvillo, M. (2021, 25 de junio). *The Guardian is Absent: Legality of Border Controls within Schengen before the European Court of Justice*. Verfassungsblog. <https://verfassungsblog.de/the-guardian-is-absent/>
- Chamon, M. (2016). *EU Agencies: Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*. Oxford.
- Commission of the European Communities. (1995). Espace sans frontières "Schengen". Bruxelles: Commission Library.

- Cunha, A., Silva Ml, y Frederico, R. (2015). *The borders of Schengen*. Brussels: P.I.E. Peter Lang S.A.
- Dimitriadi, A. (2016). Europa ante los refugiados. *Instituto Europeo del Mediterráneo. Afkar/ideas*, nº 48, 34-36.
- García-Jourdan, S. (2005). *L'émergence d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice*. Bruylant.
- Fernández, J.C. (2016). Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto. *Memorial para la Reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, 333-378.
- Fernández-Rojo, D. (2021). *EU Migration Agencies*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.
- Fernández-Rojo, D. (2018). Los hotspots: expansión de las tareas operativas y cooperación multilateral de las agencias europeas Frontex, Easo y Europol. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 61, 1013-1056.
- Coman-Kund, F. (2022, 6 de septiembre). *Hybrid EU External Border Management: Frontex, the Rule of Law and the Quest for Accountability*. Verfassungsblog. <https://verfassungsblog.de/hybrid-eu-external-border-management/>.
- Giménez, A. (1998). Barreras a la emigración en el final del milenio. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 12, 277-284.
- Gülzau, F. (2021). A “New Normal” for the Schengen Area. When, Where and Why Member States Reintroduce Temporary Border Controls? *Journal of Borderlands Studies*.
- Janer, J.D. (2018). El restablecimiento temporal de controles en las fronteras interiores de la Unión Europea como respuesta a las amenazas al orden público y a la seguridad interior: entre la excepcionalidad y la normalidad. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 61, 899-932.
- Janer, J.D. (2014). Límites y control de los actos adoptados por las agencias reguladoras de la Unión Europea: Comentario a la sentencia del TJUE de 22 de enero de 2014, as. C-270/12, Reino Unido contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea apoyados por España, Francia, Italia y Comisión Europea. *Revista General de Derecho Europeo*, 33.
- López-Romero, M.P. (2006). Política común de inmigración en la Unión Europea. *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, 7, 87-101.
- Marin, L.; Gkliati, M.; y Tas, S. (2022, 5 de septiembre). *An “Impossible Trinity”?: Frontex, EU External Borders and the Rule of Law*. Verfassungsblog. <https://verfassungsblog.de/an-impossible-trinity/>.

- van der Woude, M.A.H., y van Berlo, P. (2015). Crimmigration at the Internal Borders of Europe? Examining the Schengen Governance Package. *Utrecht Law Review*, 11(1), 61-79.
- van Outrive, L. (2001). Historia del Acuerdo y del Convenio de Schengen. *Revista CIDOB d'afers internacionals*, 53, 43-61.
- Peers, S. (2015). *EU immigration and asylum law (text and commentary)*. Volume 3, *EU Asylum Law*. Brill.
- Peers, S. (2011). Mission accomplished? EU Justice and Home Affairs Law after the Treaty of Lisbon. *Common Market Law Review*, 48, 661-693.
- Santos, J. (2021). *La gestión de las fronteras exteriores de la UE: los nuevos poderes de la agencia Frontex*. Tirant lo Blanch.
- Santos, J. (2018). La transformación de Frontex en la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas: ¿hacia una centralización en la gestión de las fronteras? *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 59, 143-186.
- Salomon, S., y Rijpma, J. (2021). A Europe Without Internal Frontiers: Challenging the Reintroduction of Borders Controls in the Schengen Area in the Light of Union Citizenship. *German Law Journal*, 1-29.

## EU LEGAL MIGRATION POLICIES: THE DIRECTIVE ON STUDENTS AND RESEARCHERS AND THE NEW TALENT PARTNERSHIP

---

FRANCESCA POLLICINO  
*PhD Candidate in Political Science,  
Dept. of Political and Juridical Science  
University of Messina*

### 1. INTRODUCTION

Reducing irregular flows to and within Europe and protecting European Union (EU) external borders, can only happen effectively if we look at the migratory phenomenon in a broad and comprehensive perspective, strengthening legal and safe pathways to Europe. In line with the Lisbon strategy, the EU pursues, since more than 20 years a *high skilled immigration friendly* approach, which is instrumental to the growth, innovation and competitiveness of the EU region. This approach led to the adoption of a set of secondary norms, namely directives, that since 2003 have attempted to frame this field of concurrent competence, setting minimum standards in order to secure a more efficient management of migration flows, a fairer treatment of Third Countries Nationals (TCNs), a more effective struggle against illegal migration along with the cross cutting aim of strengthening EU competitiveness and growth. The set of directives, adopted and recast along the last two decades to portray the legal migration frame, have not always succeeded in implementing a comprehensive and coherent policy. Recently, with the new Pact for Migration and Asylum<sup>296</sup>, the EU has enhanced a holistic

---

<sup>296</sup> European Commission (2020), Communication to the European Parliament, the Council, the European economic and social Committee and the Committee of the Regions *On a new pact on migration and asylum* Brussels, 23.9.2020 COM(2020) 609 final.

approach towards the migration and asylum policy. The Pact focuses on asylum more than on immigration, trying to find a difficult equilibrium between responsibility and solidarity among Member States. But, as it seems that the “*EU is currently losing the global race for talent*”<sup>297</sup>, the Commission tackles in the New Pact, legal migration as a contribution to the skills and talents that the EU needs. While Member States are responsible for deciding on the flows they admit for labour purposes, an improved EU legal framework on migration would support them in attracting the talents they need. The Commission proposed, therefore, to finalise the negotiations on the revision of the Blue Card directive<sup>298</sup>, to adopt a “*Skills and Talent package*”, to fully implement the directive on students and researchers, to use the Talent Partnerships as a viable tool to support mobility of students and researchers and “*increase the pool of expertise available to European universities and research institutions [...] and to promote the circulation of knowledge by moving between Member States*”<sup>299</sup>.

## 2. OBJECTIVES AND METHODOLOGY

This contribution focuses on the analysis of the novelties introduced by the directive on Students and Researchers<sup>300</sup>, underlining its potential in terms of simplification of procedures, increased rights for beneficiaries, coherence of the overall structure. Moreover, since the transposition of the directive (the last countries to transpose it have done so on 2020), the New Pact on Migration and Asylum has been adopted,

---

<sup>297</sup> COM(2020) 609 final p. 25.

<sup>298</sup> The directive has been recast on 2021 as a consequence of the Commission proposal, Directive (EU) 2021/1883 of the European Parliament and of the Council of 20 October 2021 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purpose of highly qualified employment, and repealing Council Directive 2009/50/EC, OJ L 382, 28.10.2021, p. 1–38.

<sup>299</sup> COM(2020) 609 final p. 25.

<sup>300</sup> Directive (EU) 2016/801 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of research, studies, training, voluntary service, pupil exchange schemes or educational projects and au pairing (recast) OJ L 132, 21.5.2016, p. 21–57.

launching the new Talent Partnership<sup>301</sup> and the EU future perspective on qualified legal migration. A systematic approach among the directives in force and under revision, and the directive on students and researchers in particular, together with the programmes supporting high level mobility schemes and an effective cooperation with third Countries, not merely linked to the management of the flows, will enable both long term and circular migration legal pathways.

An effective common EU policy in the sector of legal migration faces major challenges, being a shared competence between the Union and its Member States. It seems we are observing an attempt to overcome the fragmented approach adopted so far, in order to fill a series of gaps and barriers to make legal migration a realistic alternative for illegal migration pathways, making the most out of the link between migration and development, putting the migrant at the very centre of the discourse as a development driver for both the countries of origin and of destination. This article will try to highlight the potentiality and shortcomings of this specific legal migration pathway analyzing the directive 2016/801 and trying to conceptually connect it with the new Talent Partnership recently, re-launched within recent communication on Attracting skills and talents to the EU, as potential complementary tools to enable both long term and circular migration legal pathways.

### 3. EU POLITICAL FRAMEWORK ON LEGAL MIGRATION

Policies aimed at regulating and governing the migratory process, have always been a prominent field of national interest and sovereignty within the European Union (EU). Back in 1993, with the coming into force of the Maastricht Treaty, migration and asylum were, for the first time, formally defined as a policy field of common concern by Member States. A first step towards a common approach was, in fact, the institution of the so called “third pillar” in the structure of the EU, to develop intergovernmental cooperation in the fields of *‘justice and internal*

---

<sup>301</sup> Communication by the European Commission (2022) *Attracting skills and talent to the EU* COM(2022) 657 final

*affairs*' to guarantee European citizens a space of security freedom and justice through inter-governmental cooperation also in the field of migration, asylum policy and fight against illegal immigration.

The signature, in 1997, and entry into force in 1999, of the Treaty of Amsterdam<sup>302</sup>, represented a turning point with the *communitarization*<sup>□□</sup> of the Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ) as a community concurrent competence, regulated by Title IV of the Treaty of the European Community (TEC) on visas, asylum, immigration and other policies related to free movement of persons.

On the wake of the Treaty of Amsterdam, the Tampere European Council (1999)<sup>304</sup> launched the call for a common EU policy on asylum and migration based on four main elements: partnership with Countries of origin; a common European asylum system; fair treatment of TCNs; management of migration flows. The principle affirmed in Tampere, that a person legally residing in a Member State, for a determined time and holding a long-term residence permit should be granted a set of uniform rights as near as possible to those enjoyed by the EU citizens, paved the way to the subsequent action of the EU implementing measures and strategies in the field of legal migration. General objectives set in Tampere are still fully valid today, since then, though, a slow change of paradigm has occurred: from setting common minimum standards on rights, admission and residence conditions for all TCNs, to attracting the third-country nationals that the EU economy needs<sup>305</sup>.

---

302 The Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union OJ C 340/1, 10.11.97 at art.2 par.15 disposed that the Council should have taken action for the progressive (transitory period of 5 years) establishment of an area of freedom, security and justice measures in the fields of asylum, immigration and safeguarding the rights of nationals of third countries.

303 On the concept see Trauner, F. And Ripoll Servent, A. (2016) The communitarization of the Area of Freedom, Security and Justice: why institutional change does not translate into policy change in *Journal of Common Market Studies* Volume 54. Number 6. pp. 1417–1432 DOI: 10.1111/jcms.12397.

304 Council of the European Union (1999) Presidency Conclusions, Tampere European Council, 15-16 October 1999 [https://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_it.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm) .

305 European Union: European Commission (2019) Commission staff working document executive summary of the fitness check on EU Legislation on legal migration {SWD(2019) 1055 final} p.3.

The Lisbon strategy, launched in year 2000, defined the EU long term vision for its development strategy for the decades to come. The powerful idea to make Europe:

“The most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world, capable of sustainable economic growth with more and better jobs and greater social cohesion”<sup>306</sup>

deeply biased EU policies in terms of mainstreaming skills, competencies, education in many sectors, included legal migration patterns. Indeed, the Lisbon European Council in March 2000 explicitly requested Member States to take necessary

“Steps to remove obstacles to the mobility of researchers in Europe by 2002 and to attract and retain high-quality research talent in Europe”<sup>307</sup>.

This aim was reaffirmed in the Council conclusions of 26 November 2002, which called on Member States and the Commission, to develop the actions to facilitate entry and residence for researchers from third Countries in order to strengthen the European Research Area<sup>308</sup>.

From 2003 to 2005, indeed, a set of directives were adopted regulating the family reunification<sup>309</sup> and the long term residents<sup>310</sup> along with the entry and stay conditions of TCN students<sup>311</sup> and researchers<sup>312</sup>. These first set of directives were adopted under art. 63 of the Treaty of the European Community, based on the Council unanimity vote. This led

---

<sup>306</sup> Presidency conclusions (2000), Lisbon European Council, 23 and 24 March 2000 [https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1\\_en.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm) .

<sup>307</sup> Lisbon European Council (2000) point 13 of the conclusions.

<sup>308</sup> Council conclusions (2003) of 26 November 2002 on progress made in the development of the European research area and on providing it with a new momentum OJ C 43/1, 22.02.2002.

<sup>309</sup> Council Directive (EC) 2003/86 on the right to family reunification [2003] OJ L 251/12 (Family Reunification Directive)

<sup>310</sup> Council Directive (EC) 2003/109 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents [2004] OJ L 016/44, preamble, 2 (LTR Directive).

<sup>311</sup> Council Directive (EC) 2004/114 on the conditions of admission of third-country nationals for the purposes of studies, pupil exchange, unremunerated training or voluntary service [2004] OJ L 375/12 (Students' Directive).

<sup>312</sup> Council Directive (EC) 2005/71 on a specific procedure for admitting third-country nationals for the purposes of scientific research [2005] OJ L 289/15 (Researchers' Directive).

to the adoption of a set of fragmented norms, not always complementary and coherent among them, and represented a strong refrain for the EU to take on a more ambitious approach in terms of approximation of legal frameworks, ensure equal treatment and rights to TCNs, guarantee a truly attractive system for TCN students, researchers and, in general, highly qualified human resources.

After the 5 years transition period established by the Amsterdam Treaty for the *communitarization* of the chapter on visas, asylum and immigration, the European Council adopted the Hague Program<sup>313</sup>, addressing the issue of international migration with a global approach, embracing all stages of migration, its causes and the relevant policies on entry and admission, integration and repatriation<sup>314</sup>. In particular the European Council called the Commission

“to present a policy plan on legal migration including admission procedures capable of responding promptly to fluctuating demands for migrant labour in the labour market before the end of 2005”<sup>315</sup>

and stated the need for greater coordination of national integration policies and EU initiatives, and for the setting of common basic principles<sup>316</sup>, in order to actively overcome obstacles to integration, defined as a two-way continuous process involving both legally residing TCNs and the host societies<sup>317</sup>. Another key issue underlined in the Hague

---

<sup>313</sup> European Council (2005) *The Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union* OJ C 53/ 3.3.2005.

<sup>314</sup> Pitrone A. (2018) *La recente disciplina europea sulla migrazione qualificata: tra promozione della migrazione circolare e politiche di integrazione* in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018 n.1, pp. 73-94.

<sup>315</sup> European Council (2005) title III point 1.4

<sup>316</sup> Council of the European Union (2004) 14615/04 (Presse 321) Common basic principles aiming at “assist Member States in formulating integration policies by offering them a simple non-binding but thoughtful guide of basic principles against which they can judge and assess their own efforts. They also can use these basic principles to set priorities and further develop their own measurable goals. It is up to the individual Member States to determine whether these principles assist them in formulation policies for other target groups for integration. The principles will be relevant both for Member States with considerable experience of substantial immigration as well as for those that more recently have become destinations for significant numbers of immigrants” p. 16. [https://ec.europa.eu/migrant-integration/library-document/common-basic-principles-immigrant-integration-policy-eu\\_en](https://ec.europa.eu/migrant-integration/library-document/common-basic-principles-immigrant-integration-policy-eu_en)

<sup>317</sup> Council of the European Union (2004) 14615/04, p.15.

programme was the partnership with third Countries as a cornerstone for successful legal and illegal migration management. The Commission adopted, upon indication of the European Council, a Policy Plan on legal migration<sup>318</sup> that paved the way to follow until 2009. Taking into account the unfavourable demographic trends in many EU member States, the labour and skills shortage in specific economic sectors, the Commission proposed a package of measures which would have set favourable conditions for specific categories of “necessary” immigrants in the European Union, proposing 4 specific directives and 1 framework directive<sup>319</sup>.

The come into force of the Lisbon Treaty (2009), dramatically changed the legal basis for the adoption of legal provisions in this field. First of all, the aim of offering a space of freedom, security and justice without internal borders for EU citizens gained momentum as a general objective pursued by the EU (art.3 par. 2 TUE)<sup>320</sup>, but most prominently, art.79 of the Treaty on the Functioning of the EU stated that the Union shall develop a common immigration policy and shall adopt measures by ordinary legislative procedure. Moreover it entails an “equity” of treatment for the TCNs legally residing in the EU, and not “equality” of treatment, definition that provides evidence of a compromise solution in the formulation of this article<sup>321</sup>.

We could have expected a boost of very ambitious measures to tackle the issues of legal migration as an opportunity for development. But still the resistance of member States to give up sovereignty and competences in this field played a strongly limiting role. After the failure of a comprehensive directive proposed by the European Commission concerning the entrance and stay of TCNs for the purpose of paid

---

<sup>318</sup> European Commission (2005) Communication on a Policy Plan on legal migration. Brussels, 21.12.2005 COM(2005) 669 final.

<sup>319</sup> Pitrone A. (2018) p. 74.

<sup>320</sup> Previously stated at art. 2 of the TUE, the paragraph has changed its position in the body of the article, assuming a stronger significance as a general objective of the EU Fumagalli, L. (2014) in *Trattati dell'Unione Europea II* edition edited by A. Tizzano, Giuffrè editore, 2014, p. 17.

<sup>321</sup> Pascale A. (2014) in *Trattati dell'Unione Europea* edition edited by A. Tizzano, Giuffrè editore, 2014.

employment and self-employed economic activities<sup>322</sup> in 2001, the directives adopted after the entry into force of the Lisbon Treaty regulating the status of highly skilled workers, intra corporate transferees, seasonal workers and the single permit directive, along with the recast directive on students and researchers, leave a wide range of autonomy to Member States, missing the aim of armonizing this field.

Today a set of fragmented norms based on 4 specific directives regulate economic migration for qualified TCN workers: the Recast Blue Card directive (2021/1883/EU), the Intra-Corporate transferees directive (2014/66/EU), the Seasonal workers directive (2014/36/EU) mainly employed in agriculture and tourism<sup>323</sup>, the recast directive on students and researchers (2016/801/EU) and 3 general directives on legal migration: the Family reunification directive (2003/86/EC), the Long Term Residents directive (2003/109/EC) and the Single Permit Directive (2011/98/EU).

In the decade going from Tampere to the Lisbon Treaty and the launch of the Stockholm programme<sup>324</sup>, we assisted to a “reverse proportion between the primary law and the political willingness”<sup>325</sup>. After the brave approach demonstrated by the EU institutions and the openness by member States on legal immigration, notwithstanding the narrow legal basis provided by the Amsterdam Treaty, the Stockholm programme proved to be more prudential, notwithstanding the more favourable legal basis laying on ordinary legislative procedure.

Despite the fact that there were already a number of migration policy directives adopted, and the clearer approach on circular migration

---

<sup>322</sup> European Commission (200) Proposal for a Council Directive on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purpose of paid employment and self-employed economic activities COM(2001) 386 final, OJ C/332 E/248.

<sup>323</sup> The directive underwent restrictions during the pandemic, see Guidelines for the seasonal workers during pandemics Brussels, 16.7.2020 C(2020) 4813 final.

<sup>324</sup> Presidency conclusions of the Council of the European Union (2009) Stockholm programme – an open and secure Europe serving and protecting citizens OJ C 115, 4.5.2010, p. 1–38.

<sup>325</sup> Chavier, M and Bury, P. (2020) *Students and Researchers Directive: Negotiations within the Council* in The students' and Researchers' Directive: central themes, problem issues and implementation in selected member states, Tesseltje de Lange & Paul Minderhoud (eds) p.14.

adopted by the Stockholm programme, EU Member States were still reluctant to widen the scope of harmonization of this policy area.

In 2015, in order to address the migratory crisis the Commission adopted the European Agenda on Migration<sup>326</sup> that, even if mostly dealing with the migratory emergency, once again underlined the economic and demographic challenge that the EU was called to face in the long run, with a constantly ageing population and an increasing skills shortage in specific sectors. With the New Pact on migration and asylum adopted in 2020, attracting qualified human resources to compete in the global race for talent is still one of the prominent objectives for the EU in the management of the legal migration, along with integration of TCNs and long term social demographic and economic sustainability.

#### 4. THE DIRECTIVE ON STUDENTS AND RESEARCHERS

The recast directive 2016/801<sup>327</sup> repeals and replaces the Students' Directive 2004/114<sup>328</sup> and the Researchers' Directive 2005/71<sup>329</sup>.

The two directives were adopted on the wake of the Stockholm programme provisions, in order to attract TCN students and researchers. In 2011 implementation reports on the two directives were published by the European Commission, highlighting a series of limits and shortcomings: low level of harmonization due to few legally binding provisions and vague obligations for member States, which resulted in a reduced efficiency of the transposed directives, and high uncertainty for beneficiaries<sup>330</sup>, in particular:

---

<sup>326</sup> European Commission (2015) Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social Committee and the Committee of the regions *A European agenda on migration Brussels, 13.5.2015 COM(2015) 240 final*.

<sup>327</sup> Directive (EU) 2016/801 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of research, studies, training, voluntary service, pupil exchange schemes or educational projects and au pairing, OJ L 132, 21.5.2016, pp. 21-57.

<sup>328</sup> Council Directive (EC) 2004/114.

<sup>329</sup> Council Directive (EC) 2005/71.

<sup>330</sup> European Commission (2011) Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Directive 2004/114/EC, COM(2011)587, 28.09.2011 and

“The implementation reports on Directives 2004/114/EC and 2005/71/EC pointed out certain insufficiencies, mainly in relation to admission conditions, rights, procedural safeguards, students' access to the labour market during their studies and intra-EU mobility provisions. Specific improvements were also considered necessary regarding the optional categories of third-country nationals. Subsequent wider consultations have also highlighted the need for better job-seeking possibilities for researchers and students and better protection of au pairs who are not covered by Directives 2004/114/EC and 2005/71/EC”<sup>331</sup>.

The need to recast both directives also took into consideration the increase in the internationalization of studies and research and the EU funded programmes in education and research (notably Erasmus and Marie Curie) as a driver for reform<sup>332</sup>.

Following the recommendation of the two implementation reports, that pointed out these major shortcomings, in 2013 the European Commission proposed an ambitious recast directive that after three years and a complex inter institutional dialogue brought to the adoption, in 2016, of a very prudential version of the original proposal.

On 23 May 2018 the deadline for the transposition of the directive expired (art.40); the last Countries to transpose the directive have been Belgium and Slovenia in 2020. Today, all Member States have adopted the Directive except Ireland (that continues to apply the 2005 researchers' directive) and Denmark who opted-out.

The recast directive encompasses 43 articles, trying to provide more precise and clearer rules and some major improvements<sup>333</sup>. It regulates the entry and residence conditions of TCNs, for periods exceeding 90 days, in the territory of EU Member States for the purpose of research, studies, training or voluntary service in the European Voluntary Service (EVS) and, where Member States so decide, pupil exchange schemes

---

Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the application of Directive 2005/71/EC, COM(2011) 901, 20.12.2011.

<sup>331</sup> Directive (EU) 2016/801 point (4) of the preamble.

<sup>332</sup> Calers, H. (2020) The students and researchers directive: analysis an implementation changes in *The students' and Researchers' Directive: central themes, problem issues and implementation in selected member states*, Tesseltje de Lange & Paul Minderhoud (eds) p.30

<sup>333</sup> Calers, H. (2020) p.21.

or educational projects, voluntary service other than the EVS or au pairing (art.1 point (a)).

The scope (art.2) of application of the directive, being certainly among the most disputed issues during the three years' adoption process, was widened. The directive addresses 7 categories of TCNs, namely researchers, students, trainees (remunerated and unremunerated), volunteers, exchange pupils and au pairs (these categories were not included in the scope of application of the two previous directives). Provisions on students, researchers, trainees, volunteers participating in the EVS are mandatory for Member States to transpose, while provisions regarding other volunteers categories, school pupils and au pairs are optional to transpose.

The directive regulates both the issuance of resident permits and of long stay visas. It introduces many novelties, trying to overcome the previous shortcomings. General and specific conditions of authorization are enumerated for each category covered by the directive. A set of standard mandatory admission conditions is set [valid travel document, health insurance, sufficient resources to cover subsistence costs, public security or public health restrictions,...(art.7 par.1)], along with specific conditions for each category.

Member States can introduce optional general admission conditions; among the most relevant, TCN applicants for research shall present a hosting agreement, Member States may also require that the host research organization takes financial responsibility if the researcher remains on the territory illegally (art.8); students shall provide evidence of acceptance by a higher education institution, Member States may require evidence that TCNs can cover their study costs and that the university fees have been paid (Article 11).

For trainees, Member States may require that the traineeship be in the same field and qualification level as the higher education degree (Article 13(2)), and may also require the host entity to substantiate that the traineeship does not replace a job (Article 13(3)). TCNs applicants for the purpose of au pairing (art. 16) shall provide a detailed agreement with the hosting family, be between the age of 18 and 30, Member

States may require that the hosting family is not of the same nationality of, and has no family links with the TCN. For almost all categories Member States can request basic knowledge of the language of the host country.

The directive tries to guarantee more transparent and definite procedures for authorizations, defining a tight schedule for the duration of the authorization procedures [decision on the authorization shall be adopted and notified as soon as possible and in any case no later than 90 days from the date on which the complete application was submitted (art. 34)], and for rejection/withdrawal of the authorization. Generally speaking, grounds for rejection (art. 20) or withdrawal (art.21) are linked to the hosting institution not meeting obligations regarding social security, taxation, labour rights or working conditions. Articles 20(3) and 21(5) allow Member States to reject an application or refuse to renew an authorisation on the basis of a labour market test (not for students or researchers who work at the moment of renewal in the same host institution). A Member State can reject an authorization where there are serious and objective grounds to believe that the TCN intends to reside or carry out an activity for purposes other than those for which he/she applies to be admitted<sup>334</sup>.

The recast directive grants access to labour market for students (raising the minimum number of working hours to 15 per week), and allows a labour market check only in exceptional case, not on a systematic basis<sup>335</sup> (art.24); moreover, both students and researchers are allowed to

---

<sup>334</sup> According to Calers, H (2020) This article has been interpreted as a rection of the MS to the Judgment of the Court (third chamber) of the 10 September 2014 *Mohamed Ali Ben Alaya vs Bundesrepublik Deutschland* C-491/13, ECLI:EU:C:2014:2187 which extensively interpreted Article 12 of Council Directive 2004/114/EC stating that a Member State is obliged to admit to its territory a TCN for study purposes, where that national meets the conditions for admission exhaustively listed in Articles 6 and 7 of that directive and provided that that Member State does not invoke against that person one of the grounds expressly listed by the directive as justification for refusing a residence permit. This evaluation is made even before the arrival of the TCN, so is based on a presumption.

<sup>335</sup> Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 21 June 2012 *Leopold Sommer vs Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Wiensentence* C-15/11, ECLI:EU:C:2012:371 which defined contrary to the ratio of the student's directive 2004/114/EC the systematic market check.

stay on the territory of the Member State after having finalised their studies, for a period of at least nine months, to seek employment or to set-up a business (art.25).

The directive makes the approval procedure for public and/or private research organisations wishing to host a researcher not mandatory for Member States (“may” clauses art. 9 and art. 15); the directive explicitly recalls the exclusive competence of Member States to establish the volumes of admission (art.6)<sup>336</sup>.

While the previous Researchers directive included an article on the equal treatment of researchers with EU nationals (Article 12), this was not the case of the Students Directive, which was covered by the Single Permit Directive (SPD)<sup>337</sup>. Guaranteeing equal treatment of TCNs with EU nationals (Art.22) is one of the main aims of the recast directive, with an explicit reference to art. 12 points 1 and 4 of the SPD for researchers and students and for the categories addressed by the directive “*when they are considered to be in an employment relationship*” (art.22 p.3). Finally member States may decide not to grant TCNs equal treatment for housing and/or services provided by public employment offices in accordance with national law.

The 2016/801 directive also provides more precise rules about family members of researchers, setting for this category more favourable conditions (art. 26), and establishing that, if conditions for family reunification are fulfilled, family members of the researcher must obtain a stay permit.

The procedure for secondary mobility within the EU is also tackled, in some cases, allowing mobility to other Member States on the basis of the authorisation issued in the first Member States. It only applies for secondary mobility for the purpose of study and research, otherwise the

---

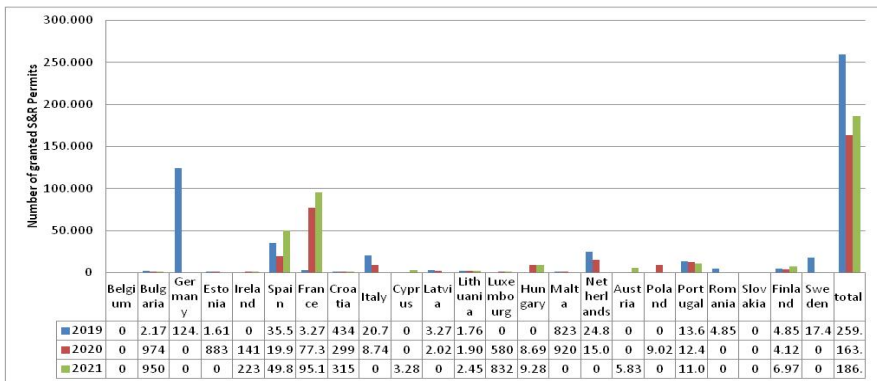
<sup>336</sup> Article 79(5) of the TFEU only applies to the category of TCNs considered to be in a working relationship. The definition of working relationship is left to Member States either.

<sup>337</sup> Directive 2011/98/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State, OJ L. 343, 23.12.2011, p. 1.

Schengen *aquis* applies. Broadly speaking, TCNs students and researchers in mobility, benefit from the same rights in the second Member State as in the first one. For researcher a neat distinction is made between long term and short term stay<sup>338</sup>. For students who are covered by a EU or multilateral programme, mobility is allowed for up to 360 days per Member State, other students shall submit a new application in the Member State where they would carry out part of their studies through a regular admission procedure (art.31).

It is probably too soon to have an idea of the impact of the directive since the transposition is relatively recent and since 2020 there has been a considerable slow down of motilities due to Covid19 pandemics. Based on Eurostat data, indeed, authorizations issued on 2019 from 15 member States where 259.727 compared to 186.175 issued on 2021 by 12 member states.

Graph. N.1 - Authorisations for study and research by reason, type of decision, citizenship and length of validity



Source of data: Eurostat Authorisations for study and research by reason, type of decision, citizenship and length of validity (online data code: MIGR\_RESSRATH )

<sup>338</sup> Art. 28 sets a short term stay for researchers lasting up to 180 days in any 360-day period per Member State, while the long stay exceeds the 180 days (art.29). In case of short-term mobility, the Member State can choose to allow mobility without any procedure, or apply the notification procedure; In case of long-term mobility, the second Member State may choose to allow mobility without any procedure, or on the basis of a notification or may require researchers to submit an application.

The directive on students and researchers is probably the most complete directive, regulating a wide range of categories, and trying to effectively reach that equity of treatment of TCNs legally residing in the EU, for the purpose of study and research. The ratio of the new directive is, indeed, to attract talents and qualified human resources from third Countries, in order to fill the gap and shortage of competences in EU labour market; ensure easier and clearer admission procedures and secure TCNs equal treatment with EU citizens. The recast directive aims at contributing to build up the European Education and Research areas attracting students and researchers from all over the world, for temporary and long term stay. We could say that it is inspired more by the idea of circular migration along with the objective of integrating immigrants into the host society, for example giving them the chance to find an occupation in the EU. The need to coordinate the EU legislative acts with national provisions on the entry of TCNs, which, in relation to the volumes of entry, continue to be the exclusive competence of Member States, has played a major role in characterizing the EU rules in this field as highly flexible, with a wide discretionary power for Member States in the transposition of the directives<sup>339</sup>.

## 5. THE NEW PACT ON MIGRATION AND ASYLUM: TALENT PARTNERSHIP

As previously pointed out, even if the New Pact focuses on asylum more than on immigration, legal migration is still considered as a pillar in building a coherent and sustainable approach towards a forward looking migration policy by the EU. While Member States are responsible for deciding on the flows they admit for labour purposes, an improved EU legal framework on migration would support Member States in attracting the talents they need. As an example, the Commission proposed, among others, to finalise the negotiations on the revision of the

---

<sup>339</sup> Di Comite, V (2014) *Accoglienza di studenti, ricercatori e docenti provenienti da paesi terzi* Accoglienza di studenti, ricercatori e docenti provenienti da Paesi terzi, in CAGGIANO G. (edited by), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 346-47.

Blue Card Directive<sup>340</sup>, to adopt a “*Skills and Talent package*”, to fully implement the Directive on Students and Researchers, to support mobility of students and researchers also through Talent partnerships as a tool to “increase the pool of expertise available to European universities and research institutions[...]and to promote the circulation of knowledge by moving between Member States”<sup>341</sup>.

Since 2003, the commission embraced the definition of immigrants’ integration as a dynamic “two way process”<sup>342</sup> affecting both immigrants and hosting societies. This definition evolved to include and entail a third dimension, the sending Country, becoming a circular phenomenon. With this idea, to tackle the increasing need of skills and competences, but also of unskilled manpower, the striking unfavourable demographic trend at EU level, but also recovering the circular dimension of migration, on June 2021 the European Commission launched its Talent Partnership Initiative, coined as a key endeavour under the New Pact on Migration and Asylum adopted in 2020. The aim is still to promote mobility for TCNs seeking employment or training in the EU. With the Communication *Attracting skills and talent to the EU*<sup>343</sup>, the EC has recently re-launched this tool, setting out 3 priority areas of action. A legislative priority aiming at recast and revise the Long-Term Residents Directive, and the Single Permit Directive, dealing with all procedures on visas for entry, renewal and status switching. This could enable quick access to LTR status and intra-EU mobility. An operational priority, to implement Talent Partnerships and the EU Talent Pool, and finally a future-oriented policy measure, a forward-looking pillar, based on three specific priorities for action: care, youth and innovation<sup>344</sup>.

---

<sup>340</sup> The Blue Card Directive has been recast on 2021.

<sup>341</sup> COM(2020) 609 final p. 25.

<sup>342</sup> Communication by the European Commission (2003) to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Immigration, Integration and Employment (COMM (2003) 336 final), Annex I, p. 44.

<sup>343</sup> Communication by the European Commission (2022) *Attracting skills and talent to the EU* COM(2022) 657 final.

<sup>344</sup> COM(2022) 657 final p.1.

Talent Partnerships are supposed to be an operational tool, providing a comprehensive policy framework, and funding support to boost mutually beneficial international mobility, based on better matching of labour market needs and skills between the EU and partner countries. They will be open to students, graduates and skilled workers. Launched as pilot projects in September 2017<sup>345</sup>, the Talent partnership initiative will provide support for mobility schemes and capacity building between selected partner countries and Member States, aiming at matching skills of TCN workers and the EU needs in terms of skills shortage<sup>346</sup>. The Partnerships should provide a “*single comprehensive policy framework as well as funding to support the mobility of students and ‘skilled workers’ from partner Countries to study, train, or work in the EU*”<sup>347</sup>. The initiative is also focused on capacity building benefiting partner Countries in the fields of labour market and skills, vocational education and training (VET), integration of returning migrants and diaspora mobilisation. The funding framework is to be achieved both through EU and Member States’ funding instruments, as well as through EU funding streams as integrated in the planning of the 2021-2027 Multiannual Financial Framework.

To be effective, partnerships should address short-term labour market needs and long-term needs related to human capital development, identifying both skills needed today and those increasingly relevant, tomorrow. The Commission announced that it would launch the first Talent Partnerships with North African partners, in particular Egypt, Morocco and Tunisia for their implementation to start by end of 2022. The choice of these three Countries is not surprising, based on long term

---

<sup>345</sup> European Commission (2017) Communication to the Parliament, the Council, the European economic and social Committee and the Committee of the Regions on the delivery of the European Agenda on Migration Brussels, 27.9.2017 COM(2017) 558 final.

<sup>346</sup> Schneider, J (2021) Beyond Talent Partnerships: Boosting Legal Mobility under the New EU Migration Pact in IEMed. Mediterranean Yearbook 2021, ISSN: 1698-3068, pp.308.

<sup>347</sup> Solidar (2021) *The EU talent partnerships* Briefng Paper 101 [https://www.solidar.org/system/downloads/attachments/000/001/509/original/101\\_Briefing\\_Paper\\_\\_EU\\_Talent\\_Partnerships.pdf?1648545699](https://www.solidar.org/system/downloads/attachments/000/001/509/original/101_Briefing_Paper__EU_Talent_Partnerships.pdf?1648545699).

cooperation on all aspects of migration management<sup>348</sup>. Talent Partnerships with key partners should try to enhance international mobility and talent development to the benefit of Member States, partner Countries, business communities on both sides, as well as for the individuals involved.

## 6. CONCLUSIONS

A systematic approach among the directives in force and under revision, together with the Programmes supporting high level mobility schemes and innovative active policy tools, could enable both long term and circular migration legal pathways.

To ensure that migrants' skills will match the future EU labour market and fill its gaps, focus should be also devoted to facilitating the recognition qualifications, as well as to upgrading their education and skills as needed<sup>349</sup>.

It seems that the EU is looking for a comprehensive forward looking model, based on complementary policies and actions in cooperation with partner countries (neighbouring), tackling short term (skills shortage, medium/low skilled labour offer) and long term (opposite demographic trends, supporting human capital development at origin) needs. If successful, this tools could also recover, together with short term mobility programmes, the circularity of migration, reducing the brain drain effect from the Countries of origin, being mutually beneficial for the migrant, the country of origin and the EU.

The enforcement of the directive on students and researchers already facilitates intra-EU mobility, meeting Member States needs for control

---

<sup>348</sup> Communication from the Commission (2022) to the European Parliament, the Council, the European economic and social Committee and the Committee of the regions on the Report on Migration and Asylum Brussels, 6.10.2022 COM(2022) 740 final

<sup>349</sup> European Parliament (2022) *Labour market integration of asylum seekers and refugees* Briefing 22.06.2022 p. 1 [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS\\_BRI\(2021\)690651](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2021)690651)

and opening EU to TCN students and researchers<sup>350</sup>. This dovetails with the EU Talent Partnerships, to facilitate legal migration and mobility, also using EU funding for producing small-scale migration projects that are primarily related to development cooperation or return policy<sup>351</sup>. This form of cooperation, will probably substantiate the idea of a gain-gain strategy balancing the tension of opposite interests: attracting skills and facilitating the supply of qualified human resources for the EU labour market both in the short and in the long run and reducing the backlash in terms of brain drain and spoiling of human capital in partner Countries<sup>352</sup>. In order to reach a sustainable immigration policy, the EU has to build a more attractive, efficient and circular system. “*This requires a revised legislative framework, enhanced cooperation with partner countries, an improved governance of labour migration involving all key stakeholders, as well as, looking forward, new areas of action*”<sup>353</sup>.

## 8. BIBLIOGRAPHY

- Acosta, D. & Geddes, A. (2013) ‘The development, application and implications of an EU rule of law in the area of migration policy’, in. *Journal of Common Market Studies*, Vol. 51, pp. 179–93.
- Andrade P, Martin I. & Mananashvili S., (2015) *EU cooperation with third Countries in the field of migration*, study for the LIBE Committee, European Parliament, 2015. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536469/IPOL\\_STU\(2015\)536469\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536469/IPOL_STU(2015)536469_EN.pdf)
- Bazylińska-Nagler, J. (2018), ‘Free-movement rights of Third Country Nationals in the EU internal market’ in *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics*, 8(1) 27-43. [HTTPS://DOI.ORG/10.1515/WRLAE-2018-0022](https://doi.org/10.1515/WRLAE-2018-0022)
- De Bruycker, P. (2020) ‘The new pact on migration and asylum: what it is not and what it could have been’, <https://eumigrationlawblog.eu/category/new-pact-on-migration-and-asylum/page/2/>

---

<sup>350</sup> De Lange, T and Groenendijk, K (2021) The EU Legal migration acquis: patching up the patchwork issue paper European migration and diversity programme 16 march 2021 p.5

<sup>351</sup> European Commission (2018), Concept note: PILOT PROJECTS LEGAL MIGRATION 2018

<sup>352</sup> Martinez, F (2017) p.16.

<sup>353</sup> COM(2022) 657 final, p.22

- de Lange, T. & Minderhoud, P. (eds) (2020), *The students' and researchers' directive: central themes, problem issues and implementation in selected member states*, Published by Wolf Productions. ISBN: 978-94-6240-619-3
- de Lange, T & Groenendijk, K. (2021), The EU's legal migration *acquis*: patching up the patchwork, issue paper *European migration and diversity programme*, European Policy Center.
- De Salvo, M. (2022) Talent partnerships and futur skills need, Euromesco policy report, Published by the European Institute of the Mediterranean (IEMed), ISSN 2938-0413
- Di Comite, V (2014), 'Accoglienza di studenti, ricercatori e docenti provenienti da Paesi terzi', in CAGGIANO G. (edited by), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'unione e ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 345-364.
- Di Gianni, F. (2022) 'La migrazione legale per motivi di lavoro a due anni dalla presentazione del "Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo": una riforma (in)compiuta?' in *Freedom Security and Justice: European legal studies*, 2022, n.3, pp. 211-244.
- El-Enany, N. (2015) 'EU migration and asylum law under the Area of Freedom, Security and Justice'. In Arnulf, A. and Chalmers, D. (eds) *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press.
- European Migration Network (2022), Attracting and retaining international researchers - EMN Inform. Brussels: European Migration Network.  
[https://www.emnspain.gob.es/documents/392158/527891/EMN\\_inform\\_international\\_researchers.2022.pdf](https://www.emnspain.gob.es/documents/392158/527891/EMN_inform_international_researchers.2022.pdf)
- Gargiulo, P. (2022), Le iniziative dell'Unione europea per attrarre talenti e competenze e la riforma della Direttiva Carta Blu, in Caracciolo I., Cellammare G, Di Stasi A., Gargiulo P. (edited by), (2022) *Migrazioni Internazionali: questioni giuridiche aperte*, Editoriale Scientifica, pp.465-494
- Garcés-Mascareñas, B & Penninx, R. (editors), (2016) *Integration processes and policies in Europe: contexts, levels and actors* IMISCOE Research Series, Springer Open, DOI 10.1007/978-3-319-21674-4
- Godin M., Gabrielsen Jumbert M., Lebon-McGregor E., Schweers J. & Hatleskog Tjønn M.(2022) Internal (in)coherence in European migration policies, MIGNEX Background Paper.Oslo: Peace Research Institute Oslo. Available at <https://www.mignex.org/d092>
- Martines, F. (2017), Gli strumenti dell'Unione europea per promuovere la migrazione circolare tra obiettivi di sviluppo e interessi economici degli Stati membri', in *Federalismi.it* n.1/2017 ISSN 1826-3534

- OECD/European Union (2019), 'Third-Country nationals' integration in the European Union', in *Settling In 2018: Indicators of Immigrant Integration*, OECD Publishing, Paris/European Union, Brussels, <https://doi.org/10.1787/9789264307216-12-en>.
- Pitrone A. (2018) 'La recente disciplina europea sulla migrazione qualificata: tra promozione della migrazione circolare e politiche di integrazione' in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018 n.1, pp. 73-94. DOI: 10.26321/A.PITRONE.01.2018.05
- Poli, S. & Cinelli, C. (2017), Mobility and legal migration in the context of the European Neighbourhood Policy: what role for the European Union?' in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 58, 979-1005. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.58.05>
- Quadranti, I. (2022), Istruzione e formazione nel piano d'azione su integrazione e inclusione 2021-2027: più conferme che novità in Caracciolo I., Cellammare G, Di Stasi A., Gargiulo P. (edited by), (2022) *Migrazioni Internazionali: questioni giuridiche aperte*, Editoriale Scientifica, pp. 617-642.
- Sarolea, S. (2021) Legal migration in the "New Pact": modesty or unease in the Berlaymont?. <https://eumigrationlawblog.eu/category/asylum-reform/>
- Schneider, J (2021) Beyond Talent Partnerships: boosting legal mobility under the New EU Migration Pact in *IEMed. Mediterranean Yearbook 2021*, pp.308-3013. ISSN: 1698-3068
- Solidar (2021), The EU Talent Partnership, Briefing Paper 101. <https://www.solidar.org/en/publications/briefing-paper-101-the-eu-talent-partnerships>
- Tizzano, A. (2014), *Trattati dell'Unione Europea* II edition, published by Giuffrè Editore
- Trauner, F and Ripoll Servent A. (2016), The cmmunitarization of the Area of Freedom, Security and Justice: why institutional change does not translate into policy change in *Journal of common market studies*, 2016 Volume 54, Number 6. pp. 1417–1432. DOI: 10.1111/jcms.12397
- Triggiani, E. (2017) 'I residenti provenienti da Paesi terzi: cittadini senza cittadinanza?' in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017 n.2, pp.52-72.
- Weiner, M. (1996) Ethics, national sovereignty and the control of immigration in *The International Migration Review*, Vol. 30, No. 1, Special Issue: Ethics, Migration, and Global Stewardship, pp. 171-197. doi.org/10.2307/2547466
- Wolff, S., Goudappel, F. & de Zwaan, J. (eds) (2011) *Freedom, Security and Justice after the Lisbon Treaty and the Stockholm Programme* (The Hague: TMC Asser Press)

## CRIMINALIZAR LA SOLIDARIDAD: LA POLÍTICA CRIMINAL EUROPEA FRENTE AL SALVAMENTO HUMANITARIO<sup>354</sup>

---

MANUEL CABEZAS VICENTE  
*Universidad de Salamanca*

*Los que pagan realmente el tributo de la solidaridad hoy son los países pobres, aquellos que necesitan más de esa solidaridad. Mientras tanto, nosotros, encerrados bajo llave en nuestra Europa “modelo de civilización”, proponemos cuotas minúsculas que vendemos como solidaridad con mayúsculas. Sólo una ceguera culpable es capaz de ocultar tal realidad.*

SAMI NAÏR

CUOTAS INSOLIDARIAS, 2015

### 1. INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

#### 1.1. INTRODUCCIÓN

Las migraciones internacionales han aumentado en los últimos años de manera exponencial. No obstante, a la par de su crecimiento, los Estados europeos han respondido con férreos controles fronterizos y severas regulaciones administrativas y penales para impedir el acceso y la presencia irregular en sus territorios. En este contexto, para una considerable cantidad de personas, las redes de tráfico de migrantes suponen la única alternativa viable para la entrada a Europa, pagando grandes

---

<sup>354</sup> Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto de investigación “Diagnóstico y evaluación del cumplimiento por el estado español del Pacto Mundial de Migraciones desde la perspectiva de género (Migration Pact)”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades para los años 2020-2023 (Ref.: PID2019-106159RB-100), así como de la subvención concedida por la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León al amparo de la Orden EDU/875/2021, de 13 de julio, por la que se resuelve la convocatoria de ayudas destinadas a financiar la contratación predoctoral de personal investigador, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo.

cantidades de dinero con el único fin de cruzar sus fronteras externas. Sin embargo, la gran mayoría de estos traslados, tanto por la dificultad de acceso a través del mar Mediterráneo y océano Atlántico, como por las condiciones infrahumanas en las que se producen, ponen en grave riesgo la salud y vida de los migrantes que anhelan alcanzar suelo europeo.

Para combatir el negocio clandestino del tráfico y bajo la supuesta intención de proteger los derechos de los migrantes, la Unión Europea (UE) y sus Estados miembros han elaborado legislaciones administrativas y penales que castigan prácticamente cualquier tipo de colaboración en la entrada irregular de personas a través de sus fronteras. Así mismo, las tareas de rescate y salvamento humanitario, que han sido ampliamente asumidas por Organizaciones No Gubernamentales (ONG), han sido perseguidas administrativa y penalmente, lo que ha llevado a la paradoja de que las ONGs hayan desistido de su actuación en numerosas ocasiones. De esta manera, a través de sus políticas, la UE se vuelve cómplice de la masiva muerte de personas en el mar.

## 1.2. OBJETIVOS

El objetivo general del presente capítulo es estudiar la respuesta de los Estados europeos a las acciones de salvamento humanitario llevadas a cabo por organizaciones y particulares en sus fronteras marítimas. Además, son objetivos secundarios: 1) delimitar el contexto de los motivos que mueven las migraciones con destino a Europa y su relación con el tráfico de migrantes y 2) exponer las últimas tendencias migratorias con destino a Europa y la mortalidad sus rutas<sup>355</sup>.

## 1.3 METODOLOGÍA

Para abordar la eventual responsabilidad penal de las operaciones de salvamento humanitario se ha seguido una metodología deductiva propia de las ciencias jurídicas. Así, se comienza con la enmarcación del problema a través de la revisión bibliográfica de los principales trabajos

---

<sup>355</sup> Se emplearán los términos “rutas migratorias” y “vías migratorias” como sinónimos a lo largo del capítulo.

académicos y estudios relacionados con las causas existentes detrás de los flujos de migración irregular con destino a Europa y su relación con el tráfico de migrantes. En segundo lugar, se pasa al análisis estadístico sobre la mortalidad de las vías de entrada en Europa, por ser las principales rutas de entrada al continente europeo. Seguidamente, se estudian los diferentes instrumentos internacionales, regionales y nacionales relativos a la potencial punición de la ayuda humanitaria (revisión legislativa), para terminar con una serie de propuestas y conclusiones destinadas a evitar los efectos del nocivo derecho penal simbólico y el efecto criminógeno de la lucha contra el tráfico de personas.

## 2. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

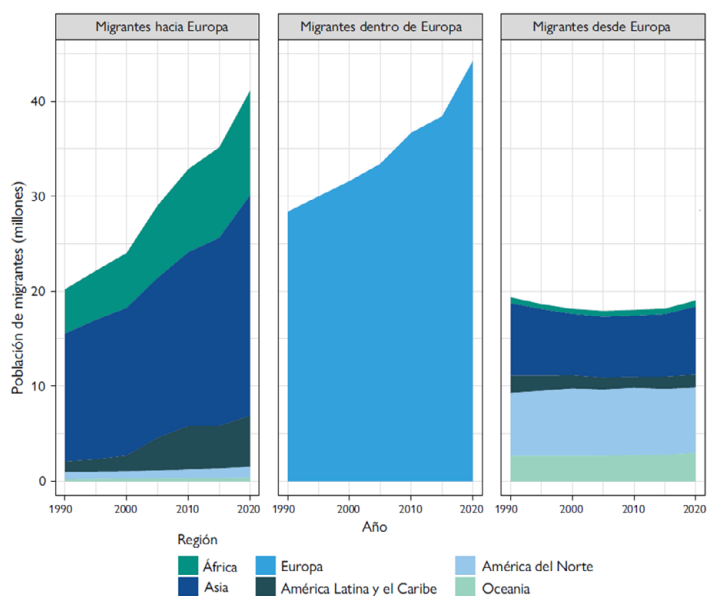
### 2.1. CONTEXTO: EL INCREMENTO DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR Y SU RELACIÓN CON EL TRÁFICO DE INMIGRANTES

“La globalización de la migración da pie al optimismo, porque genera cierta esperanza de unidad creciente en la manera de tratar los problemas que agobian a nuestro pequeño planeta” (Castles y Miller, 1996/2004, p. 351). Con estas palabras cerraban su obra “La era de las migraciones” Castles y Miller allá por 1993, augurando que el incremento de las migraciones internacionales traería consigo un debilitamiento del nacionalismo y de las divisiones entre los pueblos (*Ibid.*). En cierto modo no se equivocaban, en tanto las sociedades europeas son paulatinamente más multiculturales, es decir, se conforman por un número cada vez mayor de grupos con diferentes códigos culturales (Solanes Corrella, 2018). El mundo globalizado facilitó la interdependencia entre los diferentes Estados, economías y mercados de trabajo del planeta, lo que posibilitó el crecimiento de las migraciones internacionales, especialmente en los últimos 50 años.

Según la Organización Mundial de las Migraciones (OIM), el pasado 2020 el número de migrantes internacionales se cifró en 281 millones de personas, lo que equivale a afirmar que el 3,6% de la población mundial vive en una nación distinta de su país natal. En comparación con décadas anteriores, son 128 millones de personas más que en 1990 (153 millones; 2,9%) y más del triple que en 1970 (84 millones; 2,3%)

(McAuliffe y Triandafyllidou, 2021). Además, estos datos se intensifican cuando de Europa se trata<sup>356</sup>. Así como el número de migrantes salientes de Europa se ha mantenido prácticamente constante desde 1990<sup>357</sup>, tal y como se extrae del Gráfico 1, tanto la cantidad de migrantes internacionales extraeuropeos, como procedentes de otros países de la región, ha incrementado sobremanera. De este modo, en el mismo 2020, en Europa vivían 87 millones de migrantes internacionales, lo que representa un 16% más que en 2015 (75 millones), con cifras ligeramente superiores de migrantes comunitarios (*Idem*).

**GRÁFICO 1.** Migrantes hacia, dentro de y desde Europa, 1990-2020



Nota: Extraído de McAuliffe y Triandafyllidou (2021, p. 91)

<sup>356</sup> Europa es actualmente el principal destino de la migración internacional con 87 millones de migrantes, lo que equivale al 30,9% del total de la población migrante internacional (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas [DAES], 2020). Igualmente, debe tenerse en cuenta que la inmensa mayoría de movimientos migratorios a lo largo del planeta no se producen bajo la dinámica Sur-Norte, sino que ocurren dentro de las fronteras de los países o hacia Estados limítrofes (Sanz Mulas, 2021a).

<sup>357</sup> Atendiendo a los datos de la OIM, se produjo un descenso continuado desde 1990 hasta 2005, recuperando actualmente las cifras de 1990 (McAuliffe y Triandafyllidou, 2021).

Sentado lo anterior, resulta necesario tener en cuenta que el actual sistema económico neoliberal, cuyo fin último no es otro que el lucro privado, ha degenerado en un aumento progresivo de la brecha económica entre los países desarrollados, incluidos en el sistema, y los países en vías de desarrollo<sup>358</sup>, excluidos de este. Así, el poder estatal ha sido progresivamente sustituido por un totalitarismo financiero subordinado a los mandatos e intereses de las grandes corporaciones (Zaffaroni y Dias dos Santos, 2020). En palabras de Sanz Mulas, “la globalización no equivale sino a la autonomía (e incluso superioridad) de la Economía en relación a la Política” (2021b, p. 222). Se trata, por lo tanto, de un modelo económico capaz de crear un círculo vicioso en el que el crecimiento económico, la pobreza estructural y las crisis fiscales perpetúan la miseria y dinamitan cualquier oportunidad de redistribución de la riqueza (Herrera Llamas *et al.*, 2018).

De esta manera, la progresiva dominación de los Estados y corporaciones del Norte con respecto al Sur global ha motivado la expansión de las razones, muchas de ellas interconectadas entre sí, que dan lugar a los grandes movimientos migratorios mixtos internacionales (Ferreira Santos, 2018). Entre los factores de expulsión destacan la precariedad económica, el desempleo, la inseguridad, la demografía, los conflictos armados y políticos o las catástrofes naturales e impactos derivados del cambio climático<sup>359</sup>, combinados con factores de atracción a los países

---

<sup>358</sup> Según el *Global Wealth Report 2022* elaborado por el *Credit Suisse Research Institute*, el pasado 2021 América del Norte acumuló el 34,13% del total de la riqueza financiera de los hogares, seguida de Europa (22,94%), China (18,36%), región Asia-Pacífico (17,54%), La India (3,07%), América Latina (2,71%) y África (1,25%) (Shorrocks *et al.*, 2022).

<sup>359</sup> En línea con los últimos informes, aun cumpliendo los actuales compromisos climáticos, las migraciones climáticas aumentarán en los próximos años, ya que los efectos del cambio climático se dejarán notar e intensificarán progresivamente. Los impactos del cambio climático, tanto de degradación lenta (sequías, subida del nivel del mar, acidificación de los océanos, deshielo, etc.) como repentinos (huracanes, olas de calor y frío, inundaciones, etc.) de manera directa o indirecta, motivan numerosas migraciones cuyas consecuencias se dejan notar con mayor intensidad en los Estados del Sur global, tanto por sus características geográficas como por su mayor dependencia del entorno natural (Felipe Pérez, 2018, 2019, 2020). Un cambio climático provocado por emisiones de gases de efecto invernadero cuyo registro histórico se concentra casi en un 70% en 100 compañías de países desarrollados (comúnmente denominadas “*Carbon Majors*”), lo que ha llevado a hablar desde los movimientos de Justicia Climática de la existencia de una “deuda climática” de los Estados del Norte global con respecto a los del Sur

de destino como las expectativas de encontrar mejores oportunidades económicas, laborales, políticas o sociales (Frontex, 2022). Así mismo, a todos ellos cabría sumarles quienes migran por su propia voluntad e incluso por tradición familiar o presión de su círculo social (Chacón Hernández, 2021).

Todo ello ha derivado en la expansión por parte de los Estados dominantes de una serie de prácticas destinadas a la salvaguarda de sus fronteras, tales como el reforzamiento de los controles policiales, la externalización de fronteras<sup>360</sup>, la militarización del control de los flujos migratorios<sup>361</sup>, la construcción de grandes muros y uso de concertinas, el incremento de sistemas de vigilancia y control o la privatización de los servicios fronterizos<sup>362</sup> (López Sala y Godenau, 2017), además de incorporar restrictivas normativas administrativas para controlar el acceso a los estatus de “regularidad” o el recurso al derecho penal para castigar prácticamente toda colaboración con la inmigración irregular (Daunis Rodríguez, 2017; Arcos Ramírez y Díez Peralta, 2018). En definitiva, se han levantado altos muros, físicos y simbólicos, que ha

---

(Schlosberg y Collins, 2014), en virtud de la cual han proliferado litigaciones exigiendo responsabilidades (Ganguly *et al.*, 2018; Iglesias Márquez, 2019).

<sup>360</sup> Ejemplo de ello fue el acuerdo UE-Turquía en 2016 por 6.000 millones de euros tras la numerosa llegada de refugiados sirios a cambio de contener su entrada en territorio de la Unión, controlando, de este modo, las fronteras europeas desde fuera (Garcés Mascareñas y Sánchez-Montijano, 2017; Garcés Mascareñas, 2020). España, además, cuenta con similares acuerdos económicos con Estados como Marruecos, Mauritania o Senegal (Garver-Affeldt y Mackenzie, 2021).

<sup>361</sup> Frontex, considera tanto al tráfico de migrantes como a la migración en sí misma como un riesgo para la seguridad de la UE, lo que justifica medidas excepcionales para abordarlas. En este sentido, colabora con la OTAN en operaciones conjuntas en el Mediterráneo, como la Operación Sophia (2015-2020) (Ruiz Benedicto, 2019a) o la Operación IRINI (2020-actualidad) (EUNAVFOR MED Operation IRINI, s.f.).

<sup>362</sup> Ante las denuncias por violaciones de derechos humanos en los pasos fronterizos, resultan interesantes las conclusiones y recomendaciones del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la utilización de servicios militares y de seguridad privados en la gestión de la inmigración y las fronteras. Como conclusión, remarcó que, “si bien el derecho internacional ni promueve ni prohíbe la privatización, el marco internacional de derechos humanos establece de manera inequívoca que, en última instancia, los Estados son responsables de las repercusiones que tienen las empresas en el disfrute de los derechos humanos. [Por ello,] los Estados deben extremar la vigilancia cuando subcontratan funciones que le son propias a entidades comerciales privadas cuya motivación principal es el lucro, fomentando así situaciones en las que los derechos humanos se subordinan a los objetivos de eficiencia, eficacia y reducción de costos” (A/HRC/45/9, p. 21).

llevado a numerosos autores a afirmar la construcción de la “Europa Fortaleza” (Sassen, 2013; Urbán y Donaire, 2016; Ruiz Benedicto, 2019b; De Lucas, 1996, 2016).

En este caldo de cultivo, en el que las migraciones internacionales están en aumento, junto con un cierto retorno a políticas proteccionistas<sup>363</sup>, los Estados encuentran en el migrante irregular pobre la diana perfecta como enemigo del sistema. Parte de la población, frecuentemente guiada por la influencia mediática, ha pasado a concebir al inmigrante pobre como competidor por los mismos puestos de trabajo, viviendas, servicios sociales, educación, sanidad o transporte, cuyo teórico disfrute le corresponde a la población nacional (Zaffaroni, 2006). Un discurso populista antinmigratorio y, sustancialmente, aporófono, que se ha extendido por los países europeos<sup>364</sup> demandando mayores respuestas restrictivas<sup>365</sup>.

No obstante, la creciente hostilidad y cierre fronterizo no disuade a los migrantes de su necesidad de movilidad y, al carecer de información y medios materiales y técnicos para entrar a la Unión, se ven obligados a

---

<sup>363</sup> Basta con atender a la crisis motivada por la COVID-19 o la reciente crisis energética a raíz de la guerra de Ucrania para observar un incremento de las políticas proteccionistas por parte de los Estados (Costas, 2021), tanto económicas como fronterizas. La sociedad pospandémica ha traído consigo la gradual expansión de medidas antiinmigración (Sanz Mulas, 2021b) que, en último término, refuerza la clandestinidad de los movimientos migratorios.

<sup>364</sup> En los últimos años, los partidos de extrema derecha, con el nacionalismo identitario, la xenofobia y el rechazo a la UE como común denominador, han crecido en 16 de los 27 Estados de la Unión. A la reciente proclamación de Giorgia Meloni como Presidenta del Consejo de Ministros de la República de Italia se le unen los gobiernos de Hungría y Polonia, las coaliciones de gobierno en Estonia, Letonia y Eslovaquia, o el crecimiento de partidos ultras en Alemania, Francia, Suecia, Dinamarca, Austria, Portugal, Croacia o Rumanía, sin olvidar que en España el partido político VOX es la tercera fuerza política y gobierna en coalición en la Comunidad Autónoma de Castilla y León (Planas Bou, 2022).

<sup>365</sup> En cambio, cuando se trata de acoger a refugiados europeos, la posición de la UE es diferente. Así, tras la invasión rusa de Ucrania a finales de febrero de 2022, la Unión Europea activó la Directiva de Protección Temporal, “an emergency mechanism which can be applied in cases of mass influx of persons and which aims to provide an immediate and collective (i.e. without the need for the examination of individual applications) protection to displaced persons who are not in a position to return to their country of origin” [un mecanismo de emergencia que puede aplicarse en casos de afluencia masiva de personas y que tiene por objeto proporcionar una protección inmediata y colectiva (es decir, sin necesidad de examinar las solicitudes individuales) a las personas desplazadas que no están en condiciones de regresar a su país de origen] (Consejo de la Unión Europea, 2022, párr. 2; Decisión de Ejecución (UE) 2022/382).

recurrir a los servicios de traficantes (Frontex, 2022), quienes les ofrecen una alternativa de traslado irregular a cambio de una contraprestación económica. Una salida que se convierte en una necesidad ante la falta de vías regulares y la reticencia a su acogida por parte de los Estados europeos. Como prueba de ello, según han señalado Europol e Interpol (2016) y, más recientemente, Frontex, “more than 90% of irregular migrants that reach the EU make use of smugglers during some or all of their journey [más del 90% de los inmigrantes irregulares que llegan a la Unión Europea recurren a traficantes durante parte o la totalidad de su viaje] (2022, p. 19), lo que refuerza la idea de la fortaleza en la que se ha convertido la región.

Sin embargo, la lucha contra las redes de tráfico, consideradas un peligro para la seguridad de la UE por su altísima generación de beneficios en el mercado clandestino<sup>366</sup> y su frecuente conexión con otras tipologías delictivas<sup>367</sup>, siempre ha tenido un marcado carácter criminocéntrico, olvidando, en último término, la protección de los derechos de los migrantes. Y ello porque en su búsqueda de ganancias, en muchas ocasiones, los traficantes tienden a abaratar los costes asumidos por el traslado en detrimento de medios empleados para ello, lo que da lugar a graves riesgos para la salud y seguridad de las personas. En este sentido, la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [ONUDD] (2018) ha informado, en la mayoría de las rutas de tráfico, de embarcaciones y vehículos mal acondicionados, sobrecargados y defectuosos, incluso careciendo del combustible suficiente para llegar a su destino (se han detectado numerosos casos en los que los vehículos y

---

<sup>366</sup> Según la ONUDD, en 2016, “at a minimum, 2.5 million migrants were smuggled for an economic return of US\$5.5-7 billion [...] which is equivalent to what the United States of America (some US\$7 billion) or the European Union countries (some US\$6 billion) spent on humanitarian aid globally in 2016” [como mínimo, 2,5 millones de migrantes fueron objeto de tráfico ilícito, generando un beneficio económico de entre 5.500 y 7.000 millones de dólares”, [...] lo que equivale a lo que los Estados Unidos de América (unos 7.000 millones de dólares) o los países de la Unión Europea (unos 6.000 millones de dólares) gastaron en ayuda humanitaria a nivel mundial en 2016] (2018, p. 5).

<sup>367</sup> A lo largo del proceso de tráfico es común la comisión de otros delitos, como falsificaciones documentales, corrupción de funcionarios públicos, lesiones, agresiones, trata de seres humanos, etc.

embarcaciones tan solo contaban con el combustible necesario para entrar en suelo europeo). Así mismo, en las aguas mediterráneas es común que los traficantes deleguen las tareas de capitania a los propios migrantes para evitar ser interceptados por las autoridades europeas (Frontex, 2020). A todo ello cabría sumarle la insuficiencia de comida, agua y medidas de higiene durante los traslados, registrándose cuantiosas muertes por deshidratación (ONUDD, 2018; Fargues *et al.*, 2020; Garver-Affeldt y Mackenzie, 2021).

Por todo lo anterior, la gestión de la migración y la lucha contra el tráfico de seres humanos es un asunto recurrente en la mayoría de las agendas internacionales. Es por ello por lo que el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular (A/RES/73/195), como acuerdo intergubernamental de referencia en materia migratoria, partiendo del respeto de los derechos humanos y el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible<sup>368</sup>, dedica su objetivo 8 a “salvar vidas y emprender iniciativas internacionales coordinadas sobre los migrantes desaparecidos” y su objetivo 9 a “reforzar la respuesta transnacional al tráfico ilícito de migrantes”, comprometiéndose sus Estados firmantes a castigar el tráfico de personas cuando sea intencionado y cometido con ánimo de lucro. Unas circunstancias que, como se verá en el apartado 2.2.2. del presente capítulo, amplían los Estados europeos para perseguir cualquier tipo de ayuda a la entrada irregular.

Resulta, por tanto, difícilmente sostenible el ideal globalizador y el fin de las divisiones de los pueblos sustentado por Castles y Miller si, como se observa, los Estados tratan a la migración como una barrera en lugar de como una puerta abierta al enriquecimiento intercultural. Toda una serie de restricciones que, como se verá más adelante, no hacen sino fomentar la clandestinidad de las migraciones y, en último término, vulnerar los derechos humanos de las personas que migran.

---

<sup>368</sup> La Agenda 2030, además de reconocer la migración como agente impulsor del desarrollo sostenible, en su objetivo 10.7 alienta a los Estados a “facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas” (A/70/L.1, objetivo 10).

## 2.2. RESULTADOS: EL CASTIGO EUROPEO AL SALVAMENTO HUMANITARIO

### 2.2.1. Las fronteras marítimas europeas condensan el mayor número de muertes por migración

Las vías marítimas de entrada irregular en Europa son las más letales del planeta. En este sentido, numerosos autores han denominado al Mediterráneo como el gran cementerio mundial. Siguiendo a De Lucas, cuando se habla de la gran emergencia migratoria que vive la frontera sur europea, cabe señalar que no se trata de una emergencia por asedio o amenaza de invasión migrante, sino por “el riesgo indiscutible para las vidas de decenas de miles de personas que permite hablar hoy del Mediterráneo como la frontera más peligrosa del planeta y que hace de este *Mare Nostrum* un cementerio” (2016, p. 81).

Para cifrar la cantidad de migrantes fallecidos o desaparecidos en las rutas migratorias es imprescindible atender a la iniciativa desarrollada por la OIM “*Missing Migrants Project*”, única base datos de registros de muertes y desapariciones en vías migratorias a nivel mundial<sup>369</sup>.

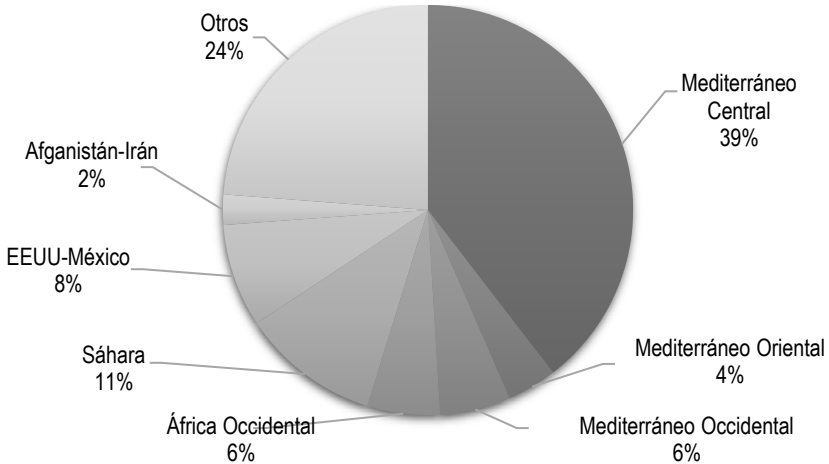
Como reflejo de la altísima mortalidad en las entradas a Europa, plasmado en el Gráfico 2, el registro acumulado desde el año 2014 (momento en que se puso en marcha la iniciativa) hasta agosto de 2022 desvela que al menos el 55%<sup>370</sup> de las defunciones en procesos migratorios se produjo en movimientos con destino a Europa a través de las tres rutas mediterráneas y de la de África occidental con destino a las Islas Canarias.

---

<sup>369</sup> Según señala la propia iniciativa, la base de datos se desarrolló en respuesta a la disparidad en los informes sobre fallecimientos o desapariciones de personas a lo largo de las rutas migratorias, así como de los naufragios ocurridos en la isla italiana de Lampedusa (*Missing Migrants Project*, s.f.).

<sup>370</sup> Como limitaciones, se destaca que las cifras de fallecimiento y desapariciones se encuentran subestimadas debido a la dificultad en la recolección de los datos, por lo que los porcentajes reales pueden variar ligeramente. Así mismo, dentro del grupo denominado como “otros” se incluyen diversos fallecimientos ocurridos en el norte de las costas libias (Tripoli, Sabratha, Zuwara, etc.) cuyo posible destino pudiese ser Malta, dada su proximidad geográfica.

**GRÁFICO 2.** Migrantes fallecidos o desaparecidos en el mundo durante el periodo 2014-2022 por rutas migratorias



*Nota:* Elaboración propia a partir de la base de datos de la Organización Mundial de las Migraciones [OIM] (s.f.) *Missing Migrants Project*

De esta manera, en términos absolutos, la ruta migratoria del Mediterráneo central, con destino a Italia y a Malta, de manera holgada, es la que más muertes condensa del planeta, siendo incluso 2 puntos superior a la suma de fallecimientos del resto de las principales rutas<sup>371</sup> (Gráfico 2). Según la ONUDD (2018), entre las razones que explican la alta mortalidad en la ruta del Mediterráneo central destacan: 1) la larga longitud del trayecto, que puede llegar a alcanzar los 300 kilómetros<sup>372</sup>, lo que expone a los migrantes durante un largo periodo de tiempo a los riesgos de alta mar; 2) ser la ruta de entrada en Europa más concurrida<sup>373</sup> y 3) el incremento de los cruces en temporadas con temporalidad climática

<sup>371</sup> Extrayendo del total de fallecimientos el 24% de las muertes registradas a lo largo del planeta que no pudieron incluirse en ninguna de las principales rutas.

<sup>372</sup> Una distancia que dista de los escasos 14 kilómetros entre España y Marruecos o los 30 existentes entre la costa turca y algunas islas griegas (ONUDD, 2018).

<sup>373</sup> Obviando el año 2015, momento en el que las rutas del este (Mediterráneo oriental y Balcanes) alcanzaron máximos históricos debido a la crisis de refugiados sirios, durante el periodo 2014-2022 Frontex detectó 670.246 cruces irregulares a través de ella, frente a los 481.708 de la ruta del Mediterráneo oriental, los 382.492 de los Balcanes, los 164.600 del Mediterráneo occidental o los 62.389 en la vía de África occidental (Frontex, s.f.).

adversa<sup>374</sup>. A ella le siguen la ruta del Sáhara y los cruces fronterizos entre México y Estados Unidos que, por exceder el ámbito territorial del presente trabajo, no serán estudiadas en el capítulo.

### 2.2.2. La legislación europea como base del castigo del salvamento humanitario: los delitos de solidaridad

Dada la altísima mortalidad de las fronteras marítimas europeas, resulta obligatorio que una de las prioridades de la Unión Europea en materia migratoria sea salvar vidas en el mar. Así quedó reflejado en la Agenda Europea de Migración de 2015<sup>375</sup> y en el Nuevo Pacto de Migración y Asilo de 2020, plasmando el compromiso de “adoptar un planteamiento común europeo para las operaciones de búsqueda y salvamento”. Además, como señala la propia Comisión Europea, “prestar asistencia a las personas en peligro en el mar es un imperativo moral y una obligación con arreglo al derecho internacional” (COM(2020) 609 final, apartado 4.3)<sup>376</sup>, debiendo tener en cuenta que son las autoridades nacionales las encargadas de su aplicación.

Esta obligación internacional parte de lo reconocido en multitud de convenios internacionales, como la regla 15 del Capítulo V del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar de 1974 (Convenio SOLAS); el artículo 18 de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 (CONVEMAR); o el capítulo 2.1.10 de la Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimo de 1979 (Convención SAR). De manera similar, los tres textos normativos exigen a

---

<sup>374</sup> De manera similar a otras rutas migratorias, los traficantes tienden a organizar los viajes en embarcaciones abarrotadas e inadecuadas para la navegación, pero, además, se ha registrado un incremento de los cruces a principios de primavera o finales de otoño con unas condiciones temporales muy adversas en alta mar. En este periodo, el porcentaje de migrantes fallecidos asciende hasta casi un 8%, frente a la media de entre 2 y 3% durante los meses de verano, cuando las condiciones son más aptas para el traslado (ONUDD, 2018).

<sup>375</sup> El segundo de los cuatro pilares para una mejor gestión de la migración de la Agenda Europea de Migración es la “Gestión de las fronteras: salvar vidas y proteger las fronteras exteriores” (COM(2015) 240 final, 2015, pp. 12-14).

<sup>376</sup> En palabras de Ursula Von Der Leyen, Presidenta de la Comisión Europea en el Discurso sobre el estado de la Unión de 2020, “adoptaremos un enfoque humano y humanitario. Salvar vidas en el mar no es opcional. [...] Todos tenemos que redoblar nuestros esfuerzos y asumir responsabilidades” (COM(2020) 609 final, p.1).

los servicios de búsqueda y protección (estatales, organizaciones o capitanes de buques) prestar auxilio a toda persona que se encuentre en peligro en el mar y fomentar “la creación, el funcionamiento y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz para garantizar la seguridad marítima” (Convención sobre el Derecho del Mar, 1974, art. 98). Como señalan Arcos Ramírez y Díez Peralta (2018), se trata de un deber humanitario de rescate casi absoluto e incondicionado, sin que esté sujeto ni a ponderaciones de valores, como el orden público o el interés general, ni al coste económico que suponga a la organización o al Estado que pertenezca el buque.

Con la supuesta intención de dar desarrollo al mandato de salvar vidas en el mar, la UE creó la Guardia Europea de Fronteras y Costas (Frontex), emprendiendo operaciones como Tritón, Themis, Poseidón, Indalo, Shopia o IRINI<sup>377</sup>. Estas operaciones pretendieron ser continuación de la exitosa operación *Mare Nostrum* iniciada por el Gobierno Italiano<sup>378</sup>, cuyos dos propósitos fueron salvar vidas en el mar y llevar ante la justicia a traficantes y tratantes de personas (Marina Militare, Ministero della Difesa, s.f.). Sin embargo, el éxito de la operación *Mare Nostrum* fue utilizado por la Comisión Europea y Frontex, alegando un supuesto “efecto llamada”<sup>379</sup> que incitaba a que más migrantes emprendiesen su viaje a las costas italianas (Montero Ferrer, 2020), para iniciar nuevas operaciones centradas en la faceta de vigilancia fronteriza y desarticulación de redes de tráfico y trata de seres humanos<sup>380</sup> (Comisión

---

<sup>377</sup> La operación IRINI tiene como objetivo principal aplicar el embargo de armas de las Naciones Unidas con medios aéreos, satélites y recursos marítimos, siendo la lucha contra el tráfico de personas un objetivo secundario. En cambio, no se destina a salvar vidas en el mar (EU-NAVFOR MED Operation IRINI, s.f.; Consejo de la Unión Europea, 2020).

<sup>378</sup> La operación *Mare Nostrum* fue desarrollada entre el 18 de octubre de 2013 y el 31 de octubre de 2014, momento en que comenzó la operación Tritón. A través del despliegue permanente de un buque y varios aviones de patrulla marítima en el Estrecho de Sicilia, rescataron a 150.810 migrantes en el plazo de 364 días (2015/2660(RSP), párr. D; Marina Militare, Ministero della Difesa, s.f.).

<sup>379</sup> No solo no existe un “efecto llamada”, sino que el número de entradas irregulares a través de la ruta del Mediterráneo central se redujo a lo largo del año 2014 (Frontex, s.f.).

<sup>380</sup> Además, como regla general, cuando el control en una ruta se vuelve más eficaz y las restricciones aumentan, los desplazamientos se trasladan hacia nuevas vías con el fin de evadir los controles. Sin embargo, tal y como han demostrado la mayoría de los estudios, las nuevas rutas suelen ser más largas y, por tanto, más peligrosas que las anteriores, aumentando los

de Derechos Humanos del Consejo de Europa, 2019). Además, aunque las nuevas operaciones también han contribuido a salvar vidas<sup>381</sup>, se han desplegado más cerca de Europa y, por lo tanto, lejos de las zonas del Mediterráneo donde suelen producirse los incidentes (Comisión de Derechos Humanos del Consejo de Europa, 2019). Así mismo, todas las operaciones han puesto el foco en las rutas mediterráneas, evidenciando la indiferencia europea hacia la “ruta atlántica”, tanto en términos de lucha contra el tráfico de migrantes, como en términos de rescate humanitario<sup>382</sup>.

Sea como fuere, desde la operación *Mare Nostrum* se constató una tendencia de disminución de las operaciones de búsqueda y rescate estatales y regionales, asumiendo la tarea las ONGs<sup>383</sup> de rescate marítimo,

---

riesgos para la seguridad, la salud y la vida de los migrantes. Entre otros: Grant, 2011; Fargues y Bonfanti, 2014; McAuliffe y Lackzo, 2016; ONUDD, 2018; Triandafyllidou y McAuliffe, 2018; Monreal Gainza y Paredes, 2021.

<sup>381</sup> Según los datos ofrecidos por el Consejo Europeo y el Consejo de la Unión Europea (s.f.), *passim*, la Operación Indalo rescató a 105.548 personas, la operación Themis (incluidas cifras de la antigua operación Tritón) a 322.931 personas, la operación Poseidón a 131.847 personas y la operación Sophia a 44.916 personas.

<sup>382</sup> En término de tasa de mortalidad, en los últimos 5 años, la ruta de África occidental supera a cualquiera de las tres rutas mediterráneas (4,04% de muertes por cruce migratorio, frente a 2,9% en el Mediterráneo central, 1,72% en el Mediterráneo occidental y 0,26% en el Mediterráneo oriental).

<sup>383</sup> A fecha 15 de junio de 2022, 14 organizaciones diferentes operaban en aguas mediterráneas, a saber: Mission Lifeline, Sea-Watch, ResQ – People Saving People, RESQSHIP, SOS Méditerranée Médecins Sans Frontières, Médecins Sans Frontières, ProActiva Open Arms, Humanitarian Maritime Rescue Association (SMH), Association Pilotes Volontaires, Humanitarian Pilots Initiative, Sea-Eye, Refugee Rescue, Mediterranea y M.V. Louise Michel (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2022a.).

convirtiéndose en los actores principales hoy en día en el Mediterráneo (Montero Ferrer, 2020)<sup>384-385</sup>.

No obstante, siguiendo con la deriva restrictiva europea y en contradicción con la encomiable tarea realizada por estas organizaciones, numerosos Estados han optado por criminalizar la ayuda humanitaria justificando su vinculación con el tráfico de migrantes, procediendo a incautar barcos y emprender acciones penales contra sus tripulantes (Janer Torrens, 2020). Ello trae consigo un efecto simbólico disuasorio que lleva a la disminución de actuación de tales organizaciones por miedo a represalias de sus Estados y, por ende, el aumento de la mortalidad en las vías migratorias.

Para comprender el marco normativo que presentan los Estados miembros de la UE, debe acudir, en primer lugar, al Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire del año 2000, el cual pretende ofrecer una definición armonizada del tráfico de migrantes e insta a los Estados a su castigo penal. Según el Protocolo, el tráfico es concebido como un negocio ilícito en el que los migrantes pagan una contraprestación económica por el traslado irregular<sup>386</sup> partiendo, en

---

<sup>384</sup> Como señala Irrera (2016), tras el giro restrictivo de la UE, las ONGs decidieron suplir la falta de intervenciones adecuadas. La capacidad de desplegar todo el equipo necesario y el nivel de coordinación con otros buques que operan en la zona demuestran la existencia de “operaciones SAR no gubernamentales” como una práctica establecida que puede funcionar donde haya personas que rescatar en el mar. A 15 de junio de 2022 se encontraban en activo 18 buques de salvamento humanitario en el Mediterráneo, lo que supone el máximo de número de operaciones jamás registrado, tras un gran parón entre 2018 y 2021, cuando se osciló entre 5 y 8 buques operacionales (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2022a).

<sup>385</sup> Al igual que las operaciones de rescate europeas, las ONGs no han puesto su foco en el atlántico, si bien en determinadas épocas de mayor número de afluencia algunos buques se desplazaron a la zona. A modo de ejemplo, el barco Astral, de ProActiva Open Arms, operó durante un corto periodo de tiempo a comienzos de 2019, antes de retomar sus actividades en el Mediterráneo.

<sup>386</sup> Según el artículo 3 del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (2000), “por «tráfico ilícito de migrantes» se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.

todo caso, de la voluntad del migrante<sup>387</sup>. En contraposición a la normativa de Naciones Unidas, en 2002, la Unión Europea aprobó el conocido como “*Facilitators Package*”, compuesto por una Directiva<sup>388</sup> que contiene las conductas punibles y una Decisión Marco<sup>389</sup> con las sanciones. Este marco normativo obligó a los Estados europeos a introducir legislaciones penales nacionales que castigasen cualquier ayuda intencional a la entrada o tránsito de no nacionales de la UE vulnerando las legislaciones de extranjería, con independencia de la exigencia de ánimo de lucro<sup>390</sup>, desnaturalizándose la pretendida armonización del concepto de tráfico de migrantes entendida como negocio.

Por lo que a las operaciones de rescate respecta, el “*Facilitators Package*”, toda vez que castiga actos cometidos sin ánimo de lucro, pareciera lógico que excluyese de castigo las acciones cuyo objetivo fuese prestar ayuda humanitaria. En cambio, la UE tan solo posibilita a los Estados, de manera totalmente opcional, eximir de castigo penal estas conductas humanitarias. Como causa de la regulación europea, y según se muestra en el estudio comparado reflejado en la Tabla 1, tan solo 6 Estados incluyen la causa humanitaria en sus legislaciones. Además, Francia y Finlandia amplían su exclusión a otros motivos, como familiares, asistencia médica o prevención de enfermedades y asistencia legal o lingüística, mientras que Alemania y Austria precisan de la existencia de ánimo de lucro.

Sin duda alguna, la legislación europea contrasta tanto con la definición aportada por Naciones Unidas, como con los fines mismos del Protocolo, cuyas Notas Interpretativas remarcan que “no tiene por objeto

---

<sup>387</sup> De manera similar, el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular insta a los Estados firmantes a adherirse al Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (2018, objetivo 9.a) y a establecer procedimiento sobre la búsqueda y el salvamento de migrantes (2018, objetivo 8.a).

<sup>388</sup> Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

<sup>389</sup> Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (2002/946/JAI).

<sup>390</sup> Además, la Directiva tipifica cualquier ayuda intencional a un no nacional de la UE con ánimo de lucro a permaneces en territorio de un Estado miembro de la Unión vulnerando la legislación estatal de extranjería (Directiva 2002/90/CE, art. 1.b).

criminalizar las actividades de los familiares o de las organizaciones no gubernamentales o grupos de apoyo religiosos”, sino tan solo “las actividades de los grupos delictivos organizados que actúen con fines de lucro” (A/55/383/Add.1, p.17). En definitiva, la UE castiga un delito de facilitación de la inmigración irregular, criminológicamente distinto al tráfico de inmigrantes, que exclusivamente busca proteger las fronteras nacionales, aunque, con ello, contradiga lo suscrito en convenciones internacionales (Cabezas Vicente, 2021). La legislación europea, por tanto, abre las puertas al potencial reproche penal de la ayuda humanitaria, permitiendo el desarrollo normativo de verdaderos “delitos de solidaridad” (Penchaszadeh y Seco, 2019).

No fue sino en base a esta potestad que Hungría modificó en 2018 su legislación penal para restringir el acceso a la protección internacional y castigar la asistencia a sus solicitantes. Para justificar la concordancia de la normal con el derecho internacional, el Tribunal Supremo húngaro interpretó que se precisaba de probar que la ayuda se prestaba a solicitantes cuya petición no podía prosperar con arreglo al derecho húngaro (Pascual Matellán, 2022). Sin embargo, finalmente, la legislación fue rechazada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea debido al “efecto disuasorio que restringe los derechos garantizados en las disposiciones del Derecho de la Unión” (STJUE de 16 de noviembre de 2021, C-821/19, párr. 108), ya que la tipificación de tales conductas puede llevar a que quienes deseen asistir a personas que aspiren a obtener el estatus de refugiado se abstengan de participar en la labor de asistencia (STJUE de 16 de noviembre de 2021, C-821/19, párr. 98).

**TABLA 1.** Causas de exclusión de la responsabilidad penal del delito de facilitación de la inmigración irregular en los Estados europeos

Causas de exclusión	Estados
Ayuda Humanitaria	Bélgica, España, Finlandia, Francia*, Italia, Malta**
Asistencia a personas en situación de protección internacional	Grecia***
Motivos familiares	Finlandia, Francia*
Asistencia médica o prevención de enfermedades	Finlandia
Asistencia legal o lingüística	Francia
<b>Requieren ánimo de lucro</b>	Alemania, Austria, Croacia****

\*No puede dar lugar a un proceso penal.

\*\*A discreción del Oficial Principal de Inmigración.

\*\*\*Para conductores o capitanes de barcos, aviones o cualquier otro medio de transporte.

\*\*\*\*Requiere "interés propio".

Fuente: elaboración propia a partir de las legislaciones estatales

Como referencia breve a la experiencia española, transponiendo el contenido de la legislación europea a través del artículo 318 bis de su Código Penal<sup>391</sup>, España castiga las conductas de facilitación de la entrada irregular aun sin ánimo de lucro y excluye, exclusivamente, las acciones cometidas por motivos humanitarios. Esto posibilita la punición de otras ayudas a la entrada irregular cometidas por fines altruistas, como puede ser la agrupación familiar o la asistencia médica. Por ende, la norma penal no es más que el refuerzo de la legislación administrativa<sup>392</sup>, protegiendo exclusivamente los intereses estatales españoles sin

<sup>391</sup> El artículo 318 bis, bajo el Título de "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", castiga a quien "intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate" (LO 10/1995, art. 318 bis).

<sup>392</sup> En la legislación española, además, se da la paradoja de que la sanción administrativa prevista en la Ley de Extranjería requiere ánimo de lucro, por lo que se tipifican penalmente conductas permitidas por la legislación administrativa (incluso en el tipo penal cualificado de ánimo de lucro se equiparan los requisitos penales y administrativos) (Daunis Rodríguez,

atender realmente a los derechos de los ciudadanos extranjeros, como explícitamente presupone el Título en el que se inserta (Cabezas Vicente, 2022).

Preocupadas por la creciente criminalización de la ayuda humanitaria, en desarrollo de lo previsto en el Nuevo Pacto de Migración y Asilo, y en línea con los convenios internacionales mencionados al comienzo del presente apartado, la Comisión Europea<sup>393</sup> y el Parlamento Europeo<sup>394</sup> han descartado la posibilidad de castigo penal de tales conductas. En este sentido, han señalado que, aun no previéndose explícitamente la causa de exclusión humanitaria en la mayoría de los Estados, dicha asistencia se ve amparada por el derecho internacional del mar y el derecho consuetudinario. A ello cabría sumarle que la figura del estado de necesidad contemplada en legislaciones europeas como la española, portuguesa, húngara o lituana impediría el reproche penal a las organizaciones de salvamento humanitario<sup>395</sup> (Janer Torrens, 2020). Con

---

2017). De esta manera, existe una vulneración flagrante del principio de intervención mínima o *ultima ratio* (Cabezas Vicente, 2021). Según el art. 54.1 b) de la Ley de Extranjería “son infracciones muy graves: inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito” (LO 4/2000, art. 54.1 b).

<sup>393</sup> En palabras de la Comisión, “habida cuenta de las consideraciones anteriores, la Comisión considera que el artículo 1 de la «Directiva de ayuda» debe interpretarse de la forma siguiente: i) la ayuda humanitaria exigida por la ley no puede ni debe penalizarse; ii) en particular, la criminalización de las organizaciones no gubernamentales o de cualquier otro agente no estatal que lleve a cabo operaciones de búsqueda y salvamento en cumplimiento del marco jurídico pertinente constituye una infracción del Derecho internacional y, por lo tanto, no está permitida por el Derecho de la UE” (2020/C 323/01, p. 6).

<sup>394</sup> El Parlamento Europeo “manifiesta su preocupación por las consecuencias inesperadas del paquete sobre la ayuda ilegal a la inmigración irregular para los ciudadanos que proporcionan ayuda humanitaria a los migrantes y para la cohesión social de la sociedad de acogida en su conjunto; subraya que, de acuerdo con el Protocolo de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de migrantes, las acciones de ayuda humanitaria no deben penalizarse; [...] lamenta la transposición muy limitada por parte de los Estados miembros de la excepción para la ayuda humanitaria contemplada en la Directiva de ayuda y señala que dicha excepción se aplicará como un impedimento para la acción penal, con el fin de garantizar que esta no se dirija contra personas ni organizaciones de la sociedad civil que ayuden a los migrantes por motivos humanitarios; [y] pide a los Estados miembros que transpongan la excepción para la ayuda humanitaria contemplada en la Directiva de ayuda” (2020/C 118/21, p. 2).

<sup>395</sup> Además, Francia se amparó en principios de naturaleza constitucional (principio de “fraternidad”) para declarar inconstitucional parte de su Código de entrada y de estancia de los

todo, ambos organismos han instado a los Estados a su incorporación en sus legislaciones nacionales para distinguir la ayuda humanitaria de la facilitación de la entrada y circulación irregular (2020/C 323/01).

Sin embargo, aun viéndose amparadas por la legislación internacional, y aunque se incorpore la eximente, no se evita la apertura de un juicio penal contra las acciones de ayuda humanitaria. Si a ello se le suma el hecho de que la carga de la prueba recaerá sobre el acusado, resulta evidente que la exclusión por motivos humanitarios no evita el efecto disuasorio del derecho penal que motiva que numerosas ONG se abstengan de actuar por temor a someterse a un proceso judicial. Así, un ejemplo ampliamente conocido y que motivó el despliegue de la operación *Mare Nostrum*, fue la catástrofe humanitaria acaecida en la costa italiana de Lampedusa en 2013, cuando murieron más de 500 personas al naufragar una embarcación con migrantes (Laurence, 2013). Pese a la emergencia humanitaria, las ONGs y los pescadores no acudieron al rescate por miedo a incurrir en el delito de tráfico de migrantes, ya que Italia ya había procesado por hechos similares. Por tanto, de manera indirecta, la política y legislación migratoria italiana estuvieron detrás de este fatídico suceso.

La disuasión, además, no solo se realiza a través de la legislación penal, sino a través de los constantes controles policiales en aguas territoriales de los Estados de origen. Como desvela Anderson (2011), Frontex emplea el término *deterrence* (disuasión) con referencia al patrullaje y la interceptación de embarcaciones. Las patrullas se justifican en la “visibilidad” que tienen para “candidatos de la migración”, entendiendo que si retirasen sus operaciones de las zonas de origen migratorio se multiplicarían los cruces irregulares<sup>396</sup>.

---

extranjeros y del derecho de asilo, ampliando la causa humanitaria a la ayuda a la entrada y circulación (antes tan solo se aplicaba a la ayuda a la estancia irregular) (Janer Torrens, 2020).

<sup>396</sup> Según afirma un alto responsable de la Guardia Civil española, si “en dos días nos vamos, en dos días vuelve la avalancha”, o el *ex-project manager* de la operación HERA, quien manifiesta que “tanto España como los países africanos han dicho varias veces que sería un gran error retirar el despliegue porque eso puede dar una señal a los candidatos de la migración de volver a intentar [salir] de allí a Canarias” (Anderson, 2011, p. 179).

### 2.2.3. Los procedimientos penales contra el salvamento humanitario y la incautación de buques

En línea con lo anteriormente expuesto, a pesar de que cuatro de los cinco países mediterráneos incorporan la causa humanitaria (España, Grecia, Italia y Malta), todos ellos han iniciado investigaciones y han procedido a la incautación de buques de salvamento marítimo. De esta suerte, desde mayo de 2017, en el mar Mediterráneo han operado 38 buques de diferentes organizaciones, de los cuales 23 han sido objeto de acciones legales (60,5%) en 35 procedimientos. Además, si se amplía el espectro a ONGs y particulares, se han alcanzado los 39 procedimientos (18 en Italia, 5 en Malta, 4 en Grecia, 4 en Países Bajos, 3 en España y 1 en Alemania). Si bien la mayoría de los procesos contra buques han terminado en absolucón (29/35), 6 causas aún se encuentran pendientes de resolución y 3 de ellas resultaron condenatorias<sup>397</sup>. Por su parte, los acciones contra los tripulantes, capitanes y jefes de misión nunca han terminado en sentencia condenatoria (de las 21 causas registradas, 9 han terminado en absolucón y 12 aún continúan pendientes de resolución). España, concretamente, bloqueó los buques Open Arms y Aita Mari en enero de 2019 por “violaciones de la normativa marítima”, si bien en abril del mismo año les permitieron entregar las personas a los campos de refugiados de Lesbos y Samos, pero no realizar operaciones de búsqueda y rescate. Además, en octubre de 2020, retuvo la nave Louise Michel en el puerto de Burriana por cuestiones de registro (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2022b).

Más allá de estos procedimientos, las autoridades europeas han limitado el acceso de las naves a sus puertos, provocando retrasos en el desembarco y dejando a personas en el mar durante días (el barco Sea-Watch 4, que transportaba 145 personas, estuvo hasta 14 días en el mar hasta

---

<sup>397</sup> En abril de 2018 el Tribunal Supremo de Casación de Italia confirmó la incautación de la nave luventa de la ONG Jugend Rettet, cuya causa contra los tripulantes aún está abierta por fomentar la inmigración irregular; en julio de 2018 el barco Lifeline fue incautado por las autoridades maltesas y, tras un largo proceso, el Tribunal de Apelación maltés anuló la decisión y absolvió al capitán de todos los cargos y en diciembre de 2021 el Tribunal Supremo de Italia confirmó la incautación del barco Mare Jonio de la ONG Mediterranea Saving Humans y, tras el proceso, se desestimaron los cargos contra el capitán del barco y jefe de la misión (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2022b).

que desembarcó en Italia, o el barco Aquarius, que, tras 10 días y el rechazo de Italia y Malta, terminó siendo acogido por las autoridades españolas)<sup>398</sup>.

Pasando a su justificación jurídica, por un lado, autores como De Lucas (2014) o Arcos Ramírez y Díez Peralta (2018), afirman la existencia de “un deber jurídico y no solo humanitario de rescate y acogida en tierra” (p. 21). En primer lugar, siguiendo el deber de salvamento humanitario internacional, remarcan que cada Gobierno es “responsable de brindar o asegurarse de que se brinda un lugar seguro” (Arcos Ramírez y Peralta, 2018, p. 22). Seguidamente, subrayan que el rechazo de un barco podría implicar la vulneración de derechos garantizados en la Convención Europea de Derechos Humanos, como el derecho a la vida o no ser torturado. En último término, sostienen la existencia de una praxis consolidada según la cual, una vez que un barco ha entrado en aguas territoriales de un Estado, no puede ser rechazado, pues entre sus tripulantes puede haber personas necesitadas de asistencia o con derecho a solicitar protección internacional. Por ello, ante la dificultad de distinguir entre migrantes económicos y potenciales solicitantes de asilo, “no parece que pueda admitirse que exista otra alternativa que admitir que algún Estado que reúna las condiciones deba asumir la responsabilidad de permitir su desembarco” (p. 22).

Sin embargo, el hecho de que algún Estado que reúna las condiciones deba asumir el desembarco, no implica que este tenga que ser el más próximo al buque, aunque así fuese deseable. El principal problema radica en que, frente a la usual creencia, no existe un deber internacional de desembarco en el puerto más próximo, sino un deber de traslado a un

---

<sup>398</sup> Puede verse un listado con los buques que han permanecido en el mar durante más de 24 horas a la espera de un puerto seguro en la tabla elaborada por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2022c).

lugar seguro<sup>399-400</sup>. Pese a lo cual, las convenciones internacionales no definen qué se entiende por “lugar seguro”.

Siguiendo las “Directrices respecto de la actuación con las personas rescatadas en el mar” de la Organización Marítima Internacional, un lugar seguro es aquel donde la vida de los supervivientes ya no está amenazada, donde se satisfacen sus necesidades básicas (alimentación, abrigo y atención sanitaria) y desde donde pueden concluirse acuerdos para el transporte a su destino final. En consecuencia, el lugar seguro puede estar tanto en tierra como en el mar, aunque sea de manera temporal. No obstante, el buque que presta auxilio no debe presumirse como “lugar seguro” por el mero hecho de que los supervivientes ya no se encuentren en peligro inmediato. El barco puede carecer de las instalaciones necesarias en caso de necesidad de un nuevo rescate e incluso de ofrecer asistencia adecuada a los supervivientes. En consecuencia, pese a que sea un lugar seguro provisional, según señala el Comité, “se lo debe liberar de esta responsabilidad tan pronto como se tomen otras medidas” (Organización Marítima Internacional [OMI], 2004, p. 9).

En contraste con el deber de traslado a un lugar seguro, la soberanía de los Estados les permite administrar sus fronteras, reglamentar el ingreso de los extranjeros y hasta rechazarlos de su territorio. De acuerdo con el Comité de Seguridad Marítima, aunque la CONVEMAR no contemple un derecho a entrar en puerto en casos de peligro, según el derecho consuetudinario internacional “podría existir un derecho universal, si bien no absoluto, para que un buque en peligro entre en un puerto cuando existe una clara amenaza para la seguridad de las personas a bordo” (OMI, 2004, p. 12). Pese a ello, la amenaza precisa de una evaluación sobre los riesgos para las personas a bordo, su inminencia y los riesgos que pueda plantear la entrada del buque en el puerto. Así, un Estado puede rechazar el acceso cuando “plantee un riesgo grave e inaceptable

---

<sup>399</sup> Recientemente, ante la negativa del Gobierno Italiano de acoger al buque Ocean Viking, Bruselas solicitó urgentemente un puerto seguro al resto de países europeos. Finalmente, Francia ofreció sus puertos para que el barco atracase.

<sup>400</sup> Concretamente, según la Convención SAR, se entiende por salvamento la “operación para rescatar a personas en peligro, prestarles los primeros auxilios médicos o de otro tipo y trasladarlas a un lugar seguro” (Convenio SAR, Anexo, cap. 1).

para la seguridad, el medio ambiente, la salud o la protección de dicho Estado ribereño, una vez que se haya garantizado la seguridad de las personas a bordo” (*Idem*).

De esta manera, y como todos los puertos de la UE se presumen como “lugares seguros”, algunos Estados europeos han rechazado el desembarco en sus costas amparándose en problemas para su seguridad nacional, apelando a la acogida por los Estados que enarbolan su bandera<sup>401</sup>. El último ejemplo data de principios de noviembre de 2022, cuando Italia rechazó el desembarco de varios buques con cerca de 1.000 personas a bordo. Finalmente, el Gobierno Italiano aprobó un decreto según el cual las naves solo podrían permanecer en sus puertos el tiempo necesario para dar asistencia a las personas que las autoridades sanitarias italianas dictaminasen. De esta forma, realizando una interpretación lo más restrictiva posible de la normativa internacional, la actual estrategia de Italia se basa en permitir tan solo el desembarco selectivo de las personas más vulnerables y enfermas (existe una amenaza para la seguridad de esas personas), devolviendo al resto a aguas internacionales<sup>402</sup> (manteniéndose el deber internacional de acogida por cualquier otro Estado).

En conclusión, este abandono solo es posible ante la falta de una legislación que exija el desembarco en el “puerto seguro más próximo”. A falta de esta normativa, como se ha visto, los Estados alegan la imposibilidad de hacer frente a la acogida y a la facultad de desembarco en otros puertos seguros más lejanos, aduciendo que tan solo tendrían verdadera obligación en supuestos en los que el buque no estuviese en condiciones de realizar la travesía a otro puerto o en situaciones de emergencia inminente (Europapress, 2022).

---

<sup>401</sup> A raíz de las recientes llegadas a sus costas, Italia, Grecia, Malta y Chipre han exigido a la UE coordinar las operaciones de rescate en el Mediterráneo e instado a los Estados miembros a ejercer la jurisdicción y control sobre los buques que enarbolan su pabellón (EFE, 2022).

<sup>402</sup> Puede verse el desarrollo de los acontecimientos en Verdú (2022).

### 3. PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

La inmensa mayoría de migraciones con tendencia Sur-Norte vienen motivadas por una extensa lista de causas estructurales que encuentran su origen en la globalización y el sistema neoliberal. En último término, tanto la creciente brecha social y económica, como los conflictos políticos o los impactos derivados por el cambio climático han sido históricamente alimentados, cuando no directamente causados, por corporaciones y Estados del Norte global, lo que genera un deber de solidaridad en la acogida.

Sin embargo, en los últimos años se ha observado una política restrictiva europea tendente al cierre fronterizo, castigando cualquier ayuda a la inmigración irregular, incluso acudiendo al derecho penal como instrumento de control migratorio. La construcción de la “Europa Fortaleza” obliga a los migrantes a buscar vías alternativas de entrada al continente, recurriendo, para ello, al servicio de tráfico de personas que les expone a graves riesgos para su vida. Es por ello por lo que el Mediterráneo se ha convertido en una gran fosa común (El Hachmi, 2017), llegando a acumular la mitad de las muertes por vías migratorias en el mundo.

En contraste con la operación italiana *Mare Nostrum*, la UE ha ido paulatinamente asumiendo el control de las fronteras europeas a través de Frontex, iniciando sucesivas operaciones enfocadas en el control fronterizo y lucha contra el tráfico de personas, que delegan a un segundo plano su compromiso de salvar vidas en el mar. En este contexto, las operaciones SAR han sido asumidas, en gran medida, por ONGs y particulares para suplir la inacción deliberada europea.

Con todo, los Estados europeos, siguiendo los mandatos de la UE, han armonizado sus legislaciones penales para castigar la ayuda a la entrada irregular aun sin ánimo de lucro, excluyendo de responsabilidad las acciones de ayuda humanitaria tan solo 6 de ellos (si bien dichas actividades se amparan en el derecho internacional del mar y el derecho consuetudinario). A pesar de ello, esta exclusión no ha impedido que se hayan iniciado procedimientos penales contra los capitales y jefes de misión de estas organizaciones y se haya procedido a la incautación de

buques. En este sentido, no debe olvidarse que una de las principales funciones del derecho penal es la disuasión y, sin duda, en un contexto hostil hacia las organizaciones, en el que se aperturan juicios penales en su contra, su efecto en términos humanitarios puede ser catastrófico.

De este modo, resultan necesarias modificaciones legislativas a nivel europeo que garanticen que los Estados no puedan castigar la ayuda humanitaria. A diferencia de la opinión de la Comisión Europea y como ha quedado reflejado, ello no se consigue con la introducción de causas de exclusión de la responsabilidad penal (la mayoría de los procesos se abrieron en Estados que sí las contemplaban), sino exigiendo ánimo de lucro y siempre que dicho pago se convierta en un mecanismo de control y dominación sobre el migrante (Sanz Mulas, 2021) o se abuse de la situación de vulnerabilidad de este (Cabezas Vicente, 2021). Igualmente, se precisa que se garantice, a nivel comunitario e internacional, un derecho a desembarco en el “puerto seguro más cercano”, con el fin de evitar que miles de personas se vean atrapadas durante días en aguas nacionales por el rechazo de los Estados ribereños.

Resulta especialmente importante que, ante la disminución e incluso dejación de responsabilidades estatales en el rescate humanitario, las ONGs continúen tanto con su faceta asistencial humanitaria, como con su acción política reivindicativa y de denuncia de la actuación de los Estados (Perelló Carrascosa y Lacomba, 2020). Y ello porque, a pesar de que su capacidad de incidencia puede ser limitada, es vital que su labor humanitaria no se desvíe exclusivamente “hacia las personas migrantes como víctimas”, sino “hacia las políticas que deshumanizan crecientemente las fronteras” (*Ibid.*, pp. 29-30).

En último término, la única opción inteligente será atajar las causas estructurales que motivan las migraciones desde el Sur y dar cumplimiento al deber de solidaridad en la acogida, tanto por parte de los Estados costeros, como por el resto de los países europeos. Mientras tanto, resulta una obligación dar cumplimiento a los compromisos internacionales de Naciones Unidas y fomentar vías regulares de migración, garantizando una migración segura, ordenada y regular que evite la pérdida de vidas humanas en el mar.

#### 4. REFERENCIAS

- Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2018). Fundamental rights considerations: NGO ships involved in search and rescue in the Mediterranean and criminal investigations – 2018. <https://fra.europa.eu/en/publication/2019/fundamental-rights-considerations-ngo-ships-involved-search-and-rescue#publication-tab-3>
- Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2022a). June 2022 Update – Search and Rescue (SAR) operations in the Mediterranean and fundamental rights. Table - NGO ships involved in SAR operations. <https://fra.europa.eu/en/publication/2022/june-2022-update-ngo-ships-sar-activities#publication-tab-1>
- Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2022b). June 2022 Update – Search and Rescue (SAR) operations in the Mediterranean and fundamental rights. Table 2: Legal proceedings by EU Member States against private entities involved in SAR operations in the Mediterranean Sea (June 2022). [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/table-2-legal-proceedings-ngos-sar-operations-june-2022.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/table-2-legal-proceedings-ngos-sar-operations-june-2022.pdf)
- Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2022c). June 2022 Update – Search and Rescue (SAR) operations in the Mediterranean and fundamental rights. Table - Vessels without a safe port. <https://fra.europa.eu/en/publication/2022/june-2022-update-ngo-ships-sar-activities#publication-tab-2>
- Anderson, R. (2011). Frontex y la creación de la frontera euroafricana: Golpeando la valla ilusoria. *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 28, 177-191.
- Arcos Ramírez, F. y Díez Peralta, E. (2018). Control de fronteras y derechos humanos en el Mediterráneo. *Deusto Journal of Human Rights*, 3, 13-47. <http://dx.doi.org/10.18543/djhr-3-2018pp13-47>
- Cabezas Vicente, M. (2021). El control penal de la inmigración irregular a través del delito de tráfico ilícito de inmigrantes. *Revista Sistema Penal Crítico*, 1, 45-72.
- Cabezas Vicente, M. (2022). La lucha contra el tráfico ilícito de inmigrantes en el Pacto de Marrakech desde la perspectiva de género, en N. Sanz Mulas (Dir.); E.M. Picado Valverde y A. Myers Gallardo (Coords.), (In)cumplimiento por el Estado Español del Pacto Mundial de Migraciones. Cuestiones preliminares desde la perspectiva de género (pp. 353-390). Tirant lo Blanch.
- Castles, S. y Miller, M.J. (2004). La era de la migración: movimientos internacionales de población (Trad. L.R. Morán Quiroz). H. Cámara de los Diputados, LIX Legislatura. (Trabajo original publicado en 1993).

- Chacón Hernández, D. (2021). Migración por crisis y crisis de la migración. Una visión desde los derechos humanos. *Ciencia jurídica*, 10(19), 137-160. <https://doi.org/10.15174/cj.v10i19.375>
- Comisión de Derechos Humanos del Consejo de Europa (2019). Vidas salvadas. Derechos protegidos. Superar los problemas en la protección a los refugiados y migrantes en el Mediterráneo. <https://rm.coe.int/vidas-salvadas-derechos-protectidos-superar-los-problemas-en-la-protecto/168095ef17>
- Consejo de la Unión Europea (2020). La UE pone en marcha la operación IRINI para aplicar el embargo de armas a Libia. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/03/31/eu-launches-operation-irini-to-enforce-libya-arms-embargo/>
- Consejo de la Unión Europea (4 de marzo de 2022). *Ukraine: Council unanimously introduces temporary protection for persons fleeing the war*. <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/03/04/ukraine-council-introduces-temporary-protection-for-persons-fleeing-the-war>
- Costas, A. (1 de abril de 2021). ¿La pandemia es el fin de la globalización tal y como la conocemos? *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/internacional/vanguardia-dossier/revista/20210401/6605615/pandemia-fin-globalizacion-opportunidades.html>
- Daunis Rodríguez, A. (2017). La inmigración ante la encrucijada: el tráfico ilegal de personas, la trata de seres humanos y la explotación sexual, en L. Zúñiga Rodríguez (Dir.) y J. Ballesteros Sánchez (Coord.), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos* (pp. 445-473). Tirant lo Blanch.
- De Lucas, J. (1996). *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*. Icaria Editorial.
- De Lucas, J. (2016). *Mediterráneo: el naufragio de Europa* (2ª Ed.). Tirant lo Blanch.
- Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas (2020). *International Migration 2020 Highlights* (ST/ESA/SER.A/452). [https://www.un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org.development.desa.pd/files/undesa\\_pd\\_2020\\_international\\_migration\\_highlights.pdf](https://www.un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org.development.desa.pd/files/undesa_pd_2020_international_migration_highlights.pdf)
- EFE (12 de noviembre de 2022). Italia, Malta, Chipre y Grecia piden a CE coordinar rescates en Mediterráneo. *EIDiraio.es* [https://www.eldiario.es/desalambre/italia-malta-chipre-grecia-piden-ce-coordinar-rescates-mediterraneo\\_1\\_9706149.html](https://www.eldiario.es/desalambre/italia-malta-chipre-grecia-piden-ce-coordinar-rescates-mediterraneo_1_9706149.html)

- El Hachmi, N. (2016). El Mediterráneo, ¿frontera o intersección? *Quaderns de la Mediterrània*, 24, 221-223.
- EUNAVFOR MED Operation IRINI (s.f.). About us.  
<https://www.operationirini.eu/about-us/>
- Europol e Interpol (2016). Migrant Smuggling Networks. Europol.  
<https://www.europol.europa.eu/publications-events/publications/europol-interpol-report-migrant-smuggling-networks#downloads>
- Fargues, P. y Bonfanti, S. (2014). When the best option is a leaky boat: why migrants risk their lives crossing the Mediterranean and what Europe is doing about it. (MPC Policy brief 2014/05). *European University Institute*.  
[https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/33271/MPC\\_PB\\_2014-05.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/33271/MPC_PB_2014-05.pdf?sequence=1&isAllowed=y) [visitado el 7/11/2022].
- Fargues, P.; Rango, M.; Börgnas, E. y Schöfberger I. (eds.) (2020). *Migration in West and North Africa and across the Mediterranean*. Organización Mundial de las Migraciones.
- Felipe Pérez, B. (2018). *Migraciones climáticas: una aproximación al panorama actual*. ECODES.  
<https://migracionesclimaticas.org/documento/migraciones-climaticas-una-aproximacion-al-panorama-actual/>
- Felipe Pérez, B. (2019). *Las migraciones climáticas ante el ordenamiento jurídico internacional*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Felipe Pérez, B. (2020). *El papel del sector privado europeo ante las migraciones climáticas. Una propuesta de debida diligencia*. ECODES.  
<https://migracionesclimaticas.org/documento/informe-el-papel-del-sector-privado-europeo-ante-las-migraciones-climaticas-2020/>
- Ferreira Santos, V. (2018). ¿Migrantes económicos o refugiados? Sobre los flujos mixtos en las migraciones irregulares. *Revista Latina de Sociología (RELASO)*, 8(2), 59-71. <https://doi.org/10.17979/relaso.2018.8.2.2952>
- Frontex (s.f.). Detections of illegal border-crossings statistics [Conjunto de datos]. Recuperado el 5 de octubre de 2022 de  
<https://frontex.europa.eu/we-know/migratory-map/>
- Frontex (2020). Frontex Risk Analysis 2020. Risk Analysis Unit.
- Frontex (2022). Strategic Risk Analysis 2022. Risk Analysis Unit.
- Ganguly, G.; Setzer, J. y Heyvaert, V. (2018). If at First You Don't Succeed: Suing Corporations for Climate Change. *Oxford Journal of Legal Studies*, 38(4), 841-868. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqy029>
- Garcés Mascareñas, B. (2020). Cuatro años del acuerdo UE-Turquía. CIDOB opinión 617.

- Garcés Mascareñas, B. y Sánchez Montijano, E. (2017). El acuerdo UE-Turquía, un año después. Mucho más que externalización. CIDOB opinión 473.
- Garver-Affeldt, J. y Mackenzie, S. (2021). A Gateway Re-opens: the growing popularity of the Atlantic route, as told by those who risk it. Mixed Migration Center. <https://mixedmigration.org/resource/a-gateway-re-opens/>
- Grant, S. (2011). Recording and Identifying European Frontier Deaths. *European Journal of Migration and Law*, 13, 135-156. <https://doi.org/10.1163/157181611X571259>
- Herrera Llamas, J.A.; Alvarado de Lima, J.A. y Herrera Aguilar, L. (2018). Globalización y pobreza: propulsores de las migraciones internacionales contemporáneas. *Jangwa Pana: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, 18(3), 402-412. <http://dx.doi.org/10.21676/16574923.2491>
- Iglesias Márquez, D. (2019). La litigación climática en contra de los carbon majors en los Estados de origen: apuntes desde la perspectiva de empresas y derechos humanos. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 37, 1-37. <https://doi.org/10.17103/reei.37.05>
- Irrera, D. (2016). Migrants, the EU and NGOs: The “Practice” of Non-Governmental SAR Operations. *Romanian Journal of European Affairs*, 16(3), 20-35. <https://ssrn.com/abstract=2836446>
- Janer Torrens, J.D. (2020). La cláusula de exención humanitaria y la criminalización de las organizaciones de rescate en el mar, en I. Lirola Delgado y R. García Pérez (Ed.), *Seguridad y fronteras en el mar* (pp. 213-229). Tirant lo Blanch.
- Laurence, P. (4 de octubre de 2013). *Lampedusa disaster: Europe's migrant dilemma*. BBC. <https://www.bbc.com/news/world-europe-24396020>
- López Sala, A. y Godenau, D. (10-14 de julio de 2016). Non-state actors and migration control in Spain. A migration industry perspective. ISA Forum of Sociology, Viena, Austria. <http://hdl.handle.net/10261/136847>
- Marina Militare, Ministero della Difesa (s.f.). Mare Nostrum Operation. <https://www.marina.difesa.it/EN/operations/Pagine/MareNostrum.aspx>
- McAuliffe, M. y Lackzo, F. (Eds.) (2016). *Migrant Smuggling Data and Research: A global review of the emerging evidence base*. Organización Internacional para las Migraciones.
- McAuliffe, M. y Triandafyllidou, A. (Eds.) (2021). Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2022. Organización Internacional para las Migraciones.
- Missing Migrants Project (s.f.). Who we are. <https://missingmigrants.iom.int/who-we-are>

- Monreal Gainza, B. y Paredes, C. (2021). *Migración en Canarias, la emergencia previsible*. CEAR. [https://www.pear.es/wp-content/uploads/2021/04/Informe-PEAR\\_CANARIAS.pdf](https://www.pear.es/wp-content/uploads/2021/04/Informe-PEAR_CANARIAS.pdf)
- Montero Ferrer, C. (2020). ¿Criminalizar la ayuda humanitaria?: La protección a los defensores de los derechos humanos de los migrantes en el Mediterráneo, en I. Lirola Delgado y R. García Pérez (Ed.), *Seguridad y fronteras en el mar* (pp. 231-246). Tirant lo Blanch.
- Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2018). *Global Study on Smuggling of Migrants*. United Nations publication.
- Organización Marítima Internacional (2004). Directrices respecto de la actuación con las personas rescatadas en el mar [Resolución MSC.167(78)].
- Organización Mundial de las Migraciones (s.f.). Deaths during migration recorded since 2014, by region of incident [Conjunto de datos]. Missing Migrants Project. Recuperado el 4 de octubre de 2022 de <https://missingmigrants.iom.int/downloads>
- Pascual Matellán, L. (2022). La criminalización de la asistencia a los solicitantes de asilo en Hungría (a propósito de la sentencia Comisión/Hungría, C-821/19). *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 71, 169-187. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.71.07>
- Penchaszadeh, A.P. y Sferco, S.I. (2019). Solidaridad y fraternidad. Una nueva clave ético-política para las migraciones. *REMHU Revista Interdisciplinaria da Mobilidade Humana*, 27(55), 149-164. <https://doi.org/10.1590/1980-85852503880005510>
- Perelló Carrascosa, M.I. y Lacomba, J. (2020). Las organizaciones de la sociedad civil en fronteras de alta migración. Entre el humanitarismo y la defensa de derechos. *REMHU Revista Interdisciplinaria da Mobilidade Humana*, 28(58), 13-32. <http://dx.doi.org/10.1590/1980-85852503880005802>
- Planas Bou, C. (26 de septiembre de 2022). El mapa ultra de Europa: así se propaga la extrema derecha por la UE. *El Periódico de España*. <https://www.epe.es/es/internacional/20220926/mapa-ultra-europa-propaga-extrema-75898003>
- Ruiz Benedicto, A. (2019a). Guarding the fortress. The role of Frontex in the militarisation and securitisation of migration flows in the European Union. *Centre Delàs d'Estudis per la Pau*. [https://www.tni.org/files/publication-downloads/informe40\\_eng\\_ok.pdf](https://www.tni.org/files/publication-downloads/informe40_eng_ok.pdf)
- Ruiz Benedicto, A. (2019b). Construir la “Europa fortaleza”: militarizar las fronteras, securitizar la migración. *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 145, 85-96.
- Sanz Mulas, N. (2021a). *Política Criminal* (4ªEd.). Ratio Legis Librería Jurídica.

- Sanz Mulas, N. (2021b). Evolución de la política criminal y de sus protagonistas. Del totalitarismo de la raza al totalitarismo del dinero. Tirant lo Blanch.
- Sassen, S. (2013). Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa fortaleza. Siglo XXI.
- Schlosberg, D. y Collins, L.B. (2014). From environmental to climate justice: climate change and the discourse of environmental justice. *WIREs Clim Change*, 5, 359-374. <https://doi.org/10.1002/wcc.275>
- Shorrocks, A.; Davies, J. y Lluberás, R. (2022). *Global Wealth Report 2022. Leading perspectives to navigate the future*. Credit Suisse Research Institute. <https://www.credit-suisse.com/about-us/en/reports-research/global-wealth-report.html>
- Solanes Corrella, A. (2018). Multiculturalidad y derechos humanos, en A. Mora Castro (Ed.), *Mediación intercultural y gestión de la diversidad. Instrumentos para la promoción de una convivencia pacífica* (pp. 99-129). Tirant lo Blanch.
- Triandafyllidou, A. y McAuliffe, M. (Eds.) (2018). *Migrant Smuggling Data and Research: A global review of the emerging evidence base (Vol. 2)*. Organización Mundial de las Migraciones.
- Urbán, M. y Donaire, G. (2016). Disparen a los refugiados. La construcción de la Europa fortaleza. Icaria Editorial.
- Verdú, D. (6 de noviembre de 2022). Italia permite un desembarco selectivo de inmigrantes de un barco de rescate. *El País*. [https://elpais.com/internacional/2022-11-06/italia-permite-un-desembarco-selectivo-de-inmigrantes-de-un-barco-de-rescate.html?event\\_log=oklogin](https://elpais.com/internacional/2022-11-06/italia-permite-un-desembarco-selectivo-de-inmigrantes-de-un-barco-de-rescate.html?event_log=oklogin)
- Zaffaroni, E.R. (2006). *El enemigo en el Derecho Penal*. Ediar.
- Zaffaroni, E.R. y Dias dos Santos, I. (2020). *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*. Tirant lo Blanch.

## FUENTES NORMATIVAS

### NACIONES UNIDAS

- Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar. 1 de noviembre de 1974.
- Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimo. 27 de abril de 1979.
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. 10 de diciembre de 1982.

Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. 15 de noviembre de 2000.

Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (A/70/L.1). 18 de septiembre de 2015.

Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular (A/RES/73/195). 10 de diciembre de 2018.

Repercusiones de la utilización de servicios militares y de seguridad privados en la gestión de la inmigración y las fronteras sobre la protección de los derechos de todos los migrantes (A/HRC/45/9). 9 de julio de 2020).

## UNIÓN EUROPEA

Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (2002/946/JAI). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L/328, 1-3 de 5 de diciembre de 2002.

Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L/328, 17-18 5 de diciembre de 2002.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre una Agenda Europea de Migración [COM(2015) 240 final]. 13 de mayo de 2015.

Resolución del Parlamento Europeo sobre directrices destinadas a los Estados miembros para impedir la penalización de la ayuda humanitaria (2018/2769(RSP)) [2020/C 118/21]. 5 de julio de 2018.

Comunicación de la Comisión relativa a las Orientaciones de la Comisión sobre la aplicación de las normas de la UE destinadas a definir y prevenir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares [C(2020) 6470 final]. 23 de septiembre de 2020.

Comunicación de la Comisión relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo [COM(2020) 609 final]. 23 de septiembre de 2020.

Comunicación de la Comisión relativa a las Orientaciones de la Comisión sobre la aplicación de las normas de la UE destinadas a definir y prevenir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares [2020/C 323/01]. 1 de octubre de 2020.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Informe sobre migración y asilo [COM(2021) 590 final]. 29 de septiembre de 2021.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción renovado de la UE contra el Tráfico Ilícito de Migrantes (2021-2025) [COM(2021) 591 final]. 29 de septiembre de 2021.

Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal. 4 de marzo de 2022.

## ESPAÑA

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado* n. 281, de 24 de noviembre de 1995.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *Boletín Oficial del Estado* n. 10, de 12 de enero del 2000.

## JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal De Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 16 de noviembre de 2021, C-821/19. Caso Comisión contra Hungría.

## MANDATO DI ARRESTO EUROPEO E CONSEGNA “AUTOMATICA” DEL CITTADINO DI STATO TERZO RESIDENTE O DIMORANTE IN ITALIA

---

GIOVANNA NADDEO

*Dottoranda di ricerca, curriculum internazionalistico-europeo-comparato,  
Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Salerno*

### 1. INTRODUZIONE

A prescindere dalla titolarità o meno dello *status* di cittadino europeo, l’art. 7 della Carta dei diritti fondamentali riconosce a “ogni individuo” il diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare. Tale disposizione, come esplicitato dalle Spiegazioni alla Carta, corrisponde all’art. 8 CEDU, così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, la quale – nell’ambito di un’attività ermeneutica dinamica ed evolutiva della suddetta norma convenzionale – non ha mancato di elaborare autonome definizioni di “vita privata” e di “vita familiare”. In via approssimativa, mentre quest’ultimo concetto fa riferimento all’esistenza di stretti legami familiari (non necessariamente di natura biologica o giuridica) effettivamente sussistenti tra due o più individui<sup>403</sup>, la nozione di “vita privata” ricomprende tanto la sfera più intima e riservata del singolo, quanto l’insieme di relazioni personali, sociali, culturali ed economiche sviluppate nel contesto territoriale in cui egli sia radicato<sup>404</sup>.

Orbene, in materia migratoria l’art. 8 CEDU ha assunto una particolare rilevanza in tema di allontanamento, a seguito di condanna penale, dello straniero legalmente soggiornante: considerata la necessità di un

---

<sup>403</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, *inter alia*, *Paradiso and Campanelli v. Italy* (Grand Chamber), App. No. 25358/12, sentenza del 24 gennaio 2017, par. 140.

<sup>404</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, *inter alia*, *Denisov v. Ukraine* (Grand Chamber), App. No. 76639/11, sentenza del 25 settembre 2018, parr. 95-96.

congruo bilanciamento tra, da un lato, l'esigenza dello Stato di tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica e, dall'altro, l'interesse del singolo a non esser sradicato dal territorio in cui abbia intessuto legami significativi con la comunità di accoglienza<sup>405</sup>, la Corte di Strasburgo ha individuato una serie di criteri da prendere in considerazione<sup>406</sup> (tra questi, la natura e la gravità del reato commesso, la durata del soggiorno nello Stato ospitante e la solidità dei legami sociali, familiari e culturali ivi sviluppati) al fine di valutare la proporzionalità della misura di allontanamento rispetto al diritto dello straniero alla tutela della propria vita privata e familiare<sup>407</sup>.

Nella medesima prospettiva, la “non automaticità” dell'allontanamento è stata altresì confermata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale, con riferimento allo *status* del soggiornante di lungo periodo, ha sottolineato che, qualora il cittadino extraeuropeo costituisca una “*minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza*”<sup>408</sup>, la pronuncia del provvedimento espulsivo debba esser subordinata a una valutazione *case by case* svolta dalle autorità nazionali competenti sulla base di criteri pressoché analoghi a quelli elaborati dalla Corte di Strasburgo, ovverosia la durata del soggiorno nello Stato membro ospitante, l'età dell'interessato, le conseguenze per l'interessato e per i suoi familiari, i vincoli con il Paese di soggiorno o l'assenza di vincoli con il Paese di origine<sup>409</sup>. *Mutatis mutandis*, tali considerazioni risultano altresì significative sul versante di un altro *volet* dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, ossia quello della cooperazione giudiziaria in materia penale, e, più specificatamente, nel caso di mandato di arresto europeo spiccato nei confronti

---

<sup>405</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *inter alia*, *Khan v. Denmark*, App. No. 26957/19, sentenza del 12 gennaio 2021, par. 57.

<sup>406</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *inter alia*, *Boultif v. Switzerland*, App. No. 54273/00, sentenza del 2 agosto 2001, par. 48; *Üner v. the Netherlands (Grand Chamber)*, App. no. 46410/99, sentenza del 18 ottobre 2006, par. 59; *Unuane v. the United Kingdom*, App. No. 80343/17, sentenza del 24 novembre 2020, parr. 70-74.

<sup>407</sup> Art. 8, par. 2 CEDU.

<sup>408</sup> Art. 12, par. 1, della direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 *relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*.

<sup>409</sup> Corte di giustizia, *López Pastuzano*, causa C-636/16, sentenza del 7 dicembre 2017, parr. 26-27.

di cittadini di paesi terzi stabilmente radicati (residenti o dimoranti) nello Stato membro ospitante.

## 2. *AUT DEDERE AUT PUNIRE*: IL RIFIUTO FACOLTATIVO DELLA CONSEGNA DEL CITTADINO UE (ED EXTRA-UE?)

In virtù dell'art. 4, punto 6 della decisione quadro 2002/584/GAI l'autorità giudiziaria può rifiutare la consegna "*qualora la persona ricercata dimori nello Stato membro di esecuzione, vi sia cittadino o vi risieda*", purchè tale Stato si impegni a dare esecuzione alla condanna conformemente al proprio diritto interno, in virtù del principio *aut dedere aut punire*. Come emerge dal tenore letterale della disposizione in esame, l'ambito applicativo *ratione personae* è circoscritto a coloro i quali siano cittadini dello Stato di esecuzione o, anche senza esserlo, vi dimorino o vi risiedano, senza operare alcuna distinzione tra cittadini di altri Stati membri e cittadini di paesi terzi. Pertanto, spetta all'autorità giudiziaria dell'esecuzione stabilire se la persona interessata ricada nella previsione dell'art. 4, punto 6, sulla base di una valutazione complessiva che tenga conto, *inter alia*, della durata, della natura e delle modalità del suo soggiorno, nonché dei rapporti familiari ed economici intrattenuti nello Stato membro di esecuzione<sup>410</sup>. La *ratio* della norma è accordare tutela a relazioni e situazioni di vita privata e familiare proprie del condannato, al fine di favorirne le opportunità di reinserimento sociale una volta scontata la pena<sup>411</sup>.

Ebbene, come si apprende dall'ultima Relazione della Commissione europea sull'attuazione della decisione quadro 2002/584/GAI, gli Stati membri che hanno optato per il recepimento del suddetto motivo di rifiuto facoltativo alla consegna lo hanno fatto in modo alquanto "*eterogeneo*"<sup>412</sup>: in alcuni ordinamenti, ad esempio, sono stati introdotti

---

<sup>410</sup> Corte di giustizia (Grande Sezione), *Kozloswki*, causa C-66/08, sentenza del 17 luglio 2008, par. 48.

<sup>411</sup> Corte di giustizia (Grande Sezione), *Kozloswki*, cit., par. 45; *Wolzenburg*, causa C-123/08, sentenza del 6 ottobre 2009, par. 67; *Lopes Da Silva*, causa C-42/11, sentenza del 5 settembre 2012, par. 32.

<sup>412</sup> Relazione della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio *sull'attuazione della decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo*

ulteriori criteri per quanto concerne il requisito della “residenza”, come la previsione di una soglia minima di permanenza nel territorio dello Stato in questione pari ad almeno due o cinque anni.

Non è questo il caso dell’ordinamento giuridico spagnolo, in virtù del quale l’autorità giudiziaria dell’esecuzione può rifiutare la consegna di “*persona reclamada de nacionalidad española o con residencia en España*”<sup>413</sup>. E’ questo, invece, il caso dell’ordinamento italiano, secondo il quale il giudice nazionale può opporre il proprio rifiuto esclusivamente nei casi in cui l’interessato di una richiesta di consegna “*sia cittadino italiano o cittadino di altro Stato membro dell’Unione europea legittimamente ed effettivamente residente o dimorante nel territorio italiano da almeno cinque anni*”<sup>414</sup>. Emerge, dunque, plasticamente l’impossibilità di rifiutare la consegna del cittadino di Stato terzo che abbia legalmente sviluppato relazioni di vita privata e familiare in Italia, determinando, di fatto, un’automatica interruzione dei cd. “legami di integrazione” ivi intessuti.

Il presente contributo intende soffermarsi su quanto sembra costituire un autentico cortocircuito in tema di trattamento dei cittadini di Stati terzi, ossia quello relativo all’automatismo della consegna di coloro i quali risiedono o dimorino in Italia, indipendentemente da ogni valutazione sul grado di radicamento nel contesto sociale di appartenenza; tale questione, come si vedrà, si pone al centro di una relazione complessa tra fenomeno migratorio, corretto funzionamento dei meccanismi di cooperazione giudiziaria penale e limiti che possono derivarne dalla necessità di garantire la piena tutela dei diritti fondamentali.

---

e alle procedure di consegna tra Stati membri, Bruxelles, 2 luglio 2020, COM(2020) 270 final, p. 18.

<sup>413</sup> Art. 48, 2.b), ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

<sup>414</sup> Art. 18-bis, co. 2, legge 22 aprile 2005, n. 69 recante “Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri”.

### 3. IL “LIMITE DI SICUREZZA” NELLA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Come noto, sin dalla sua adozione, la decisione quadro 2002/584/GAI ha costituito un importante banco di prova nella ricerca di un punto di equilibrio tra l’applicazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri e la tutela dei diritti fondamentali della persona ricercata. A fronte di un primo orientamento di “strenua difesa” del meccanismo del mandato di arresto europeo<sup>415</sup>, a partire dalla sentenza *Aranyosi e Căldăraru*<sup>416</sup> la Corte di giustizia ha ammesso l’ipotesi di una limitazione ai principi del mutuo riconoscimento e di fiducia reciproca tra Stati membri non più soltanto nei casi di non esecuzione – obbligatoria o facoltativa – tassativamente elencati nella decisione quadro, bensì anche “in circostanze eccezionali” quando lo esiga il rispetto dei diritti fondamentali, mediante la valorizzazione della clausola generale di cui all’art. 1, par. 3, secondo il quale l’obbligo di rispettare i diritti fondamentali quali sanciti segnatamente dalla Carta non può essere modificato per effetto della decisione quadro.

In verità, già prima della sentenza citata gli avvocati generali<sup>417</sup>, nelle loro conclusioni, avevano adottato una chiave di lettura diversa da quella della Corte, la quale era incline a garantire una tutela in via prioritaria, se non esclusiva, dell’effettività della decisione quadro 2002/584/GAI; in particolare, l’Avvocato generale Mengozzi aveva riconosciuto alla clausola generale di cui all’art. 1, par. 3 la funzione di “*limite di sicurezza*”<sup>418</sup> nell’applicazione del principio del reciproco riconoscimento nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. Ad avviso dell’Avvocato Generale, il suddetto

---

<sup>415</sup> Corte di giustizia (Grande Sezione), *Radu*, causa C-396/11, sentenza del 29 gennaio 2013; *Melloni*, causa C-399/11, sentenza del 26 febbraio 2013.

<sup>416</sup> Corte di giustizia (Grande Sezione), *Aranyosi e Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, sentenza del 5 aprile 2016.

<sup>417</sup> Conclusioni dell’Avvocato generale Yves Bot presentate il 24 marzo 2009, causa C-123/08, parr. 147-151; conclusioni dell’Avvocato generale Eleanor Sharpston presentate il 18 ottobre 2012, *Radu*, causa C-396/11, parr. 70-72.

<sup>418</sup> Conclusioni dell’Avvocato generale Paolo Mengozzi presentate il 20 marzo 2012, *Lopes Da Silva*, causa C-42/11, par. 28.

principio – a maggior ragione nel caso di mandato *in executivis* – non poteva trovare applicazione automatica ma doveva, al contrario, essere preso in considerazione alla luce del contesto personale e umano, della situazione individuale alla base di ciascuna richiesta di esecuzione. Pertanto, “è in considerazione del principio superiore costituito dalla tutela della dignità umana, pietra angolare della protezione dei diritti fondamentali nell’ordinamento giuridico dell’Unione, che la libera circolazione delle sentenze penali dev’essere garantita, ma anche, all’occorrenza, limitata”.

Sulla scia di tale ragionamento, lo stesso Avvocato generale Mengozzi già prefigurava l’ipotesi che in un prossimo futuro la Corte di giustizia, in sede di interpretazione dell’art. 4, punto 6, sarebbe stata chiamata a domandarsi se dal principio del rispetto della dignità del condannato ex art. 1 della Carta sia deducibile un diritto del cittadino (anche) di Stato terzo a non esser consegnato in ragione dei legami sociali e familiari legalmente instaurati nella società di accoglienza, e dunque a scontare la pena dello Stato di residenza o dimora.

In linea di perfetta continuità si colloca il recente rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte Costituzionale italiana, concernente la questione relativa al fatto che l’art. 4, punto 6, interpretato alla luce dell’art. 1, par. 3, della medesima decisione quadro e dell’art. 7 della Carta dei diritti fondamentali, possa ostare a una normativa, come quella italiana, che precluda in maniera assoluta e automatica alle autorità giudiziarie di esecuzione di rifiutare la consegna di cittadini di paesi terzi che dimorino o risiedano sul suo territorio, indipendentemente dai legami che essi presentano con quest’ultimo<sup>419</sup>.

#### 4. LA RICHIESTA DI CONSEGNA DEI CITTADINI EXTRA-UE RADICATI IN ITALIA: PROFILI NORMATIVI E SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI

Nell’ordinamento italiano, il recepimento del motivo di rifiuto alla consegna di cui all’art. 4, punto 6 ha inaugurato un’articolata *querelle*

---

<sup>419</sup> Corte Costituzionale, ordinanza del 21 ottobre 2021 (dep. 18 novembre 2021), n. 217.

normativa e giurisprudenziale non ancora giunta a un punto di approdo: in estrema sintesi, nella sua prima versione la normativa nazionale di recepimento della decisione quadro 2002/584/GAI riservava il motivo di rifiuto in parola al solo cittadino italiano<sup>420</sup>. Successivamente, la Corte Costituzionale, con sentenza additiva n. 227/2010, dichiarava l'illegittimità costituzionale della suddetta disposizione nazionale nella parte in cui non contemplava il rifiuto alla consegna anche del cittadino di altro Paese membro dell'Unione; la pronuncia in questione censurava, in particolare, l'esercizio di discrezionalità da parte del legislatore nazionale che, nell'escludere radicalmente i cittadini di altri Stati membri, aveva tradito la formulazione letterale e la *ratio* della norma europea, oltre ad aver introdotto un'irragionevole disparità di trattamento<sup>421</sup>.

La questione su una più ampia estensione, nella disciplina nazionale<sup>422</sup>, del motivo di rifiuto in parola anche ai cittadini (questa volta) di Stati terzi era oggetto di un nuovo esame della Consulta in sede di incidente di costituzionalità: di particolare rilievo, tra i profili di illegittimità contemplati dall'ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione<sup>423</sup>, appariva quello relativo al rischio che l'impossibilità *a priori* di eseguire in Italia la pena irrogata da un altro Stato membro dell'Unione al cittadino extracomunitario potesse tradursi in una grave compressione del suo diritto al rispetto della vita familiare consacrato dall'art. 2 della Costituzione italiana, nonché dagli art. 7 della Carta dei diritti fondamentali e 8 CEDU. Tuttavia, la Corte Costituzionale decideva di restituire gli atti al giudice remittente<sup>424</sup> affinché fosse riesaminata la rilevanza della questione di costituzionalità, alla luce del mutato assetto normativo<sup>425</sup>. Tra le modifiche apportate *medio tempore* dal legislatore nazionale rilevava l'introduzione di una soglia minima di cinque anni per la

---

<sup>420</sup> Art. 18, co. 1, lett. r) della legge 22 aprile 2005, n. 69.

<sup>421</sup> Corte Costituzionale, sentenza del 21 giugno 2010 (dep. 24 giugno 2010), n. 227, punto 8.

<sup>422</sup> Poi divenuto art. 18-bis della legge 22 aprile 2005, n. 69, come introdotto dall'art. 6, co. 5, lett. b), della legge 4 ottobre 2019, n. 117.

<sup>423</sup> Corte di Cassazione, sesta sezione penale, ordinanza del 4 febbraio 2020 (dep. 19 marzo 2020), n. 10371.

<sup>424</sup> Corte Costituzionale, ordinanza dell'11 marzo 2021 (dep. 1 aprile 2021), n. 60.

<sup>425</sup> Poi divenuto art. 18-bis, co. 2, della legge 22 aprile 2005, n. 69, come modificato dall'art. 15 del d.lgs 2 febbraio 2021, n. 10.

rilevanza dello “stabile radicamento” dei cittadini di altri Stati membri; immutata, invece, restava la facoltà per l’autorità giudiziaria competente di opporre un diniego alla consegna nei soli casi di cittadino italiano o di altro Stato membro dell’Unione. Sulla scia dell’orientamento dei giudici di Lussemburgo<sup>426</sup>, la Corte di Cassazione considerava ragionevole la scelta del legislatore italiano di introdurre un requisito temporale di permanenza, al fine di perseguire la finalità del reinserimento sociale soltanto nei confronti delle persone con un comprovato grado di inserimento nella società di accoglienza; tuttavia, a proposito della perdurante ed automatica esclusione dei cittadini extraeuropei dall’ambito di applicazione della norma (esclusione estesa anche nella materia del mandato di arresto europeo “processuale” di cui all’art. 5, punto 3 della decisione quadro 2002/584/GAI), la Corte evidenziava come tale sistema di preclusione soggettiva non potesse giustificarsi né con l’obiettivo di garantire una migliore attuazione del principio del mutuo riconoscimento, né tanto meno con i timori del legislatore riservati alla già grave situazione di sovraffollamento dei penitenziari italiani<sup>427</sup>, anche a seguito della sentenza pilota *Torreggiani*<sup>[11]</sup>. Al contrario, la Corte ribadiva che l’elemento scriminante ai fini della possibilità di opporre un rifiuto alla consegna non fosse la cittadinanza, quanto piuttosto “*la sussistenza di un legame stabile e qualificato che il ricercato ha ormai da tempo intessuto con lo Stato ospitante, rimanendo nella sfera di competenza dell’autorità giudiziaria di tale Paese la verifica dei relativi presupposti*”<sup>[12]</sup>.

Successivamente, la questione in esame non ha tardato a esser riproposta alla Corte Costituzionale nell’ambito di un nuovo giudizio di costituzionalità; quest’ultima, a sua volta, ha deciso di adire in via pregiudiziale la Corte di giustizia al fine di stabilire “*se il cittadino di un paese terzo che sia residente o dimorante nello Stato dell’esecuzione sia*

---

<sup>426</sup> Corte di giustizia, *Wolzenburg*, cit., parr. 67-68.

<sup>427</sup> Corte di Cassazione, sesta sezione penale, sentenza dell’8 luglio 2021 (dep. 1 ottobre 2021), n. 35953, punto 5.

<sup>428</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, *Torreggiani and Others v. Italy*, App. No. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, sentenza dell’8 gennaio 2013.

<sup>429</sup> *Ibidem*, punto 6.1.

*titolare di un diritto fondamentale a non essere allontanato dal territorio di quest'ultimo Stato ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza nello Stato di emissione"*<sup>430</sup>.

I fatti di causa concernono un cittadino moldavo attinto da una richiesta di consegna emessa dall'autorità giudiziaria rumena a seguito di condanna definitiva per i delitti di evasione fiscale e appropriazione indebita. La decisione della corte di appello territoriale di disporre la consegna veniva annullata con rinvio dalla Corte di Cassazione, con l'invito a valutare l'opportunità di sollevare questione di legittimità Costituzionale della disposizione nazionale nella parte in cui quest'ultima esclude *a priori* che il cittadino extraeuropeo possa beneficiare del rifiuto facoltativo della consegna di cui all'art. 4, par. 6 della decisione quadro 2002/584/GAI.

Investita della questione, la Corte Costituzionale pone a fondamento dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale il tema del rispetto dei diritti fondamentali, con specifico riferimento all'interrogativo circa la sussistenza o meno di profili di contrasto tra l'art. 4, punto 6 della decisione quadro 2002/584/GAI, letto alla luce dell'art. 1, par. 3 della medesima, unitamente all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali, e la relativa disciplina di recepimento, lasciando in secondo piano il tema del margine di discrezionalità del legislatore nazionale sul quale si era, invece, ampiamente soffermato il giudice *a quo*. Ad avviso della Corte, l'assoluta novità della questione nel repertorio giurisprudenziale della Corte di Lussemburgo sull'interpretazione dell'art. 4, punto 6, unitamente all'integrale armonizzazione della materia, comporta l'assoluta necessità di un intervento chiarificatore della Corte di giustizia al fine di pervenire a un'uniforme interpretazione di tale disposizione nello spazio giuridico europeo. Inquadrato il *thema decidendum*, la Corte Costituzionale non manca di evidenziare, "*in un quadro di costruttiva e leale cooperazione tra i diversi sistemi di garanzia*"<sup>431</sup>, come il reinserimento sociale del condannato costituisca un "*interesse non solo della persona*

---

<sup>430</sup> Corte Costituzionale, ordinanza 217/2021, cit., punto 8.1.

<sup>431</sup> *Ibidem*, punto 8.

*condannata, ma anche dell'Unione europea in generale*<sup>432</sup>, e come tale reinserimento non possa prescindere dalla protezione dei “legami di integrazione” nello Stato di dimora e residenza; tale protezione, sottolinea la Corte, è un obiettivo perseguito non soltanto dalle fonti di diritto derivato dell'Unione in materia di esecuzione della pena, bensì anche dalle principali direttive europee in materia di immigrazione e tutela dei diritti dei cittadini di paesi terzi.

Al momento in cui si scrive (novembre 2022), la questione pende dinanzi alla Corte di giustizia<sup>433</sup>; nell'attesa della pronuncia della Corte, la rilevanza della questione è attestata dai suoi frequenti richiami nella giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana. Con la sentenza n. 24783/2022, la sesta sezione penale ha annullato con rinvio la decisione del giudice di merito di disporre la consegna del ricorrente, un cittadino extraeuropeo<sup>434</sup>. Ad avviso della Suprema Corte, rigettando la richiesta della difesa “*per la produzione di ulteriore documentazione attestante l'effettiva dimora in Italia da oltre cinque anni*”, la corte territoriale aveva precluso al ricorrente la possibilità di dimostrare che il medesimo rientrasse nella categoria di cittadini di Stati terzi per i quali, la Corte Costituzionale ha ritenuto di adire la Corte di Lussemburgo. Pertanto, in pendenza della questione dinanzi alle Alte Corti, si ritiene non possa essere disposta la consegna di cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea legittimamente ed effettivamente residenti o dimoranti nel territorio italiano da almeno cinque; una diversa applicazione, secondo la Corte, rischierebbe di ledere irrimediabilmente i loro diritti fondamentali.

Ancora, con sentenza n. 26644/2022, la Corte di Cassazione ha dichiarato inammissibile un ricorso proposto da un cittadino extraeuropeo avverso la decisione della corte di appello di consegnarlo all'autorità giudiziaria ungherese a seguito di condanna divenuta irrevocabile per i

---

<sup>432</sup> *Ibidem*, punto 8.3 che riprende Corte di Giustizia, SF, causa C-314/18, sentenza dell'11 marzo 2020, par. 51.

<sup>433</sup> Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte Costituzionale (Italia) il 22 novembre 2021 – O.G. (causa C-700/21).

<sup>434</sup> Corte di Cassazione, sesta sezione penale, sentenza del 27 giugno 2022 (dep. 28 giugno 2022), n. 24783.

reati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e associazione per delinquere<sup>435</sup>. La decisione di disporre la consegna si fondava sulla mancata esibizione di elementi comprovanti il requisito dell'effettività del suo radicamento sul territorio italiano da almeno un quinquennio, e dunque dello stesso presupposto normativo della disposizione nazionale. Una posizione condivisa dalla Suprema Corte, la quale non ha fatto altro che riscontrare la manifesta infondatezza del ricorso.

Nella sentenza n. 26021/2022 la Suprema Corte ha altresì sottolineato che il vaglio della sussistenza di un interesse concreto e meritevole di tutela a che la pena trovi esecuzione nel territorio dello Stato richiesto debba esser compiuto anche nel caso di cittadino italiano attinto da una richiesta di consegna, *“attraverso l'accertamento di uno o più indici concretamente sintomatici di un reale e non estemporaneo radicamento dell'interessato con lo Stato italiano, nel quale ha inteso stabilire la sede principale dei propri interessi affettivi ed economici”*<sup>436</sup>.

Infine, anche in materia di mandato di arresto “processuale”, nella sentenza n. 20540/2022 la Suprema Corte ha sottolineato come la questione sollevata in via pregiudiziale dalla Corte Costituzionale venga in rilievo anche con riferimento alla normativa di recepimento dell'art. 5, n. 3 della decisione quadro 2002/584/GAI, in virtù del quale il regime della consegna condizionata è riservato al *“cittadino o residente dello Stato membro di esecuzione”*, senza distinzione tra cittadini europei o extraeuropei. La rilevanza della questione risulta necessariamente collegata alla preliminare verifica del presupposto che la normativa nazionale indica come essenziale, ossia la regolare ed effettiva residenza nel territorio italiano da almeno cinque anni<sup>437</sup>.

---

<sup>435</sup> Corte di Cassazione, sesta sezione penale, sentenza dell'8 luglio 2022 (dep. 11 luglio 2022), n. 26644.

<sup>436</sup> Corte di Cassazione, sesta sezione penale, sentenza del 4 luglio 2022 (dep. 6 luglio 2022), n. 26021.

<sup>437</sup> Corte di Cassazione, sesta sezione penale, sentenza del 24 maggio 2022 (dep. 25 maggio 2022), n. 20540.

## 5. OLTRE LO *STATUS CIVITATIS* DEL CONSEGNANDO

Come si evince dalla rassegna giurisprudenziale brevemente illustrata, la questione in esame trascende gli aspetti meramente processual-penalistici del mandato di arresto europeo, per proiettarsi al centro di una relazione complessa tra fenomeno migratorio, corretto funzionamento dei meccanismi di cooperazione giudiziaria penale e i limiti che possono derivarne dalla necessità di garantire la piena tutela dei diritti fondamentali. Tale relazione costituisce, infatti, una chiara esemplificazione della perdurante contrapposizione – e, dunque, del necessario bilanciamento – tra le diverse componenti dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, allo scopo di “*garantire che tale libertà, che comprende il diritto alla libera circolazione in tutta l’Unione, possa essere goduta in condizioni di sicurezza e di giustizia accessibili a tutti*”<sup>438</sup>.

In tale contesto, il recente rinvio pregiudiziale sollevato dalla Consulta – oltre a rappresentare una nuova tappa del dialogo tra Corte di giustizia e Corte Costituzionale italiana al fine di contribuire alla corretta applicazione e dell’interpretazione uniforme del diritto dell’Unione europea – si colloca nel solco della definizione di un più elevato (*rectius*, ampio) livello di tutela dei diritti fondamentali. Se da un lato non appare comprensibile come l’esigenza di risocializzazione, sottesa al motivo ostativo in parola, possa variare in considerazione dello *status civitatis* del consegnando (riprendendo le parole del giudice di merito citate nell’ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: “*La risocializzazione dovrebbe essere garantita a ogni condannato, senza distinzioni fondate sulla cittadinanza*”<sup>[11]</sup>), dall’altro lato occorre rilevare come la risposta della Corte di Lussemburgo contribuirà senza dubbio a una più compiuta definizione dello “statuto” dei diritti dei cittadini di paesi terzi legalmente e stabilmente radicati nell’Unione, nell’ambito della più ampia categoria della cd. “cittadinanza *de facto*” o “cittadinanza di residenza”.

---

<sup>438</sup> Consiglio europeo di Tampere, 15 e 16 ottobre 1999, Conclusioni della Presidenza, par. 2.

<sup>439</sup> Corte Costituzionale, ordinanza n. 217/2021, cit., par. 1.2.

In tale scenario, un'interpretazione chiarificatrice della Corte di giustizia – che non è mai stata chiamata, finora, a pronunciarsi sull'operatività del motivo di rifiuto di cui all'art. 4, n. 6, rispetto ai cittadini degli Stati terzi – risulta necessaria anche in relazione della recente proposta di rifusione della direttiva 2003/109/CE, al fine di agevolare la mobilità dei soggiornanti di lungo periodo e dei loro familiari tra gli Stati membri<sup>440</sup>, ossia a conferire loro un diritto effettivo alla mobilità all'interno dell'Unione. Tale proposta è da annoverarsi tra i pochi e concreti passi in avanti sinora compiuti, a due anni di distanza dalla presentazione del più ampio programma di riforma denominato “Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo”<sup>441</sup>. Il rischio che si paventa all'orizzonte, infatti, è quello di un autentico cortocircuito tra la promozione della libera circolazione intraeuropea dei cittadini lungosoggiornanti – e, con essa, la realizzazione di “legami di integrazione” nelle società di accoglienza – e l'automaticità della consegna del cittadino di Stato terzo che abbia scelto di radicarsi in uno Stato diverso da quello che per primo ha conferito lo *status* di soggiornante di lungo periodo, indipendentemente da ogni valutazione sul suo interesse a conservare i propri legami personali e familiari e, dunque, a scontare la pena nello Stato in cui egli si sia stabilito.

Infine, un ulteriore profilo di novità potrebbe esser fornito, da parte della Corte di giustizia, nella definizione di una nozione e dello *status* giuridico del “reinserimento sociale del condannato” nell'ordinamento dell'Unione, alla luce di una sua mancata formulazione sia nelle decisioni quadro 2002/584 e 2008/909/GAI<sup>442</sup>, sia nelle pronunce della Corte di giustizia, ma non nella giurisprudenza della Corte europea dei

---

<sup>440</sup> Artt. 16-18 della Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo* (rifusione), Bruxelles, 27 aprile 2022, COM(2022) 650 final 2022/0134 (COD).

<sup>441</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, COM(2020) 609 final, Bruxelles, 23 settembre 2020.

<sup>442</sup> Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008 *relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea*.

diritti dell'uomo, la quale ha escluso che si tratti di un diritto, quanto piuttosto di un obbligo di natura procedurale in capo agli Stati<sup>443</sup>.

## 6. CONCLUSIONI

Come anticipato, nel momento in cui si scrive (novembre 2022), la questione proposta risulta pendente dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea; pertanto, nell'impossibilità di fornire l'ultimo tassello di un serrato dialogo tra corti di merito, Corte di Cassazione e Corte Costituzionale, si è cercato di offrire qualche spunto di riflessione in ordine a un tema di stringente attualità che vede intersecarsi i *volet* della cooperazione giudiziaria in materia penale e quello delle politiche dell'immigrazione, con un particolare *focus* sull'ordinamento italiano.

Allargando la visuale, appare configurarsi una crescente complessità del fenomeno migratorio che richiede un approccio sempre più interdisciplinare in considerazione delle pretese (coesistenti, ma frequentemente contrapposte) di “integrazione”, da un lato, e di “sicurezza”, dall'altro.

In tale scenario, ecco dunque emergere il monito al rispetto della dignità umana quale valore fondativo dell'Unione europea *ex art. 2 TUE*, principio generale, diritto fondamentale e fondamento di tutti gli altri diritti, a prescindere dalla titolarità o meno dello *status* di cittadino europeo.

## 7. BIBLIOGRAFIA

- Amalfitano, C., Aranci, M. (2022). Mandato di arresto europeo e due nuove occasioni di dialogo tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia. *Sistema Penale*. (1), 5-33
- Armone, G., Cimini, B., Gandini, F., Iuzzolino, G., Nicastro, G., Pioletti, A. (2006). *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*. Giuffrè Editore
- Bonetti, M., Galluccio, A. (2022). Profili specifici sull'art. 8. In Viganò, F., Ubertis, G. (eds.). *Corte di Strasburgo e giustizia penale*. Giappichelli Editore. 327-356.

---

<sup>443</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Harakchiev and Tolomov v. Bulgaria*, App. No. 15018/11 e 61199/12, sentenza dell'8 luglio 2014, par. 264.

- Dominik, B. (2020). European Criminal Justice – From Mutual Recognition To Coherence. In Carrera, S., Curtin, D., Geddes, A. (eds.). *20 Year Anniversary of the Tampere Programme. Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*. European University Institute. 225-238
- Brouwer, E. (2016). Mutual Trust and Human Rights in the AFSJ: in Search of Guidelines for National Courts. *European Papers*, 1(3), 893-920
- Caeiro, P. (2020), ‘*Scenes from a Marriage*’: Trust, Distrust and (Re)Assurances in the Execution of a European Arrest Warrant. In Carrera, S., Curtin, D., Geddes, A. (eds.). *20 Year Anniversary of the Tampere Programme. Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*. European University Institute. 239-250
- Calamia, A. M., Gestri, M., Di Filippo, M., Marinai, S., Casolari, M. (2021). *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*. Wolters Kluwer
- Carrera, S., Wiesbrock, A., (2010). Whose Citizenship to Empower in the Area of Freedom, Security and Justice?. *Center for European Policy Studies*
- Colaiacovo, G., (2010). Euromandato e cittadini extracomunitari residenti: ancora dubbi dopo la pronuncia della Corte Costituzionale. *Cassazione Penale*, 50(12), 4156-4169
- Daminova, N. (2022). The ECHR Preamble vs. the European Arrest Warrant: balancing Human Rights protection and the principle of mutual trust in EU Criminal Law?. *Review of European and Comparative Law*. 49(2), 97-131
- Di Stasi, A. (2010). Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, mandato di arresto europeo e tutela multilivello dei diritti fondamentali. In Barbera, A., Loiodice, A., Scudiero, M., Stanzone, P. (eds.). *Scritti in memoria di Fulvio Fenucci* (tomo II, 109-145). Rubbettino
- Di Stasi, A. (2019). *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia. L'applicazione giurisprudenziale del Titolo VI della Carta*. Editoriale Scientifica
- Ferri, M. (2021). La tutela nella vita privata quale limite all'allontanamento: l'attuazione (e l'ampliamento) degli obblighi sovranazionali attraverso la nuova protezione speciale per l'integrazione sociale. *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, (2), 78-128

- Gáspár-Szilágyi, S. (2016), Joined Cases Aranyosi and Caldaru: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, (24), 197-219
- Gialuz, M., Grisonich, E. (2020). Crisi dell'Unione Europea e crepe nel reciproco riconoscimento. Il dialogo costruttivo tra le Corti assicura il rispetto dei diritti fondamentali e l'efficacia del mandato di arresto europeo. *Cassazione Penale*. 60(7-8), 2650-2674
- Gutiérrez Castillo, V. (2021). Ciudadanía europea y protección de la vida familiar. Especial referencia a los nuevos modelos de familia. *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*. (1), 15-28
- Imamovic, Š. (2022). *The Architecture of Fundamental Rights in the European Union*. Hart Publishing
- Landresi, L. (2007). Il mandato di arresto europeo fra mutuo riconoscimento e principi costituzionali italiani. In Draetta, U., Parisi, N., Rinoldi, D. (eds.). *Lo «spazio di libertà sicurezza e giustizia» dell'Unione europea. Principi fondamentali e tutela dei diritti*. Editoriale Scientifica. 157-180
- Massaro, A. (2021). Mandato d'arresto europeo e rifiuto facoltativo di consegna del cittadino di un Paese terzo: l'ordinanza n. 217 del 2021 della Corte Costituzionale. *Nomos*. (3), 1-17
- Mengozzi, P. (2014). La cooperazione giudiziaria europea e il principio fondamentale di tutela della dignità umana. *Studi sull'integrazione europea*. (2), 225-235
- Montaldo, S., Giudici, S. (2022). Nuove opportunità di tutela degli individui nel sistema del mandato d'arresto europeo: le ordinanze 216 e 217 del 2021 della Corte Costituzionale. *La legislazione penale*. (1), 323-346
- Morgese, G. (2022). Limitati sviluppi del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo in materia di percorsi legali di ingresso. In Caracciolo, I., Cellamare, G., Di Stasi, A., Gargiulo, P. (eds.). *Migrazioni internazionali: questioni giuridiche aperte*. Editoriale Scientifica. 271-296
- Panella, L. (2017). Mandato di arresto europeo e protezione dei diritti umani: problemi irrisolti e "incoraggianti" sviluppi giurisprudenziali. *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, (3), 5-33
- Peers, S., Hervey, T., Kenner J., Ward, A. (2021). *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*. Hart Publishing

- Rossi, L. S. (2021). Fiducia reciproca e mandato d'arresto europeo. Il “salto nel buio” e la rete di protezione. *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, (1), 1-14
- Rosanò, A. (2022). *I trasferimenti interstatali di detenuti nel diritto dell'Unione europea*. Cacucci Editore
- Ruiz Tarrías, S. (2019). La decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega reinterpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23(2), 459-490
- Triggiani, E. (2017). I residenti provenienti da Paesi terzi: cittadini senza cittadinanza? *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*. (2), 52-72
- van Ballegooij, W. (2020). European Implementation Assessment 2004–2020 on the European Arrest Warrant. *EUcrim*. (2), 149-154

## HACIA UNA NUEVA ARQUITECTURA JURÍDICA Y DE SEGURIDAD EN LAS RELACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA CON EL SAHEL

---

MIGUEL ÁNGEL MARTÍN LÓPEZ  
*Profesor Titular Universidad de Sevilla*

### 1. PLANTEAMIENTO: AGUDIZACIÓN DE LA CRISIS EN LA REGIÓN SAHELIANA

La organización mundial de migraciones de las Naciones Unidas hizo el mes de junio de 2020 una llamada de urgencia para recaudar fondos ante una situación de emergencia humanitaria grave que se cernía sobre los países del Sáhara central y que se podía agudizar por una previsible extensión de la pandemia covid<sup>444</sup>. Ello podría generar un aumento del flujo migratorio desde estos países a otras zonas incluyendo Europa sin precedentes. El señor Filippo Grandi, representante del alto comisionado de Naciones Unidas para los refugiados, Acnur, lo decía de

---

<sup>444</sup> <https://www.iom.int/es/news/sahel-central-la-oim-hace-un-llamamiento-por-378-millones-de-dolares-para-poder-seguir-brindando-asistencia-vital-destinada-460000-personas-vulnerables-en-medio-de-la-pandemia>. El llamamiento decía expresamente que “un aumento en la violencia y la crisis humanitaria de varios niveles en la región del Sahel Central ha derivado en el desplazamiento de 1,25 millones de personas interrumpiendo su acceso a los cuidados de la salud en medio de una devastadora pandemia. La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) está haciendo un llamamiento por 37,8 millones de dólares para brindar urgente asistencia vital a 460.000 personas en Burkina Faso, Mali y Níger. Más de tres millones de personas luchan contra una inseguridad alimentaria severa y 9,4 millones tienen necesidad de recibir urgente asistencia en estos países en un momento en el que la COVID-19 se está diseminando con rapidez en África Occidental. Además, el cierre de mercados y de fronteras que tuvo como objetivo evitar la propagación de la enfermedad está limitando las oportunidades de acceder a medios de subsistencia y agravan una situación que de por sí ya es sumamente grave”.

manera muy clara, el Sahel es el lugar del mundo donde debemos intervenir con urgencia antes de que esta crisis se vuelva inmanejable<sup>445</sup>.

Este citado último organismo también ha seguido alertando de la situación. Así, con datos actualizados a 30 de octubre de este año 2022, la cifra es de casi cinco millones de personas que se encuentran actualmente en situación de refugio petición de asilo, retorno o de desplazado interno en este Sahel central incluyendo además Chad y Mauritania. Recientemente, solo en estos últimos meses, se han producido más de un millón de refugiados y dos millones de desplazados internos en Mali y Burkina Faso<sup>446</sup>.

La Unión Europea evidentemente no puede ser ajena a esta situación que, evidentemente, se está agudizando en estos últimos meses y con una perspectiva a medio y largo plazo nada halagüeño y de posible empeoramiento. Recordemos que es el África subsahariana más cercana. El embajador especial de la Unión Europea, Ángel Losada, ya lo expresó bien cuando afirmó que Sahel es la frontera avanzada de Europa<sup>447</sup>. El agudizamiento de la crisis en la región exige por tanto que deba verse la región con nuevos ojos. Hay que debatir sobre cuál debe ser la aportación europea y de la comunidad internacional superando visiones parciales y de compartimento estanco, exigiéndose miradas coherentes comprometidas basadas en los derechos humanos y mantenidas en el tiempo. Nuestro propósito en esta investigación es hacer una modesta propuesta en este sentido a fin de mejorar el marco jurídico de

---

<sup>445</sup> <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2020/10/5f908e804/la-comunidad-internacional-debe-actuar-con-urgencia-para-poner-fin-a-la.html>

<sup>446</sup> Una página web dónde se puede encontrar información actualizada de esta situación, con cuadros y estadísticas es. La cifra concreta alcanza el número de 4,890,487 personas: [https://data.unhcr.org/en/situations/sahelcrisis#\\_ga=2.107945089.225292603.1665583302-191205688.1665583302](https://data.unhcr.org/en/situations/sahelcrisis#_ga=2.107945089.225292603.1665583302-191205688.1665583302). Para conocimiento de la situación humanitaria en el Sahel es asimismo de interés el análisis y los datos que ofrece el Proyecto 21, que viene recopilando y poniendo en común las informaciones recogidas por diversas fuentes de las agencias y organismos internacionales presentes en la zona. Puede verse en la página: <https://www.humanitarianresponse.info/en/operations/west-and-central-africa/project-21>.

<sup>447</sup> <https://www.lavanguardia.com/internacional/20180729/451156827590/el-sahel-es-la-frontera-avanzada-de-europa.html>

acción de la Unión Europea y de la comunidad internacional ante estas cuestiones<sup>448</sup>.

## 2. LA REGIÓN SAHELIANA COMO PREOCUPACIÓN MIGRATORIA PARA LA UNIÓN EUROPEA

Ahora bien como punto de partida hay que tener en cuenta que la región sahelinana no está en las mayores preocupaciones migratorias de la Unión Europea. No hay tampoco elementos objetivos para que ello sea así.

No es la que ejerce más presión a las fronteras europeas. Así se ve particularmente en la llamada ruta del Mediterráneo oeste y la del África del oeste o atlántica que son naturalmente las que tocan territorio español. El foco de mayor atención y preocupación para las instituciones europeas en esta materia de movimientos migratorios, incluyendo peticiones de asilo y refugio, se ha centrado en estos últimos años sobre todo en la crisis afgana y en la crisis ucraniana. Afganistán ha sido considerada prioridad para la Unión Europea apoyando la evacuación directa de más de veintidós mil personas y un número mayor de manera indirecta. La guerra en Ucrania, asimismo, ha supuesto la llegada a Europa de más de dos millones trescientas mil personas necesitadas de protección internacional. De otro lado, encontramos la preocupación de la Unión Europea por la ruta balcánica, la del mediterráneo oriental con llegada a Grecia y Chipre o la del Mediterráneo central con llegada a Italia y Malta. Estas son las que más han preocupado a las instituciones europeas y sigue siendo así al observarse incremento de flujo con respecto a años anteriores.

---

448 Sobre la cuestión de Sahel, Europa y la seguridad puede verse en la bibliografía los siguientes trabajos: Esteban Avila Solana, "Europa frente a los problemas del Sahel", *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, N° 60, 2020, págs. 7-31; Pedro Priego Fernández Martos, "La política de la UE hacia el Sahel", *La estabilidad en el Sahel. Un análisis prospectivo*, Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2019, págs. 61-84; Rafael Calduch Cervera, "Strategic impact of the Sahel crisis", *Strategic Panorama 2013*: Spanish Institute of Strategic Studies, 2013, págs. 107-129; José Ramón Blanco Castro, *El nuevo entorno de seguridad de Europa* / coord. por Jara Cuadrado, Francesco Saverio Angiò, Ignacio Alli Turrillas, 2017, págs. 359-388.

La ruta del Mediterráneo oeste y la africana del oeste se mantienen al menos de momento estables. Mantiene flujos similares a los años anteriores y así se reporta la llegada de dieciocho mil y veintidós mil quinientas personas respectivamente, como consta en el informe anual sobre la situación del asilo en la Unión Europea de 2021<sup>449</sup>. En este informe no se menciona aumento de preocupación y hay escasa indicación, salvo mención breve a la situación humanitaria que se provocó en las Islas Canarias con naufragios y pérdidas humanas en la costa mauritana en agosto de 2021. Esta crisis fue observada críticamente por algunas instituciones de Naciones Unidas y la propia Unión Europea respondió apoyando con algunos fondos la acción de acogida en las Islas Canarias.

En todo caso, la preocupación en los últimos años ha estado centrada en la ruta del Mediterráneo central donde ha sido clave la situación de inestabilidad de Libia, convertido en un auténtico failing State incapaz de controlar y evitar los flujos migratorios marítimos con destino a Italia y otros países de alrededor. La preocupación central de la política de la Unión Europea hacia Libia fue expresada claramente por Josep Borrell, cuando indicaba recientemente que era la pieza clave para la estabilidad del Mediterráneo<sup>450</sup>.

Para esta ruta, el Sahel tiene relevancia en tanto que uno de los pasos clave en ella es Níger, Tradicionalmente, ha sido una zona de tránsito, sobre todo con Agadez como nudo central de paso al Sáhara argelino. Está siendo además un paso peligroso en esta emigración subsahariana.

Además, al contrario de lo que suele creerse esta migración no proviene tanto de los países de la región saheliana sino que viene de otros países más al sur como son Guinea Conakry, Costa de Marfil, Nigeria etc. La emigración de la población de Níger es muy escasa a pesar de ser el país con indicador de desarrollo humano más bajo del mundo y con altísimos niveles de pobreza e inseguridad alimentaria. En Níger solo

---

<sup>449</sup> Ya está disponible incluso el informe del año 2022. <https://euaa.europa.eu/es/publications/informe-sobre-el-asilo-2022-resumen-ejecutivo>. Todos los informes pueden consultarse en la página web de la European Union Agency for Asylum: <https://euaa.europa.eu/es>

<sup>450</sup> [https://www.eeas.europa.eu/eeas/libia-en-la-encrucijada\\_es](https://www.eeas.europa.eu/eeas/libia-en-la-encrucijada_es)

el 1,72 % de la población, esto es, aproximadamente cuatrocientos mil personas es inmigrante en dicho país. Es una cifra escasa<sup>451</sup>.

Tampoco ha sido un porcentaje alto sino muy reducido en Burkina Faso. Así la emigración alcanza al 7,87 % de la población, un millón y medio de personas, y el grueso ha sido mano de obra agrícola yendo hacia Costa de Marfil, su receptor tradicional, además por lo demás no ha habido traición migratoria. Si ha habido más migración en Mali, contando con un millón doscientas mil personas fuera del país o en Senegal con algo más de seiscientos cuarenta mil. Aunque ambos se mantengan en un nivel medio se percibe un aumento alto en los últimos años con incremento de hasta de un veinte por ciento y con dirección hacia Europa. Por último, el caso mauritano es igualmente bajo, con ciento veintiocho mil personas, que, tradicionalmente, suelen ir con dirección a Senegal<sup>452</sup>.

En consecuencia la correlación mayor pobreza mayor presión migratoria hasta ahora no se cumple en el Sahel, aunque no es descartable que los fuertes shock que sufre la región en la actualidad puedan hacer cambiar esta tendencia.

De otro lado, Níger es un buen ejemplo del fenómeno llamado “externalización de control de las fronteras”, siendo partner de numerosos proyectos y acuerdos con la Unión Europea para la gestión y seguimiento de movimientos de personas, a fin de controlar de los flujos en la referida ruta del Mediterráneo central. Ello ha sido destacado sobre todo por Intermón Oxfam, que en un informe de julio de 2019 mostraba con amplio detalle esta situación llegando a calificar a Níger como un gendarme migratorio<sup>453</sup>.

---

<sup>451</sup> Las estadísticas y datos sobre esta cuestión pueden encontrarse en diversos cuadros del Banco Mundial que van actualizándose periódicamente. Véase: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SM.POP.NETM?locations=BF>

<sup>452</sup> Ibidem

<sup>453</sup> Indican expresamente que “desde 2015, la UE ha consolidado una política de contención migratoria en países vulnerables y de tránsito del Sahel, que, encargados de gestionar la inmigración legal y luchar contra la inmigración irregular, se han convertido en una “frontera avanzada”. Mediante inversión en seguridad, fomento de deportaciones y condicionalidad de la Ayuda Oficial al Desarrollo, Níger, principal corredor hacia Europa, ejerce de gendarme de

A este fin, Níger ha dictado una ley número 36 de 2015 que establece el proceder ante dicho control migratorio, limitando la libre circulación de personas y controlando ese tráfico de personas sobre todo en Agadez. Esta ley penaliza severamente las conductas calificables de tráfico, estando recurrida ante la corte de justicia de la CEDEAO, encontrándose sub iudice en la actualidad<sup>454</sup>.

El otro gendarme que cubre la ruta occidental es Marruecos. Precisamente, en este mes de julio de 2022 la Unión Europea acaba de acordar con el país magrebí una actualización de la cooperación migratoria<sup>455</sup> con un refuerzo de la cooperación policial y con una mayor dotación económica alcanzando los quinientos millones de euros. El acuerdo incluye también la disposición de nuevas técnicas de imagen y de investigación para hacer frente a las nuevas capacidades de las redes, las llamadas mafias de tráfico de personas. En la base de este acuerdo están los acontecimientos de asalto a la frontera de Melilla que conllevaron el pasado mes de junio el fallecimiento de veinte tres personas. La cantidad monetaria indicada supone un aumento considerable respecto a los 346 millones destinados a este fin en el programa 2014/2020. Suele decirse que la acción marroquí es eficaz en esta labor y, según sus datos, solo en el primer semestre del presente 2022, socorrieron a más de siete mil inmigrantes por mar y dismantelaron más de ciento veinte redes de tráfico de migrantes. Las autoridades marroquíes indican además que la cantidad destinada por la Unión Europea no es lucro o ganancia para el país, ya que los costos de control, como gendarmes, casi superan dicha cantidad<sup>456</sup>.

---

la Unión, según denuncia Oxfam Intermón”. El informe puede consultarse on line en la web: <https://cdn2.hubspot.net/hubfs/426027/Oxfam-Website/OxfamWeb-Documentos/OxfamWeb-Informes/niger-gendarme-de-europa.pdf>

<sup>454</sup> Información al respecto puede consultarse en la web: <https://sciabacaoruka.asgi.it/fr/conference-de-presse-niger-plainte-deposee-contre-la-loi-qui-criminalise-le-transit-des-migrants/>

<sup>455</sup> <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2022/080722-ue-marruecos-migraciones.aspx>

<sup>456</sup> Véase al respecto: <https://www.vozpopuli.com/espana/marruecos-critica-ayudas-ue-contratacion-ilegal-mucho-menos-gastamos.html>

Probablemente, los refuerzos de estas dos vías hacen que prospere la llamada ruta atlántica o de África occidental. Esta utiliza la vía marítima con embarcaciones llamadas en un primer momento cayucos para arribar a Islas Canarias. Los datos están mostrando que se está convirtiendo desde el tercer trimestre del año 2021 en la más mortífera con casi 500 fallecidos<sup>457</sup> más que el Mediterráneo central<sup>458</sup>. La propia Unión Europea señala que se ha incrementado su uso diez veces más con salidas desde Marruecos, el Sáhara occidental, Mauritania, Senegal, y Gambia. Empezó en el año 2006 con llegadas masivas de más de tres mil personas, la crisis de los cayucos, desde entonces fue disminuyendo, hasta casi desaparecer.

Frontex puso en marcha la operación Indalo<sup>459</sup> para controlar, a través de diferentes medios, el estrecho y del mar a Alborán ampliándolo a Canarias con efectivos del ejército y de la guardia civil. Incluso ha estado en discusión la posibilidad de establecer un nuevo programa Hera, que fue aquel establecido en dicho año 2006 para controlar in situ desde Senegal la salida de embarcaciones haciendo posible entonces la devolución colectiva de inmigrantes a dicho país<sup>460</sup>.

Cabe imaginar que esta solución es la carta guardada en la manga de la Unión Europea si la situación en estas rutas se incrementara. Algunas organizaciones no gubernamentales ya han puesto también de

---

<sup>457</sup> <https://rtvc.es/la-ruta-canaria-es-la-via-migratoria-mas-peligrosa-del-mundo/>

<sup>458</sup> A pesar de que se pueda tener la percepción de que es la más segura, como ponía de manifiesto un representante de la Organización de migraciones de Naciones Unidas: "The route considered the safest was along the western coast of Africa, via Senegal, Mauritania and Morocco to the Strait of Gibraltar, and migrant flows there had increased". Véase <https://www.reuters.com/article/us-europe-migrants-sahara-idUSKBN1CH21Y>.

<sup>459</sup> <https://frontex.europa.eu/we-support/main-operations/operations-minerva-indalo-spain/> Como indica la información de la propia Unión Europea, "Frontex currently deploys in Spain more than 180 officers from several European countries who assist with border checks, help register migrants and collect information on criminal smuggling networks, which is shared with national authorities and Europol in support of criminal investigations. They also provide support in identifying vulnerable migrants, such as victims of trafficking, including those in need of international protection. Finally, Frontex also helps Spanish authorities to seize drugs, weapons and cigarettes. Officers deployed by Frontex in Spain take part in various joint operations, including three focused on Spain's sea borders: Hera, Indalo and Minerva".

<sup>460</sup> Véase por ejemplo: <https://sciabacaoruka.asgi.it/fr/vers-un-plateforme-de-debarquement-au-senegal-loperation-hera-de-frontex/>

manifiesto esta posibilidad. En consecuencia, puede afirmarse que aparte de la preocupación europea por la ruta del Mediterráneo central que requiere la atención de pacificación y estabilización de Libia, la región del Sahel no es el máximo problema europeo teniendo mecanismos de control que pueden evitar unas llegadas masivas de fronteras de migración irregular. Ahora bien, esto está pensado sobre la base del mantenimiento del statu quo vigente, el cual puede cambiar y no puede descartarse que esta zona se convierta en un escenario de salida migratoria forzada para su población siendo Europa un lugar idóneo. En todo caso, la situación actual no debe ser excusa para no dedicar una real atención a la región y a su desarrollo. No obstante, con todo, ahora veremos que hay otros elementos que están forzando a dar esta atención como es el problema de seguridad.

### 3. EL DETERIORO CRECIENTE DE LA SEGURIDAD EN EL SAHEL

El interés de la Unión Europea por el Sahel, ofreciendo un marco coherente y estructurado de acción, quedó constatado con la aprobación por parte del Consejo Europeo de 13 de mayo de 2019 de unas Conclusiones establecidas para la región<sup>461</sup>. Estas explícitamente declaran que el Sahel es una prioridad estratégica para la Unión y sus miembros, manifestando asimismo la importancia de mantener un fluido diálogo con el G5, esto es el grupo de países que componen el Sahel central y que ha venido actuando coordinadamente y manteniendo una acción conjunta en estos últimos años en materia de seguridad<sup>462</sup>.

En estas conclusiones se aprecia también la preocupación por el deterioro de la situación actual de la zona y así queda de manifiesto en afirmaciones realizadas en este sentido. Por ejemplo, expresamente dicen que la Unión Europea “sigue estando seriamente preocupada ante la escalada de violencia tanto terrorista como intergrupala que se está

---

<sup>461</sup> Sahel - Conclusiones del Consejo (13 de mayo de 2019), Bruselas, 13 de mayo de 2019 (OR. fr), número de documento 9103/19. El texto completo puede verse en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9103-2019-INIT/es/pdf>

<sup>462</sup> La página web de esta organización es <https://www.g5sahel.org/>

produciendo”. Dice también que hay que tener en cuenta el deterioro de la seguridad de la región agravado por la inestabilidad en los países vecinos o que la inseguridad creciente contribuye al deterioro de la situación humanitaria. Las conclusiones enfatizan también la necesidad de que los Estados aporten seguridad a sus poblaciones así como también servicios básicos, como el acceso a la salud y a la educación<sup>463</sup>.

Del mismo modo, la Unión Europea recuerda su determinación en respaldar el restablecimiento del Estado y de los servicios básicos. Se deduce que esta es una preocupación máxima con el fin de evitar el derrumbe de la precaria institucionalidad existente y que sume a la región en un caos del que sería ya muy difícil salir. Esta situación preocupante ya puede incluso verse en las zonas donde no llega el control del Estado, estando hoy día más de cinco millones de niños sin escolarizar. Ciertamente, hay territorios completamente sin control del Estado.

Dada la situación actual, las premisas básicas sobre las que se asentaban las aludidas Conclusiones han quedado superadas. La continuación de esta estrategia está resquebrajándose y ha quedado obsoleta. En los últimos meses, de hecho, el G5 ya es poco operativo. Como se sabe, se ha producido en este mes de mayo de 2022 el anuncio de retirada de Mali de dicho grupo. Los titulares de prensa así hablan ya que el G5 está tocado de muerte, como por ejemplo hace el influyente diario *le Monde*<sup>464</sup>. La junta maliense en el poder, tras el golpe de estado del año anterior, lo justifica diciendo que esta organización está instrumentalizada desde el exterior. Mali también ha anunciado el fin de la operación Barkane y la retirada de las tropas francesas en el interior del país, lo que, de hecho, ya es efectivo. Además, se suma a todo esto un acercamiento mayor a Rusia, con el cambio geopolítico que ello supone en los momentos actuales. Este giro diplomático se observa con la participación de mercenarios de la compañía Wagner, la entrega de aviones y

---

<sup>463</sup> Dicen también las conclusiones mencionadas que “los desplazamientos provocados por la violencia no hacen sino agravar los problemas relacionados con las crisis alimentarias y nutricionales recurrentes y aumentan la necesidad de protección de las personas en situaciones de vulnerabilidad, principalmente los niños, las mujeres y las personas con discapacidad”.

<sup>464</sup> [https://www.lemonde.fr/afrique/article/2022/05/17/le-mali-enterre-le-g5-sahel\\_6126471\\_3212.html](https://www.lemonde.fr/afrique/article/2022/05/17/le-mali-enterre-le-g5-sahel_6126471_3212.html)

helicópteros e incluso de trigo y fertilizantes en los últimos meses. Hay visitas a Moscú el pasado mes de mayo por parte del ministro maliense de asuntos exteriores, Abdoulaye Diop, para entrevistarse con su homólogo Sergei Lavrov<sup>465</sup>. En Burkina Faso, donde la situación de insurrección en determinadas zonas del país alcanza niveles de violencia y muertes considerables, se acaba de producir un segundo golpe de Estado aupando al poder actualmente a otro militar, el capitán Ibrahim Traoré, este 30 de septiembre, desbancando al anterior gobierno. Está en el aire un posible apoyo ruso<sup>466</sup> y, de hecho, se han observado manifestaciones anti francesas y banderas rusas en dicho país, que ha visto como se han doblado los ataques yihadistas en su territorio, declarando zonas de acceso prohibido y produciéndose casi un millón de desplazados internos solo en los últimos meses.

El Chad, por su parte, acaba de decretar la urgencia alimentaria, por decreto de 2 de junio del presente año, haciendo una llamada internacional para conseguir ayuda para la población. Por lo que respecta a Níger, se han podido ver a mediados de septiembre a miles de manifestantes en su capital, Niamey, contra Francia, la operación Barkane y aclamando a Rusia. Ahora bien, en estos dos últimos países la influencia rusa aún no ha llegado plenamente, manteniendo Níger colaboración estrecha con Estados Unidos, donde disponía de una base de drones. En Chad se cree que además que la Wagner estuvo implicada en la muerte del presidente Idriss Déby el pasado año en combate con los opositores<sup>467</sup>.

Ahora mismo es solo Mauritania el país más estable. Desde el intento de atentado al presidente en 2011 por grupos yihadistas no se reportan ataques terroristas<sup>468</sup>, aunque se cree que hubo un acuerdo con ellos.

---

<sup>465</sup> <https://afrique.tv5monde.com/information/mali-visite-dabdoulaye-diop-ministre-des-affaires-etrangees-en-russie>

<sup>466</sup> <https://elpais.com/internacional/2022-10-02/el-golpe-de-estado-triunfa-en-burkina-faso-a-la-sombra-de-la-creciente-influencia-rusa.html>

<sup>467</sup> <https://www.lavanguardia.com/internacional/20211001/7759530/mali-contrata-grupo-mercenarios-rusos-wagner-retirada-francesa.html>

<sup>468</sup> <https://www.notimerica.com/politica/noticia-mauritania-mauritania-excepcion-convulsa-es-cena-yihadista-sahel-20200705102123.html>

Senegal, aunque país fuera del G5, también se presenta estable. Pero en conclusión lo que se demuestra todo lo indicado anteriormente es que no hay condiciones para mantener una cooperación regional en la zona entre los países involucrados. Se marca una división geopolítica fuerte moviéndonos hacia un escenario de debilidad, incluso de desaparición, de las estructuras institucionales en la zona.

## 5. LA EXPANSIÓN YIHADISTA Y LA REDUCCIÓN DE LA INFLUENCIA EUROPEA Y DE NACIONES UNIDAS EN EL SAHEL

Actualmente, la Unión Europea ve mermada su capacidad de acción en la región y prácticamente las indicadas Conclusiones de estrategia ya no rigen, siendo necesaria una reorientación. Los titulares de prensa especializada y las declaraciones de los altos dirigentes advierten de la actual expansión del terrorismo yihadista en la región saheliana<sup>469</sup>. Se dice que la amenaza es creciente, siendo oscura y multiplicando por cuatro la violencia y los ataques en estos últimos meses. Algunos analistas afirman asimismo que el 2019 ha supuesto un punto de inflexión ya que por primera vez el Sahel se consagró como en la zona más afectada por el terrorismo yihadista en el mundo superando ampliamente los niveles de violencia del Oriente medio.

Y, ciertamente, es ahora cuando el foco internacional y la preocupación mundial se ponen en la zona. Así lo ha hecho por ejemplo la propia OTAN en su reciente conferencia de Madrid considerándolo como el flanco sur que necesita una atención prioritaria. Parece que ello ha sido sobre todo a instancia española<sup>470</sup>.

---

<sup>469</sup>Como acercamiento a la cuestión puede verse: Francesco Saverio Angiò, "Jihadist Groups in the Sahel. An Etymological Analysis", *Revista UNISCI / UNISCI Journal*, N° 46, 2018, págs. 145-175; Josué Expósito Guisado, "Malí, epicentro del terrorismo yihadista en el Sahel", *Boletín IEEE*, N° 17, 2020, págs. 602-617; Ignacio Fuente Cobo, "Yihadismo en el Sahel: la expansión de la amenaza oscura", *Boletín IEEE*, N° 9, 2018, págs. 240-264.

<sup>470</sup> Es interesante la lectura del documento de análisis sobre La OTAN y el «Flanco Sur». Balance y perspectivas de futuro a la luz de la Cumbre de Madrid 2022( Documento de Análisis IEEE 49/2022) realizado por Ignacio Fuente Cobo. Se encuentra on line en la siguiente

Lo que no puede negarse es que todo ello ha venido gestándose desde hace años, demostrando que las respuestas diseñadas que habían llevado a cabo los gobiernos y las organizaciones internacionales han sido ineficaces. Un reciente análisis de investigadores del Institute Centre for Counterterrorism pone de manifiesto que el enfoque seguido de contraterrorismo hasta la fecha no ha sido efectivo pudiendo hablarse de fracaso. En palabras textuales de estos investigadores, “indeed after a decade of security efforts, and to a lesser extent institution-building and economic investments, recent political and diplomatic issues are now governing military, and specifically counter-terrorism”<sup>471</sup>.

La actuación yihadista empezó a través de pequeñas katibas provenientes de la cabilia argelina. Se expandieron y llegaron a ser operativas en los países del Sahel a finales de la primera década del siglo XXI actuando a través de secuestros de occidentales, ataques a sus intereses económicos y otras acciones en busca de sembrar terror y, sobre todo, para conseguir fondos económicos.

Desde un primer momento, se constata esta búsqueda de lucro. A medida que van extendiendo su capacidad y ganando adeptos amplían su actividad al tráfico ilícito de drogas y otros contrabandos. Su forma de organización era muy horizontal, difícil de percibir a través de pequeñas células, algunas de ellas durmientes fundamentalmente informadoras y de apoyo logístico. Realizaron algunos secuestros, incluso a españoles en Mauritania y en los campamentos saharauis, igualmente hubo

---

página web: [https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_analisis/2022/DIEEEA49\\_2022\\_IGN-FUE\\_OTAN.pdf](https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2022/DIEEEA49_2022_IGN-FUE_OTAN.pdf). El citado autor afirma, a modo de conclusión que “el papel de la Alianza Atlántica en el sur es tan indispensable, como política y operativamente complejo. Mucho es lo que la OTAN se juega en el empeño y muy graves las consecuencias para la seguridad euroatlánticas de perder esta batalla. El debate está abierto en el seno de la Alianza y de los países miembros, si bien todavía en sus etapas iniciales. Solo queda esperar que el impulso proporcionado por la Cumbre de Madrid sirva para que esta toma de conciencia, sobre los problemas de seguridad en los 360 grados, se traduzca también en un mayor compromiso con un flanco sur en el que abundan los espacios físicos que, como el Sahel, hoy por hoy, permanecen descontrolados”.

471 Silvia D'Amato, Edoardo Baldaro, *Counter-Terrorism in the Sahel: Increased Instability and Political Tensions*, July 2022, <https://icct.nl/publication/the-politics-of-counter-terrorism-in-the-sahel-how-political-tensions-are-impacting-the-fight-against-terrorism/>

actuaciones violentas en Niamey con diversas muertes. La expansión de los ataques y el desarrollo de estos grupos fue facilitado por liderazgos, algunos míticos como Mokhtar Belmokhtar, que fue uno de los creadores del Al-Qaeda in the Islamic Maghreb (AQIM) o AQMI pasando posteriormente a la creación de Al-Mourabitoun en 2015. Otro grupo implantado en la zona es el movimiento para la unidad y la jihat en África del Oeste, conocido por su acrónimo MUJAO (Mouvement pour l'unicité et le jihat en Afrique de l'Ouest) o el Ansar Dine. La mayor unificación de todos estos grupos se hizo en 2017 con la denominación de Jama'a Nusrat ul-Islam wa al-Muslimin'. Con todo, sigue habiendo diversas facciones que incluso han rivalizado entre sí, incluso contra el propio Daesch o Estado islámico.

Desde entonces la región es considerada hostil para los occidentales lo que perdura, desaconsejando e incluso prohibiéndose por parte de los gobiernos europeos los viajes a la zona. Ello ha afectado negativamente a la economía de la zona, acabando con turismo que era emergente en zonas como Tombuctú o Jenne, entre otras y otras. Ya no hay prácticamente presencia europea en el interior ni contacto ni lazo alguno. El punto álgido llegó a principios del año 2012 cuando el Estado islámico consiguió expandir su control en todo el norte y centro de Mali con un control profundo instaurando su gobierno en amplias zonas, llegando incluso a amenazar a la capital de Bamako en una expansión que solo fue frenada por la intervención francesa en la llamada operación Serval que supuso en 2013 la derrota de dicho Estado islámico<sup>472</sup>. Se vieron luchas feroces incluso cual incluso cuerpo a cuerpo.

Dicho Estado islámico fue derrotado pero no todas las unidades yihadistas quedaron rendidas, numerosas quedaron desplazadas y es a partir de entonces cuando se instaura el sistema actual de contraterrorismo que es que hay que podemos considerar fracasado y agotado.

Las Naciones Unidas dieron entonces la máxima prioridad al Sahel estableciendo la figura del representante espacial así como la creación de una estrategia integral que fue debatido a primer nivel en el seno del

---

<sup>472</sup> Jesús Manuel Pérez Triana, "Operación Serval el estilo francés de hacer la guerra", *Ejército: de tierra español*, N.º. 891 (Junio), 2015, págs. 42-49.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, preocupada por la situación de la zona, en especial porque la misma se había convertido en un santuario para las redes de distribución de drogas que incluso llegaban desde América latina siguiendo una ruta hasta Europa. Es una delincuencia organizada transnacional que causaba considerable alarma<sup>473</sup>. Todas estas razones motivaron la aprobación de dicho plan integral e incluso el Banco Mundial también se implicaba y anunciaba que dedicaría más de mil quinientos millones de dólares a la zona<sup>474</sup>.

No parece que aquí la estrategia integrada de Naciones Unidas de 2013 haya dado resultados efectivos El enviado especial de Naciones Unidas ya hacia augurios de posibles problemas al respecto, cuando dijo expresamente en el Consejo de seguridad el 10 de diciembre de 2012 que la estrategia integrada no podía ser solo una ocasión para escribir un documento elegante<sup>475</sup>. Para ser operativos y eficaces se necesitaban recursos considerables y manifestaba la intención de hacer todo lo posible para movilizar esos recursos. Desde luego no parece que haya sido el caso. El documento se ha quedado en algo elegante con bellas fotografías. Bien ilustrativo es que este pasado mes de mayo de 2022 el Secretario General de Naciones Unidas Antonio Guterres, en visita a Niamey, declaraba que se necesitan más recursos para hacer frente al terrorismo en el Sahel. Calificaba además la situación como una crisis multidimensional de escala extraordinaria reclamando su prioridad absoluta para las Naciones Unidas<sup>476</sup>.

Además de esta estrategia integrada, el Consejo de seguridad también aprobó una operación para el mantenimiento de la paz en Mali (Minusma) por resolución 2100 de 25 de abril de 2014 que se ha venido

---

<sup>473</sup> El 18 de diciembre de 2013, el Consejo celebró una sesión para debatir sobre el tráfico de drogas y sus consecuencias para la paz y la seguridad en África Occidental y el Sahel. Repertorio de la práctica seguida por el Consejo de Seguridad, 2012-2013: ([https://www.un.org/securitycouncil/sites/www.un.org.securitycouncil/files/es/sc/reper-toire/2012-2013/Part%20I/Africa/2012-2013\\_Peace%20and%20Security%20in%20Africa.pdf](https://www.un.org/securitycouncil/sites/www.un.org.securitycouncil/files/es/sc/reper-toire/2012-2013/Part%20I/Africa/2012-2013_Peace%20and%20Security%20in%20Africa.pdf))

<sup>474</sup> <https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2014/07/15/helping-poor-families-build-resilience-to-climate-change-and-other-disasters-in-the-sahel>

<sup>475</sup> Repertorio de la práctica seguida por el Consejo de Seguridad, 2012-2013...op. cit

<sup>476</sup> <https://news.un.org/en/story/2022/05/1117372>

prorrogando hasta ahora<sup>477</sup>. Se quiere que la misma sea más activa de lo que hasta ahora ha sido pero su cobertura aérea dependía de la operación Barkane. La terminación de esta pone así en mayor debilidad al contingente. Aparte, la misión apenas ha conseguido resultados de desarme de la milicia yihadista y cada vez es más la cantidad de territorio del país controlado por estos.

La Unión Europea también tiene desplegadas misiones en la zona como EUCAP Sahel Níger<sup>478</sup>, EUCAP Sahel Mali y EUTM Mali, de formación militar y de fortalecimiento civil, incluso la misión Takuba, de carácter eminentemente militar. No obstante, no parece que tenga capacidad de cumplir un rol catalizador ante la situación existente, aunque la intención de la Unión Europea sea dotarla de mayores funciones incluso ejecutivas<sup>479</sup>. Esta es una cuestión que se está debatiendo actualmente a través de un mini concepto pensado para dar una mayor eficacia de acción permitiéndose una mayor autonomía y la posibilidad de participar directamente en investigaciones, controlar datos biométricos e intervenciones directas propias.

La Unión Europea identificó que uno de los detonantes de la situación de crisis en la zona fue la caída del régimen libio y el vacío de poder que supuso la circulación de una cantidad ingente de armamento y de mercenarios muchos de ellos yihadistas agrandando la cultura de la violencia que azotó la zona. El mantenimiento de la ruta migratoria del mediterráneo central es debida también a ello. Precisamente, en la reunión conjunta de 2019 entre el G5 y la Unión Europea se enfatizaba

---

<sup>477</sup> <https://minusma.unmissions.org/en>. La última resolución del Consejo de Seguridad es de 29 de junio de 2022, S/RES/2640 (2022).

<sup>478</sup> El Consejo de la Unión Europea ha prorrogado el mandato de la misión civil de la UE EUCAP Sahel Níger hasta el 30 de septiembre de 2024

<sup>479</sup> The EU wants to further prop up anti-terror efforts at its overseas civilian missions in places like Niger. Although such missions already seek to counter terrorism, the latest proposal (framed as a "mini-concept" by the EU's foreign policy branch, the European External Action Service, EEAS), entails giving them so-called "semi-executive functions." Such functions includes direct support to the authorities by helping them carry out investigations, as well as aiding dedicated units to prosecute and detain suspected terrorist offenders (<https://eu-observer.com/world/156143>).

la necesidad de conseguir la estabilización del país<sup>480</sup>, algo importante que no se ha conseguido e incluso en los meses pasados se recrudecido, estando también Rusia presente en la zona

No cabe duda que la operación francesa Barkane ha sido la de mayor calado pero que actualmente se encuentra en decadencia, relegada solo a Níger. La misma surgió tras la operación Serval, clave, como antes indicamos, para la derrota yihadista en los momentos de amenaza a Bamako, siguiendo la idea de la diplomacia francesa de las tres D: diplomacia desarrollo y defensa aunque el énfasis está primordialmente en esta última cubriendo intervenciones para acabar con las bases yihadistas. Aunque, a la vista de los hechos, los resultados son insatisfactorios. Probablemente, este sea el mayor reproche de los gobiernos y poblaciones des Sahel. Se dice que solo en un año llegó a eliminar a ciento cincuenta terroristas yihadistas y capturar seis toneladas de municiones y explosivos según algunas fuentes, ha sido incapaz, al igual que los ejércitos de los países de la zona, de eliminar los santuarios en los que se encuentran.

La inacción ha sido un tiempo ganado para ellos, lo que desde entonces les ha permitido ampliar su capacidad de apoyo entre las poblaciones de la zona. Tenemos información de terreno sobre su amplia presencia por ejemplo en la región de Mopti y en otras al norte donde el Estado ha sido incapaz de llegar desde entonces estableciendo los yihadistas arraigo y fuertes liderazgos. Al parecer han acogido la política de entablar matrimonios con las hijas de los líderes locales lo que les garantiza el apoyo por lazos de sangre, estrategia tradicional tribal en el Sahel. Ha sido un error táctico la inacción. Un ejemplo muy ilustrativo de todo ello es la ciudad de Kidal, capital relativamente importante de la octava región y de valor estratégico, donde las diferentes operaciones no culminaron con la eliminación de estos grupos. De hecho, en la actualidad

---

<sup>480</sup> Ha habido también en 2020 otra reunión entre ambas organizaciones por videconferencia (<https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/04/28/joint-declaration-of-the-members-of-the-european-council-with-the-member-states-of-the-g5-sahel/>)

son los que controlan la región y se encarga del pleno gobierno del territorio con la ausencia total del Estado<sup>481</sup>.

Evidentemente, la cuestión es una madeja compleja ya que estos grupos yihadistas<sup>482</sup> mantienen también alianzas variables y cambiantes con diversos grupos tradicionalmente enfrentados entre sí y que reivindican autonomía incluso independencia para la zona como son los tuareg o los fulani<sup>483</sup>. Todo ello aporta una complejidad considerable a la que se añaden diversos conflictos interétnicos y comunitarios preexistentes y que se agudizan por el cambio climático o por otras razones. Por ejemplo, la tradicional movilidad del ganado se ve afectada por el cambio climático y la desertificación, lo que hace entrar en conflicto normalmente con tintes violentos con los agricultores al sur. La situación maliense además puede ser fácilmente contagiada a otros países como Burkina Faso, el norte de Benín, Chad incluso Níger.

Dentro de estos grupos yihadistas, han podido encontrarse algunos liderazgos fuertes<sup>484</sup>, que incluso han llegado a ser eliminados por la propia operación Barkane. Este ha sido el caso del antes citado Mokhtar Belmokhtar que fue abatido por Barkane en 2018 o de Amadou Koufa, otro líder, creador en 2017 de la unificación de los diferentes grupos yihadistas y que también fue abatido dicho año. Abdelmalek Droukdel,

---

<sup>481</sup> <https://www.aljazeera.com/news/2022/9/16/in-malis-kidal-former-rebels-enforce-law-and-order>

<sup>482</sup> Una obra de considerable interés sobre este mosaico es la de Beatriz Mesa: Beatriz Mesa, *Los grupos armados del Sahel*, Los Libros de la Catarata, 2022.

<sup>483</sup> La rebelión tuareg ha sido tradicionalmente fuerte y es un actor que tiene que ser considerado en la resolución de la situación conflictiva de la región. Como se indica en wikipedia, “el Movimiento Nacional para la Liberación del Azawad (MNLA, del francés Mouvement national de libération de l’Azawad) es una organización político-militar que se fraguó a partir de la fusión de Movimiento Nacional del Azawad (MNA, en francés Mouvement national de l’Azawad) y Movimiento Touareg en el Norte de Malí (MTNM, francés Mouvement touareg du Nord-Mali). Se trata de una organización que aglutina a los rebeldes tuareg, protagonista de la rebelión tuareg de 2012 que reivindica la independencia de la parte septentrional de Malí, conocida como Azawad”

<sup>484</sup> Son interesantes los trabajos de Demuyneck, M. and Coleman, J. Customary Leaders and Terrorism in the Sahel: Co-opted, Coerced, or Killed? Perspective, The International Centre for Counter-terrorism, 06 April 2022. Coleman, J. and Demuyneck, M. The Shifting Sands of the Sahel's Terrorism Landscape. Perspective, The International Centre for Counter-Terrorism, 12 March 2020.

líder de Al Qaeda en el Magreb Islámico también acabo liquidado en junio de 2020, al igual que en septiembre de 2021 por un dron, Walid Abu Saharoui, quien también una larga experiencia de combate, desde sus comienzos en el Polisario saharoui, habiendo sido creador del Estado Islámico en el Gran Sáhara (EIGS).

A pesar de haber descabezado a los líderes, en la zona se mantienen activos los grupos yihadistas y vivo algún líder renombrado como Iyad Ag Ghaly, fundador de Ansar Dine. Lo más probable es que en la actualidad hayan surgido nuevos liderazgos. Además lo que se observa es que incluso han ampliando su campo de acción y capacidad de combate de todos estos movimientos.

Aunque preconicen una ideología yihadista, realmente su comportamiento es el propio de los señores de la guerra, el llamado warlordismo. Su dominio no tiene traducción en gestión pública ni en capacidad de crear institucionalidad. Su control territorial conlleva una ausencia de funcionamiento de escuelas, hospitales o similares. Los datos ya son muy altos de falta de escolarización, llegando a alcanzar incluso a cinco millones de niños en todo el sahel. Ello aventura un futuro sombrío y una perpetuación del caos y la cultura de la violencia en la zona.

## CONSIDERACIONES FINALES

La agudización de la crisis en el Sahel y el enfriamiento de las relaciones de algunos países, como Malí y Burkina Faso, con la Unión Europea rompe la estructura de las relaciones llevadas hasta ahora por esta en la región. Ello exige un replanteamiento y la adopción de una nueva estrategia. Lo mismo está ocurriendo en las Naciones Unidas, donde se está revisando actualmente la doctrina a seguir, habiéndose nombrado al anterior presidente de Níger, Mahamadou Issoufou, para liderar este proceso<sup>485</sup>.

---

<sup>485</sup> Ante ello, el G5 ha manifestado recientemente, este mes de noviembre de 2022, en el seno del Consejo de Seguridad su posición favorable a ello. Expresamente, su portavoz indica que: "C'est en cela que nous saluons et fondons beaucoup d'espoir dans l'initiative du Secrétaire Général de faire une évaluation stratégique conjointe (Nations Unies, Union Africaine, CEDEAO, G5 Sahel) sur la sécurité et le développement au sahel, sous la coordination

Algo parecido debiera hacerse en el seno de la Unión Europea, que debiera crear un grupo de trabajo específico del Consejo para la zona del Sahel<sup>486</sup>. Naturalmente, hay que reconocer la dificultad en este proceso, donde se encuentran dilemas de difícil resolución. No se quiere entrar directamente con tropas propias en combate prefiriéndose una acción de corte indirecto. Así se viene haciendo en toda la lucha contra el Estado islámico. Ello ha podido dar resultados en otros contextos geográficos, pero en el ámbito saheliano, en estos momentos, se ha vuelto insuficiente. Se requeriría una acción, en cierta manera, lo más directa posible, lo que tiene un coste alto, en todos los sentidos. Ahora bien, el coste de la inacción puede ser mayor,

La Unión Europea va a estar también presionada en su toma de decisiones por el cambio geoestratégico que supone la implantación rusa en la zona. El propio alto representante de la PESC, J. Borrell, manifestaba recientemente que Putin pretende una estampida migratoria de África hacia Europa. La situación es compleja y requiere más profundidad.

La Unión Europea ha venido siendo el principal donante de ayuda humanitaria en la zona y va a tener que seguir siéndolo, incluso incrementando la aportación, ya que una reducción tendría efectos fatales en el corto y medio plazo. Con todo, la Unión Europea va a tener que hacer las cosas de una manera diferente si quiere resultados diferentes a los obtenidos hasta ahora. Debe ensayar fórmulas novedosas en aras de fortalecer la institucionalidad del Estado y la responsabilidad de proteger a la población en sus derechos humanos esenciales. Podemos proponer al respecto posiciones rompedoras, de un compromiso creíble, como acoger sus propuestas e intereses de estos países en el seno de la

---

de l'ancien Président du Niger, SEM Mahamadou Issoufou. Nous espérons vivement que cette initiative recevra le soutien et l'accompagnement de la communauté internationale et de tous les partenaires et amis du sahel pour la mise en œuvre des mesures fortes qui seront recommandées par le Panel indépendant de haut niveau" (Briefing du Secrétaire Exécutif du G5 Sahel au Conseil de sécurité des Nations unies sur la Force conjointe du G5 Sahel 16 novembre 2022, 10h de New York). Disponible en <https://www.g5sahel.org/declaration-du-secretaire-executif-du-g5-sahel-au-conseil-de-securite-de-lonu/>

<sup>486</sup> Como lo hay para Magreb y Mashrek. Hay un grupo de trabajo general para toda África, lo que es insuficiente Sobre estos grupos véase: <https://www.consilium.europa.eu/es/council-eu/preparatory-bodies/?filters=1653&filters=2025>

Organización mundial del comercio, sobre todo en materia de algodón<sup>487</sup>, acuerdo de libre comercio específico con la región y programas de seguridad y desarrollo rural inteligente, mantenidos en el tiempo. Debe, en suma, colocarse a la región como prioridad de alto nivel en la política exterior y de seguridad de la Unión<sup>488</sup>.

---

<sup>487</sup> Véase la importancia concedida a la cuestión por parte de estos países en el seno de dicha organización: [https://www.wto.org/spanish/news\\_s/archive\\_s/cott\\_arc\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/news_s/archive_s/cott_arc_s.htm)

<sup>488</sup> Como detalle, hay que recordar que las conclusiones del consejo europeo sobre el sahel fueron adoptadas el mismo día que otras, como la de los países del Índico.

## LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITE A LA DISCRECIONALIDAD ESTATAL EN LOS PROCESOS PROBATORIOS DE ASILO

---

VÍCTOR LUIS GUTIÉRREZ CASTILLO  
*Universidad de Jaén*

### 1. INTRODUCCIÓN

Conforme al derecho internacional, todo Estado, en tanto que sujeto primario en la sociedad internacional, tiene el poder, inherente a su independencia y soberanía, de prohibir la entrada de extranjeros en su territorio o admitirlos en las condiciones que considere oportuno. Podría afirmarse que aquél expresa su soberanía a través de su libre voluntad, siendo ésta la base de sus competencias de control. De este modo, cabe entender que la voluntad de un Estado de admitir o rechazar a ciudadanos extranjeros en su territorio, controlar sus fronteras y tomar medidas necesarias para su seguridad es un principio fundamental de soberanía nacional. Sin embargo, esta voluntad no es absoluta ni ilimitada, ya que el derecho internacional (piénsese, por ejemplo, en disposiciones de instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos...) le impone límites insoslayables. En este sentido, como afirma el Prof. Carrillo Salcedo “ninguna norma de Derecho internacional general prohíbe a los Estados soberanos regular la entrada, permanencia y expulsión de extranjeros de su territorio. No obstante, si un Estado ha asumido obligaciones jurídicas en la materia, aquellas cuestiones dejan de pertenecer al ámbito de su competencia exclusiva al haber quedado regladas por normas de Derecho internacional limitadoras de la soberanía estatal” (Carrillo Salcedo, 2002, p. 9). En este contexto, el Estado se encuentra limitado por las normas internacionales relativas a la protección de derechos humanos, entre las que destacan las relativas al asilo y refugio.

Aunque con el movimiento liberal del siglo XIX surge la idea de que el derecho de asilo no está fundado en la soberanía territorial sino en los derechos fundamentales de los individuos, es el siglo XX el que supone un hito en la evolución de esta materia, siendo el derecho internacional el que, con mayor frecuencia, proclama al individuo como destinatario directo de sus normas. De hecho, el derecho a buscar protección internacional en otro Estado ante la violación de determinados derechos en el propio, se reconoce expresamente en el art. 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, especificando más tarde en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>489</sup> y su Protocolo de 1967, así como en otros textos internacionales de carácter regional<sup>490</sup>. Piénsese, por ejemplo, en el art. 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969<sup>491</sup>, el art. 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948<sup>492</sup>, el art. 12 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (Carta de Banjul) o en el art. 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>493</sup> (Weber A., 2002, pp. 81-82), textos todos ellos en los que se reconoce expresamente este derecho.

---

<sup>489</sup> Entrada en vigor: 22 de abril de 1954. Serie Tratados de Naciones Unidas, no. 2545 (1954), vol. 189, p. 150. El texto también puede consultarse en Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE) no. 252, de 21 de octubre de 1978. Corrección de errores en BOE no. 272, de 14 de noviembre de 1978.

<sup>490</sup> Entrada en vigor: 4 de octubre de 1967. Serie Tratados de Naciones Unidas no. 8791, vol. 606, p. 267. El texto también puede consultarse en BOE no. 252, de 21 de octubre de 1978. Corrección de errores en BOE no. 272, de 14 de noviembre de 1978.

<sup>491</sup> Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978, conforme al artículo 74.2 de la Convención. Secretaría General OEA (Instrumento Original y Ratificaciones). Serie sobre Tratados Organización de Estados Americanos (OEA) no. 36 – Registro ONU 27/08/1979 no. 17955.

<sup>492</sup> Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948). Serie: Novena Conferencia Americana, Bogotá, 1948. Acta y Documentos, p. 297.

<sup>493</sup> Fue redactada por la Convención Europea de Derechos Humanos. Aprobada y proclamada el 7 de diciembre de 2000, por los presidentes del Parlamento, de la Comisión y del Consejo de Ministros, que conforman los órganos constitucionales europeos, representando a la entidad correspondiente. Cesó con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en el año 2009 en el que la CDFUE pasa a ser jurídicamente vinculante y parte del derecho primario para las instituciones de la UE y los Estados miembros cuando aplican el derecho de la UE en virtud del artículo 6 (1) del Tratado de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante DO) 30 de marzo de 2010.

## 2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ASILO Y EL REFUGIO EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEA

Aunque ambas figuras se refieren a la protección individual del extranjero, cabe señalar que existe una diferencia entre el *asilo* -institución general, secular y clásica-, y la más reciente y específica figura del *refugio*, que surge en el Siglo XX. En efecto, hay que partir del hecho de que en el plano internacional la tradicional figura del asilo territorial no ha conseguido una codificación convencional<sup>494</sup>. En cambio, el estatuto de refugiado tiene una normativa internacional de referencia, que configura al *refugio* como una clase particular de asilo, como veremos a continuación.

Normalmente se entiende como *asilo territorial*, en sentido amplio, la protección y acogida que un Estado ofrece a extranjeros que lo solicitan por estar perseguidos o encontrarse en peligro por razones políticas o ideológicas en sus respectivos Estados de origen. El Estado puede conceder o denegar el asilo discrecionalmente a un extranjero que busca su amparo, pero lo que no puede hacer es devolverlo al país donde sufre persecución o donde su vida corra peligro. Los historiadores coinciden en citar la revocación del Edicto de Nantes por Luis XIV en 1685, como el hito que marca el comienzo de la tradición europea moderna en materia de asilo territorial<sup>495</sup>. Sin embargo, no sería hasta la Revolución francesa cuando esta institución adquiriera un carácter laico y oficial. En 1789, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano proclama que la resistencia a la opresión forma parte de los derechos “naturales e imprescriptibles del hombre”. Cuatro años más tarde, la Constitución de 24 de junio de 1793 iría más lejos y afirmar

---

<sup>494</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, art. 14; Declaración sobre el Asilo territorial de la Asamblea General de Naciones Unidas de 14.12.1967, 2312 (XXII).

<sup>495</sup> El edicto de Nantes, firmado en abril de 1598 en Nantes (Francia) por el rey Enrique IV de Francia, fue un decreto que autorizaba la libertad de conciencia y una libertad de culto limitada a los protestantes calvinistas. La promulgación de este edicto puso fin a las Guerras de Religión que convulsionaron a Francia durante el siglo XVI y cuyo punto culminante fue la Matanza de San Bartolomé de 1572. Enrique IV, también protestante, se había convertido al catolicismo para poder acceder al trono.

expresamente que el pueblo francés es el “amigo y aliado natural de los pueblos libres” y “otorga asilo a los extranjeros expulsados de su patria por la causa de la libertad y lo niega a los tiranos” (GrahlMaden, A., 1966). De esta forma, el asilo pasaría de ser una práctica oficiosa con tintes religiosos a una prerrogativa política del Estado (Chemin, A., 2015). En definitiva, el asilo territorial se trata de una figura general que no se encuentra regulada en el ámbito internacional -no existe un derecho a recibir asilo en los textos internacionales-, por lo que cada Estado la incluye en su normativa interna, con mayor o menor alcance. El derecho de asilo se configura así no como un derecho individual, sino como un derecho discrecional del Estado de acogida a conceder su protección territorial a toda persona extranjera que busca amparo bajo determinadas circunstancias; persona que, por otra parte, tiene el derecho a *buscar* asilo, pero no a que le sea concedido.

Como ya apuntamos, a diferencia del asilo territorial, la institución del *refugio* sí tiene una regulación detallada. En efecto, éste cuenta con un organismo internacional, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante ACNUR), encargado de proteger a los refugiados y desplazados por persecuciones o conflictos, y de promover soluciones duraderas mediante el reasentamiento voluntario en su país de origen o en el de acogida. Institución que, además, está regulada por la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto del Refugiado, modificada por el Protocolo de 1967. Según estos instrumentos internacionales, aceptados generalizadamente, el refugiado es una persona que sufre o tiene fundados temores de persecución individualizada por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social o por opiniones políticas, que se encuentra fuera de su país y no quiere o puede regresar a él<sup>496</sup>. Además, la concesión de este Estatuto por parte de un Estado le obliga a no devolver al peticionario al territorio donde es perseguido o donde su vida o libertad corre peligro (principio de no expulsión o de *non-refoulement* (Duffy, A., 2008, pp. 373-375)<sup>497</sup>.

---

<sup>496</sup> Art.1.2 de la Convención de Ginebra de 1951.

<sup>497</sup> Art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951.

Podría decirse, pues, que la institución del refugio se encuentra incardinada en la noción más amplia de asilo.

### 3. PROCESO DE ASIMILACIÓN DE LA INSTITUCIÓN INTERNACIONAL DEL ASILO Y REFUGIO EN EUROPA

Ambas instituciones jurídicas, la del asilo y la de refugio, han experimentado en derecho internacional un fenómeno de creciente asimilación jurídica motivado por las tendencias recientes de la Sociedad Internacional contemporánea. Y es que, los movimientos migratorios y desplazamientos sin precedentes que se han producido desde hace unas décadas por variados motivos (económicos, políticos...) ha llevado a la aparición de situaciones (refugiados económicos, refugiados o desplazados en masa, refugiados *de facto* ...) que han desbordado y desvirtuado los conceptos tradicionales de asilo y refugio, produciéndose una tendencia de identificación jurídica hacia la categoría, más restrictiva pero mejor establecida por las normas internacionales, del concepto de refugiado de la Convención de Ginebra. En este contexto, la práctica europea e internacional parece sugerir que el asilo constituye un conjunto de garantías provisionales de entrada y estancia, que se concede a un extranjero por el Estado de acogida de forma discrecional y con carácter previo al reconocimiento jurídico-administrativo del estatuto de refugiado de la Convención de Ginebra. Al mismo tiempo, el asilo es el término utilizado para la posterior protección territorial del Estado, consecuencia de la determinación de la condición de refugiado, que se concede según las normas internas articuladas sobre la base de dicha Convención. En definitiva, la práctica nos indica que el asilo supone un conjunto de derechos y garantías que se conceden por un Estado a un extranjero solicitante del concreto estatuto de refugiado, de acuerdo con la Convención de Ginebra.

Las consecuencias prácticas de la identificación entre asilo y refugio es que, al ser el estatuto de refugiado más limitado, los Estados —particularmente los europeos— sólo conceden el asilo de forma excepcional. En este sentido, cabe señalar que la norma general es el rechazo de las solicitudes de refugio, ya que muy pocos extranjeros logran cubrir los

requisitos establecidos por la Convención de Ginebra, conforme a los procedimientos nacionales de cada país. En este sentido, hay que tener en cuenta que son cientos de miles las personas que ven en el continente europeo la solución a las dificultades, a veces dramáticas, que encuentran en sus respectivos países de origen. Los que llaman a las puertas de Europa, por tanto, no siempre vienen por las mismas razones ni en las mismas condiciones: algunos lo hacen para buscar una vida mejor, otros huyendo de conflictos armados o en el contexto de crisis humanitarias. Esto lleva a los Estados a conceder discrecionalmente, según sus tradiciones jurídicas y políticas, lo que se ha denominado como “protección subsidiaria, temporal o por motivos humanitarios” en numerosos supuestos. Piénsese, por ejemplo, en los miles de refugiados que huyeron en masa del conflicto de Siria y que obtuvieron protección temporal, pero no los derechos del estatuto de refugiado. Nos encontramos así con una normativa pensada para el contexto europeo de la posguerra mundial, que no está adaptada a las realidades actuales de la inmigración y afluencia masiva de refugiados y que, sin embargo, es la que aplican los Estados europeos y la Unión Europea (en adelante, UE).

La protección de los Estados europeos a las personas perseguidas en sus países de origen constituye uno de los rasgos de identidad de la democracia. El asilo aparece hoy como un medio no solamente para proteger a las víctimas, sino para proteger los valores del sistema liberal de protección de derechos. Esto explica, entre otras razones, que la UE trate de desarrollar un régimen común de asilo desde 1999. Régimen que, por otra parte, se apoya en diferentes textos legislativos y permite establecer procedimientos comunes a sus miembros en materia de protección internacional, ofreciendo un estatuto uniforme tanto a los demandantes como a los beneficiarios de una protección internacional, incrementando la cooperación práctica, favoreciendo la solidaridad intraeuropea (Gil Bazo, M.T., 2015, pp. 3-28). En este orden de ideas, la guerra de Ucrania ha situado en el centro del debate público este argumento.

En otro orden de ideas, cabe señalar que la regulación del asilo en Europa se hizo por vía convencional, pues cuando fue evidente la vinculación de estas figuras con el objetivo comunitario de la consecución

efectiva de la libre circulación de personas, los Estados europeos realizaron un esfuerzo de regulación de estas materias, paradójicamente fuera de la esfera del Derecho comunitario. Y es que, como veremos con más detenimiento, su regulación ha pasado progresivamente de lo intergubernamental al ámbito comunitario a partir del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) (Escobar Hernández, C., 2003, p. 744). En concreto, esta regulación intergubernamental comenzó en varios planos institucionales: en el ámbito de la cooperación política europea, en el contexto de convencional, a través de la Convención relativa a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas- Convención de Dublín<sup>498</sup>; en el ámbito *Schengen*, a través del Convenio de aplicación de 1990<sup>499</sup> y también en la estructura de Cooperación en los Ámbitos de la Justicia y de los asuntos de Interior del TUE de Maastricht de 1992, que consideró el asilo como una de las materias de interés común (Del Valle Gálvez, A./Acosta Sánchez, M.A. 2007).

Principalmente, el Convenio de Dublín de 1990 sobre la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros y el Acuerdo de Schengen de 1985 y su Convenio de Aplicación de 1990, se caracterizan básicamente por: en primer lugar, la ausencia de una regulación material de las figuras jurídicas, limitándose a disponer mecanismos de determinación del Estado responsable del examen de solicitudes de asilo, y de reenvío a la Convención de Ginebra y su Protocolo, lo que no deja de tener consecuencias sobre ciertos aspectos materiales de la institución jurídica. En segundo lugar, por una remisión de las normativas de derecho internacional a las disposiciones de los ordenamientos internos de los Estados. Y, finalmente, por una asimilación -y consiguiente reducción- del concepto de asilo con el de refugiado, que es el que ha prevalecido los contenidos jurídicos, ya que los textos prefieren referirse a la figura del

---

<sup>498</sup> DO C 254, de 19 de agosto de 1997.

<sup>499</sup> Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985 (Acuerdo relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes) y Convenio de Aplicación del Acuerdo de *Schengen* de 19 de junio de 1990. DO L 239, de 22 de septiembre de 2000.

solicitante de asilo y no a la del refugiado. De esta forma, el asilo en Europa se define como la protección territorial que se brinda a aquellas personas que, de conformidad con la Convención de 1951, podrían solicitar dicho estatuto, con lo que se produce una equiparación entre refugio y asilo. Por todas estas razones, podría afirmarse que tanto la remisión convencional realizada por el derecho de la UE, como la práctica interna de los Estados, ha llevado a un proceso de aproximación interna de las categorías de asilo y de refugio sobre la base de las definiciones de los Convenios citados (Escobar Hernández, C., 1993-1, pp. 53-98) (Mariño Menéndez, F.M., 1995, pp. 669-706).

En este orden de ideas, los Estados de la UE decidieron en el Tratado de Ámsterdam de 1997 que el asilo y el refugio fueran incluidos en el TCE, en concreto en su Título IV de “Visados, Asilo, Inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”. Este Título IV comprendía un conjunto de materias enmarcadas en el “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, objetivo de la UE que reformuló completamente una variada serie de temáticas, vinculadas al binomio *libertad-seguridad* y que recondujo la regulación de las mismas a la sede de la UE: la libertad (de circulación de personas), la seguridad (cooperación policial y judicial-penal) y la justicia (creación de un espacio judicial europeo, *lato sensu*). Ahora bien, el trasfondo de libre circulación y de espacio público -referentes básicos para perfilar los contenidos del objetivo de la comunidad europea- han determinado que al día de hoy dicho objetivo comprenda toda la normativa que directa o indirectamente afecta a la libre circulación de personas en un espacio sin fronteras interiores con pleno respeto de los derechos fundamentales, incluyendo el estatuto de los extranjeros, el refuerzo de las fronteras exteriores, la lucha contra la inmigración ilegal, la ordenación de los movimientos migratorios, así como determinadas iniciativas y normas comunes en materia de asilo, refugio y personas desplazadas (Gutiérrez Castillo, V.L/López Jara, M., 2016). Al ser las materias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia generalmente competencias compartidas entre la Comunidad y los Estados miembros, se han adoptado un gran número de medidas comunes en materia de asilo y refugio. Hay que tener en cuenta que en la situación actual los Estados miembros

conservan un papel importante en este ámbito y adoptan continuamente nuevas medidas nacionales que, en algunos casos, pueden tener un impacto en otros Estados miembros o en el conjunto de la UE. Por ejemplo, una política migratoria muy restrictiva en un Estado miembro puede desviar los flujos de migración a sus vecinos y un procedimiento de regulación laxo puede atraer la inmigración ilegal hacia el Estado más permisivo, a partir del cual los emigrantes regularizados podrían trasladarse a otros Estados miembros<sup>500</sup>. De aquí la necesaria armonización en la materia, con pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas, en particular para lograr un procedimiento común y un estatuto uniforme. En realidad, en una Europa sin fronteras es ya inviable el mantenimiento de conceptos y procedimientos nacionales diversos para ofrecer protección a refugiados y desplazados; la necesidad de controlar las fronteras exteriores y de evitar abusos lleva en buena lógica al establecimiento de una política europea propia de asilo y refugio.

#### 4. EL DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE ASILO, REFUGIO Y PERSONAS DESPLAZADAS Y SU RECEPCIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

##### 4.1. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON EL MARCO CONVENCIONAL

Una de las cuestiones que llama la atención, en lo que la regulación de esta materia es la expresa remisión que el derecho originario de la UE hace al marco jurídico del derecho internacional público. Remisión que se hace en dos planos diferentes: en primer lugar, al marco convencional general aplicable en la materia (la Convención de Ginebra<sup>501</sup>y, en

---

<sup>500</sup> Doc. COM (2003) 315 final de 3 de junio de 2003, "Hacia sistemas de asilo mejor gestionados, más accesibles y equitativos".

<sup>501</sup>El artículo 78 de la versión consolidada del TFUE: "La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinado a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el

segundo lugar, al reconocimiento que en él se hace de la necesidad de llevar a cabo una coordinación efectiva con otras organizaciones internacionales, en particular Naciones Unidas. Es muy relevante por tanto la asunción como derecho originario de este marco convencional e institucional de derecho Internacional<sup>502</sup>. Esto hace que la actuación jurídica de la UE en los aspectos o temas vinculados a estos temas, se encuentre forzosamente sujeta a los contenidos formales y materiales establecidos por el derecho internacional en la actualidad, pero también a los que vayan estableciéndose en un futuro. En particular, esto es así tanto en lo relativo a las definiciones de las figuras de asilado, refugiado y personas desplazadas, como a lo que respecta al contenido jurídico de éstas y de las situaciones contempladas en el art. 78 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). Por ello, las normas que deben adoptarse en el pilar comunitario sobre estas materias deben respetar y acoger en el ordenamiento de la UE las normas internacionales y las prácticas de las organizaciones internacionales - con su evolución- sobre estas figuras internacionales. Este respeto de la normativa y prácticas internacionales se refleja en el citado art. 78, que diferencia las dos figuras: el asilo como concepto global y como institución que protege y acoge a los solicitantes, pero señalando al estatuto de refugiado de la Convención de Ginebra como el referente jurídico material y procedimental.

A diferencia del estatuto de refugiado que sólo puede concederse a nacionales de terceros países, el asilo podrá, en principio y por hipótesis, concederse a nacionales comunitarios y no comunitarios. En concreto, el asilo de nacionales de los Estados miembros tiene una regulación

---

Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes". DO, C 83, de 30 de marzo de 2010

<sup>502</sup> La remisión a este marco concreto del Derecho Internacional es tradicional en el tratamiento de la materia. De hecho ya se hacía referencia a ellos en los Convenios de Dublín y de Aplicación del Convenio de Schengen y en la CAJI de 1992 (Preámbulo y arts. 1 a 4 y 14 del Convenio de Dublín; arts. 23, 26 y 28 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen; Motivación, puntos 1 a 4 y 11 a 13 de la Posición Común 96/196/JAI) ; además, se encuentra abierto por las cláusulas finales de las disposiciones ("otros Tratados", "otras Organizaciones Internacionales" pertinentes).

particular en un Protocolo anejo al TFUE<sup>503</sup>. Este Protocolo fue elaborado durante la Conferencia Intergubernamental a iniciativa de España, que pretendía cerrar la posibilidad de que se repitieran experiencias anteriores en las que nacionales españoles vinculados a grupos armados solicitaron asilo político en otros Estados de la Unión (Bribosia, E/Weyembergh, A., 1997, pp. 69-98). Según dicho Protocolo, un Estado sólo podrá en determinados supuestos tomar en consideración o declarar admisible a examen la solicitud de asilo efectuada por un nacional de otros Estados miembros. Sin embargo, el mismo Protocolo deja abierta la posibilidad de que un Estado, unilateralmente y fuera de los supuestos excepcionales, tome en consideración o admita a examen una solicitud individual de asilo, con la consiguiente intervención del Consejo (Carrera Hernández, F.J., 1995, pp. 837-857).

En cuanto al estatuto de refugiado, el TFUE contempla la adopción de normas mínimas materiales para la concesión del estatuto a nacionales de terceros países y la adopción de normas formales para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros a fin de conceder o retirar el estatuto de refugiado (art. 78). En relación a las personas desplazadas procedentes de terceros países, existe una doble previsión, ya que se contemplan tanto las personas que no pueden volver a su país como las que por otro motivo necesitan protección internacional (art. 78.2.b). Además, el TFUE también contiene base jurídica para adoptar medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para, por una parte, acoger refugiados y personas desplazadas como para, por otra parte, asumir las consecuencias de esta acogida<sup>504</sup>.

---

<sup>503</sup> Protocolos anejos al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea Protocolo (no. 29) sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la UE (1997). DO, C 321, de 29 de diciembre de 2006.

<sup>504</sup> Art. 63.2.b TCE. Hay que subrayar que el término "refugiado" del 63.2 TCE es equiparado al de "personas desplazadas" en una acepción que parece ser no jurídica, en cualquier caso, diferente de la que utiliza el 63.1 TCE que se mueve en el marco convencional internacional relativo al "estatuto de refugiado". Existe en el ámbito CAJI la Resolución del Consejo de 25 de septiembre de 1995 relativa al reparto de cargas en relación con la acogida y la estancia, con carácter temporal, de las personas desplazadas, DO C 262, de 07 de octubre de 95 y, asimismo, la Decisión 96/198/JAI del Consejo de 4 de marzo de 1996, sobre un procedimiento de alerta y de urgencia para el reparto de cargas en relación con la acogida y la estancia, con carácter temporal, de las personas desplazadas, DO L 63 de 13 de marzo de 96.

El sistema europeo común de asilo (en adelante SECA), determina los estándares mínimos a los que deben ajustarse los países miembros<sup>505</sup>. En este sentido, cabe recordar lo dispuesto en el artículo 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), la cual afirma que

“se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea». Asimismo, el artículo 19 completa el dispositivo al disponer que «nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes»<sup>506</sup>.

#### 4.2. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LA NORMATIVA EUROPEA DE DESARROLLO EN MATERIA DE ASILO, REFUGIO Y PERSONAS DESPLAZADAS

La importancia de esta materia y la celeridad con la que se ha ido adoptando la normativa, tiene como referente el Consejo Europeo de Tampere, de octubre de 1999, donde los Jefes de Estado y de Gobierno de Europa acordaron trabajar con vistas a la creación de un sistema europeo común de asilo, basado en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra<sup>507</sup>. De ese modo, se lograría la repatriación de aquéllos que sufrieran persecución por las causas establecidas en la norma

---

<sup>505</sup> No fue hasta el Tratado de Ámsterdam de 1999, cuando se estableció como objetivo crear un espacio de libertad, seguridad y justicia (en adelante ELSJ), tratando la materia de inmigración y asilo como una competencia compartida. En octubre de 1999, el Consejo Europeo celebró una sesión especial para la creación de un ELSJ en la UE, concluyendo con la necesidad de crear un sistema europeo común en materia de asilo. Finalmente, estas políticas en materia de asilo se convierten en materia común con el TFUE, en cuyo art. 67 y siguientes establece que la Unión constituye un ELSJ dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros. Además, un aspecto fundamental para el desarrollo de esta materia ha sido la armonización del término refugiado por la Unión, definiéndolo como nacionales de terceros países o apátridas que se encuentren fuera de su país de origen y no quieran o no puedan volver a causa del temor fundado a ser perseguidos por razón de raza, religión, nacionalidad u opinión. Eur-lex.europa.eu (2017). EUR-Lex - I33176 - EN - EUR-Lex.

<sup>506</sup> DO C 83/391, de 30 marzo 2010.

<sup>507</sup> Ver, Conclusiones de la Presidencia, presentadas en el Consejo Europeo de Tampere, 15/16.10.1999, *Bol. UE*, no. 10-1999, puntos I.1 y ss.

internacional, conforme al principio de *non-refoulement*. En este sentido, cabe destacar dos fases: la primera de ellas de desarrollo del entonces art. 63 TCE (ahora 78 del TFUE) y una segunda destinada a alcanzar un procedimiento de asilo común y un estatuto uniforme válido en toda la UE. Esta voluntad del Consejo Europeo en 1999, se vio reforzada, en 2004, con el denominado Programa de La Haya<sup>508</sup>.

En relación con las normas adoptadas hasta la fecha a partir de los ámbitos establecidos del art. 78 TFUE (antiguo artículo 63 TCE) podemos hacer una división entre las siguientes materias: asilo, refugio y personas desplazadas. En materia de asilo, destaca el Reglamento 2003/343/CE, que establece los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país (“Dublín II”)<sup>509</sup>. Este Reglamento sustituye al Convenio de Dublín de 1990, pasando a ser una materia regulada por una norma típica comunitaria. El Reglamento “Dublín II” se completa con otras disposiciones que forman parte del derecho derivado, como el Reglamento

---

<sup>508</sup> DO C 53 de 3 de marzo de 2005. Véase también Doc. COM (2005) 184 final, de 10 de mayo de 2005, “Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la Libertad, la Seguridad y la Justicia”. Igualmente, Plan de Acción del Consejo y de la Comisión para aplicar el Programa de La Haya, DO C 198 de 12 de agosto de 2005.

<sup>509</sup> DO L 50 de 25 de febrero de 2003. Véase también el Reglamento 2003/1560/CE, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento 2003/343/CE, que establece los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, DO L 222 de 05 de septiembre de 2003. En febrero de 2006, se alcanzó un acuerdo con Dinamarca, Islandia y Noruega para la aplicación del Reglamento 2003/343/CE, por el que se deroga totalmente el Convenio de Dublín. Ver, Decisión 2006/167/CE, relativa a la celebración de un Protocolo del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega relativo a los criterios y mecanismos para determinar el Estado responsable de examinar las peticiones de asilo presentadas en un Estado miembro o en Islandia o Noruega. DO L 57 de 28 de febrero de 2006; Decisión 2006/188/CE, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca por el que se extiende a Dinamarca lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, y en el Reglamento (CE) n° 2725/2000 del Consejo, relativo a la creación del sistema Eurodac para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín. DO L 66 de 8 de marzo de 2006.

2000/2725/CE, relativo a la creación del sistema europeo de comparación de impresiones dactilares de los solicitantes (Eurodac<sup>510</sup>), que regula la conservación, comparación y supresión de las huellas dactilares de todos los solicitantes de asilo, a través de una base de datos localizada en la Comisión Europea<sup>511</sup>, así como el Reglamento (UE) no 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia, el Reglamento (UE) no. 603/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema Eurodac para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) no. 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley<sup>512</sup>.

El objetivo perseguido con este marco jurídico es el de evitar una multiplicación de solicitudes por parte de una misma persona, eliminando, la figura del *refugiado en órbita*, es decir, los solicitantes de asilo de

---

<sup>510</sup> Eurodac significa *Dactiloscopia Europea*, es la base de datos europea de huellas dactilares para identificar a los solicitantes de asilo y a los irregulares que cruzan la frontera. A los solicitantes de asilo e irregulares que cruzan la frontera de más de catorce años de edad se les toman sus huellas digitales siguiendo el derecho comunitario europeo. Las huellas son enviadas en forma digital a una unidad central en la Comisión Europea y automáticamente se comprueba con otras impresiones sobre la base de datos. Esto permite a las autoridades determinar si los solicitantes de asilo ya ha solicitado asilo en otro Estado miembro de la UE o han transitado ilegalmente por otro Estado miembro de la UE ("principio de la primera toma de contacto"). El sistema automatizado de identificación de huellas digitales es el primero de su tipo en el ámbito de la UE y está operativo desde el 15 de enero de 2003. Todos los estados miembros de la UE participan actualmente en el programa, además de otros tres países europeos Noruega, Islandia y Suiza..

<sup>511</sup> DO L 316 de 15 de diciembre de 2000. Igualmente, Reglamento 2002/407/CE, por el que se establecen determinadas normas de desarrollo del Reglamento 2000/2725/CE, relativa a la creación del sistema Eurodac" para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín, DO L 62, de 05 de marzo de 2002.

<sup>512</sup> DO L 180 de 29 de junio de 2013.

los que ningún Estado se considera responsable. Así mismo, ya en los inicios del 2000 se adoptaron otras disposiciones de gran calado, como la Directiva 2003/9/CE, por la que se establecen normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, con objeto de garantizar un nivel de vida digno y en condiciones comparables en todos los Estados miembros<sup>513</sup>. Igualmente, los Estados deben informar de los beneficios y las obligaciones de los solicitantes, así como facilitarles un documento que acredite su condición.

En lo que respecta a la condición de refugiado, ya en 1996 el Consejo adoptó una Posición común para armonizar la definición del término *refugiado* conforme a la Convención de Ginebra<sup>514</sup>. En este sentido, cabe destacar que desde hace décadas se adoptaron medidas para ello; piénsese, por ejemplo, en la Directiva 2004/83/CE, por la que se establecen normas mínimas (materiales) relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida<sup>515</sup>. Esta Directiva tomó como base el Convenio de Ginebra, si bien introdujo algunas novedades con respecto a la regulación internacional: reconoce la figura de *protección subsidiaria*, a conceder a quienes no cumplan las condiciones necesarias para obtener el estatuto de refugiado y define los conceptos de “ataque” y “persecución”, aclarando y extendiendo la interpretación y la aplicación de la norma internacional en el contexto europeo<sup>516</sup>. En este orden de ideas, también destaca la Directiva

---

<sup>513</sup> DO L 31 de 06 de febrero de 2003.

<sup>514</sup> Posición Común 1996/196/JAI, definida por el Consejo sobre la base del art. K.3 del TUE, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término “refugiado”, conforme al art. 1 de la Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados, DO L 63 de 13 de marzo de 1996.

<sup>515</sup> DO L 304 de 30 de septiembre de 2004. Véase, igualmente, y en relación a las regiones de procedencia de los nacionales de terceros países, Doc. COM (2004) 410 final, de 04 de junio de 2004 “Sobre la entrada organizada en la UE de personas necesitadas de protección internacional y el incremento de la capacidad de protección de las regiones de origen: Mejora del acceso a soluciones duraderas”, Doc. COM (2005) 388 final, de 01 de septiembre de 2005, “Sobre los programas regionales de protección”.

<sup>516</sup> De acuerdo con el Reglamento 2004/83/CE, se entiende por ataques graves e injustificados: tortura o tratos inhumanos o degradantes; pena de muerte o ejecución; una amenaza contra su vida debido a una violencia no específica vinculada a un conflicto armado interno o

2005/85/CE, sobre normas mínimas (formales) para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado<sup>517</sup>. En esta Directiva, que hace referencia a la necesidad de celeridad en los procedimientos de protección, destaca el concepto de “país de origen seguro”. En su aplicación el Consejo debe adoptar una lista de aquellos países que, de acuerdo con circunstancias civiles, jurídicas y políticas generales, sancionen en la práctica a los que lleven a cabo persecuciones. Este listado podrá ser tenido en cuenta a la hora de analizar individualmente la petición del solicitante. El Consejo adoptará una segunda lista con aquellos países europeos que mantienen criterios especialmente altos con respecto a los Derechos Humanos y a la protección de los refugiados; frente a estos terceros Estados seguros europeos, los Estados miembros podrán establecer que no se realice un examen de la solicitud de asilo presentada por un particular. Probablemente esto último no está muy de acuerdo con la normativa internacional, ni parece congruente con el Protocolo sobre Asilo anexo al TFUE<sup>518</sup>, el cual, como ya hemos comentado, reconoce la posibilidad de conceder el asilo a nacionales de otros Estados miembros de la UE en determinadas circunstancias (Del Valle Gálvez, A./Acosta Sánchez, M.A. 2007).

Finalmente, en materia de personas desplazadas, destaca la Directiva 2001/55/CE, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida<sup>519</sup>. El objetivo de esta disposición ha sido apoyar y

---

internacional. La persecución incluye determinados actos, y más concretamente: ataques graves (debido a su naturaleza o su carácter repetido) e injustificados por razón de la raza, la religión, la nacionalidad o las opiniones políticas; la violencia física o psicológica, incluyendo la violencia sexual; las medidas legales, administrativas, de policía o judiciales son aplicadas de manera discriminatoria; las actuaciones o sanciones penales desproporcionadas o discriminatorias.

<sup>517</sup> DO L 326 del 13 de diciembre de 2005.

<sup>518</sup> Protocolo no. 29 sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la UE, añadido por el Tratado de Ámsterdam como anejo al TCE.

<sup>519</sup> DO L 212 de 07 de agosto de 2001.

completar el sistema de asilo europeo común y la integridad del Convenio de Ginebra en caso de llegada masiva de desplazados y, en particular evitar disfunciones de los sistemas nacionales de asilo. También persigue garantizar la protección inmediata y un grado equitativo de derechos a las personas interesadas y equilibrar los esfuerzos de los Estados miembros para acoger a los desplazados sobre la base del principio de solidaridad a través del Fondo Europeo para los Refugiados<sup>520</sup>. Asimismo, tiene como objetivo establecer un dispositivo para afrontar las llegadas masivas de nacionales extranjeros que no pueden volver a sus países; especialmente por motivos de guerra, violencia o violaciones de los derechos humanos. Otorga una protección inmediata y de carácter temporal para estas personas desplazadas y promueve un equilibrio entre los esfuerzos realizados por los países de la UE en la acogida de personas. Sin embargo, no exige una determinada distribución obligatoria de los solicitantes de asilo entre todos los países de la UE. Recientemente, el Consejo Europeo, en su formación de Justicia y Asuntos de Interior, aprobó la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo, de 4 de marzo de 2022, por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5 de la citada Directiva 2001/55/CE, con el efecto de que se inicie la protección temporal. Es la primera vez que se pone en marcha esta directiva. Esta decisión ha supuesto un impacto jurídico sin precedentes, teniendo en cuenta el despliegue de todos aquellos mecanismos jurídicos, sociales y materiales para cumplir con eficacia y eficiencia su puesta en marcha.

Por último, en lo que se refiere a protección internacional, en el año 2013 se aprobó el Reglamento (UE) no 604/2013, por el cual se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de solicitud de protección internacional presentando en uno de los Estados miembros de la UE y en los Estados Asociados por un nacional de un tercer país o un apátrida, denominado como “Sistema de Dublín III”. Coincidimos con la profesora Silvia Somohano, cuando afirma que los criterios de este sistema responden a

---

<sup>520</sup> Art. 2 d) de la Directiva 2001/55/CE.

una jerarquía basada en el principio de autorización, en el que no se estableció un sistema de reparto de cargas, lo que implicó que los Estados miembros con fronteras exteriores terrestres tengan una probabilidad más alta de convertirse en responsables de examinar las demandas de asilo (Somohano, 2012, p. 4).

## 5. EL PROCEDIMIENTO PARA LA CONCESIÓN DE ASILO: UN NUEVO DESAFÍO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como es sabido, el derecho europeo no dispone de una teoría de la prueba en materia de asilo. La Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida se refiere únicamente a la “valoración de hechos y circunstancias”, así como a los elementos necesarios para fundamentar la solicitud de asilo.

De acuerdo con el citado Protocolo no 24, la protección internacional se refiere al estatuto de refugiado y al estatuto de protección subsidiaria para los que sólo pueden ser nacionales de terceros países o apátridas, excluyendo así a los ciudadanos de la UE:

“Se entiende por refugiado en esta Directiva un nacional de un tercer país que, debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a determinado grupo social, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de ese país, o un apátrida que, estando fuera del país de su anterior residencia habitual por los mismos motivos antes mencionados, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”, en consecuencia, sólo se concede a las personas que no reúnen los requisitos para obtener la condición de refugiado” (EASO, 2016, p. 42).

De acuerdo con su artículo 2, los beneficiarios son aquellas personas respecto de las cuales se han demostrado motivos para creer que, si son devueltos al país de origen, o al país de residencia habitual anterior en

el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir daños graves, tal como se define en la Directiva, y a los que no se aplican los motivos de exclusión. Estos elementos son definidos por el artículo 4§2 de dicha Directiva cuando hace referencia a “las declaraciones del solicitante y toda la documentación de la que disponga”.

En sentido amplio, la prueba es el modo de demostrar un hecho. Del punto de vista jurídico, contrariamente a la prueba científica, el objetivo no es tanto acceder a la verdad material de los hechos sino más bien convencer al juez de su veracidad. Lévy-Bruhl afirma que “en materia judicial, la prueba tiene esencialmente como finalidad persuadir al juez. No es tanto la búsqueda de la verdad para lo que sirve la prueba sino el medio de crear una convicción en la mente del juez” (Lévy-Bruhl, 1952, p. 82). Ante todo, se trata de una actividad intelectual, un razonamiento tendente a una demostración susceptible de convencer al juez no tanto de la verdad sino de la verosimilitud de los hechos invocados por el solicitante. Podemos coincidir, entonces, con Lévy-Bruhl cuando define la prueba como “un mecanismo destinado a establecer una convicción respecto de un hecho incierto”. Según el adagio latino, *idem est non esse et non probari*, lo que no se puede probar no es jurídicamente relevante. Contrariamente al derecho civil o penal, no existe en el derecho administrativo continental una teoría de la prueba. Es la jurisprudencia la que ha creado algunas reglas que permiten organizar el principio general de la libertad de la prueba propio al derecho administrativo. Las autoridades competentes en materia de asilo se encuentran así con la responsabilidad de conducir el proceso y utilizar dentro del procedimiento inquisitorio los poderes generales de instrucción e investigación.

En los procedimientos en materia de asilo es frecuente encontrarse con muy pocas pruebas materiales susceptibles de fundar la pretensión del solicitante. Dicha situación hace muy complicada la instrucción y sumerge a las autoridades del asilo en una incertidumbre generalizada. A ello se suma que las declaraciones de los solicitantes se refieren a contextos culturales y geopolíticos lejanos a los cuales la instrucción tiene acceso únicamente a través de la documentación de organismos de derechos humanos u ONGs. La instrucción y la evaluación tanto de los

hechos como de las declaraciones del solicitante se realiza a partir de hipótesis de una probabilidad aproximativa. Si bien es cierto que la prueba hace intervenir disposiciones psicológicas tanto de quien la presenta como de quien la evalúa, los elementos objetivos no pueden ser descuidados. En este sentido, en función de la teoría general de la prueba los mismos pueden analizarse en respuesta a cuatro preguntas principales: ¿qué se debe probar? ¿cómo se debe probar? ¿quién debe probar? y ¿cuándo se debe probar? El objeto de la prueba consiste en dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Qué debe probar el solicitante para obtener el estatuto de refugiado en un proceso de asilo? Según el derecho común europeo, el solicitante del derecho de asilo en cualquiera de los países miembros debe probar tres elementos: 1) el hecho generador, es decir el riesgo personal de persecución que corre en su país de origen; 2) la pertenencia a un determinado grupo social como categoría de protección del derecho internacional recepcionada en el derecho europeo y 3) el nexo de causalidad entre el hecho generador y la categoría en cuestión.

La respuesta a esta pregunta (¿qué se debe probar?) constituye el objeto de la prueba, la cual reviste tres condiciones en materia de asilo: el hecho generador de la persecución; la pertenencia a un determinado grupo como garantía de protección y la existencia de una relación de causalidad entre el hecho generador y la categoría en cuestión. Por lo que se refiere al elemento sustancial o hecho generador, cabe señalar que éste viene determinado por los actos y los motivos de persecución a los que hace referencia el artículo 1 de la Convención de Ginebra. Elementos éstos que deben ser analizados a la luz de lo que establecen los artículos 9 y 10 de la Directiva 2011/95/UE<sup>521</sup>; es decir, que se trate de actos “suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales...” debiendo, en particular, revestir las siguientes formas: actos de

---

<sup>521</sup> Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición), DO L 337, 20 de diciembre de 2011.

violencia física o psíquica incluidos los actos de violencia sexual, medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales discriminatorias, penas desproporcionadas, denegación de tutela judicial...

En este orden de ideas, cabe señalar que la dimensión geopolítica tiene gran importancia en los procesos de asilo. Las autoridades nacionales a la hora de valorar las pruebas fundamentan sus decisiones sobre la base de un análisis respecto de la situación en los países de origen del solicitante. En ese sentido, la Directiva 2011/95/UE establece en su artículo 4§3 que “la evaluación de una solicitud de protección internacional se efectuará de manera individual e implica que se tengan en cuenta: a) todos los hechos pertinentes relativos al país de origen en el momento de resolver sobre la solicitud, incluidas las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes del país de origen y el modo en que se aplican (...)”<sup>522</sup>.

El dispositivo se completa con el artículo 10§3 b) de la Directiva 2013/32/UE según el cual “los Estados miembros garantizarán que las resoluciones sobre las solicitudes de protección internacional de la autoridad decisoria se dicten tras un examen adecuado”<sup>523</sup>. A tal efecto, los Estados miembros garantizarán que se obtenga información precisa y actualizada de diversas fuentes, por ejemplo, información de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo<sup>524</sup> (*European Asylum Support Office*, en adelante EASO) y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante ACNUR)<sup>525</sup> y de organizaciones

---

<sup>522</sup> Ibidem

<sup>523</sup> Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (DO L 180, 29 de junio de 2013).

<sup>524</sup> La Oficina Europea de Apoyo al Asilo es una agencia creada por el Reglamento 439/2010 de la UE para aumentar la cooperación de los Estados miembros de la UE en materia de asilo, mejorar la implementación del Sistema Europeo Común de Asilo y apoyar a los Estados miembros bajo presión. Para más información URL <https://easo.europa.eu>:

<sup>525</sup> Creada por Resolución 319 (IV) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1949. Con anterioridad, en 1943, se había creado la *Administración de las Naciones Unidas para el Auxilio y la Rehabilitación* (UNRRA), sustituida en 1947 por la *Organización Internacional para los Refugiados* (OIR), en virtud de Resolución 62 (I) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1946. La OIR dejará de funcionar el 31 de diciembre de 1950, para dar paso al ACNUR.

internacionales de defensa de los derechos humanos, respecto de la situación general imperante en los países de origen de los solicitantes.

El temor de persecución y no la persecución efectiva es lo que se debe probar como hecho generador. La persecución que se teme debe revestir una cierta gravedad, como hemos visto y referirse además al solicitante. El temor subjetivo debe así fundarse en una situación de riesgo objetivo para que sea considerado razonable. Como lo recuerda el ACNUR, las notas preparatorias de la redacción de la Convención ayudan a esclarecer este tema. Una de las categorías de refugiados a la que hace referencia el Anexo I de la Constitución de la Organización Internacional de los Refugiados (OIR) es la de personas “que expresaron objeciones válidas a retornar” a sus países, definiéndose “objeción válida” como “persecución, o temor, basado en motivos razonables de persecución”. El manual de la OIR enuncia que la expresión “motivos razonables” debía de entenderse en el sentido de que el solicitante ofrece “un relato creíble y coherente de las causas por las cuales teme la persecución” (ACNUR 1998, 4). Cabe recordar, asimismo, que el TEDH prohíbe la expulsión del solicitante, cuando éste se encuentra expuesto en caso de retorno a su país de origen de un riesgo de muerte, tortura o penas y tratamientos inhumanos y degradantes.

Los hechos relevantes presentados por el solicitante son confrontados a las fuentes objetivas de información disponibles como los informes de Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la EASO, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>526</sup> (en adelante, FRA), los informes de las ONG (*Amnesty International*, ILGA, *Human Right Watch*), los informes de organismos nacionales (*Refugee Documentation Centre* de Irlanda, la Agencia sueca de inmigración, el Defensor del pueblo, la Comisión canadiense de inmigración, etc.), las publicaciones académicas, los documentos jurídicos (leyes, sentencias...), los artículos de prensa y asimismo las fuentes provenientes de redes sociales, así como de las visitas *in loco* y misiones de oficinas de asilo en los países de origen. La pertenencia a un determinado grupo social como categoría de protección del derecho internacional recepcionada en el

---

<sup>526</sup> Para más información <http://fra.europa.eu/es>

derecho europeo es el segundo elemento que debe probarse. Las diferentes formas de persecución deben imputarse a algunos de los cinco motivos establecidos en la Convención de Ginebra (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas). La orientación sexual y la identidad de género entran dentro de la categoría “pertenencia a un determinado grupo social” objeto de protección (Díaz Lafuente, J., 2014, pp. 364-365). Tal categoría no significa que existan estructuras colectivas, basta con que el solicitante sea percibido y reconocido por la sociedad de origen como miembro de un grupo específico. Es el juez, por consiguiente, el que debe analizar de manera individual el caso concreto. Y es que, no debemos olvidar, que el temor a la persecución puede provenir del aparato represivo del Estado, de actores no estatales o de la hostilidad de la propia familia del solicitante<sup>527</sup>.

En este orden de ideas, también es oportuno mencionar en el ámbito de la UE, la existencia del Manual sobre Asilo que funciona a modo de guía para que las autoridades nacionales de los distintos Estados miembros operen de manera similar al momento de recibir una solicitud de asilo de acuerdo con las normas internacionales vigentes en la materia (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2014). El artículo 3.1.1 de dicho Manual trata de la “naturaleza del riesgo”. Recuerda, en primer lugar, que el artículo 9 de la mencionada Directiva 95/2011/UE<sup>528</sup> especifica que la persecución puede adoptar diversas formas, como actos de violencia (física o psíquica), o incluso medidas administrativas o jurídicas. Las diversas formas de persecución y los actos mencionados previamente deben poder atribuirse a una de las cinco categorías de persecución derivadas de la Convención de Ginebra de 1951, que están consagradas en el artículo 10 de dicha Directiva, que en su versión modificada exige explícitamente la debida consideración

---

<sup>527</sup> Esta lógica es la mantenida por la sentencia de la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 25 de enero de 2015, recurso 2133/ 2015, en la que se reconoció el derecho de una etíope a permanecer en España ante el riesgo de ser estigmatizada socialmente en su país por causa de su enfermedad y orientación sexual.

<sup>528</sup> DO L 337/9 de 20 de diciembre de 2011.

de la orientación sexual a los efectos de determinar la pertenencia a un determinado grupo social.

## 6. LA PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS Y LA LIBERTAD DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

En la teoría general de la prueba encontramos dos grandes sistemas: el sistema de prueba legal y el sistema de la libertad de la prueba. En el primero, propio del derecho civil y penal, se determina por ley tanto las pruebas admitidas como su jerarquía, mientras que el segundo, propio del derecho administrativo, deja la apreciación de la prueba en manos de la autoridad competente. El asilo se rige por el régimen de la libertad de la prueba. En principio cualquier prueba fiable resulta admisible. La autoridad competente en la materia evalúa con toda libertad el valor de los elementos de prueba que el solicitante le somete y toma su decisión en función de una íntima convicción. El criterio que determina la íntima convicción, como lo indicamos anteriormente, no es la verdad sino la verosimilitud del relato aportado.

Por lo que se refiere a la carga de la prueba (¿quién debe probar?), cabe señalar que el principio *actori incumbit probatio*<sup>529</sup> debe interpretarse de manera flexible por la naturaleza misma del proceso en el cual las partes se encuentran en situación de desigualdad. En efecto, no se le exige tanto al solicitante que aporte la prueba completa como que aporte ciertos indicios que sirvan como comienzo de prueba. Inclusive el derecho europeo no utiliza el término “prueba” para referirse a los procedimientos de asilo. El artículo 4 de la Directiva no. 95/2011/UE establece únicamente que “es obligación del solicitante presentar lo antes posible todos los elementos necesarios para fundamentar su solicitud...”. Según ACNUR, esta obligación se cumple por parte del solicitante presentando un informe veraz de los hechos que fundamentan la solicitud, de modo que, basándose en los hechos, se pueda llegar a tomar una decisión adecuada (ACNUR, 1998). En realidad, la directiva no impone la carga de la prueba al solicitante, solo contempla que los

---

<sup>529</sup> Traducción “La prueba incumbe al demandante”

Estados miembros puedan considerar la obligación de que éste pueda dar argumentos que permitan cimentar sus alegaciones. La noción “fundamentar su solicitud” implica efectivamente un deber menos pesado que aquel clásico de “carga de la prueba”.

Otras de las cuestiones importantes en relación al sistema probatorio es la problemática de los plazos. Según la Directiva 2011/95/UE, el solicitante debe presentar con la mayor rapidez posible su solicitud a menos que pueda demostrar la existencia de razones fundadas para no haberla presentado a tiempo (art. 4 d.). Según el ACNUR en la práctica el término “lo antes posible” se define por el plazo y las modalidades del procedimiento. En cuanto a presentación de declaraciones, pruebas documentales y de otro tipo, el ACNUR insta a las autoridades decisorias a que velen para que el procedimiento permita y las orientaciones normativas instruyan a los responsables de la decisión a tener en cuenta las circunstancias personales y contextuales de los solicitantes, incluyendo los medios a su disposición para obtener pruebas documentales y de otro tipo, incluyendo traducciones, cuando sean necesarias (Borrillo, D./Gutiérrez Castillo, V.L., 2012, 759).

Ahora bien, el principio de libertad de prueba que gobierna todo proceso en materia de asilo no significa que no existan reglas que determinen la validez de los medios probatorios. El artículo 10§3 a) de la Directiva 2013/32/UE establece un principio general según el cual “el examen de las solicitudes y la adopción de las resoluciones se efectúen de forma individual, objetiva e imparcial”. Más específicamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en tanto que intérprete del derecho europeo ha establecido un régimen probatorio en el que ciertas pruebas se encuentran prohibidas, en particular aquéllas que atentan a la vida privada y la dignidad del solicitante. El principio de cooperación con el solicitante es, según el artículo 4 de la Directiva de 95/2011/UE, un deber del organismo de evaluación de la prueba. El solicitante puede desconocer la obligación de fundar sus alegaciones y más aún cómo hacerlo. Es a la instrucción a quien incumbe la tarea de asistir al solicitante por todos los medios de que disponga como lo indica el TJUE al establecer que “el Estado debe cooperar con el

solicitante en el momento de la determinación de su alegación”<sup>530</sup>. En caso de imposibilidad de aportar pruebas materiales (documentos, testimonios...) sus declaraciones son suficientes siempre y cuando las mismas se consideren coherentes y verosímiles y no contradigan la información específica de carácter general disponible. La credibilidad general del solicitante constituye el elemento principal de evaluación.

La obtención del asilo dependerá en gran medida de la credibilidad de las declaraciones del solicitante, sobre todo cuando las mismas constituyen el único elemento de prueba. Una vez identificados los hechos pertinentes: que el solicitante tenga un temor fundado de ser perseguido en su país de origen por algunas de las razones establecidas en la norma y que se encuentre en la incapacidad de solicitar la protección de su país (bien porque no pueda, bien porque no lo desee hacerlo por dicho temor), la cuestión de la evaluación de sus declaraciones por parte de las autoridades de instrucción constituye la etapa más importante del procedimiento de asilo. Evaluar la credibilidad exige que el agente responsable de la decisión establezca una conclusión clara acerca de la probable veracidad de cada hecho invocado. La cuestión es particularmente compleja, ya que tanto la Directiva 95/2011/UE como la Directiva 32/2013/UE no prevén la manera en cómo se debe evaluar la credibilidad de dicha declaración. Corresponde entonces a cada Estado miembro regular en su propio ordenamiento jurídico las modalidades procesales del caso. Para ello, el ACNUR propone una definición de la credibilidad según la cual la misma puede establecerse “cuando el solicitante presenta una demanda coherente y plausible que no se contradice con las informaciones generales disponibles” (ACNUR, 1998).

Sobre la base de lo establecido por las diferentes jurisprudencias nacionales, el EASO en su documento de 2018 sobre la valoración de las pruebas y de la credibilidad en el marco del sistema europeo común de asilo, propone determinados criterios que permiten evaluar la credibilidad de la declaración del solicitante en función de cuatro variables: la consistencia interna del relato, la externa, su grado de detalle y su

---

<sup>530</sup> TJUE, 2 de diciembre de 2014, aff. C-148/13, C-149/13 et C-150/13, A, B et C c/ *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, préc., § 64.

verosimilitud. Según el EASO, la consistencia interna se refiere a las conclusiones acerca de la coherencia y las posibles incongruencias, discrepancias u omisiones de las declaraciones y otras pruebas presentadas por los solicitantes en sus escritos y entrevistas, en todas las fases de la tramitación de su solicitud y recurso hasta la resolución final. Lo principal en este aspecto es el nivel de coherencia del relato o historia del solicitante (EASO, 2018, p. 90). Ello no significa, como recuerda el TJUE, que el relato deba ser lineal, cronológico y que el solicitante deba recordar con lujo de detalle fechas exactas<sup>531</sup> como siempre todo dependerá de las circunstancias individuales. La consistencia externa se refiere a la coherencia entre el relato del solicitante (expuesto en su entrevista personal y otras declaraciones) y la información de conocimiento general, otras pruebas, como testimonios presentados por familiares u otros testigos, pruebas documentales sobre cuestiones relevantes para la solicitud, IPO<sup>532</sup> y cualquier otra prueba pertinente sobre el país.

El “nivel de detalle suficiente” como índice de valoración de la credibilidad del relato significa que es razonable esperar que el solicitante pueda restituir los hechos más significativos de manera específica teniendo en cuenta siempre las circunstancias individuales del caso. Muchas veces la imposibilidad de restituir detalladamente un hecho o hacerlo de manera muy distante constituyen mecanismos de defensa inconscientes que permiten proteger emocionalmente al solicitante de los traumas vividos (Freedman, J., 2017, pp. 23-24). Respecto de la verosimilitud del relato, el EASO afirma que el término verosímil tiene un alcance mucho más limitado que el de credibilidad (ya que un relato puede no ser creíble, a pesar de ser verosímil). El ACNUR considera por su parte que la verosimilitud se refiere a lo que parece razonable “posible o probable» (Borrillo, D./Gutiérrez Castillo, V.L., 2012, p. 759).

---

<sup>531</sup> TEDH, JK and Others v Sweden. Application no. 59166/12 nota a pie de página 20, apartado 93, disponible en URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-165442"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

<sup>532</sup> IPO significa “Información sobre el país de origen”.

## 7. UNIDAD EN EL FIN, DIVERSIDAD EN EL PROCESO: ESTUDIO COMPARADO EN LOS ESTADOS DEL MEDITERRÁNEO

Llegados a este punto, cabe señalar que la naturaleza de los procedimientos seguidos en todos los países de la UE no es igual, como tampoco lo es la praxis de sus respectivas autoridades en el necesario/debido respeto de los derechos del solicitante en el proceso. En este sentido, cabe señalar que en los últimos años, las autoridades nacionales de algunos Estados europeos han utilizado (o aceptado) en los procesos conducentes al reconocimiento de la condición de refugiado pruebas que violan los derechos humanos de los solicitantes<sup>533</sup>, calificadas por el ACNUR intrusivas y desproporcionadas (UN High Commissioner for Refugees, 2011) y que han dado lugar a una interesante jurisprudencia del TJUE<sup>534</sup> al respecto, conformando con sus decisiones criterios objetivos para el desarrollo del SECA. En este sentido, el TJUE en la decisión *F/Bevándorlásiés Állampolgársági Hivatal* (2018) reconoció que algunos métodos periciales pueden ser útiles para valorar hechos y circunstancias que consten en la solicitud, pudiéndose aplicar éstos sin que ello suponga *a priori* una vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, el tribunal concluyó que en la medida en que la realización de determinadas pruebas (en concreto, test psicológicos) está subordinada a la expresión del consentimiento del solicitante, cabe considerar que ésta no se presta con total libertad en estos casos, dado que, *de facto*, viene impuesta por la presión de las circunstancias en las que

---

<sup>533</sup> Sirva como ejemplo, entre otros, la utilización de los test falométricos, inventados por el sexólogo Freud en 1950 para luchar contra las infracciones sexuales, como medio de prueba para verificar testimonios de solicitantes de asilo por orientación sexual. Concretamente, las autoridades checas sometieron a un solicitante de asilo a este test, mientras le hacían visionar un film pornográfico heterosexual al objeto de verificar su orientación sexual. Lo mismo ha ocurrido en el caso de Hungría. En 2015 la Oficina Húngara de Inmigración y Asilo (la *Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*) decidió denegar el estatuto de refugiado a un solicitante sobre la base de un informe pericial psicológico. Los test utilizados en este caso fueron el de Rorschach (evaluación psicológica de tipo proyectiva consistente en presentar unas láminas con manchas que deben ser interpretadas por el paciente) y el test de Szondi que consiste en analizar una serie de fotos y organizarlas en función de las más agradables a las más desagradables

<sup>534</sup> Véase por ejemplo Sentencia del TJUE (GS), *A y otros c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, de 2 de diciembre de 2014, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, ECLI:EU:C:2014:2406

se encuentran los solicitantes<sup>535</sup>. Por tanto, también en este asunto, el TJUE consideró que el sometimiento al solicitante a este tipo de pruebas constituye una injerencia en la vida privada<sup>536</sup> no ajustándose a la norma comunitaria a la luz de la CDFUE<sup>537</sup>.

En otro orden de ideas y al hilo de lo expuesto anteriormente, todos los Estados no siguen los mismos procedimientos en la concesión de asilo, ni éstos responden a la misma naturaleza jurídica. Así, por ejemplo, el procedimiento seguido en Francia para la concesión de asilo tiene naturaleza administrativa, mientras que el que aplica Italia tiene una naturaleza mixta, con intervención de la jurisdicción civil. Por lo que respecta al sistema galo el derecho de asilo está regido por las disposiciones del libro VII del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA), reformado por la Loi no. 2018-778 du 10 septembre □□□□ *pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*<sup>538</sup>. De conformidad con este sistema, una persona que solicita asilo en Francia puede obtener tanto el estatuto de refugiado, como el de protección subsidiaria, dependiendo de si sufre persecuciones o penas graves en su país de origen. Sin embargo, el reconocimiento de cualquiera de estas protecciones internacionales, requiere un proceso previo. Para plantear una demanda de asilo, quien demanda debe encontrarse en territorio francés y dirigirse, obligatoriamente, al establecimiento público administrativo establecido para ese

---

<sup>535</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (ST) de 25 de enero de 2018, apdo. 53, ECLI:EU:C:2018:36.

Planteamiento este que también mantuvo en su Sentencia de 2 de diciembre de 2014, asuntos acumulados

C-148/13 a C-150/13, EU:C:2014:2406, apdo. 66.

<sup>536</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (ST) de 25 de enero de 2018, apdos. 54, 56 y 57, ECLI:EU:C:2018:36.

<sup>537</sup> TJUE, comunicado de prensa no. 8/18, de 25 de enero de 2018, relativo a la sentencia en el asunto C-473/16, *F. c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*.

<sup>538</sup> Journal officiel de la République française (en adelante JORF) de 11 de septiembre de 2018.

fin (la *Office français de protection des réfugiés et apatrides*<sup>539</sup>) donde se le facilitará un formulario concreto. Se trata, en este caso, de un procedimiento formal. Al margen de este procedimiento clásico, existe un procedimiento derogatorio, el relativo a asilo en frontera, que se aplica cuando el demandante se encuentra bloqueado en la frontera (en un aeropuerto, una estación de tren, puerto...) con ocasión de su llegada al país, bien porque se presente sin visa o indocumentado. En estos casos, podrá tramitar una demanda de autorización de entrada de asilo en el territorio. El derecho francés integra el derecho internacional de la Convención de Ginebra y las reglas del derecho común europeo de asilo en su sistema. En caso de inadmisibilidad o de rechazo de la solicitud de asilo, el demandante puede plantear un recurso ante la *Cour nationale du droit d'asile* (CNDA) en el periodo de un mes a contar desde la notificación de la decisión. Este órgano es un órgano de orden administrativo, creado en 1952.

En el caso Italia, la situación es bien distinta, el derecho de asilo está garantizado por el artículo 10.3 de su Constitución, el cual establece literalmente que

El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas. La Ley regula la situación jurídica de los extranjeros de conformidad con las normas y los tratados internacionales. Todo extranjero al que se impida en su país el ejercicio efectivo de las libertades democráticas garantizadas por la Constitución italiana tendrá derecho de asilo en el territorio de la República, según a las condiciones establecidas por la Ley. No se admite la extradición de extranjeros por delitos políticos<sup>540</sup>.

Sin embargo, el reconocimiento del estatuto de refugiado no entró en el ordenamiento jurídico italiano hasta la adhesión del país a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y la Convención de Dublín de 15 de junio de 1990, relativa a la determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados

---

<sup>539</sup> Esta oficina es un establecimiento administrativo creado por Loi de 25 de julio de 1952. Para más información sobre esta institución véase [https://asile-en-france.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=44&Itemid=173](https://asile-en-france.com/index.php?option=com_content&view=article&id=44&Itemid=173)

<sup>540</sup> Original en italiano. La traducción es nuestra. Puede consultarse el original en la Gazzetta Ufficiale, no. 298, de 27 de diciembre de 1947.

miembros de la Comunidad Europea. A pesar de que el derecho común europeo en materia de asilo se aplica en Italia, este país necesitaría una ley orgánica para regular la cuestión en su conjunto y mejorar sensiblemente la situación de refugiados. Italia es el único país de la UE que no dispone de una ley unitaria en esta materia que garantice a los demandantes de asilo un sistema funcional, de asistencia y de integración. Además de las lagunas legislativas, Italia no dispone de una política pública y de un sistema nacional de acogida, de protección e integración.

Por lo que respecta al procedimiento que se sigue en el sistema italiano, cabe señalar que la llegada de una demanda de asilo debe estar dirigida a la policía de fronteras. Después de una primera identificación del demandante, la solicitud de protección internacional propiamente dicha se efectúa a través de un formulario especial (formulario C3) por el agente de policía, que registra la información sobre la identidad y estatuto personal del demandante. En este punto, la policía solicita a la persona afectada que facilite información sobre las razones que lo han llevado a solicitar la protección internacional. Además, si lo considera necesario, el extranjero tendrá derecho a ser asistido por un intérprete. En definitiva, el demandante deberá remitir a las autoridades policiales, todos los documentos que tenga en su posesión. La solicitud es examinada por la Comisión territorial competente para el reconocimiento de la protección internacional. En los casos más delicados, cuando el extranjero ha sufrido grave violencia física o psicológica, tiene derecho a ser alojado y ayudado por el personal de apoyo experimentado y a que su demanda sea examinada con prioridad. En el caso de Italia, la oficina de inmigración (*ufficio immigrazione*) recibe las demandas planteadas en su territorio, mientras que la policía de frontera (*polizia di frontiera*) es la que recibe las solicitudes de asilo planteadas en frontera. La *Unità Dublino* del *Ministerio dell'Interno*, es la encargada de decidir sobre las demandas conforme al Reglamento de Dublín. La Comisión territorial para el reconocimiento de la protección internacional (*Commissioni Territoriali per il Riconoscimento della Protezione Internazionale*) tiene un poder de decisión relativo a la revocación y la terminación del estatuto de protección internacional. Asimismo, se encarga de orientar y

coordinar las comisiones territoriales, de formar a sus miembros y recabar datos estadísticos. Una de las principales diferencias con el sistema francés es que un tribunal de lo civil es el que decide sobre los recursos, siendo la *Corte di Cassazione*, la que debe resolver los recursos en segunda instancia.

## 8. CONCLUSIONES

En un primer momento, el principio rector de la protección internacional de los refugiados es el de no devolución. Europa es uno de los principales destinos de aquéllos que huyen buscando sociedades con un mayor grado de aceptación y protección de sus derechos. Se da la paradoja, sin embargo, de que, en muchas ocasiones los solicitantes de asilo se enfrentan a distintas vulnerabilidades. Además de la violencia y el riesgo de persecución sufridos en sus países de origen, son objeto de discriminación y violación de sus derechos durante los procesos legales por las autoridades de los Estados de acogida. Éstas fundamentan sus decisiones sobre la íntima convicción de la concurrencia en el solicitante de los requisitos exigidos por la norma para la requerida protección, disponiendo para ello de un amplio margen de apreciación durante todo el proceso.

En Europa, los Estados han regulado los procedimientos de asilo y refugio, haciendo constantes reenvíos a la normativa internacional y equiparando estos conceptos. La desbordante inmigración y llegada de refugiados, ha constituido un fuerte impulso político y jurídico para regular determinados aspectos protectores y sustantivos del estatuto de asilo y refugio. Esto explica la existencia de un estatuto común de personas protegidas en Europa, con nuevas formas de protección, como es el caso de la figura de la “protección subsidiaria”. Se ha pasado así de un primer enfoque de armonización formal de políticas de asilo nacionales –como consecuencia de la libre circulación de personas del mercado interior-, a un nuevo planteamiento de elaboración de una política europea propia, anclada en planteamientos globales vinculados a los derechos humanos y cuya incipiente regulación se ha anticipado en la práctica a la entrada en vigor del TFUE y sus novedosas previsiones.

El actual régimen de asilo y refugio en la UE no es un sistema uniforme que evite las divergencias entre los ordenamientos jurídicos nacionales. El recurso al establecimiento de normas mínimas y la reticencia de los Estados en adoptar sistemas de protección de los solicitantes más flexibles y beneficiosos, ha dado lugar a un cierto margen de discrecionalidad en el reconocimiento de estas categorías. Sin embargo, el que la valoración y evaluación de las pruebas estén sujetas al principio de la libre apreciación no significa, sin embargo, que no existan límites. A partir del marco normativo supranacional existente en el continente europeo, completado y ampliado por la intensa labor jurisprudencial, es posible identificar elementos que permiten dotar de una cierta objetividad a los procesos probatorios ante las solicitudes presentadas, garantizando con ello un estándar mínimo de protección de derechos y dignidad de los solicitantes. En este sentido, el TEDH empezó a constituirse a partir de los años ochenta en una fuente de protección, acompañado paralelamente por el TJUE, el cual, en tanto que intérprete del derecho de la UE, ha establecido una serie de principios-guía para las autoridades estatales, basados en el respeto a los derechos fundamentales y dignidad del individuo.

## 9. BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR (1998), *Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo*
- Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2014), *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*
- Arenas, N. (2003). La institución de la Protección Temporal en Europa: Ejes conceptuales de la acogida territorial debida a las poblaciones desplazadas de forma masiva., *Anuario de Derecho Europeo* (3), 99 – 121.
- Borrillo, D./Gutiérrez Castillo, V.L., (2021), Hacia un análisis sistémico del proceso probatorio en materia de asilo por motivo de orientación sexual e identidad de género en el derecho común europeo, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XXI, 741-772.
- Briosia, E /Weyembergh, A. (1997), Extradition et asile : vers un espace judiciaire européen ? *Revue Belge de Droit International*, no. 1, 69-98.

- Carrera Hernández, F.J., (1995) El derecho de asilo de los ciudadanos de la Unión en el interior de la UE, *Revista de Instituciones Europeas* (3), 837-857.
- Carrillo Salcedo, J.A. (2002), Prólogo *La Ley de Extranjería a la luz de las obligaciones de España en derechos Humanos*, Universidad Internacional de Andalucía.
- Chemin, A. (2015), El derecho de asilo: un naufragio europeo, en *Sin permiso*, disponible en URL: <http://www.europe-solidaire.org/spip.php?article36028>
- Del Valle Gálvez, A./Acosta Sánchez, M.A. (2007), La evolución en el tratamiento de asilo y refugio en la Unión Europea, *La Conferencia de Argel y las Relaciones Internacionales*, 301-324.
- Díaz Lafuente, J. (2014). El derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género, *Revista de Derecho Político* (89), 364-365.
- Duffy, A. (2008). Expulsion to face torture? Non - refoulement in International Law. *International Journal of Refugee Law* 20 (3), 373 - 375.
- European Asylum Support Office (2018). *Analyse juridique : Évaluation des éléments de preuve et de la crédibilité dans le contexte du régime d'asile européen commun*
- European Asylum Support Office (2016). *An introduction to the Common European Asylum System for Courts and Tribunals*.
- Escobar Hernández, C. (1993). El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria. *Revista de Instituciones Europeas* (1), 53-98.
- Escobar Hernández, C. (2003), El asilo en la Unión Europea, en Mariño Fernández, F.M. (Dir.) *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, 741-788.
- Freedman, J. (2017), Peur, honte, humiliation ? Les émotions complexes des demandeurs d'asile et des réfugiés en Europe, *Migrations Société*, (168), 23-34.
- Gil Bazo, M. T. (2015). Asylum as a general principle of international law, *International Journal of Refugee Law* 27(1), 3-28.
- Gutiérrez Castillo, V.L./ López Jara, M. (2016), *El desarrollo y consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Tecnos, 2016.

- Gutiérrez Castillo, V.L. (2021), Los procesos probatorios de solicitudes de asilo por orientación sexual e identidad de género en Europa: análisis desde la perspectiva de los derechos humanos, *Revista Española de Derecho Internacional* (7), 115-131.
- Grahl-Madsen, A. (1966) The European Tradition of Asylum and the Development of Refugee Law, *Journal of Peace Research* 3 (3), 278–289.
- Lévy-Bruhl, H. (1952), Réflexions sur la preuve judiciaire, *Journal de psychologie normale et pathologique*, 14, 1952, 82.
- Ponte Iglesias, M.T. (2002), La protección de los refugiados en el marco regional europeo, *Anuario de Derecho Europeo* (2), 329-351.
- Somohano, S. (2007). El derecho internacional de los refugiados: alcance y evolución, *Revista de la Facultad de Derecho de México* (248), 69 - 96.
- UN High Commissioner for Refugees (2011), *UNHCR's Comments on the Practice of Phallometry in the Czech Republic to Determine the Credibility of Asylum Claims based on Persecution due to Sexual Orientation*, Nueva York.
- Weber, A. (2002), La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22 (64), 81 – 82.

(\*) Esta publicación es el resultado de las investigaciones realizadas en el marco del Grupo de investigación del Sistema de Investigación Científica de Andalucía, SEJ-399 DECOMESI, en ejecución en la Universidad de Jaén

BLOQUE III

EL DERECHO ESPAÑOL ANTE DIVERSOS DILEMAS  
Y CUESTIONES PROBLEMÁTICAS  
DEL FENÓMENO MIGRATORIO

---

## LA VICTIMIZACIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS: HERRAMIENTAS RESILIENTES

---

ANE VIANA SALINAS

*Instituto Vasco de Criminología. Universidad del País Vasco*

### 1. INTRODUCCIÓN

La inmigración internacional, no es un fenómeno nuevo en el tiempo, sino que se trata de un fenómeno que ha estado presente a lo largo de la historia de la humanidad (Messina, 2006). Estas migraciones, son un acto legítimo, sin embargo, los territorios de llegada de las migraciones, tienden a criminalizar todo tipo de inmigración irregular. En el caso de los menores extranjeros no acompañados, quienes comienzan a llegar a nuestras costas a partir de los años 90, su mayor fuente de vulneración de derechos es la propia política migratoria europea, la cual está centrada en el control de fronteras y no en la protección de estos niñas y niños (O'Connell, 2011).

Por lo tanto, el tratamiento de las instituciones al fenómeno de las migraciones de menores migrantes no acompañados ha sido y es ambivalente, encontrándose los menores en una encrucijada jurídica entre dos legislaciones opuestas: la legislación del menor, que es garantista, y la legislación de extranjería, que es restrictiva. Ante esta tensión existente entre la necesidad de control migratoria y la aplicación de políticas de protección (Bravo y Santos- González, 2017), son muchos los menores que sufren una doble victimización: victimización infantojuvenil (por su condición de menor) y victimización racista (por su condición de migrante).

Los diferentes episodios de victimización que sufren los niños y niñas, van a generar terror e indefensión poniendo en peligro su integridad física y psicológica (Echeburúa, 2004). Las experiencias de victimización, suponen un factor de riesgo para el bienestar físico y emocional,

aun así, son muchos quienes cuentan con unos factores de protección y a pesar de las dificultades, consiguen acceder a una vida sana, plena e integral, en definitiva, cuentan con una buena capacidad resiliente.

### 1.1. MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS: UN COLECTIVO CON UNA DOBLE CONDICIÓN.

Los menores extranjeros no acompañados, según la definición que se recoge en la Resolución del Consejo de Europa del 26 de julio de 1997<sup>541</sup>: *“son menores de □□ años, nacionales de terceros países, que llegan a territorio español sin ir acompañados de un adulto responsable de ellos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres en tanto no en tanto no se encuentran efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable”*.

Por su parte, El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), los define como: *“Los niños y adolescentes menores de dieciocho años que se encuentran fuera del país de origen y están separados de ambos padres o de la persona que por ley o costumbre los tuviera a cargo suyo. Algunos de estos menores están totalmente solos, mientras que otros conviven con otros familiares. Los menores no acompañados pueden haber solicitado asilo por miedo a la persecución, a la falta de protección ante violaciones de derechos humanos, conflictos armados y/o graves disturbios en su país de origen. Algunos pueden haber sido víctimas del tráfico de personas u otro tipo de explotación o pueden haber viajado en Europa huyendo de situaciones de pobreza severa. Muchos de estos menores han vivido experiencias terribles y han sobrevivido a circunstancias de extrema dureza.”*

En España, la Directiva 2001/55/EC de 20 de Julio<sup>542</sup>, considera menor extranjero no acompañado al nacional de un tercer país o al apátrida menor de dieciocho años que llega al territorio de un Estado miembro

---

<sup>541</sup> Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (97/C 221/03)

<sup>542</sup> Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida.

de la Unión Europea sin estar acompañado de un adulto responsable, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres. También se considera menor extranjero no acompañado al que queda sin la compañía del adulto responsable después de su llegada al Estado miembro.

Otras organizaciones como Human Rights Watch (2002, 2007, 2008), UNICEF (2009), Save The Children (2007), y diferentes defensores del pueblo como Ararteko (2005, 2009, 2021) han publicado también informes donde se recogen diversas definiciones sobre los menores migrantes. Además de organismos e instituciones son varios los autores que han definido a los menores extranjeros no acompañados.

La aparición de estos menores se da a partir de la segunda mitad de los años 90. Los niños y niñas dejan de lado los procesos migratorios realizados en familia, y emprenden viajes en solitario o acompañados de adultos que no ejercen la tutela sobre ellos (Díaz Burgos, 2014). De esta manera, comienza a darse un nuevo proceso migratorio, el cual, Elisa García España et. al. (2021), han denominado migraciones modernas, donde los protagonistas serán los menores extranjeros no acompañados. Ahora bien, aunque la llegada de los menores migrantes no acompañados se sitúa en los años 90, es a partir del año 2003 cuando las cifras de los menores que llegan a nuestras costas comienzan a ser relevantes (Bravo y Santos- González, 2017).

En la Comunidad Autónoma Vasca, este fenómeno migratorio es prácticamente inexistente hasta 1996, siendo de 1996 a 2001 el número de los menores extranjeros no acompañados muy reducido en comparación con otras comunidades autónomas. A partir de 2001 comienza a detectarse un incremento más marcado y constate en el tiempo, mayormente en Gipuzkoa y Bizkaia (Ararteko, 2005). En los próximos años, el número de este colectivo asciende en los tres territorios vascos, aunque con un mayor incremento en Álava (Ararteko, 2009).

Este aumento se ha estado manteniendo durante los últimos años, como consecuencia de la recuperación económica del estado español, llegando a producirse incluso una saturación en los centros de acogida. Por desgracia, debido a la COVID-19 y su consecuente cierre de frontera, en los dos últimos años (2019-2020), la llegada de menores

migrantes no acompañados se ha reducido considerablemente (Barba del Horno, 2021; Ararteko, 2021).

En cuanto al número de estos niños, niñas y adolescentes, según el Registro de Menores Extranjeros no Acompañados, en 2019, había alrededor de 2893 menores migrantes en España. Si bien es cierto, esta cifra no es real. Tal y como ha señalado el Ararteko (2021) debido a las características de irregularidad documental, a la movilidad residencial y a la incorporación permanente de sus componentes, resulta muy difícil aproximarse a una cifra exacta. Son muchos los menores que no son localizados, y por tanto no forman parte del recuento (Etxeberria, Murua, Garmendia y Arrieta Aranguren, 2012). Además, debido a la falta de coordinación entre las comunidades y la ausencia de rigor en el cálculo de las estadísticas, se han aportado cifras muy diferentes (Jiménez e Izquierdo, 2013). Por lo tanto, son muchos los autores que coinciden en señalar la insuficiencia de información objetiva, fiable y sistematizada sobre estas personas (Herrero, 2005).

Respecto al perfil, los menores extranjeros no acompañados, a menudo, comparten unas características y particularidades, así como un motivo migratorio:

- Sexo: la migración de menores no acompañados en territorio español ha sido y es principalmente de sexo masculino. La mayoría son varones; esto no quiere decir, que no haya chicas que migran solas.
- Edad: La mayoría son adolescentes, aunque en los últimos años ha aumentado la llegada de niños más pequeños. Cuando los menores llegan indocumentados sin ningún tipo de papel físico y legal que verifique su edad, y se dude de que se trata de un menor, o en los casos en los que aun encontrándose en posesión de documentación que acredite que es menor de edad existan dudas sobre la autenticidad de dicho documento, se procederá a la realización de pruebas que determinen su edad (Díaz Burgos, 2014). La determinación de la edad, se realizará

a petición de Ministerio fiscal, tal y como se establece en el art. 48 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre<sup>543</sup>.

- País de procedencia: La mayoría proceden de África Subsahariana, Magreb (Marruecos y Argelia) y Europa del Este, aunque principalmente, es Marruecos el principal país de procedencia de los adolescentes y jóvenes que llegan a España. (Etxeberria, Murua, Garmendia y Arrieta, 2012).
- Entorno familiar y recursos: Existe una gran heterogeneidad familiar. Según Etxeberria, Murua, Garmendia y Arrieta (2012) alrededor del %70 procede de familias numerosas con pocos recursos económicos. En un estudio realizado por Amina Bargach (2006) y Elisa García España (2016), señalan que existen 4 situaciones familiares de referencia en el país de origen: un 40% viven en una situación estable, aunque la situación económica de la familia es precaria; un 35% viven en un ambiente familiar inestable, con una situación económica muy precaria; un 15% que hacen de la calle su modo de vida y están desarraigados de su núcleo familiar y un 10% sin menores escolarizados que viven con su familia en un ambiente afectivo y económicamente estable.
- Perfil educativo y laboral: Carecen de formación adecuada para incorporarse con garantías al mercado laboral español. Ya que suelen abandonar sus estudios a temprana edad. El denominador común de estos menores es que presentan un perfil educativo bajo
- Motivo migratorio: La mayoría de los menores cuentan con un proyecto migratorio claro, que es obtener el permiso de residencia y encontrar un trabajo para poder mejorar su situación económica y futuro. Aunque este es el motivo principal, existen otras causas y otras motivaciones que justifican la decisión de migrar. Según Quiroga, Alonso y Armengol (2005) son tres

---

<sup>543</sup> Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

los motivos principales de la migración: 1) poder mejorar su económica, su cultura y su situación política, 2) debido a las expectativas creadas por familiares, amigos y los medios de comunicación, y 3) con el fin de huir de situaciones criminales, es decir, para evitar o poner fin a una posible victimización. Capdevilla (2000), en función del motivo migratorio ha establecido 3 perfiles: 1) Menores migrantes con proyecto claro que se insertan en las redes de migrantes mayores de edad; 2) Menores sin proyecto definido que vienen impulsados por deseo de aventura y 3) Menores de calle con itinerancia transnacional.

Tras el análisis del perfil de estos menores, pasamos a analizar su situación jurídica. Los menores migrantes no acompañados que llegan a cualquier territorio de la Unión Europea, están sujetos a dos estatutos jurídicos diferentes, por un lado, son menores de edad, y, por otro lado, son “extranjeros de terceros países”. Este doble estatus jurídico, produce que entren en juego dos ámbitos normativos (Ortega Torres, 2019): aquel que los concibe como sujetos de derechos y de protección, y aquel que los ve como migrantes irregulares, objetos de control y de expulsión (Quiroga, 2003).

Atendiendo a la Convención sobre los Derechos del Niños (1989)<sup>544</sup>, al tratarse de niños y niñas, la condición de menor debe prevalecer sobre la condición de inmigrante, por lo que cuando son localizados en nuestro territorio los cuerpos de seguridad del estado deberán de poner a estos menores a disposición de los servicios de protección de menores quienes asumirán de manera inmediata su protección (Vinaixa, 2019). Sin embargo, tal y como señalan Gozalo, Jiménez y Vozmediano (2010), en el caso de los niños y niñas migrantes se aplica fundamentalmente la normativa de regulación de la extranjería, y, por lo tanto, son antes que menores que proteger migrantes que expulsar. En esta misma línea, García España (2016) ratifica que, al tener una doble condición, en muchas ocasiones, las respuestas de la propia administración y de los propios centros de protección también se centran más en la

---

<sup>544</sup>Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989

condición de extranjeros, lo cual genera dificultades y problemas durante la estancia en los centros.

La doble condición, no solamente tiene repercusiones en el estatus jurídico, sino que también los factores de riesgo para sufrir victimizaciones se duplican; es decir, muchos de los menores al contar con esa doble condición, sufren una doble victimización. Victimizaciones por ser niños y niñas necesitados de protección, y victimizaciones por ser extranjeros.

## 1.2. VICTIMIZACIÓN INFANTOJUVENIL Y VICTIMIZACIÓN RACISTA

### 1.2.1. Victimización infantojuvenil

La victimización infantojuvenil, hace referencia a las situaciones de victimización que sufren los niños, niñas y adolescentes (Pereda y Tamarit, 2013).

Ahora bien, ¿qué es la victimización? Podemos definir la victimización como el proceso por el cual una persona sufre las consecuencias de un hecho traumático o punible (Morillas, Patró y Aguilar, 2011). Cuando hablamos de victimización, es imprescindible tener en cuenta los diferentes tipos de victimización existentes: victimización primaria, victimización secundaria y victimización terciaria. En este capítulo nos centraremos en las dos primeras tipologías. Siguiendo a Echeburúa (2004), la victimización primaria alude a la victimización que se deriva directamente del acontecimiento traumático o delictivo. Por otro lado, la victimización secundaria, es aquella que se genera a raíz del contacto con los mecanismos de control social formal (Palacio, en Gutiérrez de Piñeres, Coronel y Pérez, 2009).

Cuando este tipo de victimizaciones, y sean primarias como secundarias, las sufren los menores de edad, como señalábamos anteriormente, nos hallamos ante la denominada victimización infantojuvenil, la cual parte de la ciencia victimológica del desarrollo (Finkelhor, Turner, Ormrod y Hamby, 2009).

La victimología del desarrollo sostiene que los menores de edad sufren más tipos de violencia, pues pueden ser víctimas de maltrato por parte

de los padres o cuidadores, sufrir negligencia, o los relacionados con su condición de dependencia e inmadurez física, emocional y social (Finkelhor y Dziuba-Leantherman, 1994). Además, según Pereda, Guilera y Abad (2014), los menores de edad se encuentran en una situación de dependencia respecto a los adultos, siendo menos conscientes del riesgo y contando con menos estrategias para hacer frente a las situaciones delictivas o traumáticas. Por lo tanto, los menores sufrirán además de las mismas formas de victimización que los adultos, aquellas propias del periodo en el que se encuentran (Finkelhor y Hashima, 2001).

Asimismo, cabe señalar que, atendiendo a las diferentes investigaciones sobre la victimización infantil, se ha ratificado que los menores de edad suelen sufrir diferentes tipos de victimización; es decir, no son solamente víctimas de un único proceso. Pears et al. (2008) indican que en el 90% de los casos conocidos por los sistemas de protección infantil, los menores han sido víctimas de múltiples formas de maltrato; es decir, son polivictimizados.

En el caso particular de los menores migrantes no acompañados, al encontrarse muchos en situación de calle durante su recorrido (principalmente en Ceuta y Melilla, mientras esperan en el puerto poder meterse en los Ferris que llegan a la península), las victimizaciones aumentan. Según un estudio realizado por García España et al (2021), el 68% de los encuestados fueron víctima durante su estancia en calle y el 74% de los que fueron víctimas informa haber sufrido una agresión física.

### 1.2.2. Victimización racista: delitos de odio

Los menores migrantes no acompañados, debido a su doble condición y al no ser únicamente considerados como niños, además de las victimizaciones infantojuveniles, sufrirán victimizaciones también victimizaciones propias de su característica de inmigrante. Estas victimizaciones Tamarit et. al. (2011), las han denominado victimizaciones de migrantes, y serán aquellas que sufrirán las personas inmigrantes debido a su raza.

Cuando los episodios de victimización derivan u ocurren por motivos racistas, estos son consecuencia directa de los delitos de odio. El término “crímenes de odio” (hate crime) surge inicialmente en Estados Unidos en el año 1985, cuando el Federal Bureau of Investigation (FBI) procede a investigar (debido al gran número de crímenes acontecidos) una serie de delitos basados en prejuicios raciales, étnicos y nacionalistas (Shively y Mulford, 2007). Por su parte, Muncie y McLaughlin (2012) señalan que para que exista un delito de odio, es preciso que coexistan dos elementos: 1) el acto que se realice debe ser un delito tipificado según el derecho penal, y 2) el acto debe ser motivado siempre por un prejuicio o varios.

Como decíamos, los delitos de odio pueden manifestarse por diversos motivos o causas, entre ellas la discriminación u odio por motivos raciales o étnicos, conocido en nuestra sociedad como racismo. El racismo ha sido definido en diferentes ámbitos y por diversos autores, no existiendo un consenso claro. Si bien es cierto, la mayoría de las definiciones apuntan que racismo significa rechazo hacia el otro, el diferente... (Gimeno, 2004).

Aunque los delitos de odio y el racismo son una realidad en nuestra sociedad, hay un escaso conocimiento acerca de la victimización de la población migrante, y esto se debe a su condición social y a su relación (casi siempre falsa) con la delincuencia.

Ya Christie (1986) había advertido que la delincuencia soportada por la población migrante estaba infrarrepresentada en las encuestas de victimización. Ante esta afirmación, en el año 2011, Tamarit Sumalla publicó un artículo titulado “La victimización de migrantes”, con el fin de conocer en qué medida la población migrante es víctima de delitos.

Varios estudios sobre vulnerabilidad y victimización, como mencionábamos a lo largo del artículo, señalaban que el riesgo de ser víctima no se distribuye de manera uniforme entre la población, sino que existen determinados colectivos que tienen un riesgo diferencial y sufren mayores victimizaciones. Tal y como señala Tamarit et. al. (2011), los migrantes, tienen un riesgo mayor de ser víctimas por diversos factores, tales como, no tener los mismos derechos que las personas autóctonas,

tener un estilo de vida diferente, vivir de manera irregular (en el caso de la inmigración irregular), o simplemente por su color de piel, origen u nacionalidad.

En el caso de los menores migrantes no acompañados, como indicábamos en el apartado anterior, pueden sufrir victimizaciones debido a su condición de menor, pero además sufrirán victimizaciones a causa de su raza, su nacionalidad ... es decir, también sufren agresiones racistas, y en una gran medida por parte de la policía (García España et al. 2021).

Regularmente los menores extranjeros no acompañados, son vistos como potenciales delincuentes, niños de la calle, personas irregulares... lo cual genera, en muchas ocasiones un odio hacia ellos, y es difícil verlos como víctimas que son.

### 1.3. FACTORES DE RIESGO VS. FACTORES DE PROTECCIÓN Y RESILIENCIA

Según Echeburúa y Cruz Sáez (2015) crecer en un entorno de abusos y malos tratos es un importante factor de riesgo para el desarrollo de múltiples consecuencias adversas.

Los menores migrantes que viajan solos, cuentan con una serie de factores de riesgo, tanto por ser niños como por ser migrantes. Por un lado, sufrir victimizaciones en la infancia, vuelve a los menores más vulnerables para experimentar otras victimizaciones, y todo ello les pone en riesgo de experimentar trastornos mentales en el futuro (Finkelhor, Shattuk, Turner, Ormrod y Hamby, 2011). Además, los menores victimizados, desarrollarán actitudes negativas e intolerantes y aprenderán a usar la violencia como forma de relación.

Por otro lado, cuando se sufren victimizaciones racistas o delitos de odio, hay una mayor probabilidad de experimentar una mayor angustia psicológica y más síntomas de ansiedad, depresión, ira y trastorno de estrés postraumático (Kercher, Nolasco y Wu, 2008). En esta misma línea, en un estudio realizado por Mitchell et al. (2020), ha quedado reflejado que los jóvenes que experimentan victimización por prejuicios pueden enfrentarse a consecuencias emocionales más graves.

Por lo tanto, los diferentes episodios de victimización van a generar terror e indefensión y pondrán en peligro la integridad física y psicológica de quienes sufran dichas victimizaciones (Echeburúa, 2004).

Ahora bien, ¿la victimización está ligada siempre a los factores de riesgo? Junto con los factores de riesgo, existen también los factores de protección, los cuales están unidos a la desvictimización. Según Echeburúa y Cruz-Sáez (2015) una vez que se ha producido la victimización es importante comenzar a trabajar los aspectos que favorezcan la desvictimización, es decir, el dejar de ser víctima. En definitiva, “desvictimizarse permite desprenderse de la culpa, la vergüenza, la resignación, el miedo y todas aquellas creencias que mantienen a las víctimas sujetas al dolor y al sufrimiento, permitiéndolas tomar consciencia y haciéndoles parte activa en su evolución personal para reconstruirse y transformarse emocional y socialmente” (Gómez García, 2016, en Achutegui, 2017).

En el proceso de desvictimización los factores de protección o de resiliencia juegan un papel importante. De esta manera, son muchos los menores que a pesar de las dificultades y riesgos con los que se encuentran, llegan a conseguir tener una vida sana, plena e integral; es decir cuentan con una buena capacidad para hacer frente a la situación de riesgo, consiguiendo una buena adaptación e incluso un crecimiento posterior (Vera, Carbelo y Vecina, 2006).

Entre los factores de protección que disminuyen los efectos negativos derivados de la experiencia de victimización podemos señalar lo siguientes: contar con recursos familiares, de amistades e incluso e personales, contar con una red de apoyo social y tutores de resiliencia, una alta autoestima, autonomía, la empatía, el sentido del humor, la creatividad... Salgado (2005). Por su parte Gaxiola et al. (2011) señalan que hay tres disposiciones resilientes: 1) estar centrados en sus metas (orientación a la meta); 2) esperar resultados favorables de sus vidas (optimismo); y 3) reconocer el valor de la adversidad y esforzarse para lograr sus metas (perseverancia).

Tras esta breve introducción, pasamos a analizar la victimización y la capacidad resiliente específica de los menores migrantes no acompañados que actualmente están bajo la tutela de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma Vasca.

## 2. OBJETIVOS

### 2.1. OBJETIVO PRINCIPAL

- Estudiar las experiencias de victimización primaria y secundaria de los menores extranjeros no acompañados que se encuentran tutelados por los sistemas de protección de la Diputación Foral de Gipuzkoa (País Vasco) así como explorar su capacidad resiliente y crecimiento postraumático.

### 2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Explorar y conocer las diversas formas de victimización y polivictimización infantojuvenil, tanto en su país de procedencia, durante el recorrido y en España.
- Identificar las experiencias de victimización racista, es decir, por su condición migrante, en España.
- Determinar la capacidad resiliente de los menores y establecer que un historial de victimización no siempre se relaciona con un nivel menor de resiliencia
- Analizarlos factores de riesgo y de protección con los que cuentan los menores extranjeros no acompañados.

## 3. METODOLOGÍA

Para el análisis de dichos objetivos, se ha optado por una metodología cualitativa. En este caso la técnica de investigación utilizada ha sido la técnica de recolección de datos mediante la formulación de entrevistas semiestructuradas. Para el planteamiento y guion de la entrevista, se han utilizado como instrumentos el Juvenile Victimization

Questionnaire (JVQ: Finkelhor, Hamby, Omrod y Turner, 2005) y el Adolescent Resilience Questionnaire (ARQ: Gartland et al. 2006).

Por su parte el proceso que se ha seguido para realizar las entrevistas, y así obtener unos resultados fiables y adecuados ha sido el siguiente:

1. Elaboración del guion de las entrevistas mediante el JVQ y el ARQ
2. Contacto con la Diputación Foral de Gipuzkoa, concretamente con el departamento de políticas sociales y el servicio de protección a la infancia y la adolescencia; y obtención del consentimiento informado. Desde dicho departamento se nos han facilitado los contactos de los directores y responsables de los diferentes centros de protección de Gipuzkoa.
3. Contacto con los directores, tanto vía telefónica como vía electrónica, a quienes se les ha enviado el guion de las entrevistas y se les ha explicado detalladamente el objeto del estudio; y firma del consentimiento informado.
4. Los responsables facilitan toda la información enviada a los menores, haciéndoles saber, en todo caso, que las entrevistas son voluntaria, anónimas y confidenciales.
5. Aceptación y firma del consentimiento informado de los menores que participarán en el estudio.
6. Desplazamiento a los centros y realización de las entrevistas. Todas ellas, con previo consentimiento, son grabadas (solo la voz) y tienen una duración aproximada de 40 minutos.
7. Finalización de las entrevistas y transcripción de las grabaciones.
8. Análisis de las transcripciones y obtención de resultados.

En total se han realizado 23 entrevistas, de las cuales un 96% son varones (solamente hay una chica), con edades entre 15 y 17 años y principalmente de origen magrebí (86,95%). Todas las entrevistas se han

realizado durante los meses de marzo a junio de 2021 en ocho centros de acogimiento residencial de la provincia de Gipuzkoa.

Para finalizar con este apartado, señalar que todos los procedimientos se han llevado a cabo de acuerdo a los principios éticos básicos de investigación y el estudio cuenta con un informe valorable del Comité de Ética para investigación con Seres Humanos, CEISH-UPV/EHU, BOPV 32, 17/02/2014.

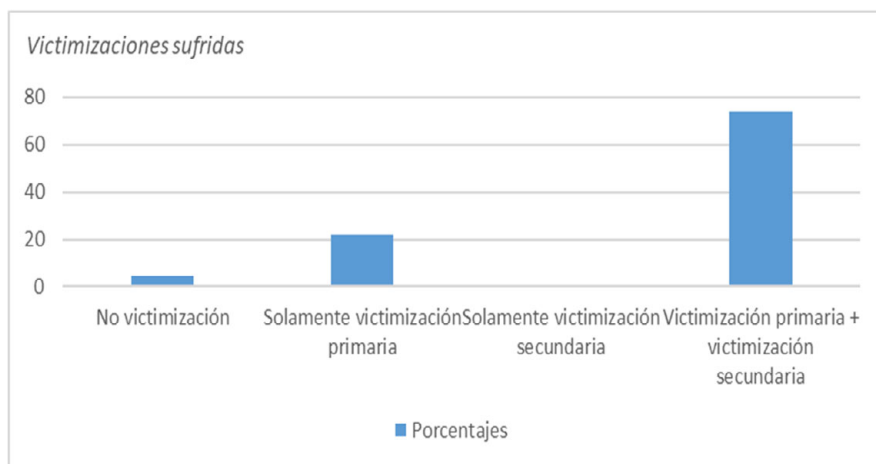
## 4. RESULTADOS

### 4.1. VICTIMIZACIÓN SUFRIDA

Atendiendo a las respuestas obtenidas por parte de los menores participantes en relación con la victimización sufrida, casi un 96% han sido víctimas tanto en su país de origen, como durante su trayectoria, así como una vez llegan a España. Aquí cabe señalar, que, en la mayoría de los casos, las victimizaciones suelen ocurrir en el país de origen o durante el recorrido, si bien es cierto, son muchos quienes han sufrido victimizaciones en las tres áreas.

A la hora de analizar las experiencias de victimización, es preciso clasificar 3 apartados principales: la victimización primaria en general, la victimización primaria derivada por los delitos de odio (victimizaciones racistas) y por último la victimización secundaria, tanto en general como a causa del racismo. En general, los menores han sufrido todas las tipologías de victimización; es decir, un 73,91% han sufrido todos los tipos de victimización.

Figura 1: Total de victimizaciones sufridas.



Como señalábamos anteriormente, para obtener unos resultados claros e inequívocos sobre la victimización sufrida, se han diferenciado dentro de cada apartado diferentes módulos:

- Victimización por delincuencia común (Victimización primaria)
- Victimización dentro del ámbito familia (victimización primaria)
- Victimización por parte del grupo de iguales (victimización primaria)
- Victimización sexual (victimización primaria)
- Victimización por exposición indirecta al delito (victimización primaria)
- Victimización racista (victimización primaria y secundaria)
- Victimización policial (victimización secundaria)
- Victimización judicial (victimización secundaria)
- Victimización por parte de las instituciones (victimización secundaria)

Respecto a la victimización primaria, todos los menores salvo uno de ellos han sufrido alguna delito o situación traumática en algún momento y además un 69,56% han sido polivictimizados.

En primer lugar, en el ámbito de delincuencia común, donde se incluyen delitos de robo, agresiones físicas, amenazas... un 73,91% de los menores han sufrido alguno de estos delitos. Así un 56,52% ha sido víctimas de robos o hurtos; y un 53,4% han sufrido agresiones físicas: *“Yo tenía 11 años y él tenía 12 años, con un cuchillo, una pelea de barrio”* (Participante 1). *“En Melilla había unos chicos que me mandaron traerles comida, sino no me dejaban dormir y a la noche me vienen a pegar. Esto todos los días, eran chicos muy grandes claro”* (Participante 5).

Por otro lado, en el ámbito familiar 12 de los 23 menores entrevistados afirman haber sufrido agresiones por parte de los progenitores u otros familiares. Si bien es cierto, la mayoría señalan que no han sido víctimas de un maltrato infantil continuado. Si bien es cierto, otros sí corroboran sufrir maltrato infantil, tanto agresiones físicas, como psicológicas, además de tratos negligentes: *“Mi tía no me pegó, pero me dio maltrato psicológico. El hijo de mi tía sí me pegó. Me humillaban, me hacían mal todo el rato, me querían echar a la calle... muchas cosas. Yo sé que mi primo tiene un problema de conducta, pero no es justificable todo lo que ha hecho. Me amenazaba, me tiraban bancos a la cara, KH de todo (...) Había días que por castigo supuestamente me dejaba sin comer, o sea, podía pasar más de 12 horas sin comer, no tenía amigas tampoco porque ella me aislaba, me encerraba y no me dejaba salir a ningún lado.”* (Participante 11). *“La relación con mi padre ha sido muy complicada. Es muy agresivo porque ha llegado hasta pegarme con cables, con cadenas de perros, con muchas cosas, ha llegado a castigarme y hacerme como un perro, me ata con una cadena la pierna en la cama y me deja en la cama días encerrado sin darme de comer ni nada”.* (Participante 20).

En el caso del grupo de iguales, las victimizaciones también están presentes y alrededor de un 70% de los menores han sido víctimas por parte de otros menores, incluso de amigos y compañeros de centros de protección. Aun así, la mayoría de las agresiones nacen a raíz de peleas grupales.

La victimización por exposición indirecta al delito, ha sido el ámbito con mayor porcentaje, y todos los menores victimizados afirman haber

visto situaciones violentas y delictivas: peleas, robos, tráfico de drogas... Incluso un 43,47% han sido testigos de asesinatos: “Con □ años, yo estaba en la calle en una pelea. Le han pegado en el cuello y le han quitado el cuello. Esto muchas veces, a algunos les han quitado las orejas. Cuando empieza una pelea ya sabes que alguien va a morir o va a pasar algo grave, y la policía llega muy tarde” (Participante □).

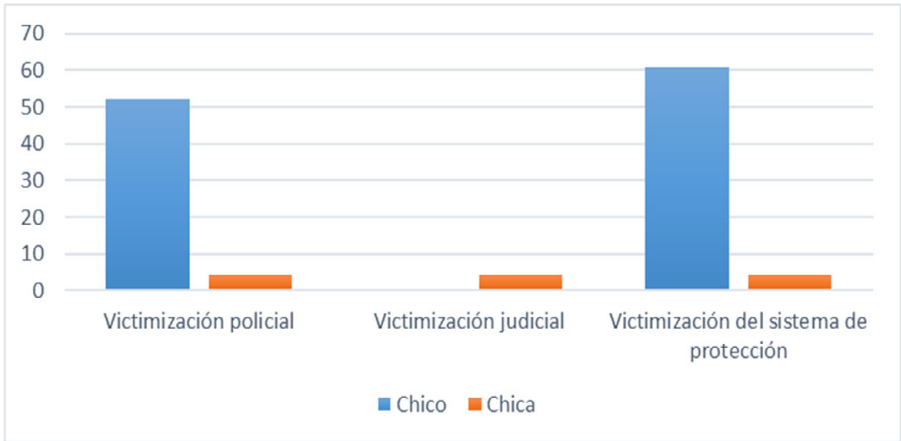
Ninguno de los menores señala haber sido víctimas de delitos sexuales.

Tras analizar las situaciones de victimización primaria, se han analizado los delitos de odio o victimización racista, tanto desde el ámbito primario como secundario. Los ataques racistas están muy presentes en la vida de los menores una vez llegan a España. Así más de la mitad de los entrevistados aseguran haber sufrido diferentes ataques racistas: miradas, insultos, amenazas, prohibición de acudir a ciertos establecimientos...: “Un día cuando estuve en prácticas me pasó aquí, pasó con las ropas de prácticas. Con ropa de trabajo ropa todo manchad, y me miraban y me dijeron moro de mierda vete a tu país, y yo no les he hablado, son unas chicas de □ años, yo estoy muy cansado, y otra vez moro de mierda y me sienta un poco mal, me da pena que estaban sus padres al lado de ellos y no dijeron nada” (Participante 13). “Muchísimos, muchísimos. Aquí en Euskadi muchos, moro de mierda tienes que volver a tu país, este no es tu país... pero al final no merece responder porque no vale la pena” (Participante 20).

Además, muchas veces las agresiones racistas son perpetradas por parte de la policía: *La policía de decir moro de mierda te vamos a mandar a tu país, te vamos a mandar a un centro de los locos, y eso es lo que han hecho, me han llevado a un centro de la cabeza*” (Participante 17).

Respecto a la victimización secundaria, un 73,91% han sufrido este tipo de victimización, siendo la victimización policial la de mayor porcentaje. Un 56,52% ah sido víctimas por parte de la policía, tanto de agresiones físicas, como psicológicas, insultos...: *En Marruecos, pegar y después preguntar. Te pegan muy fuerte, aunque seas lo que seas, como guardia civil aquí, aunque seas menor, te pegan y después ya preguntan. Allí policía tiene derecho a pegar. Lo pasas muy pal con la policía, porque si te llevan a la cárcel te hacen otras cosas, como eso sexual y lo pueden hacer. Te insultan y de todo.*” (Participante 13).

Figura 2: *Victimización secundaria*



En cuanto a la victimización judicial salvo un participante, el resto no han tenido contacto con el sistema judicial cómo víctimas directas o testigos.

Por último, se han incluido un apartado sobre la victimización institucional. Procedente de los profesionales de los centros de protección en los que residen o han residido los menores.

En este caso alrededor de un 60% confirman haber sufrido malos tratos por parte de los profesionales. En la mayoría de los casos, el malo trato hace referencia a la falta de cariño, falta de información, falta de atención... pero en otros casos, sí han ocurrido agresiones tanto físicas, como psicológicas como racistas: “En Ceuta no bien, muchos chicos malos, educadores malos también. Vigilantes muchos problemas y siempre pegar. Muy mal, muy mal, eran policía no eran educadores” (Participante 2); “Hay educadores que te hablan mal, te miran mal... hay educadores racistas (Participante 4).

#### 4.2. CAPACIDAD RESILIENTE

Tras analizar la victimización sufrida, se ha procedido a investigar la capacidad resiliente de los menores extranjeros no acompañados, y para ellos se han realizado varias preguntas en relación con la resiliencia y crecimiento postraumático.

Tras examinar los resultados obtenidos, se ha ratificado que todos los menores que han sufrido victimizaciones (el 96%) tienen una buena capacidad resiliente.

Ahora bien, aquí una de las preguntas más importantes ha sido la siguiente: ¿Por qué tienen esa alta capacidad resiliente habiendo sido víctimas en varias ocasiones? La respuesta es sencilla, todos ellos tienen un objetivo claro que es llegar a España, conseguir un empleo, los papeles y mejorar su futuro: *“Veo que estoy en el camino y estoy luchando poco a poco y consiguiendo lo que quiero. Por llegar a tu sueño no tienes que sentarte hay que seguir adelante, hay que seguir luchando”*. (Participante 14). *“Yo solo pensaba en cumplir mi sueño, si quieres algo luchas por ello, pase lo que pase. Siempre uno cae, pero después hay cosas que los paran, pero uno no tiene que parar y quedarse ahí, hay que seguir luchando siempre, siempre. Yo lucho por mis sueños siempre y lo seguiré haciendo hasta el final y nadie, nadie me va a parar”*. (Participante 21).

## 5. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

La finalidad del estudio se ha centrado en analizar, por un lado, las situaciones de victimización, tanto primaria como secundaria, incluido también el racismo o victimización del migrante, que sufren los niños y niñas extranjeros no acompañados, y por otro lado, la capacidad resiliente que muestran estos menores tras haber sufrido victimizaciones.

El estudio, desde un primer momento, ha partido de dos hipótesis principales: 1) Los menores extranjeros a los largo de su vida sufren diferentes situaciones de victimización, y 2) los menores extranjeros no acompañados experimentan una notable resiliencia. Atendiendo a los resultados, dichas hipótesis parecen confirmarse y cumplirse, ya que en la mayoría de los casos los menores han sido víctimas, pero aun así, todos han sido capaces de resistir y salir fortalecidos de esas experiencias.

Por otro lado, tras el análisis de los resultados obtenidos, se confirma que los menores extranjeros no acompañados son un colectivo que sufre uno de los estigmas más extremos. Por un lado, pertenecen al colectivo marroquí, un colectivo que sufre en España un estigma muy negativo,

puesto que por lo general se les relaciona con la delincuencia, la marginalidad... Por otro lado, al tratarse de adolescentes, se les suma la imagen de conflicto y violencia asociada a los centros de menores (Barba del Horno, 2021). Debido a esta estigmatización, los menores extranjeros son un colectivo muy vulnerable. La vulnerabilidad va unida a la victimización y tal y como ha quedado reflejado los menores han sufrido una doble victimización.

Aun sufriendo victimizaciones, muestran esa capacidad resiliente, la cual se debe a diversos factores de protección, como el estar centrados en una meta y objetivos claros. De este manera, según Fernández (1998) son menores que los arriesgan todo para construirse una historia y un futuro digno.

Ahora bien, a pesar de que estos menores migrantes tienen una buena capacidad para hacer frente a las situaciones de riesgo, no debemos olvidar la importancia de la prevención e intervención de las experiencias de victimización. Como señala Pereda (2011), trabajar con niños es siempre un cometido positivo y gratificantes, trabajar con niños víctimas también lo es, y por ello, convertirse en el tutor de resiliencia para un niño o niña que necesita esta figura para desarrollarse y crecer de forma sana es fundamental.

## 6. REFERENCIAS

- Achutegui Otaolaurruchi, P. (2017). Victimización de los delitos de odio. Aproximación a sus consecuencias y a la respuesta institucional y social. *Revista de Victimología/ Journal of victimology*, 5, 33-62.
- Ararteko. (2005). *Situación de los menores extranjeros no acompañados en la CAPV*. Vitoria-Gasteiz: Ararteko.
- Ararteko. (2009). *Informe del Ararteko al Parlamento Vasco*. Vitoria-Gasteiz: Ararteko.
- Ararteko. (2021). *Jóvenes migrantes sin referentes familiares en Euskadi. Diagnóstico y propuestas de actuación*. Vitoria-Gasteiz: Ararteko.
- Barba del Horno, M. (2021). Los menores extranjeros no acompañados como problema: sistema de intervención y construcción social de una alteridad extrema. *Aposta, Revista de ciencias sociales*, 91, 47-65.

- Bargach A. (2006). Los procesos de integración de los niños, los adolescentes y los jóvenes de 2º emigración. *Revista Mugak*, 47, 7-16.
- Bravo, A. y Santos-González, I. (2017). Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención. *Psychosocial Intervention*, 26, 55-62.
- Capdevila, M. (2000). Los menores extranjeros indocumentados no acompañados (m.e.i.n.a.): exigencia de nuevas respuestas. CD Rom de Actas del II Congreso sobre la inmigración en España titulado *España y las migraciones internacionales en el cambio de siglo*, celebrado en Madrid del 5 al 7 de octubre de 2000.
- Christie, N. (1986). The ideal victim, en Fattah, E. (Ed.): *From Crime Policy to Victim Policy: Reorienting the Justice System*, London.
- Díaz Burgos, M.V. (2014). *Incorporación a la vida adulta de menores migrantes no acompañados: el caso de la comunidad de Madrid* (Tesis Doctoral). Universidad pontificia de comillas de Madrid. Instituto universitario de estudios sobre migraciones.
- Echeburúa, E. (2004). *Superar un trauma. El tratamiento de las víctimas de sucesos violentos*. Madrid: Pirámide.
- Echeburúa, E. y Cruz Suárez, M.S. (2015). De ser víctima a dejar de serlo: un largo proceso. *Revista de victimología/Journal of Victimology*, 1, 83-96.
- Etxeberria Balerdi, F.; Murua Cartón H., Garmendia Larrañaga J., y Arrieta Aranguren, E. (2012). Menores Inmigrantes No Acompañados (MENA) en Euskadi y Aquitania: elaboración y puesta en marcha de un plan de formación para educadores/as y responsables. *Revista Educación Social*, 15, 1-28.
- Fernández García, E. (1998). Extranjeros en medio de nosotros: lógica de la exclusión y del reconocimiento. *Logos. Anales Del Seminario De Metafísica*, 32, 99-120.
- Finkelhor, D. y Dziuba-Leatherman, J. (1994). Victimization of children. *American Psychologist*, 49, 163-183.
- Finkelhor, D. y Hashima, P. (2001). *The victimization of children and youth: A national comprehensive overview*. En Pereda, N., Abad, J., y Guilera, G. (2012). *Victimología del desarrollo: incidencia y repercusiones de la victimización y polivictimización en jóvenes catalanes*.
- Finkelhor, D., Ormrod, R. K., Turner, H. A., y Hamby, S. L. (2005). Measuring poly- victimization using the Juvenile Victimization Questionnaire. *Child Abuse & Neglect*, 29, 1297-1312.
- Finkelhor, D., Turner, H., Ormrod, R. y Hamby, S.L. (2009) Violence, abuse, and crime exposure in a national sample of children and youth. *Pediatrics*, 124 (5), 1-13.

- Finkelhor, D., Shattuk, A., Turner, H., Ormrod, R., y Hamby, S. (2011). Polyvictimization in Developmental Context. *Journal of Child and Adolescent Trauma*, 4, 291-300.
- García España, E. (2016). De menores inmigrantes en protección a jóvenes en prisión. *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 3, 2-27.
- García España, E., Carvalho da Silva, J., Casado Patricio, E. y Prado Manrique, B. (2021). Adolescentes marroquíes en calle: Desprotección, delincuencia y victimización. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 4 (19-1), 1-41.
- Gartland, D., Bond, L., Olsson, C. A., Buzwell, S., & Sawyer, S. M. (2006). *Adolescent Resilience questionnaire*. Melbourne, Australia: Centre for Adolescent Health, Royal Children's Hospital.
- Gaxiola, R.J.C., Frías, A.M., Hurtado, A.M.F., y Salcido, N.L.C. (2011). Validación del inventario de resiliencia (IRES) en una muestra del noreste de México. *Enseñanza e Investigación en Psicología*, 16(1), 73-83
- Gimeno Giménez, L. (2004). *Psicosociología del racismo en España*. (Tesis Doctoral). Universidad Complutense de Madrid.
- Gozalo, A., Jiménez, E., y Vozmediano, L. (2010): ¿Menores o extranjeros? Análisis de las políticas de intervención sobre Menores Extranjeros No Acompañados, Ararteko, Vitoria-Gasteiz.
- Gutiérrez de Piñeres, C., Coronel, E., y Pérez, C. A. (2009). Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. *Liberabit*, 15 (1), 49-58.
- Herrero Herrero, C. (2005) *Delincuencia de menores, tratamiento criminológico y jurídico*. Madrid: Dykinson.
- Jiménez, L. e Izquierdo, J. D. (2013). Lo que se oculta detrás de la categoría «menores marroquíes no acompañados miedos cruzados, contradicciones europeas y consecuencias para el Trabajo Social. *Cuadernos de Trabajo Social*, 26, 193–202.
- Kercher, G.A., Nolasco, C., and Wu, L. (2008). *Hate Crimes*. Houston, TX: Sam Houston State University, Criminal Justice Center, Crime Victims' Institute, 16–21.
- Messina, A. (2006). « The Political Incorporation of Migrant in Europe: Trends and Implications » en Messina y Gallya, *The Migration Reader: Exploring Politics and Policies*, Colorado: Lynne Rienner Publishers.
- Mitchell, K.J., Jones, L.M., Turner, H.A., Hamby, S., Farrell, A., Cuevas, C., and Daly, B. (2020). Exposure to multiple forms of bias victimization on youth and young adults: Relationships with trauma symptomatology and social support. *Journal of Youth and Adolescence*, 49, 1961–1975.

- Morillas Fernández, D., Patró Hernández, R. M. y Aguilar Cárceles, M. (2011). *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Madrid: Dykinson.
- Muncie, J., & McLaughlin, E. (2012). *The Sage dictionary of criminology* (3rd ed.). <https://dx.doi.org/10.4135/9781412984812>.
- O'Connell, J. (2011). Moving children? Child trafficking, child migration and child rights. *Criminal Social Policy*, 38(3), 454-477.
- Ortega Torres, J. (2019). *De menor migrante a jóvenes extutelados/a: los relatos en el proceso de transición hacia la mayoría de edad. El caso de la comunidad autónoma de Andalucía*. (Tesis Doctoral). Universidad de Granada, Universidad de Jaén y Universidad Pablo Olavide.
- Pereda, N. (2011). Resiliencia en niños víctimas de abuso sexual: el papel del entorno familiar y social. Educación social, *Revista de intervención socioeducativa*, 49, 103-114.
- Pereda Beltrán, N. y Tamarit Sumalla, J.M. (2013). *Victimología teórica y aplicada*. Barcelona: Huygens.
- Pereda, N., Guilera, G. y Abad, J. (2014). Victimización infanto-juvenil en España: Una Revisión sistemática de estudios epidemiológicos. *Papeles del Psicólogo*, 35 (1), 66-77.
- Quiroga, V (2003). *Los pequeños Harraga. Menores inmigrantes irregulares no acompañados de origen marroquí en Cataluña*. (Tesis Doctoral). Universidad Rovira y Virgili.
- Quiroga, V, A. Alonso y C. Armengol (CONRED) (2005). *Rutas de pequeños sueños. Menores Migrantes No Acompañados en Europa*. Barcelona. Fundación Pere Tarrés.
- Salgado, A. (2005). *Inventario de resiliencia para niños: fundamentación teórica y construcción*. Cuaderno de Investigación 8. Lima: Universidad de San Martín de Porres.
- Shilvely, M. y Mulford, C. (2007). Hate Crime in America: The Debate Continues. *National Institute of Justice Journal*, 257, 10-36.
- Tamarit, J., Luque, E., Guardiola, M.J. y Salinero, S. (2011). La victimización de migrantes. Una encuesta a colombianos en Cataluña. *Revista electrónica de ciencia penal y criminológica*, 13-11, 1- 22.
- Vera Poseck, B., Carbelo Baquero, B., y Vecina Jiménez, M. L. (2006). La experiencia traumática desde la psicología positiva: resiliencia y crecimiento postraumático. *Papeles del psicólogo*, 27 (1), 40-49.
- Vinaixa Miquel, M. (2019). La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11 (1) 571-602.

## REACCIÓN ESPAÑOLA A LA CRISIS MIGRATORIA ACTUAL. EL PAPEL DE “LA REFORMA DE LA LEY DE EXTRANJERÍA DE 16 DE AGOSTO DE 2022

---

DARÍO MENICHINI

*Doctorando en derecho internacional privado por la Universidad de Jaén.*

### 1. INTRODUCCIÓN

La reforma de migración de 16 de agosto de 2022 ha sido un verdadero cuerpo normativo revolucionario. En esta investigación me comprometo de analizar los factores clave que han llevado a este trabajo, dando en primer lugar un análisis del recorrido histórico de España, y de Europa, y como se han portado delante de una migración masiva que en las últimas dos décadas se ha incrementado de manera desmesurada.

He investigado acerca de las ventajas y desventajas de este Reglamento, y los cambios principales que se observan respecto a la antecedente Ley 4/2000.

#### 1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

España como se sabe vivió un gran crecimiento económico en el final del siglo XX, hasta 2008.

Esto ha causado un significativo aumento de la migración, y los migrantes llegaron a ser el 12% de toda la población española en 2010, su punto más alto. Llegada la crisis económica, la población migrante disminuyó significativamente entre 2011 y 2017, llegando a bajar hasta el 9,8 %. No obstante, con el sucesivo incremento de la economía, entre 2017 y 200 llegó a tocar la población migrante cifras como 11,5 % de la población nacional. Según los datos del INE, la población migrante en España en 2021 era de 5 440 148 personas, ósea el 11,5 % de la población nacional. La mayoría de los migrantes son de proveniencia

de países Iberoamericanos, africanos, y otras partes de Europa. En 2017, aumentaron significativamente los migrantes provenientes de Venezuela, Colombia, Italia, Ucrania y Argentina. Incluyendo los residentes nacidos fuera de España, con o sin nacionalidad española, en el 2021, había en España 7 322 408 extranjeros viviendo, ósea el 15,5% de la población total.

En unas pocas décadas España ha pasado de ser un país migrador, a un país aceptador de migración.

Desde 1973, con la crisis del petróleo, los migrante españoles en el extranjero empezaron a disminuir, y a regresar en su país, estos por numerosos factores, sobre todo el restablecimiento de la Democracia, la crisis económica de muchos países de acogida, y la atracción per el Europa y el Euro.

La economía española se ha demostrado muy atractiva, y como podemos observar desde el año 2000, España ha registrado una de las mayores tasas anuales de inmigración (8 veces mayor de la francesa).

En la actualidad solo ocupa el sitio número 15 en toda la UE, y la inmigración actual solo llega a cifras como el 0,99%. Es el noveno país de la Unión por porcentaje de migrantes, y se encuentra en número más bajo respecto a países como Alemania, Austria, Irlanda o Luxemburgo, y es el décimo país que más migrantes tiene en número absoluto, por detrás de países como Estados Unidos, Rusia, Alemania, Ucrania, Francia, Canadá o Reino Unido.

Según el censo de 2014, en España la población extranjera era del 10,7 % del total. A causa de la crisis económica en 2010 y 2011 se produjo un descenso por primera vez en la historia de 37 056 personas en cifra absoluta.

## 1.2. DISTRIBUCIÓN

### 1.2.1. Distribución de la inmigración

Como es lecito pensar, la población extranjera suele concentrarse en las zonas de mayor dinamismo económico del país, y por tanto con mayor necesidad de mano de obra. El 44% del total de los migrantes están

concentrados en las provincias de Madrid, Barcelona y Alicante. También hay que mencionar que los migrantes comunitarios, están atraídos por el clima, y la naturaleza, y las costas, así que no solo existen migrantes económicos, la mayoría de los migrantes europeos están concentrados entre las costas del Levante, Andalucía, Cataluña, Baleares y Canarias. La región con menor proporción de migrantes son Extremadura, Asturias, Galicia. Cuanto, a las provincias, según el censo de 2009, es San Fulgencio de Alicante la localidad española con mayor porcentaje de extranjeros (77,58% de sus 12 030 habitantes no son españoles). La región con mayor número es Alicante, y la capital de provincia es Barcelona. La mayoría de los migrantes son iberoamericanos y africanos, en Cataluña y en Madrid, como los marroquíes en Andalucía, los británicos en Alicante y Málaga y los alemanes en Baleares y Canarias

#### 1.2.2.1. Evolución

La ley de extranjería es el nombre con el que se conoce la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre **Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su Integración Social**, modificada por las LLOO 8/2000, 14/2003 y 2/2009. Ha sido la norma española más detallada sobre temas de extranjería, que por fin ha dado una clasificación y una protección más precisa hasta aquel momento, de los derechos y libertades de los extranjeros en España. Su reglamento de desarrollo fue aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (BOE de 30 de abril), que deroga al anterior Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. La ley se compone de 60 artículos estructurados en cinco títulos. El título preliminar contiene las disposiciones generales y los demás derechos se refieren, a los derechos y libertades de los extranjeros, a su régimen jurídico, a las infracciones en materia de extranjería y a procedimiento sancionador y a la coordinación de los poderes públicos. Desde siempre, España ha sido un país de emigración, así que esto ha sido un ámbito normativo bastante disciplinado, mientras el Derecho de extranjería ha sido bastante superficial. El primer cuerpo normativo que regularizaba el tema ha sido la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros, norma que ha sido

fuertemente criticada, por su tratamiento policial del fenómeno migratorio, su regulación restrictiva en materia de Derechos de los extranjeros, y las dudas aplicativas que demostraba. Algunos la han definida como la ley más dura de Europa, y fue objeto de recurso de inconstitucionalidad; la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987, de 7 de julio, anuló varios preceptos de la norma y marcó un cambio de la doctrina constitucional en materia de extranjería hacia una línea más progresista. El fenómeno migratorio en España de los años 90, dio la exigencia de la formación de una nueva ley.

Nace así la Ley Orgánica 4/2000. Esta Ley fue revolucionaria en materia, porque supuso un cambio fundamental, equiparando los derechos de los extranjeros con los de los españoles. En este periodo las ONG afirmaban “que ningún ser humano es ilegal”, fuerte fue la voz de AC-SUR Las Segovia y Asociación Pro Derechos Humanos. Esta ley fue aprobada por todos los partidos menos en Partido Popular de centro derecha, que gobernaba en minoría, que afirmaba que la Ley no se adecuaba a los acuerdos Schengen y Tampere, que podía producir un efecto “llamada” y la entrada masiva de los migrantes, y que España no disponía de recursos suficientes de acogida.

Posteriormente, con las elecciones de 2000 que dieron la mayoría absoluta al Partido Popular, se aprobó una reforma de la norma, apoya por, Coalición Canaria y Convergencia i Unión. La norma tuvo un cambio que la acercaba por algún aspecto a la Ley de 1985, por esto el término “contra reforma”

## 2. OBJETIVOS

### 2.1. OBJETIVOS

El objetivo que me comprometo a realizar, es de efectuar un análisis histórico sobre la evolución de la normación de extranjería, en España, y algún antecedente europeo. Es decir, investigar sobre datos sensibles de flujos migratorio, entender en donde hay más cantidad de migrantes y de peticiones de asilo

También me comprometo en analizar la nueva ley de extranjería de 16 de agosto de 2022 desde más puntos de vistas, ósea, económico, de seguridad, de funcionalidad, de sostenibilidad, y valorar si es favorable desde todos estos lados.

Pondré énfasis en las normas antecedentes a la más actual reforma de extranjería 2022, y sobre el proceso mediante el cual España llegó a una visión tan moderna y flexible.

Investigaré acerca de varias formas de migración, que no son solo económicas. Por ejemplo, pueden ser climáticas.

### 3. METODOLOGÍA

La metodología que me propongo utilizar, es la propia de la investigación. Es decir, utilizar las herramientas de libros, artículos, la mayoría fornidos por la misma universidad de Jaén. Artículos de mi equipo de investigación, video explicativos de profesores y expertos de migración, y revistas de derecho internacional.

Estudios jurídicos de carácter teórico donde se presentan nuevas teorías, conceptualizaciones o modelos interpretativos originales del autor, a partir del análisis crítico de las fuentes del derecho pertinentes. - Revisiones críticas del estado del conocimiento sobre un problema jurídico, integrando, organizando y evaluando la información contenida en las fuentes del Derecho, haciendo énfasis en el progreso de la investigación actual, en las posibles vías para la solución de problemas jurídicos, en el análisis de la consistencia interna y externa de las teorías y conceptualizaciones para señalar sus fallas o demostrar la superioridad de unas sobre otras. - Estudios de Derecho comparado para analizar semejanzas, diferencias y tendencias sobre características o problemas jurídicos en el contexto de realidades socioculturales, geográficas o históricas diversas, con fundamento en las fuentes del derecho. - Estudios de investigación jurídica histórica donde se analizan los orígenes de una determinada institución jurídica, su desarrollo evolutivo y su influencia en el derecho actual.

También importante mencionar la jurisprudencia de conceptos, en donde predomina la razón, la lógica, lo exacto y lo especializado de tal forma que esos conceptos se vuelvan inmodificables e incuestionables en el derecho, no hay enigmas no hay vacíos todo lo ha regulado, es decir, todas las respuestas están en él mismo, se basa en conceptos. La importancia de la lógica para la jurisprudencia de conceptos es todo, representaba la claridad en los términos jurídicos, intenta evitar las ambigüedades en el lenguaje jurídico

#### 4. RESULTADOS

Los resultados que me propongo alcanzar, son los de dar mi aportación a la doctrina en materia de migración española, dado que comprendo que es un tema muy nuevo, y esta reforma solo salió hace pocos meses.

Con mi investigación intentaré dar una clara redacción de la evolución histórica de la normación de extranjería, hasta llegar a la nueva reforma.

Daré una conclusión acerca de las que son las ventajas y las desventajas de esta reforma

#### 5. DISCUSIÓN

El reglamento de la nueva ley de extranjería fue aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, en sustitución del anterior, de 1996. trece de sus artículos fueron anulados por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de marzo de 2003 por violación el principio de legalidad.

En el mismo 2003 la ley sufrió dos reformas: la primera fue mediante la ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que afectó fundamentalmente a la expulsión y estableció la conmutación de penas de prisión de hasta seis años por l expulsión; la segunda fue mediante la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, que volvió a aprobar muchos de los preceptos anulados por el Tribunal Supremo.

Prácticamente la ley pretendía abarcar una sencilla regulación de los flujos migratorios, que seguía lo más posible las políticas de la unión europea.

El Reglamento fue aprobado por el real decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en atención a lo previsto en la disposición final 3ª de la lo 14/2003.

La regla general sobre derechos de los extranjeros, en el art 3 afirma que “ejercerán los derechos reconocidos en la Constitución española, en los términos establecidos por la ley de extranjería y los tratados internacionales, interpretados de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros tratados vigentes sobre derechos humanos. si no existiera norma específica se entenderá que los extranjeros ejercen sus derechos en condiciones de igualdad con los españoles.

Vamos a clasificar los derechos según la división del tribunal constitucional. La doctrina del Tribunal Constitucional ha delimitado tres grupos de derechos fundamentales de protección de los extranjeros.

El primer tipo hace referencia a los correspondientes a extranjeros y españoles idénticos términos, porque su respecto es esencial para la dignidad humana, como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar, libertad ideológica, religiosa, de culto y de tutela judicial efectiva. También los sociales básicos como el derecho a la asistencia sanitaria, a la asistencia judicial gratuita, y embarazo, parto y postparto

El segundo grupo de derechos se compone de los básicos dados por la Constitución, y de los cuales pueden gozar los extranjeros que se encuentran en situación de regularidad administrativa. derechos entre los actuales, el derecho de libre circulación, de reunión, y manifestación, asociación, al trabajo y la seguridad social, de sindicación, y de huelga. derecho al a educación no obligatoria, ayuda en materia de vivienda, intimidad, y reagrupación familiar para los residentes.

El tercer grupo e compones de derechos de los cuales solo pueden gozar los ciudadanos españoles; ósea los derechos políticos, como el derecho al sufragio universal activo y pasivo.

Según la abogada María de los Ángeles Jiménez, podemos hacer una ulterior clasificación de los derechos, dividiéndolos en 4 por razón de su materia: - los de la esfera personal, como el derecho y deber de documentación, el derecho de circulación, a la educación y reagrupación familiar, - los derechos políticos, - derecho en el ámbito económico y social, -y derechos en el ámbito laboral.

Vamos a analizar algunos derechos que considero muy importantes para su disciplina:

- Derecho y deber a la documentación: el art 4 de la ley recoge el deber del extranjero a preservar su documentación en vigor y el derecho a no ser privado de la misma. esta documentación es obligatoria para acreditar su identidad. son varios los documentos que se pueden exigir: pasaporte, o documentos de viaje, visado o tarjeta de identidad de extranjero, un numero personal que tiene el efecto de identificación.

Por el principio de seguridad ciudadana, esta documentación puede ser objeto de con trol policial.

Con carácter excepcional un extranjero puede ser desprovisto de su documentación en determinadas circunstancias, solo por los poderes públicos autorizados, y no por particulares. - a instancia del juez, - a instancia del ministro del Interior, - a instancia de la Autoridad Gubernativa:

- Derecho a la reagrupación familiar: es un derecho subjetivo que se vincula al derecho a la vida privada familiar. en virtud del mismo, si titular puede solicitar la concesión de un permiso de residencia para determinados familiares que la ley configura como beneficiarios del derecho. el titular de este derecho es el extranjero que haya residido legalmente en territorio español durante el menos un año y tenga autorización para residir el menos otro año.

Por su parte son familiares reagruparles, fundamentalmente, el cónyuge, los hijos menores o incapacitados y los ascendientes que dependen económicamente del reagrupante.

Tienen carácter estable y no se extingue cuando se rompa el vínculo familiar. los art 25 a 27 de la ley, en donde se desarrolla en los art de 11 a 15 del mismo reglamento.

La normativa española ha tenido que adaptarse a la europea. el tratado de Ámsterdam comunitarizó estas materias e incluyó en el tratado de la comunidad europea un Título IV relativo a visados, asilo, inmigración, y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas. se han aprobado numerosos reglamentos comunitarios acerca del tema.

Interesante una sentencia del Tribunal Constitucional, la 72/2005, de 4 de abril. esta afirma que la Constitución no reconoce como derecho fundamental, de los extranjeros el derecho de acceder al territorio español, y que será el legislador quien podrá reconocerlo y condicionarlo al cumplimiento de determinados requisitos. El presupuesto principal es la entrada legal, para poder tutelar la situación del extranjero.

Hay la posibilidad de otra autorización, que es de residencia permanente, que da la facultad al extranjero de residir en España, indefinidamente, y de trabajar en igual condiciones que los españoles. Categoría promovida desde el ámbito comunitario europeo, a través de la Directiva 2003/109/ce del consejo, de 25 de noviembre. Se disciplina también la posibilidad de obtener una autorización por residencia de larga duración, y hay diferentes requisitos, se tiene que demostrar que se ha residido en España en los últimos 5 años. no es necesario que se haya cotizado en la seguridad social, pero es importante el número de veces que se ha salido del país. no está permitido en los últimos 5 años salir más de 10 meses, y nunca más de 6 meses seguidos. se presenta el pasaporte para acreditarlo. Requisitos para menor de edad: si uno de los dos progenitores tiene vigente una autorización por residencia en España, el hijo nacido en España puede obtener la autorización por residencia española. se tiene que presentar empadronamiento y acredita la filiación. en los casos que no haya nacido en España, tendrá que haber

permanecido en España durante 2 años. también es necesario acreditar la escolarización, una vivienda y medios económicos.

Al respeto del familiar comunitario, se tiene que acreditar vínculo familiar, medios económicos suficientes, y dependencia económica. pueden ser cónyuges, parejas de hecho, o familiares a cargo, ascendientes directos o indirectos.

Como personas comunitarias, si se quiere solicitar la autorización por residencia en España, es necesario registrarse como ciudadano comunitario en España, o presentar un contrato de trabajo.

Observando las infracciones y el régimen sancionador, vemos como la ley orgánica 4/2000 y su reglamento de desarrollo, así como el Título IX de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común, y el real decreto 1396/1993 de 4 de agosto, por el que se aprueba el reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración. Pueden ser sujetos activos de las infracciones tanto las personas jurídicas como las personas físicas, sean nacionales o extranjeros, en función de la naturaleza de la infracción. las infracciones se clasifican en leves, graves o muy graves:

- Leves, son las omisiones o retrasos en las comunicaciones obligatorias de cambio de nacionalidad, estado civil, domicilio, o circunstancias relativas las situaciones laborales.
- Graves, son la estancia irregular en España, bien por no haber obtenido la autorización, no haber solicitado la prórroga de la misma o haberse denegado esta. - estar trabajando en España sin la correspondiente autorización de residencia y trabajo, - incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del ministerio del interior los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio. el incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública de presentación periódica o alejamiento de fronteras o núcleo de población determinados, - la participación por un extranjero en la realización de actividades contrarias el orden público previstas como

graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, - la comisión de una tercera infracción leve en el plazo de un año, - las salidas del territorio español por puestos no habilitados, sin exhibir la documentación prevista o contraviniendo las prohibiciones legalmente impuestas, . no solicitar la tarjeta de identidad del extranjero. estas infracciones pueden ser sancionadas con multa de 501 a 10 000 euros, sustituible por la expulsión del extranjero del territorio nacional para las cinco primeras infracciones listadas arriba.

- Muy graves, son sancionadas con multa de 10 001 a 100 000 euros, sustituible para infractores extranjeros por la expulsión del territorio nacional. son infracciones muy graves, - la realización de actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado, - la realización de conductas discriminatorias, - el transporte irregular de extranjeros por transportistas , - la comisión de una tercera infracción grave, en el plazo de un año, - la contratación de trabajadores extranjeros que no tengan permiso de trabajo: en este caso se impone una multa por cada trabajador en situación irregular que se contratara, - la inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina: en este caso la multa será de 5000 a 10 000 euros por cada viajero transportado o un mínimo de 750 000 euros a tanto alzado.

Ahora vamos a la reforma de 16 de agosto de 2022: a pesar de tener una de las tasas más elevadas de paro de la zona euro, España sufre una falta de mano de obra en diferentes sectores, como hostelería, agricultura, la construcción y los transportes. Como consecuencia de este dato, el Gobierno español aprobó en agosto de este año, una reforma que facilita la regularización de los migrantes.

Esta reforma, adoptada por el consejo de los ministros, prevé medidas que tienen como objetivo una migración regular más ordenada y segura. Sobre todo, se propone de rendirla más rápida, dado los importantes

coses sociales de los procedimientos hodiernos, considerados lentos, inadecuados.

El fenómeno de la falta de personal en estos determinados sectores tuvo un aumento significativo después la pandemia COVID – 19, con consecuentes problemas de falta de crecimiento de los mismos sectores. La reforma ha entrado en vigor el 16 de agosto de 2022. el texto sobre todo facilita la regularización de los migrantes sin papeles que se encuentran en territorio español desde hacen más de dos años.

Estos sujetos podrán acceder a un empleo de forma legal, o a una formación en los sectores afectos de falta de personal. Se crea así la figura de “arraigo en formación”; este instituto concederá la autorización de residencia por un año (12 meses) a las personas extranjeras que han permanecido de forma continuada durante dos años en territorio nacional, si se comprometen a realizar una formación reglada para el empleo y puede ser prorrogada por otros 12 meses; concepto explicado claramente por la abogada Elena Pozo, especialista de extranjería.

Como señala el Real Decreto, una vez ultimada y superada la formación, el interesado en los plazos previstos podrá presentar la solicitud de autorización de residencia y trabajo ante la Oficina de extranjería. La Oficina de extranjería concederá una autorización de dos años que le habilitará a trabajar.

Objeto de la reforma también son los estudiantes extranjeros, que podrán trabajar hasta 30 horas por semana durante sus estudios, y sin haber vivido obligatoriamente tres años en España podrán acceder al mercado laboral, y sin pedir una ampliación de la estancia podrán quedarse un año más.

Como declara Gemma Pinyol – Jiménez, directora de políticas migratorias de estrategias, en entrevista con BCC Mundo, quien tenía un permiso de estudio, si trabajaba lo hacía de forma irregular, y esto no tenía ningún sentido.

La nueva reforma también se ocupa de reagrupación familiar, y concesiones de visados para trabajar en sectores carentes de persona, y a mejorar también es la contratación temporal: con esta modificación, a

pacto que regresan al fin de cada estancia de trabajo, también los temporeros, ejemplo que trabajan al campo, podrán obtener un contrato regularizado de hasta nueve meses pro ejercicio. Una vez cumplida esta condición, estos sujetos podrán acceder a un permiso de trabajo de dos años prorrogable.

Otro requisito fundamental que hay que tener en cuenta, es la acrecencia de antecedentes penales en España, y en su país de origen o en países en que hayan residido durante los últimos cinco años. Entre los cursos de formación en cuestión, se incluyen los certificados de aptitud técnica, profesional específica, o una promovida por los servicios públicos de empleo, y orientada al desempleo de ocupaciones incluidas en el catálogo al que se refiere el art. 65.1, o bien en el ámbito de formación permanente de las universidades, cursos de actualización de competencias y habilidades formativas, o profesionales, o enseñanza propia. el plazo para la matriculación es de tres meses desde la notificación de la resolución de concesión de la autorización de residencia.

La solicitud a presentar, una vez terminada la formación, deberá de incluir un contrato de trabajo firmado por el trabajador el empresario que garantice al menos el salario mínimo interprofesional, o el establecido por el Convenio Colectivo de aplicación, en el momento de la solicitud, y prueba de haber superado la formación prevista en la misma solicitud de residencia. dos años de autorización a trabajar concederá la Oficina de extranjería. Puede que la autorización este sometida a periodos concretos d matriculación, y en este caso se tendrá que remitir a la Oficina de extranjería, la prueba de la matricula en un periodo máximo de 3 meses. Como firma el artículo 124 del decreto, sobre autorización de residencia temporal por razones de arraigo:

” por arraigo laboral, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses, y que se encuentren en situación de irregularidad en el momento de la solicitud”.

A los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar cualquier medio de prueba que acredite la existencia de una relación laboral previa realizada en situación legal de estancia o residencia. a estos efectos se acreditará la realización, en los últimos 2 años, de una actividad laboral que suponga, en el caso de actividad por cuenta ajena, como mínimo una jornada de 30 horas semanales en el periodo de 6 meses o de 15 horas semanales en un periodo de 12 meses, y en el caso del trabajo por cuenta propia, una actividad continuada de, al menos, seis meses.

Como señala la abogada experta de extranjería, Llanos Martínez, que ha donado su conocimiento a Maldita.es, “en ningún caso una persona podrá obtener un permiso de residencia cuando tenga antecedentes penales en España o en su país de origen por delitos contemplados como tal en España, una condición que no es nueva, pero se mantiene. tampoco podrá acceder a un permiso de residencia una persona que haya participado en la trata de seres humanos.

En tema de reagrupación familiar como hemos observado también, hay modificaciones, “se suavizan las condiciones”, como señala Martínez: “se han reducido los medios económicos a acreditar por un extranjero para que su familia pueda conseguir un permiso de estancia en España y se reúna con él”.

Según la modificación, están previstas excepciones en caso de que la cuantía no alcance el indicador de 150% del Irpem (índice de referencia en España para la asignación de ayudas y función y subsidio en función de los ingresos) en el caso de que un adulto y un menor ya contemplaban esta ley (esto serían menos 868,53 euros mensuales o 10422,36 euros anuales en 2022). Se afirma que para aquellos casos en los que no se alcance la cuantía y en atención a la situación del reagrupado, para unidad familiar de dos miembros, siendo uno de ellos menor de edad se exigirá el 110% de la cuantía de la renta garantizada del ingreso mínimo vital con carácter anual. ósea una cantidad de 8436,43 anuales para unidad formada por adulto y un menor. por cada menor de edad adicional se exigirá un 10% adicional con el tope máximo de 150% de dicho ingreso.

La cuantía a justificar sería la siguiente:

- a. en caso de que se alcance la cuantía resultante de aplicar los umbrales previstos en el artículo 54.1 del este reglamento, la autorización será concedida.
- b. en caso de que no se alcance esa cuantía, se concederá la reagrupación familiar de los menores si el reagrupante acredita medios económicos provenientes de una fuente estable de ingresos igual o superior al salario mínimo interprofesional.
- c. para aquellos casos en los que no se alcance dicha cuantía y en atención a la situación de reagrupado, para una unidad familiar de dos miembros, siendo uno de ellos u menor de edad se exigirá el 110% de la cuantía de la renta garantizada del ingreso mínimo vital con carácter anual, y por cada menor de edad adicional, se exigirá un 10% adicional con el tope máximo de 150% de dicho ingreso.

Otro pilar de la reforma es que el cónyuge reagrupado, quien va a España, “tendrá permiso para trabajar por cuenta ajena o cuenta propia, independientemente del tipo de permiso que tuviera la persona migrante ya presente en España.

Como enuncia el art. 61 sobre las autorizaciones por residencia en virtud de reagrupación familiar, en el que al texto anterior que recogía que “las autorizaciones de residencia por reagrupación familiar renovada se extenderán hasta la misma fecha que la autorización de que sea titular el reagrupante en el momento de la renovación “se añade que esta autorización habilitará para trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia”. Todo salvo el requisito obligatorio para el cónyuge que va a España de haber obtenido uno o varios contratos de trabajos que tengan como salario por lo menos el mínimo interprofesional mensual, y se elimina la cláusula de que esto tenga una duración máxima de un año.

La abogada Llanos Martínez, nos da una explicación muy clara y detallada del asunto, y afirma que: “los estudiantes extranjeros que estén con visado de estancia por estudios podrán compaginar la formación de trabajo siempre que sea posible (por tiempo) y si no se superan las 30

horas del trabajo semanales. Y se anula la parte que prohibía que esos tipos de recursos podrían considerarse recursos necesarios para su estancia o sustento

## 6. CONCLUSIONES

Esta Reforma sin duda ha sido en elemento normativo revolucionario para España, y también para Europa, como meta atractiva por muchos migrantes, regulares y no regulares. se observa un cambio de consideración que los extranjeros nutren para España.

Hay que preguntarse si, pero esta reforma es realmente tan positiva para toda la colectividad. yo considero que sí, dado el origen de la misma reforma, ósea la motivación de su creación. Nació para luchar contra la falta de empleo de determinados sectores laborales.

Aun así, considero que puede funcionar siempre en el momento en que se incrementen los controles de entrada y salida.

## 7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Quiero dar las gracias a todas las personas que me han dado la posibilidad de dar mi intervención en este importante Congreso. Primero al profesor organizador Víctor Gutiérrez. Doy las gracias a mi tutora de Doctorado, la profesora Gloria Esteban de la Rosa que ha estado disponible, como siempre por cualquier cosa necesitaba, dándome las herramientas necesarias para conseguir este trabajo.

## 8.REFERENCIAS

Boza Martínez D. (2011). *Comentarios a la reforma de la Ley de extranjería (LO 1/2002)*. Valencia: Tirant lo Blanch

Díaz R. (2022). *Reforma de extranjería*. Extranjería 20

Fernández Rozas J.C. (2010). *Ley de extranjería y legislación complementaria*. TECNOS

Gutiérrez Castillo V. (2009). *Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea*. Barcelona: Huygens; Sevilla: Fundación Tres Culturas del Mediterráneo

- Moya D. (2015). *La reforma de la Ley orgánica de extranjería*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Nies.es. (2022). *Tramites de extranjería*.
- Noticias jurídicas (2022) *Reforma ley de extranjería*.
- Olivan López F. (2004). *Constitución y extranjería la dialéctica de la integración*. Madrid: Dykinson
- Ortega Martín. (2010). *Manual práctico de derecho de extranjería*. La Ley-actualidad.
- Pérez Ortiz A. (2022). *nuevo reglamento de extranjería □□□□ novedades reforma extranjería*.
- Rodríguez Rodríguez V. (2005) *La migración de europeos retirados en España*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas

## LOS MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS: ESPECIAL REFERENCIA A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA

---

GEMA POLONIO DE DIOS  
*Universidad de Córdoba*

### 1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la globalización, unido a las crisis sanitarias y humanitarias que jalonan nuestra reciente historia contemporánea, han motivado un flujo migratorio permanente y constante desde los países menos desarrollados o afectados por dichas causas hacia las economías más desarrolladas. En concreto, el 2 de noviembre de 2021, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) señalaba que el número total de desplazados y refugiados en el mundo se elevaba a 84 millones. Por su parte, la propia Unión Europea ha reconocido que el número de emigrantes que llegaron a Europa en 2021 experimentó un incremento del 57%, no sólo a causa de la pandemia, sino más bien a una tormenta perfecta provocada por múltiples factores como el aumento de la pobreza y de la desigualdad, cifra que, con toda probabilidad, habrá aumentado a lo largo de este año 2022 a causa de la crisis motivada por el conflicto bélico en Ucrania (Almarcha Rodríguez, 2022). Sobre las posibles causas migratorias, además de las señaladas, existen otras que, sin duda, potencian el crecimiento del movimiento migratorio (Garatto, 2001). A saber:

-Mafias de tráfico de personas: en muchas ocasiones, las menores son niñas que están atadas a estas mafias para su explotación sexual. También hay menores varones que forman parte de esta red como víctimas de trata.

-Huida del país de origen, menores no acompañados sin familia: son menores que no tenían inicialmente un vínculo familiar en el país de origen o este estaba totalmente deteriorado y el niño o la niña no guardaba contacto con la familia. Huyen de sus países debido al riesgo que corren en estos. Por tanto, la actividad migratoria no implica el traslado simultáneo al nuevo territorio de toda la unidad familiar, sino que, desgraciadamente, cada vez resulta más frecuente la entrada de menores migrantes no acompañados que voluntariamente asumen el exilio de su país de origen.

Sobre estos niños y adolescentes (ACNUR, 2019), y el Consejo de Europa. mediante Resolución de 26 de junio de ese mismo año, emitieron unas directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de los niños no acompañados que, aunque otorgaban cierto margen de libertad a los distintos Estados para su implementación, siempre habrían de regirse por el principio rector del interés superior del niño<sup>545</sup>.

-Menores que buscan mejores condiciones laborales o económicas: estos menores suelen tener una familia de origen que se encuentran en situaciones de pobreza o necesidad económica y buscan una salida de su situación. Los menores acuden a Europa con el fin de encontrar una mejor vida y oportunidades laborales; lo que Lázaro (2007) ha denominado “buscarse la vida”, ya sea de forma voluntaria o promovidos por su familia. Para ello, pretenden regularizar su situación y trabajar. Este tipo de menores suelen estar en contacto con sus familias, ayudando económicamente a estas personas que se mantienen en el país de origen.

En el caso español, esta modalidad de migración espontánea de menores de edad empezó a producirse, en baja intensidad, en los años noventa del pasado siglo para ir consolidándose e incrementándose en estas dos últimas décadas. El perfil característico de los menores no acompañados en nuestro país es un menor en edad adolescente, mayoritariamente originario de Marruecos (69%) y de los países del Magreb,

---

<sup>545</sup>ACNUR. (2019). ACNUR. Obtenido de No Acompañados: <https://www.acnur.org/5cf926764.pdf>. Afrontar este reto y situar el interés del menor como criterio principal de decisión exige un abordaje preciso y específico, atendiendo a la diversidad de situaciones en las que los menores pueden encontrarse.

con una presencia muy inferior de menores provenientes de países del Este europeo (Bueno Abad y Mestre Luján, 2006) aunque, obviamente, esta tendencia ha experimentado un cambio al alza tras la crisis de Ucrania.

La entrada de estos menores en nuestro país en ausencia de, al menos, un progenitor que ostente su patria potestad motiva que, debido a su minoría de edad, carezcan de capacidad jurídica y, por ende, de responsabilidad. Esta situación compele al ordenamiento jurídico a proporcionarles un ámbito de protección que pivota, principalmente, sobre dos conceptos fundamentales: la situación de riesgo, que implica una intervención social sobre los factores que la originan, y la situación de desamparo, cuya consecuencia legal es siempre la declaración de tutela por parte de la Administración competente y el acogimiento familiar o residencial subsiguiente del menor, hasta que desaparezca la situación que la originó o el menor alcance la mayoría de edad. En cualquier caso, a nuestro entender, la asunción por parte de nuestro país, de la precitada Resolución del Consejo de Europa 1997 conlleva la aplicación de otras medidas de protección que no sean las inherentes a la declaración de tutela automática, precisamente por su condición de menores no acompañados sin guarda y ni tutela por parte de su familia.

## 2. OBJETIVOS

Ante la divergencia existente entre el Derecho de extranjería y la legislación destinada a la protección a las personas menores de edad, el presente estudio o trabajo tiene como principal objetivo analizar la situación y régimen jurídico que resulta aplicable a los menores migrantes no acompañados, con especial referencia a la Comunidad Autónoma de Andalucía. A tal efecto, nos detendremos en la importancia que revisten los procesos de determinación de la minoría de edad, pues, del resultado de los mismos, devendrá el marco regulador al que habrá de someterse la persona extranjera. Finalmente, una vez definido el Derecho aplicable, concluiremos con este trabajo con la determinación de los derechos que asisten a los menores extranjeros y su efectividad.

### 3. DETERMINACIÓN DE LA MINORÍA DE EDAD: UNA CUESTIÓN CAPITAL

El *iter* de un menor no acompañado desde su entrada en el país comienza con su detección por las fuerzas de seguridad, aunque, en ocasiones, es el propio menor quien acude por iniciativa propia a dar constancia de su existencia. Bargach (2006) define las distintas fases dentro del recorrido migratorio de un menor extranjero, lo cual puede servir para entender algunas de las dificultades específicas a las que se enfrentan durante este proceso<sup>546</sup>. Posteriormente, la Fiscalía propicia la investigación sobre la edad del menor y su identificación inicial. Sólo después de constatar la minoría su edad, el menor pasa a disposición de la Administración competente que, previa declaración de su situación de desamparo, ordena su ingreso en un recurso de naturaleza residencial mientras continúa la investigación sobre su identidad y familia de origen, y se analizan las posibilidades de repatriación.

La caracterización jurídica del menor extranjero viene delimitada por una doble carencia: la de la mayoría de edad suficiente para disfrutar de capacidad jurídica y de obrar plenas, y la de ostentar la nacionalidad propia del territorio en el que se encuentra. De este modo, bajo la rúbrica de «menor extranjero», se alude a un grupo de individuos que se encuentra afectado por dos tipos bien diferentes de normas; de un lado, la normativa propia del régimen de extranjería, que impone determinadas restricciones a los derechos y libertades de los que pueden gozar los

---

<sup>546</sup> La primera fase se refiere a los distintos viajes realizados, normalmente en transportes ilegales, rodeados de adultos y arriesgando la propia vida tras un período largo de espera en su país de origen acompañado de ese grupo de mayores con los que perderá relación una vez alcance su destino. La segunda fase es breve y está centrada en el sentimiento eufórico tras haber conseguido llegar al lugar de destino. Posteriormente, en esta tercera fase, se produce una “caída al vacío” en el que se le plantea una dialéctica entre los marcos de referencia externo e interno, entre los cuales debe mantener un equilibrio en un período de tiempo determinado, motivado principalmente porque la sociedad de acogida responsabiliza a su familia o a su sociedad de origen de su llegada. La cuarta fase viene dada por el fallo dentro del Sistema Educativo, que con amplias trabas burocráticas no facilita la integración del menor con los jóvenes autóctonos y, por ende, su integración. La quinta fase es una consecuencia de lo anterior, en la que el menor ve completamente mermada su autoestima ante una perspectiva de futuro totalmente incierta. En sexto lugar, una culminación de todos los factores produce en el menor un “sentimiento de somatización, angustia y falta de concentración”.

extranjeros que se encuentren en nuestro territorio, en comparación con los que disfrutaban los nacionales, y de otro, la que incumbe a la protección jurídica del menor, más protectora con los intereses de éste, ya que hace primar por encima de cualesquiera otras circunstancias el “interés superior” del mismo<sup>547</sup>. Por todo ello, la determinación de la minoría de edad constituye una cuestión capital a la hora de determinar el régimen jurídico aplicable a la persona extranjera.

En este tema de la evaluación de la edad es preciso respetar una serie de garantías en las que el presunto menor, además de prestar su asentimiento, debe contar con la presencia y asistencia de un tutor o representante durante todo este proceso, pues, como ya se ha expuesto, si se dictaminara que es mayor de edad, se le declararía como un extranjero irregular (sin papeles) y sería susceptible de un procedimiento de expulsión. Por el contrario, si se certifica su minoría de edad habrá que garantizarle todos los derechos reconocidos a la infancia en general y, en particular, todos los aplicables a su condición de menor migrante no acompañado (Chamizo de la Rubia, 2007).

Las continuas quejas de instituciones y organizaciones respecto al modo y circunstancias en los que se practicaban las pertinentes pruebas para la comprobación de la minoría de edad motivaron la modificación del artículo 12 de Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor<sup>548</sup>, por la Disposición Final Octava de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia frente a la Violencia<sup>549</sup>.

---

<sup>547</sup> A este respecto cabe decir que este término permanece en el limbo jurídico al no existir en ningún texto normativo, una definición concreta del mismo.

<sup>548</sup> BOE núm. 15, de 17 de enero.

<sup>549</sup> BOE núm. 134, de 5 de junio. A este respecto, según la nueva redacción otorgada al aludido precepto, “(...) La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente. No podrán realizarse, en ningún caso, desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas especialmente invasivas (...)”. Asimismo, añade el legislador que “Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta Ley, en tanto se determina su edad (...)”.

En cualquier caso, desconocido el dato cronológico, la determinación de la edad de un joven sólo puede llevarse a cabo mediante estimaciones sobre su edad biológica a partir del grado de maduración de ciertas estructuras anatómicas. Es por ello que, para adoptar una decisión respecto de la edad de una persona, se precisa del auxilio de las ciencias forenses, que serán quienes, a través de diversas técnicas y métodos, faciliten la información y la opinión necesaria para intentar alcanzar el grado suficiente de comprobación de la hipótesis de la edad del individuo<sup>550</sup>.

#### 4. EL RECONOCIMIENTO DE LA FIGURA DEL MENOR NO ACOMPAÑADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y SU PROTECCIÓN

La figura del menor no acompañado no ha sido definida en nuestro ordenamiento ni por la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España<sup>551</sup> ni en la redacción original de su sucesora, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>552</sup>. La primera definición jurídica expresa de la figura del menor no acompañado que aparece en nuestro acervo jurídico la encontramos en el artículo 189 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000<sup>553</sup>, el cual implementa en nuestro ordenamiento los criterios y directrices aprobados por ACNUR y por el Consejo de Europa en 1997, a los que nos hemos referido anteriormente. En concreto, el citado precepto establece que “se entiende por Menor Extranjero No Acompañado (MENA) el extranjero menor de 18 años que sea nacional de un Estado al que le sea de aplicación el régimen de la Unión europea que llegue a territorio español sin un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la

---

<sup>550</sup> Defensor del Pueblo Andaluz, Informe Anual del Defensor del Menor de Andalucía, 2017, pág. 136.

<sup>551</sup> BOE núm. 158, de 3 de julio.

<sup>552</sup> BOE núm. 10, de 12 de enero.

<sup>553</sup> BOE núm. 103, de 30 de abril.

costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, así como cualquier extranjero que, una vez en España, se encuentre en aquella situación”.

En cualquier caso, sin perjuicio de lo expuesto, antes de que se aprobara, vía reglamentaria, la definición que acabamos de exponer, es justo resaltar que ya surgió en nuestro Derecho una referencia expresa, que no definición, al menor no acompañado. En concreto, hallamos esta en la versión consolidada del artículo 35 de la precitada Ley Orgánica 4/2000, tras la modificación operada en la misma por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre<sup>554</sup>. No obstante, el aludido precepto está redactado de manera tan generalista, tan excesivamente vaga y tan poco precisa que, en definitiva, puede parecer un marco diseñado, no para acoger y proteger, sino para contener la inmigración y para excluir a los niños no acompañados. En esa ambigua formulación se determina que las políticas públicas sobre menores extranjeros no acompañados están orientadas al retorno del menor a su país de origen, bien con su familia o bien en un centro de menores de su país, como solución duradera y siempre que ello constituya el interés superior del menor (Almarcha Rodríguez, 2007).

Si bien la interpretación aislada del artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000 nos puede invitar a deducir que la política española sobre estos menores parece regirse por los principios de extranjería y de devolución a su país, y no por los de protección de la infancia, conviene resaltar que, tras la ratificación por nuestro país, en 1995, de los acuerdos de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño (1989), fue promulgada la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (artículo 1)<sup>555</sup>, que extendía, de forma universal, todos los derechos explicitados en la citada Convención de la ONU a todos los menores que se encontraran en territorio español e imponía a los poderes públicos la obligación de actuar siempre en aras del interés superior del menor, con independencia de la nacionalidad de origen de la

---

<sup>554</sup> BOE núm. 299, de 12 de diciembre.

<sup>555</sup> BOE núm. 15, de 17 de enero.

persona menor de edad<sup>556</sup>. Por dicha ley, por tanto, se garantizaba a todos los menores extranjeros, los mismos derechos que a los menores españoles, los cuales debían prevalecer sobre toda consideración inherente a la condición de inmigrante o de extranjero<sup>557</sup>. España debía corregir su legislación para evitar que la misma entrara en conflicto con el marco jurídico europeo, donde se desarrollan medidas de protección específicas y garantías procesales para los menores no acompañados (Serrano, 2021).

En cualquier caso, tal como señala el Defensor del Menor de Andalucía (2004) el concepto de “interés superior del menor” no es sinónimo de garantía y protección, pues no está definido legalmente con claridad, encuadrándose dentro de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, ya que no hay una definición clara y terminante sobre cual sea ese interés superior, que pueda aplicarse a cualquier menor sin distinción. Así pues, habrá que analizar cada caso en particular para determinar qué medida de protección sería la más adecuada para satisfacer el concreto interés superior del menor en cuestión, teniendo este derecho a ser oído y escuchado al amparo de lo previsto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996. No obstante, conviene recordar que, en esos casos, la persona menor de edad extranjera se halla en una situación vulnerable, pues, debido a su minoría de edad, carece de capacidad jurídica y de obrar plenas, de ahí que sea necesario interpelar a su representante legal, es decir, a la propia Administración, que así ejerce el doble papel de juez y parte (ya que decide sobre su eventual repatriación o expulsión), lo que constituye claramente un conflicto de interés y una vulneración del principio de contradicción que debe regir este tipo de procedimientos.

Siguiendo esta línea, Díaz Sacristán (2017) afirma que la regulación europea respecto/ a los MENA es exigua y no concreta el concepto de “interés superior del menor”, incluso muestra como ejemplo el caso la

---

<sup>556</sup> La actual Ley Orgánica 8/2021, de 4 junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia si especifica ya de forma concreta en su artículo 2 “con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa de residencia”.

<sup>557</sup> Otro sector doctrinal, considera insuficiente la redacción de dicho precepto, ya que no se mencionó de forma expresa a los menores extranjeros.

sentencia de 12 de octubre de 2006 del Tribunal Europeo de Derecho Humanos que, como muchas otras, pone de manifiesto el trato inhumano a menores no acompañados por países miembros de la Unión Europea, que dista mucho de conseguir este interés superior y está, en ocasiones y de acuerdo con el TEDH, incumpliendo el Convenio Europeo de Derechos Humanos.<sup>558</sup>

Por todo ello, el Defensor del Menor Andaluz (2004) para armonizar el aparente mandato contradictorio previsto por el legislador en el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000 y en la Ley Orgánica 1/1996, ha afirmado a este respecto que “el retorno de los menores a su país de procedencia sólo cabe en aquellos casos en que, tras valorar detenidamente las circunstancias socio-familiares del menor, se acreditara que lo más conveniente para el mismo es su reagrupación familiar y siempre que se garantizara que dicha reagrupación familiar se va a llevar a cabo con arreglo a un procedimiento que permita salvaguardar en todo momento los derechos del menor y no suponga un riesgo para él o su familia<sup>559</sup>.”

## 5. EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA PROTECCIÓN DEL MENOR NO ACOMPAÑADO: LA CONFLUENCIA DEL DERECHO PRIVADO Y EL DERECHO PÚBLICO.

Como ya hemos adelantado, La Ley Orgánica 1/1996, señala en su artículo 1 que su ámbito de aplicación abarca toda persona menor de edad que se encuentre en territorio español, por lo que el elemento relevante no es la nacionalidad española, sino la ubicación del o la menor en territorio patrio. Asimismo, el artículo 18.1 de este cuerpo legal impone a la Administración Pública competente la obligación de asumir la tutela de cualquier persona menor de edad de la que quede constatada su situación de desamparo, todo ello conforme a lo previsto en el artículo

---

<sup>558</sup> Diez Morras (2013) también cita esta idea y subraya el trato degradante a los menores en ciertos países.

<sup>559</sup> En otros casos, habría que optar por la permanencia del menor en nuestro país, al menos hasta tanto se solventan las circunstancias que impidan o desaconsejen su retorno al país de origen.

172 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se aprueba el Código Civil<sup>560</sup>. Aunque ni la Ley Orgánica 1/1996 ni el Código Civil lo regulan expresamente, cabe precisar que la situación de desamparo podrá ser originaria (el menor ya se encuentra en situación de desamparo una vez que entra en territorio español, circunstancia que ocurre con los menores migrantes no acompañados) o sobrevenida (los menores, migrantes o no, se encontraban bajo la tutela de sus progenitores, pero esos son privados de la patria potestad por su mal uso)<sup>561</sup>.

En concreto, el apartado segundo del citado artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1996 establece que se considerará situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.<sup>562</sup> Si será un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente. Además de estos indicios, el legislador también ha enumerado una serie de supuestos detallados que, valorados y ponderados conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, comportan la existencia de una situación de desamparo, pues suponen una amenaza para la integridad física o mental del menor:

- a. El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla.
- b. El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para

---

<sup>560</sup> Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio.

<sup>561</sup> Nos centraremos en la situación de desamparo originaria, pues es propia y específica de las personas menores migrantes que entren en territorio nacional sin la compañía de sus progenitores.

<sup>562</sup> En cualquier caso, no podrá ser tomada en cuenta para la valoración de la situación de desamparo la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores ni la discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.

hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años.

- c. El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal.
- d. El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores<sup>563</sup>.
- e. El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando

---

<sup>563</sup> Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo.

den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental.

- f. La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad.
- g. La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria.
- h. Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia.

Una vez declarada la situación de desamparo de la persona menor de edad, y de conformidad con lo previsto en el citado artículo 172 del Código Civil, la Administración Pública competente asume la representación y defensa de aquella y se suspende la patria potestad de sus progenitores o tutores, que pasa al ámbito competencial de la citada Administración Pública. En concreto, el contenido de la patria potestad, figura eminentemente de naturaleza privada cuyo ejercicio, en este caso, va a ser realizado en la esfera pública, se determina, principalmente, en el artículo 154 del Código Civil, según el cual, la patria potestad se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprenderá los siguientes deberes y facultades:

- 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- 2. Representarlos y administrar sus bienes.
- 3. Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento

de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.

Por tanto, cuando una persona menor es declarada en desamparo, la Administración asume su patria potestad, constituyendo sobre la misma una guarda o tutela administrativa. Así pues, en definitiva, se produce la intromisión de una figura propia del Derecho Privado (patria potestad) en el campo del Derecho Público (tutela administrativa).

## 6. MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

Tal como señala el artículo 61.3, letra a), de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, por la que se aprueba la Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía<sup>564</sup>, la actuación sobre las personas menores de edad en situación de desamparo es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación civil y procesal cuya competencia es estatal. Fruto de dicho título competencial, fue aprobada la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor<sup>565</sup> (), la cual ha sido recientemente derogada por la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía<sup>566</sup> (), cuyos Títulos IV y V van a regular, respectivamente, la prevención y protección de las personas menores de edad que se hallen en territorio andaluz.

Centrándonos en la figura del menor no acompañado, la Junta de Andalucía ha atendido en esta última legislatura en sus centros específicos a 5.036 menores extranjeros no acompañados (Martín, 2018). En concreto, en este último año 2021, los menores extranjeros atendidos como nuevos ingresos han sido 963. Dentro del perfil de los menores extranjeros no acompañados, el 6,5% de estos nuevos ingresos son de menores de 15 años, el 3,9% tiene 15 años, y el 10,2% es de 16 años, al margen de un 79,4% es de 17 años o mayor. Cádiz se perfila como la

---

<sup>564</sup> BOE núm. 68, de 20 de marzo.

<sup>565</sup> BOJA núm. 53, de 12 de mayo.

<sup>566</sup> BOJA núm. 146, de 30 de julio.

provincia elegida por los menores extranjeros no acompañados para su llegada a España por cuanto casi seis de cada diez llegaron por esta provincia, mientras que un 15% lo hicieron por Almería. A partir de estas dos provincias aparece Granada en tercer lugar con 11,4% de los ingresos, mientras que Málaga registra el 9,5% de las entradas de menores extranjeros, seguida de Huelva con un 2%, Sevilla con un 1,8%, Córdoba con el 1,5% y Jaén con un 0,5%<sup>567</sup>.

La principal novedad que aporta la Ley 4/2021 para garantizar la protección de las personas menores de edad no acompañadas se encuentra en su artículo 131 que se dedica expresamente a regular la situación de las mismas, las cuales “(...) tendrán derecho al acceso a todos los servicios y prestaciones cuya competencia tenga atribuida la Comunidad Autónoma de Andalucía, independientemente del estado de tramitación de su residencia o asilo, y en especial, en materias relacionadas con salud, educación, servicios y prestaciones sociales básicas, empleo, formación profesional y ocupacional”. La vanguardista redacción de este artículo supone el cumplimiento del mandato genérico que impone la Ley Orgánica 1/1996 cuando obliga a los poderes públicos a actuar conforme al interés supremo de la persona menor, pues implica la extensión de todos los derechos y prestaciones contenidos en la norma autonómica, no sólo a las personas menores de edad andaluzas, sino a todas aquellas que se encuentren en territorio andaluz, incluyendo así a los/las menores no acompañados/as.

La Ley 4/2021 consta de seis títulos, dos más que su antecesora. El Título I, dedicado a las “Disposiciones Generales”, desarrolla los principios rectores que han de regir las políticas, los programas y las actuaciones de la Administración Pública de Andalucía en materia de infancia y adolescencia.<sup>568</sup> Asimismo, también se dispone en este Título la

---

<sup>567</sup> Observatorio de la Infancia en Andalucía, Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, Junta de Andalucía, diciembre de 2021. <https://www.lavozdealmeria.com/noticia/12/almeria/230498/el-15-de-los-menores-extranjeros-llega-a-andalucia-por-almeria>.

<sup>568</sup> Se reconoce el valor social de la infancia como personas que realizan un aporte afectivo, cultura y ético al caudal social y dispone el fomento de la participación de las niñas, niños y adolescentes en la construcción de una sociedad más justa, solidaria y democrática, fomento que se ve reforzado con la creación del Consejo Andaluz de niñas, niños y adolescentes.

creación de un sistema de información e indicadores sobre infancia y adolescencia que va a permitir medir y conocer el bienestar real de las personas menores y de este modo contar con una adecuada planificación de las políticas en materia de infancia y adolescencia de Andalucía.

Por su parte, el Título II, dedicado a la distribución de competencias, dispone la organización institucional de la Administración Pública autonómica y local en materia de infancia y adolescencia que debe ser una responsabilidad de toda la sociedad y así se dispone a lo largo de este capítulo.

El Título III, rubricado “De la promoción del bienestar de la infancia y la adolescencia”, va a recoger los derechos y deberes de las personas menores de edad, destacando, entre los primeros el derecho al desarrollo de la competencia digital y el derecho de la persona menor a ser oída. Igualmente, novedosa resulta la regulación en este título de una serie de limitaciones y reservas sobre determinadas actividades, medios y productos, debiendo interpretarse no como prohibiciones sino como modos de protección a la infancia y la adolescencia frente a cuestiones tales como los espectáculos públicos, la publicidad, el consumo o las adicciones.

Por su parte, el Título IV, dedicado a la prevención, regula todas las actuaciones incluidas en dicho concepto, destacando especialmente el ámbito de la salud, la educación y los servicios sociales. En este título se regula por primera vez en una norma legal el concepto de “parentalidad positiva” (art. 69)<sup>569</sup>.

El Título V, reservado a la protección de las personas menores de edad, se ocupa del desarrollo de las actuaciones de protección previstas la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del Menor: prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, el ejercicio de

---

<sup>569</sup> Dicho concepto es entendido como el comportamiento de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya el derecho a expresar su opinión, a participar y ser tomado en cuenta en todos los asuntos que le afecten, la educación en derechos y obligaciones, favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, y permita su pleno desarrollo en todos los órdenes.

la guarda, y en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley. Una de las novedades más significativas que ha introducido el legislador autonómico es la detallada regulación de la declaración de la situación de riesgo y sus efectos. En concreto, dicha declaración, que compete a la Administración Local, irá acompañada de un plan de intervención familiar, instrumento clave para corregir la situación de riesgo y garantizar el desarrollo del menor. El incumplimiento de este plan, que tendrá una duración máxima de doce meses prorrogables por otros seis, supondrá la existencia de fundamento para proceder a declarar la situación de desamparo de la persona menor, todo ello acompañado de un plan individualizado para cada menor que tendrá una duración de un año, siendo posteriormente revisable. Respecto al procedimiento de desamparo, la Ley 4/2021 establece un plazo máximo de duración de tres meses, y fija que su resolución deberá contemplar bien una guarda provisional (con una duración máxima de veinte días), bien la adopción de medidas de acogimiento familiar o residencial. En relación a esta última, la Ley 4/2021 establece unas horquillas de edad para ingresar en un centro de protección de menores más restrictivas, de manera que no se pueden ingresar a menores de seis años de edad en centros de protección, cuando la normativa estatal establece la limitación en menores de tres años. Por otro lado, en lo que respecta a los centros de protección de menores con problemas de conducta, la ley autonómica también recoge como novedad que en ningún caso pueda ingresar en ellos menores de 13 años.

Finalmente, el Título VI se dedica al régimen sancionador, configurando un cuadro de infracciones y sanciones, de una manera mucho más extensa<sup>570</sup>. A lo largo de sus cuatro capítulos abarca todo un conjunto de disposiciones generales, infracciones y tipos, sanciones, graduaciones y reducciones y, por último, el procedimiento sancionador, órganos y medidas provisionales.

---

<sup>570</sup> La extensión aludida viene motivada por la insuficiencia de regulación que en la Ley 1/1998, de 20 de abril, dificultó en ocasiones el ejercicio de la potestad sancionadora.

## 7. DISCUSIÓN

La persona extranjera menor de edad está condicionada por una doble vertiente. Por un lado, resulta destinataria de la normativa en materia de extranjería y, por otro, también lo es respecto de la legislación relativa a la protección de las personas menores de edad. Por todo ello, en consonancia con los objetivos propuestos y ante regulaciones contrapuestas para un mismo destinatario, el primer elemento de debate estriba en determinar si a los menores extranjeros no acompañados se encuentran incluidos en el campo de aplicación de uno u otro cuerpo normativo. Ante este debate, resulta esclarecedor el nuevo enfoque que el legislador andaluz ha introducido con la aprobación de la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Protección de la Infancia y Adolescencia de Andalucía. Finalmente, y ante esta nueva perspectiva, se plantea la dicotomía existente entre derechos reconocidos en el plano teórico y su efectiva materialización en la práctica.

## 8. CONCLUSIONES

Si bien la Ley 4/2021 ha supuesto una modernización en la regulación de los derechos de las personas menores de edad, cabe destacar que su bondadosa e innovadora redacción ha de estar acompañada de una verdadera dotación de recursos humanos y económicos que sirva para reestructurar y potenciar los distintos servicios de prevención y protección de menores que la Junta de Andalucía posee en cada provincia de su territorio, pues, en caso contrario, corremos el riesgo que el esfuerzo legislativo no se traduzca en logros palpables, con el consiguiente perjuicio para las personas menores de edad.

La primera conclusión que extraemos del presente estudio es la indeterminación y falta de concreción sobre el régimen jurídico aplicable a las personas extranjeras menores de edad, pues, tal como ha quedado expuesto en este trabajo, asistimos a normas de derecho positivo vigentes que disponen una regulación que, si bien en muchos casos no resulta directamente contradictoria, sí acaba siéndolo en la práctica. Aunque esta situación ha sido resuelta parcialmente en el ámbito andaluz por la Ley 4/2021 (a pesar de que las competencias en materia de extranjería

siguen siendo de carácter estatal), abogamos por una modificación de la normativa en materia de extranjería para afirmar, sin ningún atisbo de duda que, a las personas menores de edad no acompañadas les resultará de aplicación preferente, la normativa en materia de protección del menor.

Segunda, por la importancia y consecuencias que reviste, resulta igualmente prioritario la fijación de unos criterios objetivos y científicos que permitan determinar sin género de dudas y sin margen de arbitrio la edad de aquellas personas extranjeras no acompañadas cuando esta se desconoce o, en su caso, se duda. Finalmente, y ante la disparidad existente entre derechos teóricamente reconocidos y efectivamente materializados, resulta imprescindible dotar a las Administraciones competentes de su ejecución de medios humanos y materiales suficientes para que la letra de la norma no quede en mero papel mojado.

Tercera , a pesar de que la Ley 4/2021 recoge en su articulado la importancia de la coordinación interadministrativa para el logro de sus objetivos, cabe afirmar que la nueva ley adolece de una figura concreta que establezca mecanismos de coordinación tanto con la Administración estatal como con las entidades locales, a las que la Ley 4/2021 otorga importantes responsabilidades a través de los servicios sociales comunitarios, como la participación en la declaración de la situación de riesgo del menor. Esta carencia comporta que los asuntos relativos a la protección de las personas menores de edad tengan que ser abordados en el seno de los órganos de cooperación que ya existen.<sup>571</sup> Dicha circunstancia puede propiciar que una materia tan importante como la protección de los menores de edad se diluya en el transcurso de otros debates relevantes. En cualquier caso, quiero destacar que el éxito de esta coordinación no sólo recae en la Comunidad Autónoma, sino que también es responsabilidad de las Administraciones estatales y locales que, tal como establece el artículo 3.1, letra e), de la Ley 40/2015, de 1 de

---

<sup>571</sup> A nivel estatal, las Conferencias Sectoriales,

A nivel autonómico, la Comisión bilateral Junta de Andalucía-Estado,

A nivel local, la Federación Andaluza de Municipios y Provincias, el Consejo Andaluz de Gobiernos Locales o el Consejo Andaluz de Concertación Local

octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, deberán ajustar sus relaciones a los principios de buena fe, confianza legítima y lealtad institucional.

Cuarta y última, la Ley 4/2021 se ha caracterizado en la regulación de la protección del menor edad, sin embargo, guarda silencio sobre los llamados **menores egresados**, es decir aquellos que, si bien durante su minoría de edad estuvieron bajo tutela pública, quedan libres de esta al cumplir la mayoría de edad. En este sentido Collada y Navascués (2012) han definido a este sector poblacional como aquellas personas que, habiendo sido menores tutelados, se encuentran en la etapa de la vida adulta al cumplir la mayoría de edad pero aún presentan diferentes necesidades no resueltas Si bien esta situación queda al margen del concepto legal de “menor”, no es menos cierto que se trata de un importante problema que, salvo contadas excepciones, queda en un limbo jurídico que hubiera sido oportuno abordar y regular en la Ley 4/2021 para implementar medidas a desarrollar con estos jóvenes durante su minoría de edad al objeto de evitar una nueva situación de desamparo, ya sin protección alguna, al abandonar la situación de tutela pública. En este sentido, creemos que hubiera sido conveniente garantizar en el texto legal medidas que, de hecho, ya se están desarrollando en la comunidad andaluza, como los pisos tutelados, los centros de alta intensidad y los programas de inserción laboral, actuaciones que, en colaboración con distintas entidades privadas, permiten a los jóvenes egresados normalizar de forma paulatina su plena integración independiente en la sociedad.

## 9. BIBLIOGRAFÍA

- Almarcha Rodríguez, L. (2022). *Últimos avances y retos de futuro en la protección institucional de los niños inmigrantes sin tutela*, Universidad de Alicante, Alicante.
- Bargach, A. (2006). Los contextos de riesgo: menores migrantes. En F. Checa y Olmos, Á. Arjona, y J. C. Checa Olmos, *Menores tras la frontera* (págs. 51-62). Barcelona: Icaria editorial.

- Bueno Abad, J., y Mestre Luján, F.J. (2006). “La protección de menores migrantes no acompañados. Un modelo de intervención social”, *Revistas Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social* n°□□, Universidad de Alicante, Alicante
- Chamizo de la Rubia, J. (2007). Entrada y Tutela, La Protección Jurídica y Social de los Menores e Informe Especial sobre menores inmigrantes en Andalucía en: “la atención en los centros de protección de menores Defensor del Pueblo Andaluz extranjeros no Acompañados en Andalucía (2004). Fundación Save the Children,
- Collada, M. P., & Navascués, R. (2012). *Menores Extranjeros No Acompañados ¿qué hay tras la mayoría de edad?* Zaragoza: Universidad de Zaragoza.
- Díaz Sacristán, N. (2017) *La protección internacional de los menores extranjeros no acompañados. Problemática jurídica y análisis de la situación en España de los menores procedentes de Marruecos víctimas de trata* (tesis doctoral) Universidad Rey Juan Carlos.
- Garatto, G. (2001). *Reflexión sobre aspectos sociopolíticos. Actas del Seminario Europeo sobre Menores Extranjeros No Acompañados*, Unión de Asociaciones Familiares.
- Lázaro González, I. E. (2007). Menores extranjeros no acompañados. La situación en España. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, □□(19), 149-162.
- Martín Conty, I. (2018). *Marco jurídico de protección de los menores extranjeros en España*, en José Manuel Velasco Retamosa: *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos*, Tirant lo Blanch.
- Serrano Sánchez, L. (2021). *Vulneraciones y acceso a los sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia inmigrante no acompañada en España y El Salvador*, Universidad de Navarra.
- Vinaixa, M. (2009). La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados, *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. □□, núm. □ □ Universidad Carlos III de Madrid.

# LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS EN EL TERRITORIO DE LA UNIÓN EUROPEA: CASO DE ESPAÑA

---

RABÍA M'RABET TEMSAMANI  
*La Universidad de Jaén*

## 1. INTRODUCCIÓN:

Los centros de internamiento de extranjeros (CIEs) aparecen por vez primera en el ordenamiento jurídico español en el art. 26 de la Ley Orgánica 7/1985, del 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que contempla la posibilidad de que el juez de instrucción acuerde, como medida cautelar vinculada a la sustanciación o ejecución de un expediente de expulsión, el internamiento, a disposición judicial, de extranjeros en locales que no tengan carácter penitenciario. Si bien el reglamento de su funcionamiento surge en la reforma de Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros, de 2009 en su art. 62 sexies, su implementación tardó hasta 2014 con el Real Decreto 162/2014 que aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamientos de extranjero. Lo cual revela indudablemente que, durante estos tiempos, los CIEs eran operativos y ajenos a cualquier reglamento de funcionamiento.

En lo que del marco jurídico europeo se trate, llegó a manos de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Sin embargo, la idea de su creación remonta a 1991.

Ahora bien, todos los CIEs sitos en la Unión Europea (UE) fueron y siguen siendo objeto de constantes críticas por la sociedad civil que aboga por el respeto de los derechos y la dignidad de los inmigrantes “ilegales”. Las Organizaciones no Gubernamentales (ONGs) están enfurecidas por las condiciones en las que los internos viven y por los tratos degradantes infligidos por algunos que forman parte de la policía adscrita al centro. Por lo tanto, los de España no forman la excepción y son muchos los casos que corroboran aquellas críticas y denuncias.

Mediante este trabajo, se intenta arrojar la luz sobre las distintas violaciones de los Derechos Humanos (DDHH) a los que están sujetos los internos dentro de los CIEs en España. Pero antes, se abordará estos centros en el derecho comunitario y a continuación, se hará una síntesis de la legislación española de cara a los mismos. Igualmente, se resaltaré el impacto de su creación sobre una sociedad española de emigrante.

## 2. GENESIS DE LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO DE LOS EXTRANJEROS EN EL DERECHO COMUNITARIO

El nacimiento de los CIEs remonta al siglo XX, cuando la Comisión Europea pide la integración de las cuestiones de migración y asilo en la política exterior europea. Siguiendo la misma línea, el Consejo Europeo de Luxemburgo de junio de 1991 pide a los ministros responsables de la inmigración que presenten a la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de Maastricht propuestas relativas a la armonización de estas políticas<sup>572</sup>. Seis años después, en 1997, con la firma del Tratado de Ámsterdam, el bloque inmigración más asilo pasa de la cooperación intergubernamental a la comunitarización de políticas y sienta las bases de una política europea común de deportación<sup>573</sup>.

---

<sup>572</sup>La conclusión de la presidencia es descargable en la página oficial común del Consejo Europeo y el Consejo. <https://n9.cl/vy632> consultada por última vez el 2 de enero de 2023.

<sup>573</sup>Léase el artículo 73 K, del Tratado de Ámsterdam. “El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 73 O, adoptará, en el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, [...] medidas sobre política de inmigración en los siguientes ámbitos: a) condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar, b) la inmigración y la

Es relevante detenerse a nivel del Consejo Europeo de Tampere de 1999. A través de la lectura de las conclusiones de la presidencia, se puede resaltar de las directrices políticas y los objetivos en concreto aquel que versa sobre la política de asilo y migración común de la UE. En su epígrafe IV sobre la gestión de los flujos migratorios, el Consejo Europeo destaca la necesidad de una gestión más eficaz de los flujos migratorios en todas sus etapas<sup>574</sup>.

En la misma perspectiva y con el objetivo de endurecer más su lucha contra la migración ilegal o, mejor dicho, no reglamentaria<sup>575</sup>, el 24 de noviembre del 2004 entró en vigor el reglamento del Parlamento europeo (PE) y del Consejo sobre la creación de la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea<sup>576</sup>. En su artículo 1, destaca que la creación de la Agencia tiene por objetivo mejorar la gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la UE. En su aline 4, define, sin confusión ninguna, que las fronteras exteriores en cuestión, son las fronteras marítimas y terrestres y los aeropuertos y puertos marítimos de los Estados miembros a los que se aplica las disposiciones del Derecho comunitario relativas al cruces de las personas por las fronteras exteriores<sup>577</sup>. Con este, reglamento se ve el porvenir del destino de aquellas personas que se optan por llegar a las fronteras

---

residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales; 4) medidas que definan los derechos y las condiciones con arreglo a los cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro pueden residir en otros Estados miembros.”

<sup>574</sup> Vid las conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Tampere 15 y 16 de octubre de 1999. Disponible en: <https://n9.cl/91o43>. Consultado por última vez el 2 de enero de 2023.

<sup>575</sup> Por ser un fenómeno sumamente natural, es preferible evitar el termino ilegal a la hora de abordar el tema de la migración. Ésta es íntimamente ligada a la naturaleza del ser humano. Gracias a su deseo de moverse y conocer otros lugares, las sociedades pudieron conectarse y reconocerse desde que el Hombre habita la tierra.

<sup>576</sup> Véase del Diario Oficial de la UE del 25 de noviembre del 2004 consultable en la página de las leyes europeas “European Union Ley” <https://n9.cl/so272> . Consultado el 2 de enero de 2023.

<sup>577</sup> Art. 1.4) 4. “A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por fronteras exteriores de los Estados miembros las fronteras marítimas y terrestres y los aeropuertos y puertos marítimos de los Estados miembros a los que se aplican las disposiciones del Derecho comunitario relativas al cruce de personas por las fronteras exteriores”.

de la UE sin cumplir con los criterios que éste impone. Consecuentemente, de estos medios de control nacen los CIEs donde se concentran a los inmigrantes, en situación irregular, a la espera de una decisión sobre su estatus o, más frecuentemente, de la expulsión. Por lo tanto, su número se ha visto multiplicar en las más variadas formas dentro de la UE<sup>578</sup>.

Al día de hoy, un gran número de extranjeros son detenidos por motivos relacionados con la ley de extranjería en los Estados de la UE. Algunas de estas personas están encerradas en lugares específicos cuyo nombre difiere según el país: *zone d'attente, centre de détention administrative* (Francia)<sup>579</sup>, *centre pour des illégaux* (Bélgica), centro de internamiento de extranjeros (España), *centrul de custodie publica* (Centro de asistencia pública, Rumanía), *centro di identificazione ed espulsione* (Centro de identificación y expulsión, Italia).

Decididos a vigorizar las políticas migratorias comunitarias, el Tratado de Lisboa constituye el jalón fundamental de cara a la ampliación de las competencias comunitarias en materia de inmigración. Lo cual se plasma en otorgar al PE la calidad de colegislador junto al Consejo y la plena aplicación de la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la UE en esta materia<sup>580</sup>.

Con la aprobación de Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular<sup>581</sup>, se establece la norma de internamiento a efectos de expulsión. En consecuencia, conlleva el

---

<sup>578</sup> Véase (2007). Les centres de rétention en Europe centrale. Le Courrier des pays de l'Est, 1060, 25-37. <https://doi.org/10.3917/cpe.072.0025>. Consultada el 2 de enero de 2023.

<sup>579</sup> En el caso de Francia, existe dos categorías: 1-centro de retención administrativa (CRA) que sirve detención de un extranjero que reside ilegalmente en Francia y que es objeto de una medida de expulsión. 2- Local de detención administrativa (LRA) que está destinado a recibir a los extranjeros que han sido puestos temporalmente bajo custodia policial en espera de su alejamiento o traslado a un CRA.

<sup>580</sup> Véase. Los centros de internamiento de extranjeros en el sistema español. Disponible en <https://n9.cl/x9qdc>. Consultada el 2 de enero de 2023.

<sup>581</sup> Vid el DOUE del 24 de diciembre de 2008, accesible en eur-lex.europ, <https://n9.cl/z5q5i>. Consultado el 2 de enero de 2023.

marco jurídico europeo de los CIEs. Se puede destacar el capítulo VI que versa sobre el internamiento a efectos de expulsión cuyo art. 15, sobre el internamiento, enumera los casos en los cuales los Estados miembros pueden proceder al internamiento de los nacionales de terceros países, objeto de procedimientos de retorno y enfatizando que aquello tendrá lugar únicamente con el fin de preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión. En cuanto a las condiciones del internamiento abordadas en su art. 16, ofrece una alternativa al Estado miembro incapacitado de disponer de un centro de internamiento especializado, haciendo referencia a los CIEs, pudiendo utilizar los centros penitenciarios con la condición de separar los nacionales de terceros países sujetos al internamiento de los presos ordinarios<sup>582</sup>.

Al día de hoy, un gran número de CIEs están extendidos en el territorio de la UE. Incluso los Estados candidatos a la adhesión a la UE, países que forman o candidatos a formar parte de la política europea de vecindad, así como aquellos que colaboran con la política migratoria europea disponen de sus centros en armonía con el marco de la política del control migratorio<sup>583</sup>.

---

<sup>582</sup> Art.16. “Como norma general, el internamiento se llevará a cabo en centros de internamiento especializados. En los casos en que un Estado miembro no pueda proporcionar alojamiento en un centro de internamiento especializado y tenga que recurrir a un centro penitenciario, los nacionales de terceros países sujetos al internamiento estarán separados de los presos ordinarios. 2. Previa petición, se autorizará a los nacionales de terceros países en régimen de internamiento a que entren en contacto en el momento oportuno con sus representantes legales, los miembros de su familia y las autoridades consulares competentes. 3. Se prestará particular atención a la situación de las personas vulnerables. Se les dispensará atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de las enfermedades. 4. Las organizaciones y los organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales pertinentes y competentes podrán visitar los centros de internamiento a que se refiere el apartado 1, en la medida en que se utilicen para el internamiento de nacionales de terceros países con arreglo al presente capítulo. Tales visitas podrán estar sujetas a autorización previa. 5. Los nacionales de terceros países en régimen de internamiento recibirán de forma sistemática información sobre las normas aplicables en el centro y sobre sus derechos y obligaciones, incluida información sobre su derecho, con arreglo a la legislación nacional, a ponerse en contacto con las organizaciones y organismos a que se refiere el apartado 4.”

<sup>583</sup> Migreurop, (red europea de militantes e investigadores cuyo objetivo es de hacer conocer la generalización del encierro de los extranjeros desprovistos de título de estancia y la multiplicación de los campos, dispositivo que fundamenta la política migratoria de la Unión Europea), elaboró un proyecto denominado “CLOSETHECAMPS” que es una cartografía dinámica e interactiva sobre el internamiento de migrantes en Europa y su entorno. Su objetivo es:

### 3. LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS EN EL DERECHO ESPAÑOL: GÉNESIS Y RECHAZO.

#### 3.1. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN NORMATIVA

Los CIEs aparecen por vez primera en el ordenamiento jurídico español con la Ley Orgánica 7/1985, del 1 de julio<sup>584</sup>. En su art. 26<sup>585</sup>, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, contempla la posibilidad de que el juez de instrucción acuerde, como medida cautelar vinculada a la sustanciación o ejecución de un expediente de expulsión, el internamiento, a disposición judicial, de extranjeros en locales que no tengan carácter penitenciario. Sería interesante recordar la circunstancia en la que se aprobó esta ley. Se trataba de la fase del ingreso de España a las Comunidades Económicas Europeas puesto que en aquel momento no se conocía ningún precedente de llegada masiva de inmigrantes (Congzález Beifuss, 2016).

Evidentemente, el funcionamiento de estos espacios requería un carácter jurídico, lo cual tardó una década en ver la luz. Se tenía que esperar el Reglamento de ejecución de la mencionada ley orgánica. Asimismo, se aprobó por el Real Decreto 155/1996<sup>586</sup>, del 2 de febrero. Consecuentemente, se reconoció de forma manifiesta los CIEs a través su Capítulo VI sobre infracciones y sanciones. De tal modo dedica

---

Registrar los lugares, formas y condiciones en que se recluye a personas extranjeras y las dramáticas consecuencias humanas que esto implica; Facilitar el acceso a la información sobre los lugares de reclusión de personas extranjeras y el contacto con las detenidas; Movilizar a todas las personas que rechazan los mecanismos de detención y aislamiento de migrantes y quieren defender los derechos fundamentales de estos. Para más información disponible en: <https://n9.cl/o2ivx> . Consultado el 2 de enero de 2023.

<sup>584</sup> Vid el BOE N.º 158 del 3 de julio de 1985, pp-20824-20829.

<sup>585</sup> Vid art.26 aline a 2 “En los supuestos a que se refieren los apartados a), c) y f) del número anterior, se podrá proceder a la detención del extranjero con carácter preventivo o cautelar mientras se sustancia el expediente. La autoridad gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, en el plazo de setenta y dos horas, interesando el internamiento a su disposición en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario. De tal medida se dará cuenta al Consulado o Embajada respectivos y al Ministerio de Asuntos Exteriores. El internamiento no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, sin que pueda exceder de cuarenta días”.

<sup>586</sup> Vid. BOE. N.º. 47 del 23 de febrero de 1996, pp.6946-6977.

exclusivamente la Sección 5 a los CIEs. Ésta, abarca seis artículos<sup>587</sup> que conceden al Juez de Instrucción de autorizar el internamiento del extranjero, limitan la duración máxima del internamiento, atribuyen la competencia de su inspección, dirección, coordinación, gestión y control al Ministerio de Justicia e Interior. En cuanto a la custodia y vigilancia es competencia de la Dirección de la Policía. En este último, se trata únicamente de normalizar una práctica vigente desde la creación de estos centros. Como novedades aportadas y que merece resaltarla, es la separación de los internos en módulos deferentes en razón de su sexo. Al igual que prohibir de internar a menores a excepción de un informe favorable del Ministerio Fiscal si los padres estuvieran internos.

En el mismo orden de ideas, cabe destacar el establecimiento de su régimen interno cuyas normas se dictan por el Ministerio de Justicia e Interior e incluyen algunos derechos de los internos. Eso sí, sin omitir la implementación de la asistencia sanitaria y social dentro de los CIEs. Ésta, puede ser concertada con organizaciones no gubernamentales o entidades sin ánimo de lucro.

Aunque parece paradójico, se reconoce a los internos todos los derechos concedidos a los extranjeros tal y como viene en el capítulo preliminar, estipulados en el art. 1<sup>588</sup> sobre derechos y libertades, a excepción de los afectados por la medida judicial de internamiento (art 108. 7).

Piénsese que, estos centros estaban abiertos y operativos en total ausencia de normas de funcionamiento y de régimen interior. La subsanación de esta situación se alcanza mediante la Orden del Ministerio de Presidencia de 22 de febrero de 1999 sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los CIEs.

---

<sup>587</sup> Léase los artículos 108-112.

<sup>588</sup> Art.1 "1. Los extranjeros gozarán de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos por las leyes que los desarrollen, los Tratados internacionales suscritos por España y, en especial, la Ley Orgánica 7/1985 y lo dispuesto en el presente Reglamento.2. Asimismo, los extranjeros son iguales a los españoles ante la ley en función de lo dispuesto por ésta y los Tratados internacionales suscritos por España, en especial el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966".

No es de extrañar que se reconozca, en la exposición de los motivos de la Orden Ministerial, que la falta de regulación era fuente de un sin fin de problemas jurídicos y materiales. Se trata de un instrumento dividido en siete capítulos e incluyendo treinta y nueve artículos<sup>589</sup>. Es su capítulo III que establece la organización interior de los CIEs. De este modo, asienta la base de su estructura (art.7) que se compone de una dirección (art.8), una unidad de seguridad y administración (art.9), una administración (art.10) una junta de régimen (art.11), un servicio de asistencia sanitaria (art.12), servicios de asistencia social (13) y por último enumera las instalaciones y servicios (art.14) y su expulsión (art. 39).<sup>590</sup>

Compartiendo la misma constatación de (Gonzalez Beilfuss, 2016), esta regulación normalizó la situación en la que llevaban funcionando los centros sin constatar una mejoría normativa.

Continuando con la evolución del marco jurídico español relacionado con los CIEs, no obstante, esta evolución no refleja una mejoría. Por lo menos comparando la ley Orgánica de 1985 derogada por la Ley Orgánica de 4/2000 del 1 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>591</sup>. Ésta evidencia algunas aportaciones que se plasman en sus arts. 56 y 58 relacionados con el internamiento a los supuestos de rechazo en la frontera, la inclusión de los servicios jurídicos y culturales en estos centros, así como la necesidad de los autos de internamiento fuesen motivados y dictados previa audiencia del interesado.

---

<sup>589</sup> Vid. BOE. N.º. 47 del 24 de febrero de 1999, pp. 7681-7688.

<sup>590</sup> Conviene resaltar la inclusión de cuatro disposiciones de los cuales dos son adicionales sobre la financiación de los CIEs y la creación de centros de Madrid, Barcelona, Valencia, Málaga, Las Palmas y Murcia y una transitoria sobre la adecuación de los centros que en su momento eran operativos en un plazo de dos años. Cabe señalar que en su momento los centros creados estaban ya en funcionamiento.

<sup>591</sup> Ésta fue reformada por la Ley Orgánica 14/2003 del 20 de noviembre, véase el BOE N.º 279 del 21 de noviembre, pp. 41193-41204.

Por su lado, el Reglamento de Extranjería de 2001 no aporta alguna novedad considerable sobre la mejora de la regulación de los CIEs<sup>592</sup>. La Sección 2ª del Capítulo IV, mediante sus arts. (127-132), regula el régimen jurídico de estos centros. En comparación con el Reglamento de 1996, demuestra que, a excepción de levantar al rango de Real Decreto a algunos de los contenidos de la Orden Ministerial<sup>593</sup>, prácticamente se trata de una reproducción.

A continuación, llega la Ley Orgánica 14/2003<sup>594</sup> introduciendo cinco nuevos preceptos a saber y por primera vez, demarca los derechos de los extranjeros internados (art. 62 bis) y de la misma forma sus deberes (art. 62. ter.) cuyo conocimiento se realiza mediante información escrita una vez ingresados, se puede citar el derecho de formular verbalmente o por escrito sus peticiones y quejas relacionadas a su situación de internamiento (art. 62 quáter.). Dado su carácter como centro de internamiento, de allí la importancia de reservar artículo 62 quinquies a las medidas de seguridad interior en los CIEs mediante la actuación de la vigilancia y seguridad como la inspección de los locales, registro de personas, ropas y enseres de los internados, sin descartar la posibilidad de su contención física persona. De conformidad con el artículo 62 sexies, sobre el funcionamiento y el régimen interior de estos centros, la responsabilidad de adoptar las medidas necesaria para asegurar el orden, el respeto de los derechos, así como los deberes de los internados incumbe al director del centro.

---

<sup>592</sup> Aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio publicado en el BOE. N.º 174, de 21 de julio de 2001, pp. 26552-26603.

<sup>593</sup> Se trata de la dependencia de los CIEs de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras.

<sup>594</sup> Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas. Vid. BOE. N.º 256, de 25 /10/2003.

En lo que respecta el Real Decreto 2393/2004<sup>595</sup>, excepto la regulación de los CIEs que viene agrupada en su propio capítulo VI, no introdujo ninguna novedad de fondo.

En cuanto a la reforma de la ley de extranjería de 2009<sup>596</sup>, su principal objetivo versa sobre la trasposición de la Directiva 2008/115/CE abordada en el apartado I. Como se puede saber, corresponde al legislador español adoptar las medidas que juzga pertinentes para alcanzar el resultado acotado por la Directiva. Unas aportaciones que no pueden pasar desapercibidas, son la ampliación del plazo máximo de internamiento de cuarenta a sesenta días, sienta este plazo en la mencionada Directiva de seis meses prorrogable por un período no superior a doce meses. Y la creación de la figura del juez de control de la estancia de los CIEs y en las salas de admisión en las fronteras.<sup>597</sup> En cuanto al reglamento de régimen interno de estos centros se trate, cabe indicar que su disposición adicional tercera ordenó de forma concreta la aprobación<sup>598</sup> de un Reglamento en un plazo de seis meses. Sabiendo que las normas de régimen interno de los CIEs en vigentes eran aquellas implementadas por la Orden de 1999.

De forma rápida, se puede señalar que el reglamento de extranjería de 2011<sup>599</sup>, en su artículo 258. 8 reitera que el régimen de internamiento de los extranjeros se desarrollaría conforme a lo establecido en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2009. Cosa que tampoco vio la luz y se tuvo que esperar cuatro años al Real Decreto

---

<sup>595</sup> Vid el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE. N.º 6, de 7 de enero de 2005.

<sup>596</sup> Vid la Ley orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE. N.º 299, de 12 de diciembre de 2009, pp. 104986-105031.

<sup>597</sup> Cabe mencionar que el nuevo régimen de internamiento de extranjeros en esta ley de 2009 no pudo ver la luz conforme la disposición adicional tercera que fijó el plazo de seis meses para su aprobación.

<sup>598</sup> Exactamente, se utilizó el futuro simple “aprobará” que pueda entenderse como imperativo.

<sup>599</sup> Vid Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras sur reforma por Ley Orgánica 2/2009. Publicado en BOE. N.º 103, de 30/04/2011.

162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de extranjeros<sup>600</sup>. Se reconoce en la parte expositiva que éste, viene para satisfacer dos necesidades. Por un lado, la carencia legal de desarrollar los reglamentos estipulados en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2009 y por otro, la necesidad material de dar concreción a aspectos del funcionamiento de los CIEs. Consecuentemente, regula el régimen de internamiento de extranjeros de forma específica y completa mediante una norma con rango de Real Decreto y sustituyendo concluyentemente, la Orden del Ministerio de la Presidencia de 22 de febrero de 1999 en vigor hasta entonces.

Cabe señalar que el Consejo de Ministros aprobó el 18 de enero de 2019<sup>601</sup> un Plan para la mejora de las instalaciones de los CIEs. Se trata de la construcción de un nuevo centro en Algeciras y la reforma, ampliación y rehabilitación de los centros de Tenerife, Murcia, Las Palmas, Valencia, Barcelona y Madrid.

Antes de cerrar este epígrafe, sería oportuno reconocer el papel de tercera parte en las reformas de las normas sobre los CIEs y llevadas a cabo desde la Ley Orgánica de 7/1985. Lo cual será abordado a continuación.

### 3.2. LA INCULCACIÓN DE CIES EN UNA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE EMIGRANTES

España es un país de tradición emigrante por excelencia. El movimiento migratorio exterior empezó a ser relevante desde el siglo XIX<sup>602</sup>. Según la obra Estadísticas históricas de España, Siglos XIX-XX (Carreras y Taffunell, 2005), salieron del país entre un millón y medio y dos millones

---

<sup>600</sup> Publicado en el BOE. N.º 64, de 15 de marzo de 2014, pp. 23236-23264.

<sup>601</sup> Véase la notificación de la Moncloa <https://n9.cl/n6vvr>. Consultada el 4 de enero de 2023.

<sup>602</sup> De las de obras de Estadísticas publicadas por la Dirección general del Instituto Geográfico y Estadístico español, citamos la memoria sobre el movimiento de la población de España en los años 1858-1861. Se puede consultar el listado de las obras publicado por el Instituto Nacional de Estadística, disponible online en: <https://n9.cl/h7w6r>. Consultado el 3 de enero de 2023.

de españoles entre 1905 y 1914.<sup>603</sup> Ante la masiva emigración de españoles y para dar un marco legislativo al régimen emigratorio, se promulgó la primera Ley española de emigración del 12 de diciembre de 1907<sup>604</sup>. La estadística disponible, que corresponda a 2019, revela que 1.346.55 españoles emigraron.<sup>605</sup>

Ahora bien, la creación de los CIEs, llegó diez días después de la firma del tratado de la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea el 12 de junio. Dicho de otro modo, por este tiempo, aún no se conocía la llegada de ningún flujo inmigratorio masivo. Eso sí, estamos ante una sociedad siendo de emigrantes, consecuencia ésta, engendró rechazo e indignidad ante la creación de estos centros. El hecho de que un extranjero sea privado de libertad, por la única razón de ser inmigrante que no cumple los requisitos establecidos por la norma, no pudo dejar indiferente a una sociedad de emigrantes. La privación de libertad a los extranjeros como medida cautelar para su expulsión está lejos de ser una institución conocida y asumida por los ciudadanos y por los agentes políticos y sociales (Congzález Beifuss, 2016). En este sentido, cabe destacar las vías judiciales seguidas para impugnar algunas disposiciones de las normas abordadas anteriormente.

En esta vía, el Defensor del pueblo fue el primero en interponer un recurso de Inconstitucionalidad N.º 880/1985 el 16 de octubre contra los arts.

---

<sup>603</sup> Estas cifras fueron objeto de críticas por no reflejar más que parcialmente la realidad del éxodo español. Varios historiadores y demógrafos manifestaron sus fundamentadas dudas sobre la credibilidad de las estadísticas de emigración española. Para este trabajo conviene citar a SÁNCHEZ-ALBORNOZ, N. (1988). *Españoles hacia América: La emigración en masa, 1880-1930*. Alianza. p. 13-29; PÉREZ MOREDA, V. (1985): *La evolución demográfica española en el siglo XIX (1797- 1930): Tendencias generales y contrastes regionales*. En VV.AA., *La popolazione italiana nell'Ottocento*, Clueb, p. 69-113; ROBLEDO, R. (1988). *Crisis agraria y éxodo rural: emigración española a Ultramar, 1880-1920*. En Garrabou, R. (ed.). *La crisis agraria de fines del siglo XIX*. Crítica. p. 212- 244.

<sup>604</sup> Se puede acceder a esta ley a través el portal de la universidad Miguel Hernández. <https://n9.cl/ktqjg> . Consultada el 5 de enero de 2023. Cabe recordar que esta ley no fue la primera de su índole. Tenemos la Real Orden de 16 de septiembre de 1853, la de 10 de noviembre de 1883 y la de 8 de mayo de 1888 cuyos propositivos fue impedir los abusos propios de las emigraciones clandestinas y la Real Orden de julio de 1881 mediante la cual se crea una Comisión que tiene como objetivo impedir la inmigración clandestina.

<sup>605</sup> Véase los datos en Datosmacro. Disponible en <https://n9.cl/3qnpv> . Consultada el 4 de enero de 2023.

7, 8, 26 y 34 de esta ley Orgánica del 1 de julio de 1985. En su sentencia 115/1987, de 7 de julio, el Tribunal Constitucional estimó en parte el Recurso de inconstitucionalidad por lo que se refiere el inciso “solicitar del órgano competente su autorización” que viene en el art. 7, el art. 8.2 asimismo el inciso 2 del art. 34 “En ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley”. Mientras se desestimó el recurso en todo lo demás<sup>606</sup>. En la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999, se hace referencia a la toma en consideración el fallo en cuestión, en lo que se refiere a la disposición del art. 26.2 sobre la puesta en marcha de diversos CIEs, reconocimiento que éstas adolecían de la falta de regulación engendrando problemas jurídicos y materiales.

El parlamento Vasco a su vez, interpuso un recurso de inconstitucionalidad 1024-2004<sup>607</sup> con respecto, entre otros, al primer apartado del art. 62 quinquies sobre el régimen de registros y sobre el uso de medios de contención física personal o separación preventiva estipulada en su apartado 2 en los CIEs. El fallo tuvo un carácter interpretativo sobre estos dos apartados, reconociendo su constitucionalidad en los términos establecidos. A saber, que tales registros sean siempre imprescindibles ante circunstancias concretas que pongan en riesgo la preservación del y la seguridad, así como la orden concreta de registro sea justificada por el centro y comunicada a los internos afectados de forma previa.

Otro recurso fue interpuesto por la asociación pro derechos humanos de Andalucía, por la federación de asociaciones de S.O.S. racismo del Estado español y por la federación Andalucía acoge contra el Real Decreto 162/2014 por el que se aprueba del reglamento de funcionamiento y régimen interior de los CIEs. En este proceso, se solicitó que se procediera a declarar ilegal y anular el párrafo 2 del art. 5<sup>608</sup>, inciso "en la

---

<sup>606</sup> Léase la sentencia en <https://n9.cl/fpck>. Consultado el 2 de enero de 2023.

<sup>607</sup> Véase la Sentencia 17/2013, de 31 de enero de 2013. BOE. N.º 49, de 26 de febrero de 2013, pp. 99-141.

<sup>608</sup> “Cuando concurren situaciones de emergencia que desborden la capacidad de los centros, podrán habilitarse otros centros de ingreso temporal o provisional procurando que sus instalaciones y servicios sean similares a los de los centros, gozando los internos de los mismos derechos y garantías”

medida de lo posible" contenido en el segundo párrafo del art. 7.3 e inciso "y existan módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar" de la letra k) del art. 16.2. La sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su fallo los declaró inválidos y nulos<sup>609</sup>.

En paralela a lo que se ha abordado hasta el momento que versa sobre la mejora del marco jurídico que regula los CIEs, cabe mencionar un gran conglomerado de sociedad civil representado en asociaciones y ONGs que, desde la creación de estos centros, vigilan de cerca las condiciones en las cuales los internos están viviendo. Registran toda infracción que sea maltrato, un trato degradante, violación de los derechos fundamentales de los internos por parte del personal. etc. Algunas se comprometieron en publicar anualmente un informe sobre estos centros. Especial atención se presta al Defensor del Pueblo<sup>610</sup> siendo de las instituciones más activas en la incumbencia de hacer respetar la dignidad de personas cuyo único delito es haber creído en una vida mejor en un territorio comunitario. Su implicación alcanza su auge en 2009, habiendo conseguido de manos de las Cortes Generales la condición de Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura (Martines Liboriero, 2016). Sus informes anuales publicadas incluyen las recomendaciones para mejorar las condiciones dentro de sus muros (Fernandez Marugan, 2016).<sup>611</sup> En la misma línea, cabe destacar el Servicio Jesuita a Migrantes<sup>612</sup>, SOS Racismo<sup>613</sup>, Tanquemelscie y Pueblos Unidos<sup>614</sup> que elaboran informes anuales especiales sobre los CIEs. Todas las asociaciones y ONGs que hace de estos centros su causa principal, coinciden en la necesidad y la obligación de su cierre. En este sentido, cabe señalar la plataforma CIEsNo y la Campaña Estatal del cierre por el cierre de los CIE y el fin de las deportaciones. En este marco, SOS Racismo

---

<sup>609</sup> Sentencia de 10 de febrero de 2015. BOE. N.º 119, de 19 de mayo de 2015, pp.42414-42415.

<sup>610</sup> <https://www.tanquemelscie.cat/>

<sup>611</sup> Lleva años de supervisión constante de la situación dentro de los CIE mediante visitas al imprevisto al igual que la tramitación de las quejas recibidas.

<sup>612</sup> <https://sjme.org/cie/>

<sup>613</sup> <https://sosracismo.eu/fronteras/>

<sup>614</sup> <https://pueblosunidos.org/documentos-de-interes/#>

presentó un comunicado el 25 de septiembre del 2020, firmado por 130 asociaciones, en el cual ponen a las autoridades competentes ante su responsabilidad de las violaciones de los derechos de los internos, exigiendo la clausura de todos los CIEs y el fin del internamiento por ser una medida desproporcionada e injusta.<sup>615</sup>

#### 4. ¿RETENIDOS O DETENIDOS? INTERNOS INDEFENSOS ANTE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

De los artículos que nos parecen de gran preeminencia para, supuestamente, el amparo de la dignidad e integridad física y moral de los internos y contralando de la forma la conducta de la unidad de seguridad, son el art. 2.3) que incumbe a la figura del juez de control informarse de las peticiones y quejas planteadas por los internos en caso de vulneración de sus derechos fundamentales. El art. 9.2; 3.b.f.i) la responsabilidad del director de garantizar el ejercicio de los derechos de los internos y velar por su integridad física tomando las medidas para el cumplimiento de sus derechos y responder a sus peticiones y quejas. El art.10.d) incluye en las funciones de la Junta de coordinación la elaboración de informes para resolver sobre las peticiones y quejas formuladas por los internos. En el mismo orden de ideas, el art. 12.2.c) reitera que el director del CIE tiene la función de recibir las quejas y sugerencias. Especial importancia tiene el art.16.2.b).n) sobre los derechos de los internos a que se vele por el respeto a su vida, integridad física y salud, sin que pueda en ningún caso ser sometido a tratos degradantes o vejatorios, y a que sea preservada su dignidad y su intimidad. Las personas internadas se designarán por su nombre, salvo manifestación expresa en contrario del interesado. Así como la presentación quejas y peticiones en defensa de sus derechos. El art.19 vuelve a reiterar el derecho de formular peticiones o quejas, lo cual se puede hacer mediante una entrevista personal con el director conforme al art.20. No es de menor importancia el art. 49.2) sobre la conducta del personal del centro, indicando la adopción de un trato correcto en sus relaciones con los

---

<sup>615</sup> Véase el comunicado disponible en <https://n9.cl/t1sc0> . Consultado el 5 de enero del 2023.

internos, garantizarán la integridad, dignidad e imparcialidad en sus actuaciones y evitarán realizar o que se realicen por terceros cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria.

Ahora bien, desde su instalación, los CIEs han sido y son objeto de constantes denuncias sobre las condiciones de internamiento y las deficiencias que menoscaban el derecho a una vida y trato dignos para los internos. Son múltiples los informes de las ONGs pero, se hace especial referencia a aquellos elaborados por el Defensor del pueblo<sup>616</sup>, Pueblos unidos de la Fundación San Juan del Castillo<sup>617</sup>, Mundo en movimiento<sup>618</sup>, Servicio Jesuita a Migrantes<sup>619</sup>, SOSrasismo<sup>620</sup> y CEAR<sup>621</sup>.

Las quejas de los internos recopiladas se repiten casi en todos los informes consultados entre 2010 a 2022. Asimismo, como las constataciones de estas asociaciones. Para el interés de este trabajo, sólo resaltamos, principalmente, aquellas, aunque no son exhaustivas, relacionadas con los hechos perpetrados por el personal adscrito al centro como unidad de seguridad<sup>622</sup>.

Los informes relatan casos de trato vejatorio<sup>623</sup> y racista. No se refieren sólo a los internos, sino también a las familias que los visitan. Se han dado situaciones de maltrato o tortura dentro del CIE por personal

---

<sup>616</sup> Se puede acceder a sus informes que incluyen el tema de los CIEs desde 1985. <https://n9.cl/rg47q> .Consultada el 7 de enero de 2023.

<sup>617</sup> Véase su informe de 2010 disponible en <https://n9.cl/i8t90> consultado el 7 de enero de 2023.

<sup>618</sup> Léase su informe disponible en <https://n9.cl/wxov5>. Consultado el 7 de enero de 2023.

<sup>619</sup> Véase los informes en <https://n9.cl/k27l8>. Consultado el 7 de enero de 2023.

<sup>620</sup> Véase el informe accesible desde su portal oficial. <https://n9.cl/0m690> .Consultado el 7 de enero de 2023.

<sup>621</sup> La Comisión Española de Ayuda al Refugiado, publicó un relevante informe en 2009 “Situación de los Centros de Internamiento para extranjeros en España, conversaciones junto al Muro” que aborda abundantemente los casos en los centros de Madrid, Valencia y Málaga. pp112-144; 236-249. Disponible en <https://onx.la/4a6c3>. Consultada el 7 de enero de 2023.

<sup>622</sup> Véase el artículo 11 de la versión consolidada del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.

<sup>623</sup> “Un policía dijo que los marroquíes éramos la escoria de España”. Véase el informe de pueblos unidos de 2011 disponible en <https://onx.la/f12e2> . P. 15. Consultado el 7 de enero de 2023.

policial ajeno al mismo con la colaboración activa o pasiva de al menos un agente del centro. Castigos generalizados y entrada recurrente de las unidades antidisturbios<sup>624</sup>. Abusos en el registro<sup>625</sup> de las habitaciones o de los internos<sup>626</sup>, agresiones gratuitas<sup>627</sup>, agresiones físicas en rincones lejos de cámaras de vigilancia<sup>628</sup>. Los internos no pueden moverse libremente<sup>629</sup>. Amenaza a aquellos que se atreven a denunciar al o los policías autores de agresiones<sup>630</sup>, igualmente la falta de su identificación<sup>631</sup> tal y como lo exige la instrucción 13/2007<sup>632</sup> y trabas para poner

---

<sup>624</sup> En caso de conflicto entre los internos la UA entran con cascos, porras y escudos para calmar los ánimos a golpes y de forma indiscriminada.

<sup>625</sup> "Entran mientras los internos están en el patio y dejan las cosas desordenadas, en ocasiones desaparecen objetos personales de los internos". Op. Cita. N.º 624. p. 16. Consultado el 7 de enero de 2023.

<sup>626</sup> "Sucedió que la Policía sacó a varios internos al patio a las 12:30 del mediodía para registrarlos a la intemperie cuando caía una lluvia abundante, sin atender a la presencia de personas mayores y enfermas. Les mandó colocarse cara a la pared para cachearlas sin miramientos mientras los agentes proferían insultos y expresiones racistas". Véase el informe de SJM de 2019, p.30. Disponible <https://onx.la/cda3d> . consultado el 7 de enero de 2023.

<sup>627</sup> "Algunos internos habían denunciado haber recibido puñetazos en los lavabos y en las habitaciones de la Cruz Roja y de la enfermería por parte de agentes de policía que calzaban guantes mientras les practicaban reconocimientos corporales: agresiones gratuitas, humillantes e intimidatorias que habían tenido consecuencias lesivas". Ídem. P. 29

<sup>628</sup> "M. Cuenta que fue a raíz de una cajetilla de tabaco que no le salía de la máquina; la policía le dijo que no se preocupase, que al día siguiente vendría el de la máquina y se lo daría. Él fue a preguntar al día siguiente y le contestaron mal, diciéndole que se fuese a desayunar. Un policía se pasó todo el desayuno mirándole y se acercó a él y le dijo: "¿Qué miras?". M. dijo: "Yo no te estoy mirando, eres tú y no me dejas desayunar". Le dijo que no fuese a su habitación y que se quedase en el patio. Cuando ya no había internos le dijo que le acompañase y se lo llevó a las escaleras donde M. dice que no hay cámaras; el policía le agarró y otro llegó por detrás y le dio con una porra en la mano. Él les dijo que le dieran sus números de placa, ellos se pusieron chulos y dijeron "vete a tu chabola" y le dieron unos números el 11888 y el 11811, que después se ha comprobado que eran falsos" Op. Cita. N.º 624. P 14

<sup>629</sup> "Al contrario, tienen estrictamente pautado dónde estar en cada momento, ya que la policía los gestiona "colectivamente", como un rebaño, siguiendo unos horarios y lugares de estancia preestablecidos." Op. Cita. N.º 625. p.13.

<sup>630</sup>La práctica totalidad de las personas que han denunciado malos tratos han sido expulsadas el mismo día o al día siguiente, de no mediar recurso de su abogado y medidas cautelares. Así como obstáculos a su persecución.

<sup>631</sup> "Las ONG denunciaron que el 24 de abril varios policías que no portaban las placas identificativas reglamentarias agredieron a una interna en el comedor."Op. Cita. N.º 626 p.31

<sup>632</sup> Véase Instrucción 13/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, relativa al uso del número de identificación personal en la uniformidad de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

denuncias<sup>633</sup>. La impunidad facilitada por algunos autos que ordenan sobreseer las actuaciones en la investigación relacionada con la denuncia de un interno<sup>634</sup>.

Los informes coinciden en que los ingresos en los CIEs son indiscriminados y la excesiva duración del internamiento<sup>635</sup>. Haciendo caso omiso a las condiciones que vienen dictadas en el art. 63 de la LO 4/2000 sobre la aplicación del procedimiento preferente, así como a la Circular

---

<sup>633</sup> “Las personas internas que querrían denunciar malos tratos policiales encuentran obstáculos como: conducción a una celda de aislamiento, presencia policial durante el examen médico, aceleración de la repatriación forzosa, obstáculos para acceder a las vías de comunicación de los hechos, hostigamiento a quienes llegan a denunciar, dificultades para identificar a las personas responsables”. “ningún CIE tiene publicada su normativa de régimen interior ni la comunica a quien la solicita”. Léase el informe de SJM de 2021 disponible en <https://onx.la/7aafb> . P.4,40-41 Consultado el 7 de enero de 2023.

<sup>634</sup> El 16 de diciembre de 2020 la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó un importante auto (rollo de apelación 610/2020) en el que acordaba revocar la decisión de la titular del Juzgado de Instrucción n.º 26 de Barcelona (auto de 18 de febrero de 2020) que ordenaba sobreseer las actuaciones en la investigación de la queja elevada por un interno en el CIE de Zona Franca. “Según el denunciante, el 4 de diciembre de 2019 unos policías de servicio le habían quitado un pequeño altavoz que usaba para escuchar música, no se le quisieron devolver al reclamarlo y lo agredieron tirándolo por unas escaleras, a raíz de ello, sufrió algunos menoscabos físicos”. Léase el informe de SJM de 2020 disponible en <https://onx.la/2c1d6> P. 40. Consultado el 7 de enero de 2023.

<sup>635</sup> La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, establece en su art. 63 que sólo procede el internamiento que es el procedimiento preferente, cuando concorra riesgo de incomparecencia, existan indicios de que pueda dificultar o evitar la expulsión o suponga un riesgo para el orden público, la seguridad nacional o la seguridad pública. De lo contrario y en virtud de su art.63, se aplica el procedimiento ordinario el procedimiento ordinario incluye un plazo de cumplimiento voluntario para que el interesado abandone el territorio nacional. El Tribunal Constitucional ha establecido que el internamiento del extranjero “debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar”, lo que supone que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial. A su vez, la Directiva 2008/115/CE estipula en su preámbulo que El internamiento es una medida privativa de libertad que debe ser el último recurso para materializar la expulsión, una vez intentadas otras vías menos gravosas que, pudiendo garantizar la expulsión, no conlleven la privación de libertad. Y en su art. 15.1 contempla que el internamiento procede cuando no puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coactivo, y únicamente a fin de preparar el retorno o llevar a cabo la expulsión, especialmente en dos supuestos: si hay riesgo de fuga o si el inmigrante evita o dificulta la preparación del retorno o el proceso de expulsión.

6/2014 DG<sup>636</sup>. En el mismo orden de ideas, en 2019 la policía negó la aplicación del art.59.1 de la LO 4/2000 sobre el beneficio de la colaboración de los extranjeros aportando datos sobre quién facilitó su llegada ilegal a España<sup>637</sup>. Para cerrar este elenco de violaciones por parte de la Unidad de Seguridad, el SJM reitera en su informe de 2021 que los casos de hostilidad observados, y corroborados por el Defensor del pueblo, son las agresiones policiales y trabas a la denuncia e investigación pertinentes; deficiencias en la atención médico-sanitaria y obstáculos a las visitas de las organizaciones de la sociedad civil. No se debe excluir de estos tratos humillantes y degradantes, los malos tratos en el traslado hacia el aeropuerto que parece ser adoptado por algunos agentes como un ritual de despedida.

Terminando este epígrafe, caber resaltar las muertes rodeadas de opacidad de internos por suicidio. Hasta el día de hoy, son 14 internos que

---

<sup>636</sup> En la Circular 6/2014, de la Dirección General de la Policía-Comisaría General de Extranjería y Fronteras, de 11 de julio de 2014, establece los criterios que deben ser considerados por el policía instructor de la expulsión a la hora de proponer el internamiento en el CIE. Los funcionarios del Cuerpo Nacional de la Policía solicitan frecuentemente el ingreso en el CIE “si hay plaza libre”, aunque se trate de personas con mera estancia irregular, sin antecedentes penales, debidamente identificadas con su pasaporte, con domicilio conocido y con familia –frecuentemente menores– en España. Y muchos jueces de instrucción lo autorizan, convirtiendo la autorización de internamiento en un mero trámite formal sin que dichas circunstancias particulares entren en el expediente de expulsión que motiva la solicitud de internamiento. En el informe de SJM de 2019, constató la deficiente labor de control por parte del juzgado de instrucción. Autorizó el internamiento sin tener en cuenta que el artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000 exceptúa de la infracción grave de encontrarse en situación irregular por tener caducada la autorización de residencia más de tres meses el supuesto de que la persona interesada haya solicitado su renovación en el plazo previsto reglamentariamente. Asimismo, se consta la expulsión a internos con tramitación de residencia, arraigo social e incluso a internos con residencia de más de 15 años.

<sup>637</sup>Un marroquí que entró ilegalmente en España, colaboró con los funcionarios de la Unidad Central contra redes de inmigración y falsedad Documentales(UCRIF), al ofrecérsele los beneficios previstos por el artículo 59.1 de la Ley Orgánica 4/2000, según el cual el extranjero que se encuentre irregularmente podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con las autoridades competentes, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores. Sin embargo, la Policía no le aplicó dichos beneficios alegando que los datos aportados no pudieron ser verificados. El Defensor del Pueblo recordó a la UCRIF que la normativa exige la colaboración con las autoridades policiales, sin añadir nada acerca de su verificación. Léase el informe de SJM de 2019. Op. Cita N.º 626 p. 31.

han perdido la vida dentro<sup>638</sup>. La última noticia que salió a la luz sobre la violación de los DDHH, fue la del **28 de julio de 2022** en Valencia en la que se informa que cuatro agentes de la Policía Nacional del CIE de Zapadores dieron una paliza a un interno que solicitó únicamente una asistencia sanitaria<sup>639</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Independientemente de la variedad de su denominación, todos los CIEs situados en la UE, comparten el mismo dilema. Este capítulo se ha limitado al caso de España empero, las irregularidades y la violación de los DDHH pueden ser extrapoladas a otros.

Estos “cárceles” no penitenciarios están en el centro de mira de preocupación de un amplio tejido social que aboga por el respeto de los derechos de los inmigrantes “irregulares” desde su creación. Merced a su vigilancia, denuncias y recursos, se pudo depurar la ley de extranjería de contenidos reconocidos por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, por su inconstitucionalidad, así como la implementación del Reglamento de funcionamiento y régimen interno de los CIEs. Éste último, supuestamente se propone garantizar, a lo extremo, los derechos de los internos. No obstante, la practica desvela que se trata de un espacio de gestión policial opaca, por lo que deja desamparados a los internos. Si bien, son definidos como centros a carácter no penitenciario, los internos reciben un trato degradante y violento. Consecuentemente, estamos ante detenidos más bien que retenidos. Circunstancias estas, nos llevan a cuestionar la eficiencia de las disposiciones sobre la formación y reglas de conducta del personal de los centros.

Cabe llamar la atención sobre la ambigüedad del principio de la proporcionalidad, la discrecionalidad de las medidas coercitivas con los internos y el uso indeterminado de términos como “en caso de urgencia o de extraordinaria necesidad” resaltadas en el reglamento. No es de

---

<sup>638</sup> Para saber más consulta <https://n9.cl/0rxsu> . Consultada el 7 de enero de 2023.

<sup>639</sup>Para saber más consulta <https://n9.cl/745tn> . Consultado el 7 de enero de 2023

extrañar deducir que aquello atiza las violaciones expuestas en este trabajo.

El reto ante estas violaciones, sería por un lado implementar una norma que acota, minuciosamente, la conducta de la unidad de seguridad de cara a los internos y por otro, ponderar la vigilancia contra los mencionados tratos mediante grabaciones de un circuito de televisión que cubre todos los espacios sin dejar refugios de tortura. Aun cuando, esta última están instaladas, su control y visualización quedan realizados desde dentro y se borran habitualmente las grabaciones a los 15 días. De allí la importancia de pensar en conceder su control a una tercera parte que pueda garantizar su control con total imparcialidad.

Desde mi punto de vista, poner fin a la impunidad de los agentes adscrito o no a los CIEs e implicados de forma activa o pasiva en la violación de los derechos de los internos, representa una reivindicación legítimamente urgente.

Es lamentable constatar, que la política de migración de la UE, toma cada vez más un carácter defensivo y de seguridad relegando el respeto de la dignidad de las personas cuyo único pecado es aspirar a una vida mejor fuera de su país, a un segundo plano.

## 6. REFERENCIAS

- Barbero, I. (2017). El acceso a los centros de internamiento para extranjeros como control y garantía de derechos. *Derecho y Libertades: Revista del Instituto de Bartolomé de las Casas*
- Carreras, A. y Tafunnell, X. (coords.), (2005). Estadísticas históricas de España, Siglos XIX-XX. Fundación BBVA. Vol. I, 2ª ed., p. 91. <https://n9.cl/o3fa> Consultado el 5 de enero de 2023
- Fernández Bessa, C. (2021). Los centros de internamiento de extranjeros (CIE). Una introducción desde las ciencias penales. *Iustel*
- Fernández Marugán, F. (2016). La política de inmigración tras el cambio de ciclo. Especial consideración al internamiento y al asilo. En Revenga Sánchez, M. y Fernández Alles, J.J., (coords.), *Los centros de internamiento de extranjeros Régimen jurídico tras el Reglamento 2014 y la STS de 10 febrero 2015*. Tirant Lo Blanch, p. 40
- González Beifuss, M. (2016). El régimen jurídico de los centros de internamiento de extranjeros: evolución normativa y cuestiones pendientes. En Revenga Sánchez, M y Fernández Alles, J.J., (coords.), *Los centros de internamiento de extranjeros Régimen jurídico tras el Reglamento 2014 y la STS de 10 febrero 2015*. Tirant Lo Blanch,
- Martines Liboriero, F. (2016). Derecho de las personas internas en los centros de internamiento de extranjeros: Especial referencia a la situación de las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual. En Revenga Sánchez, M y Fernández Alles, J.J., (coords.), *Los centros de internamiento de extranjeros Régimen jurídico tras el Reglamento 2014 y la STS de 10 febrero 2015*. Tirant Lo Blanch, p. 229
- Pérez moreda, V. (1985). La evolución demográfica española en el siglo XIX (1797- 1930): Tendencias generales y contrastes regionales. En VV.AA., *La popolazione italiana nell'Ottocento*. Clueb
- Robledo, R. (1988). Crisis agraria y éxodo rural: emigración española a Ultramar, 1880-1920. En Garrabou, R., (ed.). *La crisis agraria de fines del siglo XIX*. Crítica
- Sánchez-alborno, N. (1988). Españoles hacia América: La emigración en masa, 1880-1930. Alianza.
- (2007). Les centres de rétention en Europe Central”, *Les courriers des pays de l’Est. Le courrier des pays de l’Est*. <https://doi.org/10.3917/cpe.072.0025>.
- (2010). Los centros de internamiento de extranjeros en el sistema español. <https://onx.la/df8ac>
- (2011). Informe Pueblos Unidos. <https://onx.la/fl2e2>

## COMUNICADOS

(2019). La Moncloa <https://n9.cl/n6vvr>.

(2020). SOS Racismo <https://n9.cl/tlsc0>

## PRENSA

(2022) El Diario. <https://n9.cl/745tn>

## INFORMES.

(2009). CEAR <https://onx.la/4a6c3>

(2019) Datosmacro. <https://n9.cl/3qnpv>

(1985-2021). Defensor del pueblo <https://n9.cl/rg47q>

(1997). INE <https://n9.cl/h7w6r>

(2019). Mundo en movimientos <https://n9.cl/wxov5>

(2010-2011). Pueblos Unidos <https://n9.cl/uc12u>

(2013, 2014, 2017-2021). Servicio Jesuitas a migrante <https://n9.cl/k2718>

(2022). SOSRACISMO <https://n9.cl/0m690>

Mapa de los CIES dentro de la UE <https://n9.cl/o2ivx>

## MIGRANTES ANTE EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

---

M<sup>a</sup> TERESA ALCOLADO CHICO

*Profesora de Derecho Internacional Privado en Universidad CUNEF y en el Centro de Estudios Superiores Cardenal Cisneros, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid, Profesora de la Escuela de negocios ESERP, adscrita a la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, Profesora invitada en la Universidad de Coimbra.*

### 1. INTRODUCCIÓN

Es, aproximadamente desde el año 2015, que la Unión Europea, así como sus Estados miembros participan del resultado de las crisis de refugiados de oriundos de Oriente próximo; así como el empuje de las corrientes migratorias procedentes del África subsahariana; el control de estos flujos obliga a afrontar discrepancias en relación con los Derechos Humanos, al tiempo que los Estados observan su ordenamiento jurídico<sup>640</sup>, bajo la mirada y el respeto de estos valores, es, como los inmigrantes deben ir alcanzando el interior de la Unión Europea; bien para establecerse o como plataforma para acceder a terceros Estados como Canadá o Estados Unidos, entre otros; sin embargo, la migración irregular se convierte en un mercado ilegal que se rige bajo las leyes de la oferta y la demanda, siendo las personas negociadas para obtener un beneficio económico<sup>641</sup>, la lucha contra este tipo de delitos, genera

---

<sup>640</sup> El Derecho internacional reconoce la obligación de los Estados a no expulsar o entregar a una persona a un Estado cuando la devolución pueda provocar una violación grave de los Derechos Humanos, por lo que no se puede expulsar a un extranjero condenado a su país de origen si con tal medida puede correr riesgo de sufrir cualquier tipo de persecución por motivos religiosos, raciales o políticos.

<sup>641</sup> Vélez Alcalde, F. J. (2008) *Pateras, cayucos y mafias transfronterizas en África: el negocio de las rutas atlánticas hacia las Islas Canarias*. Boletín Elcano (100). «El beneficio económico de la organización de un viaje desde las costas de Mauritania en cayuco de unos 25 metros de eslora equipado con dos motores, en el que se embarcan 150 personas con salida

importantes gastos para la Unión Europea y por ende para los Estados mediterráneos tales como los costes de operaciones de vigilancia y control de fronteras, repatriaciones, mantenimiento de centros de internamiento, partidas económicas destinadas a compensar a los Gobiernos africanos para la gestión dentro de sus fronteras del flujo de migrantes así como la firma de acuerdos que nos permiten actuar en aguas territoriales<sup>642</sup>.

En el hecho de migrar se pueden producir diferentes conductas, que, atendiendo a nuestro ordenamiento están tipificadas y son punibles; sirva de ejemplo que saltar la valla de Melilla, conlleva una sanción administrativa, pero no es un ilícito penal; salvo que al hilo de esa incursión, se produzcan atentados contra las fuerzas del orden público, desobediencia, o lesiones; la llegada de pateras a las costas españolas, tampoco tiene consideración de ilícito penal, pero si se detiene a las personas que tripulan o capitanean las embarcaciones como a los proveedores de esos viajes a cambio de precio, la calificación sería de un delito de tráfico ilegal de personas, lo que podría llegar a conducir a la detención de redes de criminalidad organizada. Abundando en esta percepción, la crisis económica de los últimos años, acrecentada con el

---

*garantizada, sería de unos 106.900 euros, que se puede desglosar en 28.100 de gastos para la organización de la salida y 135.000 de ingresos por el pago de los pasajes», página 5.*

<sup>642</sup> En este sentido, los acuerdos llevados a cabo por España con Guinea Conakry, Senegal y Gambia, a modo de ejemplo; en concepto de ayuda inmediata en materia de control de inmigración ilegal; El primer acuerdo, *Memorando entre España y Senegal en el ámbito de la gestión y la gobernanza de las migraciones*, es un instrumento de cooperación e intercambio de experiencias en materia migratoria entre los dos países. el segundo acuerdo, *Memorando entre España y Senegal sobre los movimientos migratorios seguros, ordenados y regulares*, pretende ser el instrumento para la ejecución de los nuevos proyectos migratorios. Se procura establecer vías de emigración en los siguientes ámbitos: laboral (para distintos niveles de cualificación), estudios, formación profesional, investigación u otros que se consideren de interés común para ambas partes, favoreciéndose la integración en el mercado de trabajo. Para su desarrollo, intervendrán las instituciones públicas, pero también podrán participar empresas y otras organizaciones y asociaciones, en el mismo sentido con los Estados expresados en esta nota. La cooperación y los proyectos migratorios forman parte de la acción exterior de España y se despliegan en aplicación del III Plan África y de Foco África 2023, que ya recoge tres proyectos migratorios a realizar entre 2021-2023. La nueva política europea en materia de cooperación y migratoria, que está justo en estos momentos definiéndose, también servirá para conformarlos. Y tendrán en cuenta el Pacto Global de Migración y la meta 10.7 de la Agenda 2030.

COVID y la crisis de Ucrania, ha provocado la llegada masiva de refugiados<sup>643</sup> y con estos proliferan las mafias que rentabilizan el drama ajeno monetizándolo, por lo que las personas implicadas en facilitar la inmigración ilegal va en aumento; quizá todo empiece con redes organizadas en internet, más o menos especializadas, donde a través de blogs se ofrecen consejos de viaje, rutas, controles de frontera, beneficios para los refugiados dependiendo de los países, fórmulas de integración que son aprovechadas por las mafias ya que la entrada en estos sitios web es abierta y accesible, por lo que la captación por este medio parece una tarea poco complicada. En general, son grupos que están altamente informatizados y por tanto pueden ser usuarios o creadores de diferentes plataformas, que, en cuanto son detectados por las Fuerzas del Orden Público proceden a cerrar, abriendo otras; siendo que la

---

<sup>643</sup> La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) presentó, en mayo de 2017, el Portal de Información sobre el Tráfico Ilícito de Migrantes con el objetivo de facilitar la difusión de información sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. El Proyecto de la OIM sobre Migrantes Desaparecidos es otra fuente de datos que facilita información sobre el tráfico ilícito de migrantes, ya que recopila datos sobre las muertes y desapariciones de migrantes en todo el mundo, muchas de las cuales están relacionadas con el tráfico ilícito de migrantes. La Matriz de Seguimiento de los Desplazamientos (DTM) de la OIM también recopila datos sobre diferentes tipos de flujos migratorios y, desde 2004, se emplea en más de 60 países. En función del país, la matriz facilita hasta cuatro tipos de sistemas de recopilación de datos: seguimiento de la movilidad, monitoreo de flujos, registro y encuestas. A través de estos sistemas, la matriz puede recopilar datos en las diferentes etapas de la trayectoria de la migración, a saber, salida, tránsito y llegada. En algunos casos, los sistemas de recopilación de datos de la Matriz de Seguimiento de los Desplazamientos son capaces de captar los movimientos de personas que han utilizado el tráfico ilícito en el marco de los flujos migratorios irregulares. Estos datos están sujetos a la voluntad del migrante de querer compartir esa información sensible. La Secretaría Regional sobre la Migración Mixta publica resúmenes mensuales, así como análisis de tendencias trimestrales y anuales de los movimientos migratorios mixtos y datos sobre África Oriental y Yemen. Tanto los resúmenes como los análisis de tendencias facilitan información sobre el número de migrantes objetos del tráfico ilícito, el costo de ese tráfico y otra información relacionada, si se dispone de ella. Por último, el Centro Internacional de Formulación de Políticas Migratorias elabora un anuario titulado *Annual Yearbook on Illegal Migration, Human Smuggling and Trafficking in Central and Eastern Europe* que incluye un estudio y análisis de los datos sobre la gestión de las fronteras y las detenciones que se producen en las mismas en 22 países. El tráfico de personas es la empresa criminal que crece más rápido del mundo, una que genera aproximadamente 150.000 millones de dólares (136.000 millones de euros) anualmente en forma de beneficios ilegales, según la OIT. en <https://www.europapress.es/internacional/noticia-traffic-personas-mundo-diez-datos-20170506174236.html>.

Policía de los Estados miembros o la misma Europol no tienen capacidad para mantenerlas inactivas, por lo que el seguimiento es arduo y trabajoso. Estas organizaciones tienen a su vez, un carácter internacional, ya que las personas pueden ser captadas por medio de internet en sus estados de origen y después ser trasladadas por miembros de la estructura que se ubican en otros Estados; incluso están implicadas no sólo en el tráfico de personas sino también en asuntos de tráfico de drogas, falsificación de documentos, blanqueo de capitales por lo que el campo de acción es inconmensurable dada la ramificación de las operaciones y la internacionalización de las captaciones.

## 2. CONDUCTAS TIPIFICADAS

Una de las conductas más habituales para el paso por frontera es la falsificación de documentos de identidad, dentro de este comportamiento se distinguen principalmente tres supuestos: a) la pretensión de entrar en nuestro Estado mediante un documento falsificado, como forma de identificación y obtener por este medio el acceso a la Unión Europea, que no tiene por qué haber sido falsificado por el portador del mismo,<sup>644</sup> o puede haber procedido a alterar en parte el documento en alguno de sus requisitos, a saber, cambio de foto, firma, que pueda inducir a error sobre la autenticidad; El uso de documento oficial verdadero pero utilizado por una persona que no es su titular, es uno de los casos más habituales; tal actuación se encuentra tipificada: *«En los supuestos descritos en los artículos 392, 393, 394, 395 y 396 de este Código también se entenderá por uso de documento, despacho, certificación o documento de identidad falsos el uso de los correspondientes documentos, despachos, certificaciones o documentos de identidad auténticos realizado por quien no esté legitimado para ello»*, en el artículo 400 bis del Código Penal; usurpando la personalidad del verdadero titular sin estar legitimado para ello, o incluso con autorización del titular<sup>645</sup>, ya que a

---

<sup>644</sup> Esta posibilidad se contempla en el artículo 392.2 del Código Penal: *«se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año y la multa de tres a seis meses al que hiciere uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso»*.

<sup>645</sup> De Urbano Castrillo, E., Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, núm. LXXIV, enero, 2021, en el mismo

veces el documento es prestado por algún familiar, artículo introducido por la LO 5/2010 que estableció un nuevo tipo de falsedad de uso, consistente en la utilización de un documento auténtico por el que no está legitimado para ello<sup>646</sup>.

Al legislador español, no sólo le preocupa el castigo hacia las personas que cometen los delitos antes expuesto, sino que su objetivo se centra en las diferentes organizaciones criminales, cuyo fin principal es el tráfico de personas, por ello, el Código penal español tipifica en el artículo 318.1 bis<sup>647</sup> el traslado de inmigrantes a fin de lucrarse con su entrada y sin embargo, existe una conducta no tipificada que no podemos confundir, el trabajo que desarrollan las diferentes organizaciones internacionales que llevan a cabo la recogida de migrantes, siendo que desde comienzos de 2022, 1.765 migrantes desaparecieron en el Mediterráneo, especialmente en su ruta central (1.287), la más peligrosa del mundo, según la Organización Mundial para las Migraciones (OIM), siendo que tal conducta no se ha convertido en un ilícito penal<sup>648</sup>, a pesar que no es una situación extraordinaria que las ONGs. dedicadas a esta actividad sean detenidas en numerosas ocasiones<sup>649</sup>. El artículo

---

sentido para un carnet de conducir la STS N.º 573/2020, de 4 de noviembre de 2020; Asunto: Competencia para enjuiciar la utilización de un permiso de conducir fraudulento, elaborado en el extranjero. Doctrina: Consecuente con el art. 23. 3 f) de la LOPJ y el art. 6 del Convenio Schengen, el permiso de conducir falso, documento oficial y de identidad, al tiempo que es utilizado en España, constituye un delito que conlleva que sea conocido por la jurisdicción española, cualquiera que sea el lugar en que se produjo la falsificación, p.874.

<sup>646</sup> SAP MADRID, sección 30a, núm. 599/2014, de 28 agosto. En igual sentido, SAP BARCELONA, sección 7a, núm. 719/2013, de 19 de julio.

<sup>647</sup> «El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el trate. Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior» situación, esta última donde se encuadra la ayuda humanitaria.

<sup>648</sup> «Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate».

<sup>649</sup> «Por segunda vez esta semana, Malta, detuvo el lunes un barco humanitario que normalmente se encarga de rescatar migrantes provenientes de la costa de Libia, en donde dos naufragios se cobraron la vida de alrededor de 200 personas en los últimos días. La embarcación Sea Watch, gestionada por una ONG alemana, pidió abandonar el puerto tras labores de mantenimiento y la autoridad portuaria le denegó el permiso (...). Otro barco humanitario,

318.3 y 4 bis del Código Penal contemplan los supuestos agravados<sup>650</sup>. Así como el 318.6 bis, los supuestos atenuados<sup>651</sup>:

Podríamos pensar que los problemas se acaban con estos datos, pero no es cierto, los inmigrantes ilegales que se mantienen dentro de esta situación en España, pueden convertirse en activos delincuentes<sup>652</sup> ya que sin documentación no es posible trabajar legalmente en España; así como los extranjeros que solicitan la reagrupación por causas extraordinarias por ser progenitores de un menor nacido en España, cuando se

---

el Lifeline, fue retenido la semana pasada después de que Malta abriese por primera vez en años sus puertos a un gran número de inmigrantes, unos 230, después de que Italia les negara refugio.(...) En dos incidentes separados, hasta 204 migrantes se han ahogado desde el viernes tras haber sido metidos en barcos poco seguros por las mafias de tráfico de personas, dijo la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Los incidentes aumentaron la cifra de este año por encima de 1.000 personas ahogadas en el mar. Un barco humanitario controlado por la organización Proactiva Open Arms se dirige a España con 59 migrantes después de que Italia y Malta los rechazaran». Reuters, 2018, consultado el 18 de octubre de 2022.

<sup>650</sup> «Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. b) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves. En las mismas penas del párrafo anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público».

<sup>651</sup> «Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por este, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada».

<sup>652</sup> En España, a principios de 2020 había 15.188 presos extranjeros, que representan un 28,1%, más del doble que el porcentaje de migrantes que hay en el Estado español, que se situó este año en el 12,9%. Las cifras españolas están entre las más altas de Europa, pero vuelven a ser superadas, entre otros países, por Italia, donde el 32,4% de la población reclusa es extranjera; por Bélgica, con el 44,3%; por Austria, con el 54,1%, o por Grecia, con el 59,1%. En el caso de Catalunya, que tiene sistema penitenciario propio y está segregada en todos los datos del estudio, el 46,25% de los presos son extranjeros. Sin embargo, es en los países más pequeños donde se dan las mayores cifras de extranjeros encarcelados, concretamente en Andorra, con el 65,9%, y en Liechtenstein, con el 66,7%.

han sido condenados por maltrato en el ámbito familiar y violencia de género.

Otro aspecto importante de este estudio, es introducirnos en la situación de los extranjeros que se encuentran en un centro penitenciario por la comisión de algún delito, que normalmente o son ilegales desde su ingreso o se vuelven de esa condición por no poder renovar documentación por estar en prisión, ¿Qué ocurre en estos casos? ¿actúa inmigración cuando les conceden el tercer grado?, ¿cumplen sus penas íntegramente en España? En sentencias en las que el extranjero es expulsado del territorio español, el artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000653, establece que cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como graves o muy graves podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad; en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio nacional, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción; este último punto, se puede llevar a cabo, previo a la sentencia; sobre todo cuando el infractor está en prisión preventiva, con la audiencia al interesado y a las partes y con la no oposición, en estos casos, del Ministerio Fiscal, o en la propia sentencia, convirtiendo la expulsión del extranjero en un efecto más de la comisión del delito, es por ello que la jurisdicción penal es la encargada de conocer todas las consecuencias, incluida la expulsión que no es del todo apropiada, si pensamos en la reinserción del individuo<sup>654</sup>; con todo, se debe valorar caso por caso. La necesidad de decretar la expulsión como sanción penal o como medida de seguridad, en atención a la naturaleza y gravedad de los hechos delictivos, antecedentes penales, peligrosidad, situación de arraigo<sup>655</sup>, valorando la existencia de

---

<sup>653</sup> de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LODLEE).

<sup>654</sup> La Constitución Española da especial importancia a la reinserción social tal y como se deduce del art. 25.2: «*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad penales estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados*».

<sup>655</sup> Este aspecto exige la consolidación por parte del penado, tratando en definitiva de equiparar la residencia habitual del extranjero en España como una situación asimilada en

vínculos familiares<sup>656</sup>, o la concurrencia de razones humanitarias, para no dirigirlo indiscriminadamente a todo extranjero. A pesar de ello, el artículo 89 del Código Penal prescribe que *«Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español»*, lo que impide el cumplimiento de ese objetivo. La persona extranjera condenada a una pena de cinco años o más debe cumplir toda, o una parte sustancial de la misma, antes de ser expulsada. En estos casos, la medida supone también la extinción de cualquier autorización de residencia, así como la prohibición de retorno durante cinco o diez años. Así, la expulsión parece concordar con la definición de lo que se llama *«doble pena»*: cuando, además de la judicial, a la persona en cuestión se le impone una medida administrativa complementaria. Y como de costumbre, existen diferencias; las normas que rigen la expulsión de personas ciudadanas de un país miembro de la Unión Europea son mucho más restrictivas que en el caso de otras nacionalidades. La expulsión del territorio español a los extranjeros como medida sustitutiva de libertad o medidas de seguridad, como especifican los artículos 89 y 108 del Código Penal, se concreta en nuestro ordenamiento con la expulsión judicial, en dos vertientes: una es la medida sustitutiva de la pena privativa de libertad de forma íntegra o medida de seguridad por la expulsión del territorio nacional y la otra es una medida sustitutiva al haber cumplido el penado parcialmente la pena<sup>657</sup>, ambas formas de cumplimiento se relacionan o están interconectadas pero sus presupuestos y alcance son diferentes. Lo que realmente parece, no es un cumplimiento sino una alternativa al cumplimiento, tal y como refleja la STS de 23 de noviembre de 2006 al

---

condiciones de convivencia y vinculación de un ciudadano nacional, de manera que la expulsión resulta en sí mismo perjudicial y desproporcionada.

<sup>656</sup> Debemos entender relación matrimonial, o situaciones asimiladas a esta, ascendientes o descendientes de segundo grado con dependencia del núcleo familiar, la STEDH, de 14 de febrero de 2012, caso Antwi, en cuanto a la necesidad y la proporcionalidad. La Circular 5/2011, de la FGE, exige que las relaciones familiares *«sean reales y efectivas y de mutua dependencia, unida a la falta de lazos familiares sociales o culturales con el país de origen»*.

<sup>657</sup> Artículos 89.1 y 89.2 del Código Penal.

manifestar que la expulsión es «*anómala e incompatible*»<sup>658</sup>, en este sentido, si el objetivo de la pena es su cumplimiento, la expulsión<sup>659</sup>, en ocasiones, produce circunstancias más gravosas para el penado que el propio cumplimiento, sobre todo, cuando el extranjero tiene familia directa en España, y el pensamiento del legislador está, a nuestro parecer, más encaminado a descongestionar los servicios penitenciarios<sup>660</sup>, que a conseguir la reinserción del penado; así mismo, el extranjero que

---

<sup>658</sup> «*expulsión que resulta totalmente anómala e incompatible con las posibilidades punitivas que se han adoptado por el legislador a través de la fórmula combinada de penas y medidas de seguridad. Incuestionablemente la expulsión no se considera por el legislador ni como una pena no como una medida de seguridad, lo que la convierte en un cuerpo extraño en el esquema legalmente establecido para sancionar conductas delictivas.*»

<sup>659</sup> La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal marca la necesidad de adecuar la legislación en pro de la eficiencia «*También se modifica la regulación de la sustitución de la ejecución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional. De nuevo, la reforma combina la búsqueda de la eficacia con un escrupuloso respeto de los derechos individuales: se ajusta el límite de pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería; los jueces y tribunales deberán establecer, en todo caso, qué parte de la pena impuesta debe ser cumplida efectivamente en prisión, cuando se hayan impuesto penas de más de tres años; y la sustitución se condiciona, en todos los casos, a la proporcionalidad de la medida. La sustitución de las penas de prisión por la medida de expulsión del territorio nacional en el caso de delitos cometidos por un ciudadano europeo, se contempla con carácter excepcional, reservándose a aquellos supuestos en los que su autor representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, en atención a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, así como en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que deberán ser tenidos en cuenta por los jueces y tribunales en la interpretación y aplicación del precepto correspondiente*», BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27061 a 27176.

<sup>660</sup> España tiene un 28,8% de reclusos extranjeros en sus prisiones; los datos más recientes son del 31 de diciembre de 2020, actualizado a 17 de noviembre de 2021 datos del Anuario Estadístico del Ministerio del Interior correspondiente a ese año. En él, Interior amplió la serie histórica de datos que ofrece, mostrándolos desde 1990 hasta 2020. Por otra parte, vuelven a llamar la atención las cifras de Cataluña. Esta comunidad tiene 7.880 reclusos, la segunda mayor población penitenciaria (muy por detrás de Andalucía, que tiene 13.074). De ellos, el 47,91% (3.776) son extranjeros, 4,69 puntos más que en 2017 (43,22%). Según datos del INE, en Cataluña hay un 16,2% de población extranjera, lo que indica que la población reclusa extranjera multiplica por 2,95 el porcentaje de la población extranjera de esa comunidad. Según datos del INE, Cataluña es la comunidad con más inmigrantes marroquíes: 238.003 (tres años antes eran 207.082). el aumento en relación a la inmigración hispanoamericana, deviene del interés de esta Comunidad en expandir el catalán, ya que la inmigración islámica podría ser más permeable que los hispanohablantes.

carece de arraigo en nuestro Estado, que debe cumplir su pena en España, tampoco es observable la idea de resocialización, se podría producir un efecto favorecedor hacia la comisión de pequeños delitos que obliguen a mantener un procedimiento o varios abiertos que permitan al extranjero a mantenerse en nuestro territorio mientras se sustancian soslayando la expulsión.

La expulsión parcial cuando la persona ya ha cumplido las tres cuartas partes de la pena, accediendo al tercer grado; pero al que, objetivamente, es muy difícil llegar ya que al carecer de arraigo, residencia legal o apoyos familiares en España, puede también entenderse como una forma de no cumplimiento, ya que el extranjero en esta situación se marcha a su Estado de origen, donde es imposible controlar su comportamiento por las autoridades españolas, difuminándose notoriamente el principio de resocialización, a lo que se une la prohibición de entrada en territorio nacional. Esta falta de arraigo le condiciona la expulsión administrativa; en este sentido, la Sentencia núm. 355/2014 de TSJ Comunidad de Madrid, Sala de lo Contencioso, 8 de mayo<sup>661</sup>. También el Tribunal Constitucional cuando trata en su doctrina la expulsión, entiende que supone una limitación de derechos, impuesta en el marco de la política criminal vinculada a una determinada actitud frente a la extranjería, sin equipararla a una pena, *«sino una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue*

---

<sup>661</sup> Es un referente y resuelve los siguientes aspectos: Sobre la Naturaleza jurídica de la medida de expulsión de un extranjero en territorio nacional. Modalidades de la expulsión de extranjero en territorio nacional. Expulsión como régimen sustitutorio de la sanción. Expulsión como accesoria sui generis y sobrevenida en supuestos de extranjeros condenados por determinados delitos como forma de enervación de la acción penal o de las consecuencias del delito o asimismo, constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados. Devolución de extranjero en territorio nacional. Inaplicación de la expulsión de extranjero en territorio nacional. Efectos comunes a la adopción de la medida de expulsión del territorio nacional. Reglas para la aplicación de la expulsión de extranjero del territorio nacional. La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado. No obstante, la expulsión podrá revocarse en los supuestos que se determinen reglamentariamente.

*con ello*»<sup>662</sup>, no obstante, la reciente Sentencia <sup>663</sup>, el Alto Tribunal aboga por la medida de expulsión que regida por el principio de proporcionalidad y el estudio individual de la casuística, a fin de no generar un perjuicio mayor que el derivado del propio castigo. Asimismo, afirma que no se han tenido en cuenta los siguientes pronunciamientos del Tribunal Europeo Derechos Humanos: 1) la Decisión de 17 de marzo de 2015, asunto *G.V.A. c. España*, por la que el Estado español se comprometió a que en el futuro, antes de adoptarse la medida de expulsión por el motivo del art. 57.2 LOEx, tomaría en consideración el tiempo de su residencia en España, los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado; 2) la STEDH de 16 de abril de 2013, asunto *Udeh c. Suiza*, que obliga a los Estados a ponderar la afectación que la expulsión tiene sobre la intimidad personal o familiar del interesado, en cuanto los lazos de este con la comunidad en la que vive se integra en la noción de vida privada del art. 8 CEDH, y 3) la STEDH de 15 de noviembre de 2012, asunto *Shala c. Suiza*, en la misma línea anterior, antes de acordar la expulsión, es necesario valorar la situación familiar del afectado, la duración del matrimonio y otros factores que reflejen la realidad de su vida familiar, como el interés y bienestar de los hijos; sentencia que, añade, la inversión de la carga de la prueba cuando consta como cierto el arraigo y es que las autoridades han de acreditar mediante razones pertinentes y suficientes que existía la necesidad social imperiosa de acordar la medida, y que esta guardaba proporción con el propósito legítimo perseguido con su imposición.

---

<sup>662</sup> Vid. STS 24/2000, de 31 de enero; ATS de 29 de septiembre de 2011; STC 203/1999 de 17 de abril; STC 242/1994 de 20 de julio, calificando la expulsión como alternativa al cumplimiento de la verdadera pena.

<sup>663</sup> Sentencia 151/2021, de 13 de septiembre de 2021. Recurso de amparo 5197-2019. Promovido por don Marin Sorocean respecto de las resoluciones dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en procedimiento de expulsión del territorio nacional. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: resoluciones judiciales que no ponderaron adecuadamente las circunstancias personales y familiares al ratificar la orden de expulsión de un extranjero del territorio nacional (STC 131/2016). Publicado en BOE núm. 251, de 20 de octubre de 2021, páginas 127911 a 127942.

### 3. CUMPLIMIENTO DE CONDENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL ESTADO DE ORIGEN

El Derecho Internacional Público que rige las relaciones entre Estados, utiliza el principio de reciprocidad por el que un Estado acepta la propuesta de otro, a cambio de obtener el mismo tratamiento en un supuesto de las mismas características; este principio expresamente admitido en el ámbito de la ejecución de resoluciones o sentencias judiciales y por ende, para el cumplimiento de penas privativas de libertad impuestas a través de condenas penales, ya sean pronunciadas por Tribunales extranjeros como españoles. En el desarrollo de este principio, España ha suscrito convenios multilaterales y bilaterales para tratar específicamente el cumplimiento en nuestro Estado de las condenas impuestas a españoles en otros Estados parte en los convenios y la posibilidad de entregar nacionales de otros Estados, condenados a penas privativas de libertad para que las mismas sean cumplidas en sus países.

Dentro del ámbito comunitario, el Convenio sobre traslado de personas condenadas<sup>664</sup>, ratificado por España, con un ámbito de vigencia amplio aunque su aplicación debe hacerse caso a caso por la posibilidad de las reservas al Tratado; los requisitos son los siguientes: el condenado nacional del Estado de cumplimiento, basado en una sentencia firme, condena pendiente de al menos seis meses al día de la recepción de la petición aunque excepcionalmente se puede aceptar el traslado con una pena inferior, los actos u omisiones objeto de la condena lo sean en los dos Estados; en todo caso, la aprobación de la solicitud está encomendada al Consejo de Ministros, que tras su aprobación comunica a los

---

<sup>664</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo en 21 de marzo de 1983, BOE. núm. 138, de 10 de junio de 1985, páginas 17478 a 17481; Estados firmantes Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahamas (Las), Bélgica, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Canadá, Chile, Chipre, Corea (República de), Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovenia, Estados Unidos, Estonia, España, Federación Rusa, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Honduras, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Mauricio, México, Moldova (República de), Montenegro, Noruega, Países Bajos, Panamá, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Rumanía, San Marino, Serbia, Suecia, Suiza, Tonga, Trinidad y Tobago, Turquía, Ucrania, Venezuela.

distintos órganos implicados la resolución, siendo la Interpol la encargada de la ejecución material de la decisión; el Protocolo adicional al Convenio de 18 de diciembre de 1997<sup>665</sup>, permite el traslado sin el previo consentimiento del penado, que España ha ratificado con reservas, en relación a la posición de Gibraltar, en el sentido de la cesión en el Tratado de Utrech por la corona española<sup>666</sup>; abundando en la dirección de la reciprocidad y por la pertenencia de España a la Unión Europea, se encuentra bajo el paraguas del «*espacio judicial*» como marco de cooperación y observancia de las resoluciones judiciales, de obligado cumplimiento, como norma general; y en este aspecto, la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI)<sup>667</sup> y su integración en los Estados de la Unión y en el «*espacio Schengen*» entre los países que en el seno de la Unión Europea suscribieron el Convenio de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión de las fronteras interiores, llegando a prever la posibilidad de

---

<sup>665</sup> Instrumento de ratificación del Protocolo Adicional al Convenio sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 18 de diciembre de 1997. BOE núm. 237, de 2 de octubre de 2017, páginas 95368 a 95377.

<sup>666</sup> «*Para el caso de que el Protocolo adicional al Convenio sobre traslado de personas condenadas sea ratificado por el Reino Unido y su aplicación extendida al territorio de Gibraltar, España desea formular la siguiente Declaración: 1. Gibraltar es un territorio no autónomo de cuyas relaciones exteriores es responsable el Reino Unido y que está sometido a un proceso de descolonización de acuerdo con las decisiones y resoluciones pertinentes de la Asamblea General de Naciones Unidas. 2. Las autoridades de Gibraltar tienen un carácter local y ejercen competencias exclusivamente internas que tienen su origen y fundamento en la distribución y atribución de competencias efectuadas por el Reino Unido, de conformidad con lo previsto en su legislación interna, en su condición de Estado soberano del que depende el citado territorio no autónomo. 3. En consecuencia, la eventual participación de las autoridades gibraltareñas en la aplicación del presente Protocolo se entenderá realizada exclusivamente en el marco de las competencias internas de Gibraltar y no podrá considerarse que produce cambio alguno respecto de lo previsto en los dos párrafos anteriores. 4. El procedimiento previsto en el Régimen relativo a las autoridades de Gibraltar en el contexto de ciertos Tratados internacionales acordado por España y el Reino Unido el 19 de diciembre de 2007 (junto al «Régimen acordado relativo a las autoridades de Gibraltar en el contexto de los instrumentos de la UE y CE y Tratados conexos», de 19 de abril de 2000) se aplica al presente Protocolo. 5. La aplicación a Gibraltar del presente Protocolo no puede ser interpretada como reconocimiento de cualesquiera derechos o situaciones relativas a los espacios que no estén comprendidos en el artículo 10 del Tratado de Utrecht, de 13 de julio de 1713, suscrito por las Coronas de España y Gran Bretaña.»*

<sup>667</sup> DOCE núm. 190, de 18 de julio de 2002, páginas 1 a 20. DOUE-L-2002-81377.

la entrega de un nacional a su país, condenado por los Tribunales de otro, aún sin mediar el consentimiento del interesado, en los casos en los que el Estado de cumplimiento sea el de la nacionalidad del penado en que posea vínculos en relación a lazos familiares, laborales o residencia habitual; el Estado miembro, al que el extranjero vaya a ser expulsado en base a una orden en este sentido, bien judicial o administrativa, o al Estado donde el condenado se haya fugado en el transcurso del cumplimiento de su pena por ser beneficiario de permisos; lo que sí es imprescindible, es el informe del Estado de destino en relación a la reinserción del individuo en su país. En el ámbito de la Unión Europea, la ejecución de la condena entre los Estados miembros se realiza con las garantías propias del país de destino<sup>668</sup>, que son las únicas competentes para determinar el procedimiento de ejecución y las medidas conexas que hubieren de practicar<sup>669</sup>, siendo que el reconocimiento y aceptación en el Estado de recepción tiene un plazo de noventa días desde la recepción del certificado y la sentencia; siendo que la pena a cumplir nunca podrá ser mayor que la impuesta en origen ni transformarse en sanción pecuniaria.

El objeto de esta reciprocidad es resocializar y reinserter al delincuente, parece que la falta de arraigo en España, se presenta como un obstáculo para la reincorporación del recluso a la vida en libertad, a veces, existe la barrera del idioma, diversidad cultural y el hecho de no poseer un vínculo con un familiar externo, conlleva aparejada la dificultad de adaptarse a la vida una vez concluida la pena, incidiendo además que nuestro derecho penitenciario, en su artículo 3, en consonancia con el

---

<sup>668</sup> Vid. Artículo 17.1 y 2 de la Decisión Marco 2008/909/JAI. «Derecho por el que se regirá la ejecución 1. La ejecución de una condena se regirá por la legislación del Estado de ejecución. Las autoridades del Estado de ejecución serán, sin perjuicio de los apartados 2 y 3, las únicas competentes para determinar el procedimiento de ejecución y todas las medidas conexas, incluidos los motivos de concesión de libertad anticipada o condicional. 2. La autoridad competente del Estado de ejecución deducirá del período total de privación de libertad que haya de cumplirse en el Estado de ejecución todo el período de privación de libertad ya cumplido en relación con la condena a la que se refiera la sentencia».

<sup>669</sup> Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea. DOUE. núm. 327, de 5 de diciembre de 2008, páginas 27 a 46.

artículo 13 de la Constitución Española, determina que *«La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza»*, aunque efectivamente no se produce un trato diferenciado entre españoles y extranjeros, no por ello es menos cierto que las condiciones sociofamiliares y jurídicas son diferentes y ello influye en el cumplimiento de la pena.

La legislación penitenciaria española prevé la posibilidad en materia de ejecución de las penas impuestas a los extranjeros, dos medidas que suponen la salida del territorio español: el traslado de presos extranjeros para el cumplimiento de la pena en su Estado de su nacionalidad y la libertad condicional para los que la cumplan en su país de residencia (fuera de España). En este caso, España, cede la competencia en relación, a la ejecución de la pena a un tercero, que no es otro, que el país de la nacionalidad del penado o el de su residencia, siendo en estos casos, que no se ve alterada la pena impuesta en el sentido de su duración, siendo que se cumple bajo la jurisdicción de otro Estado.

La Estrategia sobre Seguridad Interior de la Unión Europea<sup>670</sup> define un modelo de seguridad europea dotándola de herramientas comunes con una relación mutua de seguridad, libertad e intimidad, que presta gran atención a delitos en los que se ven afectadas las fronteras, por el tráfico de drogas, delincuencia económica, trata de personas, falsificación de documentos, entre otras manifestaciones. En la lucha contra la inmigración ilegal, la gestión integrada de las fronteras debe ser reforzada a la vez por las buenas prácticas entre los guardias de frontera. Las nuevas tecnologías desempeñan un papel importante en la gestión, pudiendo facilitar un cruce rápido de los ciudadanos por los puestos fronterizos exteriores, a través de sistemas automatizados de registro previo, de

---

<sup>670</sup> Consejo de la Unión Europea, Secretaría General del Consejo, *Estrategia de seguridad interior de la Unión Europea: hacia un modelo de seguridad europeo*, Oficina de Publicaciones, 2010, <https://data.europa.eu/doi/10.2860/87810>

viajeros frecuentes, etcétera. Estos sistemas mejoran la seguridad permitiendo que se lleven a cabo los controles necesarios para evitar que las fronteras sean traspasadas por personas o mercancías que pueden suponer una amenaza para la Unión. En este contexto, es esencial la cooperación entre las autoridades policiales y de gestión.

#### 4. LÍMITES A LA EXPULSIÓN: CIRCULAR 7/2015 DE LA FISCALÍA GENERAL

En relación, a la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, la Fiscalía, en la Circular 7/2015, adopta un criterio uniforme en la aplicación de la nueva regulación sobre la expulsión sustitutiva de la pena de prisión. Las modificaciones llevadas a cabo en el régimen jurídico de la expulsión sustitutiva penal han estado directamente condicionadas por el aumento significativo de la población extranjera reclusa en los centros penitenciarios españoles. La Reforma incide en la preocupación que se suscita en relación con el aumento de la población reclusa extranjera por lo que opta por la expulsión de los que alcancen el tercer grado o les corresponda la libertad condicional por la aplicación de la Ley penitenciaria, extendiendo la medida a los ciudadanos de la Unión Europea y de los Estados asimilados, con las únicas restricciones que establezcan los Tratados constitutivos y del Derecho derivado de la Unión<sup>671</sup>; manteniéndose al margen las penas que no sean constitutivas de prisión y las condenas por los delitos tipificados en los artículos 177 bis, trata de seres humanos, 312 contra los derechos de los trabajadores, 313, emigración fraudulenta, y 318 bis, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos conexos que se enjuicien en estas causas. Las penas de prisión de hasta un año de duración no son susceptibles de sustitución, procederá, en consecuencia, su ejecución penitenciaria

---

<sup>671</sup> Restricciones derivadas del estatuto jurídico que ampara a ciertos extranjeros: la extensión en el ámbito subjetivo de la norma obliga a remitirse a diversas restricciones en la aplicación a Ciudadanos de la UE (a los que no se puede aplicar la expulsión sustitutiva completa) y asimilados; ciudadanos de la UE residentes durante más de diez años (en cuyo caso la protección se intensifica); apátridas; asilados y protegidos internacionalmente; Indocumentados y ciudadanos cuya nacionalidad u origen no pueden determinarse.

o su suspensión condicional si concurren los requisitos del artículo 80 y ss. del Código Penal; si una sentencia impone al mismo ciudadano extranjero dos o más penas de prisión y ninguna de ellas individualmente considerada excede la duración de un año, no procederá su expulsión, aunque la suma de las penas rebase dicho límite. Cuando a un ciudadano extranjero se le imponen en la misma sentencia dos o más penas de prisión de las que sólo una o algunas superan el umbral de un año de duración, se podrá solicitar, si concurren los restantes requisitos para la aplicación de la medida, la sustitución de todas ellas por expulsión. Igual solución cabe dar cuando la pena o penas de prisión de duración superior a un año van acompañadas de otras penas de distinta naturaleza, esto es, la concurrencia de dichas penas no impedirá la aplicación de la medida de expulsión.

La Fiscalía, al presentar el escrito de calificaciones informa en relación a la aplicación del artículo 89 del mismo cuerpo legal; por lo que desde el primer momento queda determinada la filiación del extranjero y situación legal en España, así como la procedencia de la expulsión afectando toda la pena o parte de la misma cuando a la vista de la naturaleza y gravedad de los hechos que han motivado la condena se aprecie una necesidad efectiva de afirmar el ordenamiento jurídico mediante su cumplimiento en Centro Penitenciario, con la inclusión de la prohibición de entrada por el tiempo previsto en el artículo 89.5. La reforma favorece la imposición en la propia sentencia en aplicación del artículo 89.3 del Código Penal, indicando el plazo en el que el penado no podrá regresar al territorio español.

La expulsión sustitutiva no se aplicará, en ninguna de sus modalidades, si resulta desproporcionada. Para valorar la proporcionalidad de la medida se tomará en consideración el tiempo de residencia del penado en España, su situación familiar y económica, su integración laboral, social y cultural y los vínculos con el país de origen.

En cualquier caso, el arraigo familiar exige para poder excluir la aplicación del artículo 89, una relación de convivencia real y estable y sólo puede provenir de las relaciones con los parientes próximos, entendiéndose por tales los padres y hermanos, cónyuges o parejas de hecho, e hijos -matrimoniales o no-, siempre que residan en España, u otros

familiares con los que se acredite una relación estable de dependencia material o económica. La sustitución de la pena de prisión impuesta a un ciudadano de la Unión Europea y asimilados por expulsión del territorio español sólo será posible, si concurren graves razones de orden público o seguridad pública; si lleva más de diez años residiendo en España será preciso, además, que se encuentre incluido en alguno de los supuestos tasados en el artículo 89.4. 3 del Código Penal. La sustitución será siempre parcial. Los apátridas e indocumentados no están excluidos del régimen del artículo 89 del Código Penal; no obstante, en ambos casos habrán de tenerse en cuenta las enormes dificultades que la medida de expulsión entraña. Si desde la firmeza de la sentencia o auto que acuerden la expulsión sustitutiva de un ciudadano extranjero transcurren, por cualquier causa, más de dos años sin que ésta se haya ejecutado, podrá reconsiderarse la decisión judicial si hay motivos suficientes para creer que la situación del extranjero ha experimentado tal variación, en sentido favorable a su arraigo en España, que el cumplimiento de la medida haya devenido desproporcionado. Los Sres. Fiscales interesarán en tal caso que se abra un incidente en la ejecutoria con el fin de dar audiencia al penado asistido por su Letrado y a las restantes partes, si las hubiere. Este incidente se abrirá automáticamente si se trata de ciudadanos de la UE. Cabrá también excepcionalmente la reconsideración antes de los dos años, si concurre causa justificada.

En cuanto a la posibilidad de revertir la decisión de expulsión, en caso de los ciudadanos de la Unión Europea es obligatoria la revisión<sup>672</sup> teniendo en cuenta las modificaciones relevantes que haya experimentado el reo en sentido favorable a su integración en nuestro país habrán de ser tomadas en consideración en el momento en que se vaya a materializar.

---

<sup>672</sup> Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) Núm. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

## 5. SUJETOS DE PROTECCIÓN ESPECIAL: REFUGIADOS Y APÁTRIDAS

Como hemos indicado en el apartado precedente, los apátridas, gozan de una normativa especial sin perjuicio de lo determinado en el artículo 34 de la LOEx. cuyo fundamento es Real Decreto 865/2001, de 20 de julio<sup>673</sup>, esta institución, tiene connotaciones diferentes en relación, al estatuto de refugiados<sup>674</sup>, ya que no siempre reúnen los requisitos para ser reconocidos como tales y, por tanto, no pueden gozar del derecho de asilo. Si bien, ello no supone la privación del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, pues se trata de personas a las que la Comunidad Internacional ha prestado su atención por entender que es deseable regularizar y mejorar su condición. Ésa fue la consideración que llevó a la adopción de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas<sup>675</sup>, que en el literal del artículo 31.1 admite la expulsión de los apátridas cuando concurran «razones de seguridad nacional o de orden público». Una vez acordada tienen derecho a que se les conceda «un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país», dada la singularidad de la condición y las dificultades indagatorias y documentales de la instrucción del expediente. La supresión por el artículo 89 del Código Penal de la referencia a la residencia legal en España del extranjero, no impide que el juez o tribunal del orden

---

<sup>673</sup> por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida corregido por la Corrección de errores del Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 17 de noviembre de 2001.

<sup>674</sup> Directiva 2011/95/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas para el reconocimiento de nacionales de terceros estados o apátridas como beneficiarios protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria, o la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional; Directiva 2000/3/109/CE, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países de larga duración, reformada por la Directiva 2011/51/UE, para extender la aplicación a los beneficiarios de protección internacional reconocida por otros Estados de la Unión Europea.

<sup>675</sup> hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, a la que España se ha adherido por Instrumento de 24 de abril de 1997, BOE núm. 159, de 4 de julio de 1997, páginas 20745 a 20753.

penal pueda ordenar la expulsión del apátrida en sustitución de la pena de prisión que le haya sido impuesta, aunque esto sólo será admisible cuando el apátrida represente un peligro efectivo para la seguridad o el orden público españoles. La única especialidad, es que se le deberá ofrecer un plazo de treinta días prorrogables (el máximo previsto en el artículo 63 bis LOEX) en atención a las circunstancias que concurren en cada caso concreto para que el condenado pueda gestionar su admisión legal en otro país. En el caso de que no sea hallado un país de acogida, habrá que entender que la expulsión ha devenido imposible y, en consecuencia, se procederá a exigir el cumplimiento de la pena impuesta o, si es el caso, a valorar la concesión de su suspensión condicional.

## 6. CONCLUSIONES

El traslado de migrantes atravesando el Atlántico desde África a las costas de la Unión Europea, mediante los llamados «buques negreros» es un negocio muy lucrativo para las redes de criminalidad organizada que operan tanto en los estados de origen, tránsito y destino de inmigrantes irregulares. En general, estas organizaciones delictivas se han ido estructurando, creciendo y aprendiendo a lo largo de los años, es decir, se han ido perfeccionando, modificando rutas, usando tecnología apropiada; por otro lado, como contrafuerza la cooperación policial en los Estados implicados; el esfuerzo diplomático en África, el control del mar territorial de terceros Estados, entre otros. No obstante, es una migración que deviene de causas estructurales por lo que se hace necesario que los programas de ayuda y cooperación se lleven a cabo en origen, con el apoyo fundamental de los Estados ribereños con los que tenemos firmados memorandos de entendimiento en materia de cooperación policial. Con todo, los beneficios que las redes de criminalidad organizada obtienen del tráfico de seres humanos anima a buscar siempre nuevos procedimientos y medios de transporte para burlar a las autoridades, así como la incorporación de buques mercantes a modo de transporte.

La normativa española, define claramente los tipos penales en los que los inmigrantes puedan caer en la consecución de sus objetivos en relación al «sueño europeo», siendo que nuestro ordenamiento diferencia los tipos, el Derecho Penal, deslindándolo de las sanciones administrativas, pero la posible imposición de penas o multas no obtienen a nuestro parecer los objetivos de reducción de la inmigración,

La seguridad interior de la Unión Europea, a través de la *Estrategia de seguridad interior* a la que nos hemos referido, a nuestro entender, pretende garantizar la seguridad de la propia organización no en base a vaciar de contenido el resto de libertades de los ciudadanos, por lo que cuando acude a la expulsión del extranjero delincuente, no lo hace perfilando una segregación por el hecho de no ser nacional, sino en el sentido de lograr una reacción proporcionada frente a una minoría que impide el uso y disfrute de las libertades y derechos, que, en estos casos, está desprovista de arraigo social o familiar en un Estado miembro, y que han acreditado un comportamiento hostil hacia los valores que rigen la convivencia pacífica, lo que, a pesar de las intenciones no deja de ser un medio por lo que las personas se ven obligadas a partir de nuevo para enfrentarse a un futuro incierto.

En realidad, en relación a los sujetos afectos a la protección especial, no pueden ser tratados como si perteneciesen al Estatuto Comunitario<sup>676</sup>, por tanto las exigencias y los conceptos objeto de las decisiones tampoco pueden ser tratados como una «*tábula rasa*», en la valoración de «*las razones de orden público y seguridad pública*», en atención a la gravedad del delito cometido, ya que para los ciudadanos europeos se exige un plus de gravedad que es inexistente en relación a la normativa que afecta a estos colectivos especialmente protegidos, lo que es una manera de segregar.

Que exista la posibilidad de enviar al condenado al Estado de su nacionalidad o residencia, no garantiza la seguridad jurídica de conseguir el

---

<sup>676</sup> Para los ciudadanos de la Unión Europea, la Directiva 2004/38/CE, mantiene un sistema de protección reforzada frente a la expulsión en virtud de la situación de residencia permanente o de larga duración, es decir, que cuanto mayor sea la integración del ciudadano comunitario en el Estado donde comete el delito, mayor es su protección contra la expulsión.

cumplimiento en el sistema penitenciario español de sentencias condenatorias pronunciadas por Tribunales extranjeros. Porque siempre dependerá el traslado, primero de ser solicitado por el interesado –salvo en el espacio Schengen citado- y, en segundo lugar, que el Gobierno español decida reclamar la ejecución de esa condena en nuestro país, haciéndose cargo de los gastos del traslado con la custodia correspondiente, y que, en último caso, el Gobierno requerido acepte esa petición. Es por tanto una posibilidad que entra en el campo de las decisiones políticas. A sensu contrario, el cumplimiento de las penas en otros Estados por la falta de arraigo, ya que es un concepto jurídico indeterminado en España de los penados, puede a su vez, producir la no efectividad de la reinserción social pretendida, ya que, en ocasiones, no encuentran el tan pretendido arraigo y trabajo en el Estado de origen. El problema, de difícil solución, porque cada caso es único y la burocracia no permite el estudio del asunto de manera individualizada, pudiendo crear situaciones en las que al penado extranjero por el mero hecho de no poder regularizarse por su paso por un centro penitenciario le obliguemos a emprender el viaje hacia un Estado que abandonó hace tiempo y en el que probablemente no tiene familia ni trabajo, y todo, por el interés legítimo del Estado de reducir la población reclusa extranjera, con la consiguiente reducción del gasto del erario público.

## LA SOBRRERREPRESENTACIÓN DEL EXTRANJERO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ESPAÑOL: ALGUNAS RECOMENDACIONES

---

ESTHER MONTERO PÉREZ DE TUDELA  
*Colaboradora de la Universidad Loyola Andalucía  
Jurista de Instituciones Penitenciarias*

### 1. INTRODUCCIÓN: LA INMIGRACIÓN EN EUROPA Y ESPAÑA

Si bien el fenómeno de la inmigración es uno de los más difíciles de analizar, es evidente que la movilidad de los seres humanos ha aumentado en las últimas décadas.

En 2018, el informe de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) señalaba la existencia en 2015 de 244 millones de migrantes internacionales en el mundo. Esta cifra ascendió en 2020 a 281 millones (OIM, 2022)<sup>677</sup>.

En general, y especialmente en el caso que nos ocupa, en Europa, se ha producido un aumento de la llegada de inmigrantes. Según las estadísticas de la Unión Europea (UE), Eurostat<sup>678</sup>, en 2020, 1,9 millones de inmigrantes entraron en la UE procedentes de países terceros y aproximadamente 23,7 millones de personas (5,3 %) de los 447,2 millones de personas que vivían en la UE en esas fechas no eran ciudadanos comunitarios (pertenecientes a un Estado miembro de la UE).

Entre las diversas causas que propician la inmigración destacan aquellas relacionadas con factores socio-económicos. La gran mayoría de los desplazamientos migratorios responden a motivos económicos, a aspiraciones de adquirir un mejor nivel de vida (Guisández Gómez,

---

<sup>677</sup> Disponible en: <https://bit.ly/3Dyz8QF>

<sup>678</sup> Véase: <https://bit.ly/3UgapXZ>

2002); a *sensu contrario*, la población tiende a no desplazarse o incluso regresar al país de origen si la ecuación coste-beneficio cambia (Castles, 2004). Muchos movimientos migratorios tienen su origen en situaciones de conflicto o en situaciones de desamparo y de extrema pobreza, lo que provoca que frecuentemente el inmigrante que llega al país de acogida lo hace en una situación socio-económica desfavorecida, con objeto de encontrar un empleo u optar a un mejor salario (Cebrián, 2009). Es importante hacer alusión a estas causas porque influyen en las características socio-demográficas del inmigrantes. En el caso español, destaca precisamente el alza de flujos migratorios que provienen de países del Magreb y de América Latina (Ospina, 2015; Muñoz de Bustillo y Antón, 2010), normalmente en condiciones socio-económicas más desfavorables que la población autóctona. Según el mencionado informe sobre las migraciones de 2022 de la OIM, dentro de Europa, el crecimiento migratorio más grande correspondió a España y Portugal (OIM, 2022, p. 30).

En España, la tasa de inmigrantes por cada mil habitantes era en 2019 de 12'90<sup>679</sup>. Las estadísticas de la ONU (de 2020), registraban la presencia en la Unión Europea de 37 millones de inmigrantes extranjeros, señalando que la mayoría de ellos (20,7 millones) se concentraban en Francia, Italia y España. Estos datos sitúan a España entre los países con mas inmigración de la UE, recibiendo grandes oleadas de inmigrantes especialmente desde finales de la década de los años 90. Según los datos estadísticos proporcionados por las estadísticas de la UE (Eurostat), en 2019 en España, Reino Unido y Alemania se registró el mayor saldo migratorio positivo, con más de 300.000 personas más que entraron en sus fronteras frente a las que salieron.

Según los datos provistos por el Instituto Nacional de Estadística (INE), la población en España asciende ya a 47.435.597 habitantes, de las cuales, el 11'6 % son de nacionalidad extranjera (Instituto Nacional de Estadística, 2022a). En general, durante el año 2021 el número neto de españoles se ha reducido en 21.920 personas (un -0,1%), mientras que el de extranjeros ha aumentado en 72.410 (un 1,3%). Entre estos

---

<sup>679</sup> Según las estadísticas de la UE, Eurostat.

últimos, los pertenecientes a la Unión Europea (UE) crecen en 13.400 (un 0,8%) y los no comunitarios en 59.010 personas (un 1,5%).

En cuanto a las características de los inmigrantes que llegan a España, éstas son de muy variada índole, si bien, puede concluirse que, en general y salvo excepciones, los inmigrantes presentan condiciones socio-económicas y educativas más desfavorables que la media española y son, en mayor proporción que la población nacional, jóvenes y varones. Así, según los datos proporcionados por el INE los extranjeros son más afectados por el paro (Instituto Nacional de Estadística, 2022b), suelen tener en líneas generales menos cualificación y son destinados más a menudo al sector servicios, lo que conlleva que suelen tener un menor nivel salarial (véase también, Pajares, 2007; Castle, 2004). Según los datos arrojados en octubre de 2022, los extranjeros tienen una tasa de paro superior a la de los nacionales (que es de 11,76), siendo la de los no-nacionales comunitarios (esto es pertenecientes a la UE) de 14,92, y la de los extranjeros pertenecientes a terceros países de 19,88<sup>680</sup>.

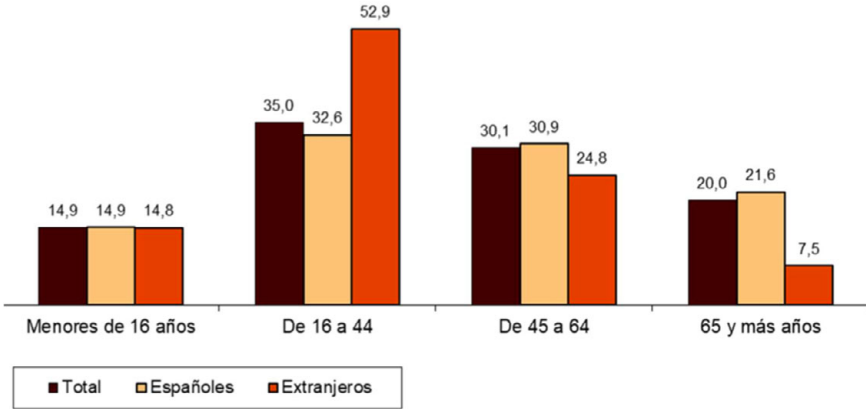
Los inmigrantes, pero sobre todo los inmigrantes ilegales, se ven afectados más a menudo por la "explotación laboral" y el "trabajo en negro": la falta de documentación, de permiso de residencia o permiso de trabajo, la existencia de importantes necesidades económicas -que provoca que acepten trabajar a veces en condiciones laborales inadecuadas, etc.- son factores que les hace ser un colectivo con más probabilidad de trabajar "en negro" (Ospina, 2015). Además, existen investigaciones que ponen de manifiesto la existencia de discriminación hacia el extranjero en el mercado de trabajo (International Labour Office, 2006, entre otros).

Atendiendo a la pirámide de población, observamos además que los extranjeros son en mayor medida hombres jóvenes. Mientras la edad media de los españoles es de 45 años, la de los extranjeros es de 37,1.

---

<sup>680</sup> Datos disponibles en: [www.ine.es](http://www.ine.es)

**FIGURA 1.** Porcentaje de inscritos por nacionalidad y grupos de edad (enero 2022).



Fuente: INE, Avance de la Estadística del Padrón Continuo a 1 de enero de 2022 (Datos provisionales), p. 3.

Como ha puesto de relieve en reiteradas ocasiones la investigación en el ámbito de la criminología y la sociología, todas estas características son factores a menudo vinculados con las criminalidad, o dicho en otras palabras, factores criminovalentes (Montero Pérez de Tudela y Ravagnani, 2016, p. 10).

Conviene aclarar que aunque a menudo se habla indistintamente de extranjeros e inmigrantes, se trata de grupos de personas que no se corresponden: mientras que el inmigrante tiene por objeto establecerse en el país de acogida, el término extranjero comprende también a personas en tránsito, turistas, correos de las droga, extranjeros de bandas organizadas que acuden al país “de acogida” exclusivamente con finalidades delictivas etc. Es decir, se trata de grupos diferentes, a pesar de que se equiparen en los medios de comunicación, y, a menudo, los segundos (extranjeros sin intención de establecerse en España) no suele formar parte de ese porcentaje de población extranjera presentado por el INE, pues a menudo no se hallan empadronados.

De otro lado, es necesario distinguir entre inmigrantes legales e ilegales, pues constituyen grupos con diferentes características socio-económicas. Se estima que hay cerca de 100 millones de inmigrantes ilegales (irregulares) alrededor del mundo (Center for Strategic and

International Studies, 2019, pp. 5 y 6). En Europa, en 2021, entraron de forma irregular aproximadamente 199.900 migrantes<sup>681</sup>. Sólo en 2018 hubo cerca de 59.000 llegadas por mar a España, cifras de inmigración irregular que desde 2021 no han cesado de aumentar (Organización Internacional para las Migraciones, 2022, pp. 70 y ss). En España, en 2021, aproximadamente 41.945 inmigrantes irregulares entraron en territorio hispano a través de diferentes zonas de acceso al país. Como en el caso de los extranjeros en tránsito o sin ánimo de establecerse en España, este enorme grupo de población inmigrante irregular tampoco se halla censada y es la que presenta, por razones obvias, mayores carencias: mientras los inmigrantes “legales” tienen una situación administrativa regular con los beneficios que ello engloba (opción a residencia permanente, permiso de trabajo etc.), los extranjeros irregulares tienen difícil acceso a regularizar su situación administrativa y por tanto a trabajar legalmente, obtener ayudas sociales y otros tipos de asistencias, y son precisamente estos inmigrantes los que presentan una situación socio-económica más desfavorecida y se hallan, a su vez, más sobre-representados en prisión, como veremos a continuación.

## 2. LA SOBRRERREPRESENTACIÓN DEL EXTRANJEROS EN LAS FASES DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL: ALGUNOS FACTORES EXPLICATIVOS

Actualmente la población extranjera está sobre-representada en la mayoría de los sistemas penales de los países europeos. Por norma general, y aunque normalmente fundamentado en la lucha contra la inmigración ilegal y en la lucha contra ciertos tipos de criminalidad, ciertamente los extranjeros son más a menudo detenidos por la policía, más a menudo condenados y, sobre todo, más frecuentemente condenados a penas privativas de libertad (Montero 2008 y 2014). Así, los extranjeros están sobrerrepresentados en cada una de las fases del sistema de justicia

---

<sup>681</sup> Véanse las estadísticas europeas sobre migración: [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/statistics-migration-europe\\_en#illegalbordercrossings](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/statistics-migration-europe_en#illegalbordercrossings)

penal, lo que conlleva, consecuentemente, a una sobre-representación del extranjero en los sistemas penitenciarios.

La sobrerrepresentación de los extranjeros en las estadísticas policiales pueden explicarse (además de, lógicamente, por la eventual comisión de delitos por parte de la población extranjera), por la mayor tendencia de la policía actuar de manera más “dura” y “negativa” sobre la población extranjera. Esto es lo que se conoce mundialmente con el nombre de “*ethnic profiling*”, se trata de una serie de prácticas “discriminatorias”, por parte de la policía, basadas en el color de la piel, en la raza o el origen étnico (Open Society Institute, 2009a y 2009b), considerada esta una practica persistente en Europa<sup>682</sup>.

Téngase presente que la lucha contra la inmigración ilegal, la dinámica de deber identificar más a menudo a extranjeros, la tendencia policial a focalizarse más en barrios marginales con altas tasas de conflictividad y delincuencia, donde a menudo residen muchos extranjeros, promueven el hábito de “prestar más atención” a este colectivo, y por tanto, detectar más la delincuencia de este colectivo y detener más frecuentemente a estas personas (Montero Pérez de Tudela, 2021).

Este fenómeno se ve reforzado además por la imagen del inmigrante proyectada por los medios de comunicación, dando lugar, junto a otros muchos factores, a la criminalización del inmigrante (Chovanec, 2013; Red Acoge, 2015).

En esta línea, señala Daniel Wagman que, en España, “las redadas son frecuentes en los locales de ocio de los inmigrantes” (2006, p. 2). Igualmente, debe tenerse en cuenta que los flujos migratorios se dirigen normalmente a los lugares donde se encuentran la mayores oportunidades económicas y es precisamente en estos lugares donde se concentran la mayor cantidad de delitos (Alonso-Borrego, Garoupa y Vázquez, 2012).

---

<sup>682</sup> Véanse datos del Consejo de Europa: <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/ethnic-profiling-a-persisting-practice-in-europe>

Por tanto, en términos de riesgo, la investigación pone de relieve que en general un extranjero tiene más probabilidades que los nacionales de ser requeridos para su identificación, considerados sospechosos y detenidos por la policía; a modo de ejemplo, podemos mencionar aquí, la mayor tendencia a arrestar e investigar por parte de la policía a determinadas minorías musulmanas con el objetivo de luchar contra el terrorismo, la mayor tendencia por parte de la policía a arrestar a Magrebíes o personas pertenecientes a la etnia gitana o la mayor frecuencia con la que la policía arresta e inspecciona a afroamericanos e hispánicos en las carreteras y en los aeropuertos de Estados Unidos en su función de detectar y luchar contra el delito (véase Goodey, 2006 o Harris, 2006).

En España, en el año 2021, según el Anuario estadístico del Ministerio del Interior (2022), hubo un total de 1.957.719 hechos conocidos por la policía, de estas infracciones llegaron a esclarecerse en total 685.383 y hubo un total de 453.222 detenidos e investigados por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (FCSE)<sup>683</sup>. Ahora bien, si nos fijamos en los datos referentes a los extranjeros, el número de detenciones (del total realizadas) es de 145.297, lo que representan un 32% del número de detenciones acometidas por las FCSE en 2021<sup>684</sup>.

Estas actuaciones policiales promueven el paso a la segunda fase del sistema de judicial penal, dado que la detención por parte de la policía constituye el primer filtro o el primer paso para un ciudadano llegue a ser juzgado y condenado por parte de los órganos judiciales.

En cuanto a las estadísticas judiciales, algunos autores consideran que pueden existir prácticas discriminatorias en los sistemas de justicia penal en relación a los extranjeros. Coretta Phillips y Benjamin Bowling (2003) llevaron a cabo diversas investigaciones en cuanto a la eventual implicación de ciertas minorías en la delincuencia y la reacción frente a estas minorías por parte de la justicia, y concluyen que existe una

---

<sup>683</sup> Los datos de los FCSE no incluyen los datos de algunas fuerzas policiales autonómicas: la Ertzaintza y los Mossos d'Esquadra.

<sup>684</sup> Recordemos aquí las cautelas con respecto a lo señalado sobre los inmigrantes ilegales, pues dentro del porcentaje de detenciones acometidas a extranjeros se hallan las detenciones realizadas a inmigrantes ilegales (de los que no consta el porcentaje exacto), colectivo que no se halla incluido en el porcentaje de población extranjera censada en España.

cierta discriminación hacia estos grupos por parte del sistema de justicia penal. Desde hace décadas, investigaciones realizadas en Alemania, Inglaterra, País de Gales, Suiza, Austria y también en los Estados Unidos, entre otros, ponen de manifiesto la existencia de ciertas diferencias de trato en la forma en que la justicia penal trata a ciertas minorías étnicas y extranjeros en relación a lo nacionales (Tonry, 1997 o Steffensmeier, y Demuth, 2006).

Ahora bien, más que discriminación, lo que existe con mayor seguridad es un conjunto de factores que juegan en contra del extranjero y ciertas minorías étnicas, que suelen llegar al sistema de justicia penal en condiciones más desfavorecidas que la población nacional: por ejemplo, muchos de ellos presentan un desconocimiento profundo del idioma nacional, tienen normalmente un menor nivel de recursos económicos (lo que conlleva que la mayoría solicite abogados de oficio), muchos presentan falta de arraigo (Rodríguez Yague, 2013; Montero Pérez de Tudela, 2019a), etc. En esta línea, el hecho de presentar una situación administrativa irregular o no tener un domicilio fijo son factores a menudo tomados en cuenta para determinar la prisión preventiva, y es que, tanto en España como en la mayoría de los Estados Miembros de la UE, los extranjeros sufren más frecuentemente la prisión preventiva, lo que influye, además, en la posterior imposición de una pena privativa de libertad (Fair Trials, 2018). Se desprende así de diversas investigaciones en esta materia que, en general, los extranjeros son más a menudo juzgados y condenados que la población nacional autóctona, y concretamente, son más a menudo condenados a penas privativas de libertad.

En España, en 2021, según el INE, fueron condenados por sentencia firme 282.210 adultos, de los cuales aproximadamente el 25% no eran de nacionalidad española. Atendiendo a la tasa de condenados por cada 1.000 habitantes de 18 y más años, la de los condenados de nacionalidad extranjera (15,9) fue superior en 2,6 veces a la de los de nacionalidad española (6,1).

Por nacionalidad del infractor, las penas privativas de libertad fueron más frecuentes entre los condenados extranjeros (19,7% del total, frente a 18,2% de los españoles). En particular, la pena de prisión supuso el 19,2% del total en los extranjeros y el 17,4% en los españoles.

Es decir, con discriminación o no, lo cierto es que las cifras absolutas muestran una sobrerrepresentación del extranjero en las estadísticas policiales, judiciales y penitenciarias, y que, sin duda, seguro puede afirmarse la existencia de una serie de desventajas o “conjunto de desventajas acumuladas” que confluyen en algunos grupos de extranjeros, “como son los problemas con el idioma, el pasado desconocido -desconocimiento de los antecedentes penales-, la falta de domicilio en ocasiones, la falta de vinculación social, con un consecuente mayor riesgo de fuga, mayor falta de medios económicos, lo que conlleva igualmente que un alto porcentaje de sospechosos y acusados extranjeros tengan abogado de oficio, sean puestos en prisión preventiva, tengan en ocasiones una orden de expulsión, etc.” (Montero Pérez de Tudela, 2014, p. 8). El resultado de este conjunto de desventajas, unido al hecho de que esta población presenta una serie de características a menudo consideradas como factores criminógenos -como la edad, el sexo, la falta de recursos o el menor nivel de educación- tiene por resultado la sobrerrepresentación del extranjero en las estadísticas del sistema de justicia penal, incluidas las penitenciarias. A 31 de diciembre de 2021 había en prisión 55.097 personas reclusas, de las cuales, 16.272 eran de origen extranjero, es decir, la población extranjera en prisión representaba el 29’53% de la población penitenciaria en ese momento. El 31 de diciembre de 2019 ese porcentaje era levemente inferior, de 28’14%, siendo en 2018 de 28,08%, por lo que la tendencia actual no tiende a la disminución de la cifra de extranjeros en prisión sino, todo lo contrario, va en aumento.

Hay que tener presente, como ya se ha indicado previamente, que muchos de esos extranjeros encarcelados se encuentran en situación administrativa irregular, ya sea por que han perdido su permiso de residencia- o documento de equivalentes efectos jurídicos- a causa de su actividad delictiva, o porque nunca lo tuvieron, y muchos de ellos nunca han llegado a estar empadronados en España, por lo que se trata de un grupo de personas distinto a aquel 11’6% de población extranjera censada en España que referíamos al inicio de estas páginas.

### 3. SOLUCIONES ACTUALES: POLÍTICA DE EXTRANJERÍA VS LA POLÍTICA PENITENCIARIA

La política de extranjería durante las últimas dos décadas se orienta en España hacia la repatriación del inmigrante infractor y del inmigrante irregular. Como señala Javier Nistal Burón (2013), con objeto de controlar debidamente los flujos migratorios en España, se estableció desde la Ley Orgánica 4/2000 de extranjería (LOEx)<sup>685</sup>, una línea de actuación basada en la expulsión de los ciudadanos que se encuentran en situación de irregularidad administrativa y la repatriación del extranjero infractor. El Partido Popular se hallaba en el gobierno cuando se gestó la mencionada LOEx y había recibido un fuerte criticismo por ser, aparentemente, demasiado permisivo en cuanto a los inmigrantes ilegales y la obtención de papeles por estos, por lo que tras ganar las elecciones generales en marzo de 2000 modificó dicha ley en tal sentido<sup>686</sup>: la hizo mucho más restrictiva tanto en cuanto a la admisión de inmigrantes como a la obtención de permiso de residencia (o estancia) para los ya llegados (García Flórez, 2002, pp. 99 y 100). En cuanto al extranjero infractor (no comunitario), la línea de actuación adoptada por dicha ley fue -y es actualmente- la expulsión de quien comete o halla cometido delitos. Señala la LOEx en su art. 57, apartado segundo, que “constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”, añadiendo en su apartado séptimo que “cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de

---

<sup>685</sup> Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Boletín Oficial del Estado, España, nº 10, de 12 de enero del 2000.

<sup>686</sup> Reforma operada a través de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Boletín Oficial del Estado, España, nº 307, de 23 de diciembre de 2000.

distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación”. Incluso el extranjero comunitario, según establece el art. 15 del Real Decreto 240/2007<sup>687</sup> que regula el régimen de los comunitarios, puede ser expulsado cuando existan motivos graves de orden público o seguridad pública. Normalmente la expulsión administrativa lleva aparejada como consecuencia tanto la prohibición de entrada a España por un número determinado de años como el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

A esto se añade, en el orden penal, la posibilidad de sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio español. La expulsión judicial se regula en el art. 89 del Código Penal español (CP). Modificado hasta en cuatro ocasiones, la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 que modifica el CP<sup>688</sup>, establece en su apartado 1º que: “Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional”. En cuanto a las penas de prisión o suma de varias penas que excedan de los 5 años, señala el apartado 2º del art. 89 CP que “el juez o tribunal acordará la ejecución

---

<sup>687</sup> Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, Boletín Oficial del Estado, España, nº 51, de 28 de febrero de 2007. Véase art. 15.

<sup>688</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP, Boletín Oficial del Estado, España, nº 77, de 31 de marzo de 2015.

de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional”. Al igual que en el caso de la expulsión administrativa, el extranjero expulsado no podrá regresar a España durante un plazo (de cinco a diez años) y quedará extinguida cualquier autorización que posea para residir o trabajar en España. Entre las modificaciones realizadas en este artículo por la precitada reforma de 2015 destacamos aquí la ampliación de su ámbito subjetivo: mientras que en la redacción anterior de este artículo se hablaba únicamente de extranjero “no residente legalmente en España”, ahora es posible su aplicación a cualquier ciudadano extranjero, con independencia de su situación administrativa (González Tascón, 2016). Esta ampliación del ámbito subjetivo permite incluir entre los expulsables a los ciudadanos comunitarios, si bien en estos casos, se establecen algunas cautelas<sup>689</sup>.

Aunque según el CP (art. 89.3) “el juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible”, ciertamente, existe un enorme volumen de extranjeros en prisión en cuya sentencia no consta pronunciamiento alguno en relación a la expulsión. En un estudio estadístico realizado por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en 2016, a partir de una muestra de 607 casos de extranjeros condenados, se puso de manifiesto que en el 78% de los casos el juez no se pronunciaba sobre la posible aplicación del art. 89 CP (Nistal Burón, 2016).

Además de la expulsión judicial, existen otras dos opciones repatriativas para el extranjero infractor en fase de ejecución: el traslado del condenado extranjero para el cumplimiento total o parcial de la condena en su país de origen (nacionalidad o residencia), o la opción (en la fecha

---

<sup>689</sup> Véase art. 89.4 del C.P.

que corresponda) del disfrute de la libertad condicional que el país de pertenencia.

En cuanto al traslado de condenados, distinguimos el procedimiento regulado en el Convenio de Estrasburgo de 1983 para personas pertenecientes a Estados no pertenecientes a la UE, y el procedimiento establecido en la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo de la UE, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad para ejecución en la UE<sup>690</sup>, incorporada al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 23/2014 de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones penales en la UE<sup>691</sup> (LRM), que en su Título III regula un procedimiento de traslado de condenados aplicable a los ciudadanos comunitarios. Igualmente, no debe olvidarse la existencia de múltiples convenios bilaterales sobre traslado de personas condenadas firmados por España<sup>692</sup>. Esta medida de traslado para el cumplimiento de la condena, hoy día, puede adoptarse sin el consentimiento del condenado en caso de que éste no presente arraigo alguno en el Estado de condena (en este caso, España) o de que el condenado esté sujeto a una orden de expulsión, posibilidad que se contempla tanto para comunitarios como para no comunitarios. Ahora bien, en general la utilización de esta medida es mínima, y sin el consentimiento del potencial trasladable, aún menos.

Por último, el condenado extranjero puede solicitar el disfrute de la libertad condicional en su país de origen, nacionalidad o residencia, previo consentimiento del penado (Montero Pérez de Tudela, 2019a, pp. 19 y ss). Para el extranjero no comunitario los efectos son similares a la expulsión pues normalmente es condición requerida para la

---

<sup>690</sup> Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo de la UE, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la UE. Diario Oficial de la Unión Europea, de 5 de diciembre de 2008, L327 (Disponible en: [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)).

<sup>691</sup> Ley 23/2014, de 20 de noviembre de 2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE. Boletín Oficial del Estado, 21 de noviembre de 2014, nº 282.

<sup>692</sup> Constan actualmente 32 acuerdos bilaterales a este respecto. Disponibles en: [www.mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es)

concesión de este beneficio el no regreso a España hasta la remisión de la condena, y se aplica el procedimiento general para la concesión de la libertad condicional, regulado en el Reglamento Penitenciario<sup>693</sup> (RP) en los arts. 192 y siguientes, añadiendo algunas cautelas específicamente contempladas para el caso de condenados extranjeros en el art. 197 RP. En el caso de ciudadanos comunitarios se debería aplicar el procedimiento establecido en la mencionada LRM, en esta ocasión en su Título IV, sobre “resoluciones de libertad vigilada” que permite a un ciudadano comunitario el disfrute de la libertad condicional en su país de residencia (o donde tenga establecido su proyecto de vida), aunque en la práctica sigue utilizándose en muchas ocasiones el procedimiento general establecido en el RP.

Como observamos, existen varias opciones repatriativas para el extranjero infractor, medidas que han ido evolucionando durante los últimos años a través de varias reformas y novedades legislativas que han tenido lugar (como la mencionada LRM o las reformas del CP).

Queda claro por tanto que la respuesta dada desde la política de extranjería frente a la delincuencia ejecutada por el no nacional es la expulsión o repatriación del extranjero infractor, y que esta política de repatriación ha ido contaminado, como hemos visto, las políticas penales.

Ahora bien, la política penitenciaria se orienta en España a la reeducación y la reinserción del penado (Montero Pérez de Tudela, 2019b, p. 228). Señala el art. 25.2 de la Constitución Española que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”, direccionando el sistema penal – penitenciario español hacia la prevención especial positiva, esto es, buscando evitar la comisión de nuevos delitos a través de la reinserción del infractor. Esta directriz se refleja fielmente en el art. 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria<sup>694</sup> que establece que “las instituciones penitenciarias reguladas en la

---

<sup>693</sup> Real Decreto 190/1996, de 9 febrero, por el que se aprueba el reglamento Penitenciario, Boletín Oficial del Estado, 15 de febrero de 1996, nº 40.

<sup>694</sup> Ley orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. *Boletín Oficial del Estado*, España, nº 239, de 5 de octubre de 1979.

presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados”.

Pues bien, si la reeducación del extranjero infractor es -vistas las características ya comentadas de muchas de estas personas- muy difícil, su reinserción en circunstancias de irregularidad es casi imposible. Como se ha expuesto, los extranjeros infractores son un colectivo a menudo desfavorecido, aún más si cabe en el medio penitenciario (presentando problemas con el idioma, bajo nivel educativo, ausencia de vinculación social en muchos casos, frecuente ausencia de permiso de residencia o dificultad para obtenerlo o renovarlo tras el cumplimiento de la condena, falta de recursos económicos, etc.), y en muchos casos, la reinserción social del extranjero condenado deviene simplemente inviable; aproximadamente un 40% de los extranjeros que se encuentra ingresado en prisión no han tenido (o no tiene) documentación, y no tiene por tanto opciones legales de establecerse en España, lo que hace la reinserción social de gran parte de este colectivo una tarea casi imposible (Nistal Burón, 2018, p. 112).

Así, en lo concerniente al tratamiento penitenciario del extranjero infractor nos hallamos en una especie de “terreno de nadie” en el que chocan las directrices de una política de extranjería focalizada en la repatriación del extranjero infractor con las de una política penitenciaria focalizada en la reinserción del delincuente, a lo que se añaden una serie de factores condicionantes (situación administrativa, situación socioeconómica, existencia o ausencia de arraigo etc.) que en muchas ocasiones hacen difícil, incluso inviable o incoherente, el cumplimiento de alguna de aquellas directrices.

Así, vistas las características ya explicadas de muchos de los extranjeros usuarios del sistema de justicia penal, es de suponer que se dan en la realidad situaciones imposibles de resolver: por ejemplo, es casi inviable ejecutar la expulsión de un extranjero indocumentado -no identificado-, o tremendamente complicado reinsertar al extranjero penado que no presenta ningún tipo de arraigo. Se trata, en muchas ocasiones,

de situaciones muy complejas pero también de “riesgo” para la sociedad, como sucede con la puesta en libertad tras una pena de prisión de extranjeros que, sin haber podido ser expulsados o repatriados, no han tenido opción a un proceso de reinserción por falta de arraigo o irregularidad administrativa (véase García España, 2018).

#### 4. DISCUSIÓN Y ALGUNAS RECOMENDACIONES

Los datos presentados en este trabajo no dejan duda acerca de la sobrerepresentación del extranjero en el sistema de justicia penal. Al margen de ideologías políticas, se trata de datos empíricos, cifras, que reflejan un problema actual al que las políticas existentes y la legislación vigente sólo da una solución reactiva (a *posteriori*) y dicotómica: repatriación o reinserción.

Se podría por tanto abordar el problema de la sobrerepresentación del extranjero en el sistema de justicia penal desde dos enfoques: desde un enfoque preventivo, es decir, intentando actuar en las causas que llevan a esa sobrerepresentación, lo que implicaría un análisis en profundidad de todas y cada una de las causas antes expuestas, tanto las relativas a las condiciones en las que llegan y viven una buena parte de la población extranjera, como aquellos factores que influyen en la actuación policial y judicial y que dan lugar, en muchas ocasiones, aun trato “desfavorable” al extranjero infractor; y de otro lado, desde un enfoque reactivo, a *posteriori*, permitiendo a los operadores jurídicos y sociales que trabajan en el sistema de justicia penal un mayor margen de discrecionalidad para dar soluciones reales, prácticas, a todos aquellos casos que no encajan en los supuestos bien resueltos por la normativa vigente.

Desde un enfoque preventivo, sería interesante cuestionarnos que sucedería si en lugar de reaccionar a la delincuencia del extranjero se “invertiera” en evitar su delincuencia. Naturalmente, hay quien opina que la única solución a esa sobrerepresentación del extranjero en las estadísticas de la criminalidad pasaría por evitar los flujos de población migrante que posea condiciones socio-económicas desfavorecidas, aquellas relacionadas habitualmente con la delincuencia, y especialmente, la inmigración ilegal, pero esto requería soluciones *macro* difíciles de

abordar en este trabajo: desde un mayor control de las fronteras, una mayor intolerancia a la inmigración ilegal con refuerzo de medidas repatriativas inmediatas (p. ej. más devoluciones *en caliente*) o una mayor inversión en Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado focalizadas en el control de la inmigración, lo que posiblemente alimentaría más la presión policial sobre los grupos de extranjeros, que, como hemos visto, aumenta las posibilidades de detección de los delitos cometidos por este colectivo. Se trata además de medidas complicadas de implementar y, a veces, consideradas discriminatorias, según su forma de aplicación, pues las condiciones socioeconómicas no deberían ser en sí un criterio a la hora de establecer una política de extranjería. Otras soluciones pasarían por una mayor inversión en la integración del colectivo extranjero antes referido o la inversión en “origen”, esto es, inversión en el desarrollo de los países de origen y tránsito de los inmigrantes como forma de controlar y regular la inmigración, pero se trata de temas que por su complejidad trascienden al contenido de estas páginas.

Por tanto, centrándonos en las medidas “post-delito”, si podríamos mencionar aquí la necesidad de otorgar una mayor flexibilidad en la toma de decisiones por parte de los operadores jurídicos implicados en el sistema de justicia penal, especialmente a aquellos pertenecientes al ámbito penitenciario. Aunque existen casos muy claros de falta absoluta de arraigo en los que las circunstancias (existencia de algún tipo de documentación) permiten que el extranjero infractor sea efectivamente repatriado, y, en sentido contrario, hay situaciones en las que el extranjero está documentado e integrado en la sociedad española y su reinserción es del todo posible, no siempre se dan estas circunstancias. Un elevado número de casos se hallan en un término intermedio: existen muchas situaciones en las que el arraigo del penado puede ser parcial, o la situación administrativa “regular” a pesar de la falta de arraigo a efectos de reinserción, o tener caducado el permiso de residencia sin opciones de renovación (por no poder renovarlo tras la comisión del delito) pero no ser objeto de una orden de expulsión etc... es decir, existen diversos casos en los que las soluciones de corte dicotómico que da la legislación vigente (repatriación o plena reinserción) no son

acordes a las situaciones de hecho, y en las que el margen de actuación para los operadores jurídicos del sistema de justicia penal es muy limitado.

La posibilidad de que los profesionales que trabajan en el ámbito del sistema de justicia penal tuviesen un mayor margen de discreción, esto es, que antes las situaciones de imposible resolución detectadas en el ámbito de la ejecución penal pudieran adoptar soluciones prácticas, solventaría una buena parte del problema. Pocas veces se toma en consideración la opinión de los equipos técnicos que trabajan con el penado en prisión. Por ejemplo, en las situaciones de extranjeros irregulares que no pueden ser expulsados por falta de documentación, por pura seguridad de la sociedad debería ser posible -a través de los informes de los profesionales del medio penitenciario- realizar un proceso de reinserción del condenado (con la consecuente obtención de permiso de trabajo y otros documentos que posibiliten el paso a la semi-libertad), con objeto de evitar la comisión de futuros delitos.

Una mayor individualización de cada caso, con una mayor discrecionalidad por parte de los operadores del sistema de justicia en contacto con el interno extranjero (más allá del juez), podría hacer que las situaciones de hecho fueran más acorde a las de derecho y viceversa.

## 5. REFERENCIAS

- Alonso-Borrego, C., Garoupa, N., y Vázquez, P. (2012). Does Immigration Cause Crime? Evidence from Spain. *American Law and Economics Review*, 14 (1), 165-191.
- Castles, S. (2004). Por qué fracasan las políticas migratorias (Why migration policies fail). *Migraciones*, 15, 147-184.
- Cebrián, M. (2009). Los determinantes de los flujos migratorios internacionales: el caso español, 1995- 2007. *Principios: estudios de economía política*, 14, 49-68.
- Center for Strategic and International Studies (CSIS) (2019). *Out of the Shadows: Shining a Light on Irregular Migration*. CSIS Project on Prosperity and Development, CSIS and Rowman & Littlefield, Washington, D.C., and Lanham.

- Chovanec, J. (2013). How Come You're not a Criminal?: Immigrant Stereotyping and Ethnic Profiling in the Press. En MARTINEZ LIROLA, M. (Coord.), *Discourses on Immigration in Times of Economic Crisis: A Critical Perspective*. Cambridge Scholars Publishing : Newcastle upon Tyne (pp. 194-215).
- Comité Especializado de Inmigración (Consejo de Seguridad Nacional) (2019). *El fenómeno migratorio en España. Reflexiones desde el ámbito de la Seguridad Nacional*. Ministerio de la Presidencia. Relaciones con las Cortes e Igualdad, Madrid.
- Fair Trials (2018). *A Measure Of Last Resort? The Practice Of Pretrial Detention Decision Making In The Eu (Update Report)*. Fair Trial. Disponible en: <https://bit.ly/3AH63lt>
- García España, E. (2018). El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión. *Migraciones*, 44, 119 – 144.
- García Flórez, D. (2002). La política española de inmigración en el marco de la Unión Europea. En Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN), *Inmigración y Seguridad en el Mediterráneo: el caso Español*. Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica (Monografías del CESEDEN, 52), Madrid (pp. 81-112).
- González tascón, M. M. (2016). La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, 131-197.
- Goodey, J. (2006). Ethnic profiling, criminal (in) justice and minority populations. *Critical Criminology*, 14, 207-212.
- Guisández Gómez, J. (2002). Causas y evolución de la inmigración del Magreb. En Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN), *Inmigración y Seguridad en el Mediterráneo: el caso Español*. Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica (Monografías del CESEDEN, 52), Madrid (pp. 17-50).
- Harris, D. A. (2006). U.S. experiences with racial and ethnic profiling: History, current issues, and the future. *Critical Criminology*, 14, 213-239.
- Instituto Nacional de Estadística (INE) (2022a). Avance de la Estadística del Padrón Continuo a 1 de enero de 2022 (datos provisionales) (nota de prensa). Disponible en: <https://bit.ly/3TzFDsk>
- Instituto Nacional de Estadística (INE) (2022b). Encuesta de Población Activa (EPA) Tercer trimestre de 2022, nota de prensa, 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3tzVeNP>

- International Labour Office (2006). *Discrimination against native Swedes of immigrant origin in access to employment : Research study on Stockholm, Malmo and Gothenburg (Synthesis report)*. Multi-lateral policy framework for Labour Migration, Geneva.
- Mcauliffe, M. y Triandafyllidou, A. (Eds.) (2021). *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2022*. Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Disponible en: <https://bit.ly/3Dyz8QF>
- Ministerio del Interior (2022). *Anuario estadístico del Ministerio del Interior 2021*. Ministerio del Interior (Español), Secretaría General Técnica, Madrid.
- Montero Pérez de Tudela, E. (2008). *La délinquance des étrangers: criminalité, récidive et les facteurs influençant le retour en prison* (Tesis doctoral), Universidad de Lausanne.
- Montero Pérez de Tudela, E. (2014). La extranjería en el ámbito penitenciario.- criminología y extranjería. En XXIII Cursos Internacionales de verano de la Universidad de Granada, *Extranjeros privados de libertad* (Ciudad Autónoma de Melilla).
- Montero Pérez de Tudela, E. (2019a). Las opciones repatriativas en el ordenamiento jurídico español para el extranjero infractor: factores a tener en cuenta por los profesionales del tratamiento y los operadores jurídicos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-22, 1-33.
- Montero Pérez de Tudela, E. (2019b). La reeducación y la reinserción social en prisión: el tratamiento en el medio penitenciario español. *Revista de estudios socio- educativos (RESED)*, 7, 227-249.
- Montero Pérez de Tudela, E. (2021). La sobrerrepresentación del inmigrante en el sistema de justicia penal: reeducación y reinserción vs repatriación en el sistema punitivo español. En: Aitziber Emaldi y Encarnación La Spina (Eds.), *Retos del Derecho ante un mundo global*. España, Tirant Lo Blanch.
- Montero pérez de tudela, E. y Ravagnani, L. (2016). La población penitenciaria en España e Italia: estudio comparativo de la situación de la población carcelaria extranjera en ambos países. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18 (09), p. 1-32.
- Muñoz De Bustillo, R. y Antón, J. I. (2010). De la España que emigra a la España que acoge: contexto, dimensión y características de la inmigración latinoamericana en España. *América Latina Hoy*, 55, 15-39.

- Nistal burón, J. (2013). Los fines de la política criminal y su vinculación con la política de extranjería en la reforma proyectada del Código Penal. Su incidencia en el ámbito penitenciario. *Diario La Ley*, 8143, 1-21.
- Nistal burón, J. (2016). *Problemática penitenciaria de la expulsión sustitutiva parcial de los ciudadanos extranjeros*. Ponencia en curso de actualización para fiscales. Disponible en: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es).
- Nistal burón, J. (2018). *La condición de extranjero en el sistema penitenciario español*. Tirant Lo Blanch.
- Open Society Institute (2009). *Ethnic profiling in the European Union: Pervasive, Ineffective, and Discriminatory*. Justice Initiative, New York. Disponible en: <https://bit.ly/3EcyIX9>
- Open Society Institute (2009). *Police et minorités visibles: les contrôles d'identité à Paris*. Justice Initiative, New York. Disponible en: <https://bit.ly/3UG0TOx>
- Organización Internacional para las Migraciones (2018), *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*. Organización Internacional para las Migraciones. Disponible en: <https://bit.ly/2KYYXQB>
- Ospina, G. I. (2015). La inmigración desde el Magreb. Un reto para la Unión Europea. *Revista UNISCI*, 39, 151-173.
- Pajares, M. (2007). Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2007. Análisis de datos de España y Cataluña. En *Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración*, 14. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Parella, S. (2003). *Mujer, inmigrante y trabajadora: la triple discriminación*. Anthropos, Rubí.
- Phillips, C. y Bowling, B. (2003). Racism, Ethnicity and Criminology. Developing Minority Perspectives. *The British Journal of Criminology*, 43 (2), 269-290.
- Red Acoge (2015). *Estudio sobre Periodismo e Inmigración*. Red Acoge (Madrid). Disponible en: <https://bit.ly/3tzPbZO>
- Rodriguez Yague, C. (2013). Inmigrantes entre rejas: exclusión, expulsión y encarcelamiento de los inmigrantes en la España del siglo XXI. En OLIVER OLMO, P. (Coord.), *El siglo de los castigos: prisión y formas carcelarias en la España del siglo XX*. Anthropos, Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona (263-298).

- Steffensmeier, D. y Demuth, S. (2006). Does gender modify the effects of race-ethnicity on criminal sanctioning? Sentences for male and female white, black, and hispanic defendants. *Journal of Quantitative Criminology* 22, 241-261.
- Tonry, M. (ED.). *Ethnicity, crime and immigration : Comparative and cross-national perspectives*. University of Chicago Press.
- Wagman, D. (2006). Discriminación Policial (Racial Profiling). *Boletín criminológico*, 87, 1-4.

MUJERES MIGRANTES VULNERABLES Y OBTENCIÓN  
DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA:  
SOBRE LA NECESIDAD DE MODULAR Y ADECUAR EL  
REQUISITO DE INTEGRACIÓN (STS, SALA 3ª, SECCIÓN  
5ª, DE 17 DE DICIEMBRE DE 2021)

---

SORAYA ESPINO GARCÍA

*Facultad de Derecho y CC.EE y Empresariales de la Universidad de Córdoba*

## 1. INTRODUCCIÓN

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, del Tribunal Supremo (TS), en su reciente Sentencia nº 1521/2021, de 17 de diciembre de 2021<sup>695</sup>, ha establecido por primera vez que el requisito de integración para obtener la nacionalidad española debe adecuarse y modularse en el caso de mujeres migrantes vulnerables y con escasa y deficiente formación.

El TS, ha estimado, en este caso, el recurso de casación interpuesto por una ciudadana de nacionalidad marroquí y con permiso de residencia en España, contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) de la Audiencia Nacional<sup>696</sup>, que había confirmado la denegación de la solicitud de la nacionalidad española por residencia por incumplimiento del requisito de integración en la sociedad española que impone el art. 22.4 del Código Civil. Dicha denegación se fundamentaba en que la solicitante desconocía las instituciones y la actualidad política, social y cultural, así como los datos geográficos de España a raíz de sus respuestas en el cuestionario de preguntas que

---

<sup>695</sup> ECLI:ES:TS:2021:4917, número de recurso: 3112/2020.

<sup>696</sup> Sentencia de fecha 3 de febrero de 2020.

se realiza a tal efecto. Previamente al recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, la Dirección General de Registros y Notariado, mediante resolución de fecha 17 de julio de 2018, también le denegó la solicitud de nacionalidad por residencia por incumplimiento del requisito de integración en la sociedad española.

No se tuvieron en cuenta ni la escasa y deficiente formación cultural de la solicitante y, por ende, su especial situación de vulnerabilidad, como tampoco sus circunstancias familiares. Lo cierto es que la recurrente llevaba residiendo en España desde el año 2000, es decir, quince años al momento de iniciarse el expediente de nacionalidad por residencia y más de dieciocho años al momento de dictarse la resolución administrativa denegatoria y, además, era titular de la tarjeta de residencia de larga duración con autorización para trabajar en España. Estaba integrada en una familia compuesta por su esposo, que había adquirido la nacionalidad española por residencia, y por dos hijos también de nacionalidad española al haber nacido ambos en España.

En esta novedosa sentencia, el TS considera que el suficiente grado de integración en la sociedad española que exige el Código Civil como requisito para obtener la nacionalidad, habitualmente medido en un cuestionario de preguntas formuladas y a las que tiene que dar respuesta la persona solicitante de la nacionalidad española, debe atemperarse y adecuarse en el caso de mujeres migrantes con deficiente formación cultural que determina una situación de especial vulnerabilidad.

## 2. OBJETIVOS

### 2.1. ESPECIAL REFERENCIA A LAS INFRACCIONES LEGALES Y/O JURISPRUDENCIALES

El primer objetivo de este trabajo es poner el acento en un aspecto fundamental y es que, en este contexto, se cuestionan una serie de infracciones legales y/o jurisprudenciales de especial relevancia jurídica, y que no se han tenido en cuenta ni por parte del Encargado del Registro Civil ni por los Tribunales en primera instancia a la hora de fundamentar sus respectivas decisiones, resoluciones y sentencias. En primer

lugar, los arts. 9.2 y 14 de la Constitución Española (CE); en segundo lugar, el art. 22.4 del Código Civil; y en tercer lugar y último lugar, los arts. 11, 13 y 14.6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>697</sup>.

Teniendo en cuenta el art. 9.2 de la CE, son los poderes públicos los que deben de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y, por ende, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los/las ciudadanos/as en la vida política, económica, cultural y social. En interrelación con esta disposición, se ha de destacar igualmente el art. 14 de la CE en virtud del cual, los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Con respecto al art. 22.4 del Código Civil, para la concesión de la nacionalidad española por residencia, se requiere que ésta haya durado diez años y la persona interesada deberá justificar en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española.

Especialmente importantes son los arts. 11, 13 y 14.6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. El art. 11 prevé que con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los poderes públicos deben de adoptar las medidas necesarias y específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. Así, el art. 13 de la citada Ley Orgánica, viene a subrayar que en todos aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponde a la parte demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su

---

<sup>697</sup> Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 71, de 23/03/2007.

proporcionalidad. De acuerdo con el art. 14.6 del mismo cuerpo legal, son criterios generales de actuación de los poderes públicos, la consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para quienes los Poderes Públicos pueden adoptar medidas de acción positiva.

## 2.2. ALCANCE DE LA EXIGENCIA DEL SUFICIENTE GRADO DE INTEGRACIÓN EN LA SOCIEDAD ESPAÑOLA Y SU VINCULACIÓN A LA NORMATIVA EN MATERIA DE IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

Otro de los objetivos fundamentales de este trabajo es el determinar el alcance que tiene el requisito del suficiente grado de integración y su vinculación con respecto a la normativa en materia de igualdad efectiva de mujeres y hombres. Para ello, hemos de partir de la idea que el grado de integración constituye un concepto jurídico indeterminado y, por lo tanto, confiere a la Administración un amplio criterio de determinación, atendiendo, evidentemente, a las circunstancias que en cada caso concurren, sin olvidar que se establecen normas concretas del procedimiento para poder examinar la concurrencia de tal presupuesto y sometida al control de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

En relación con la incidencia que sobre esa exigencia legal tiene la aplicación de los principios de igualdad efectiva entre hombres y mujeres a los que se refiere la Ley Orgánica 3/2007, hemos de analizar la doctrina acuñada por el Tribunal Constitucional (TC), y que está recopilada en la STC 71/2020, de 29 de junio<sup>698</sup>. De toda ella se deriva que, la expresa exclusión de la discriminación por razón de sexo contenida en el art. 14 de la CE responde a la determinación del constituyente de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la mitad de la población. Pese a ello, a día de hoy las mujeres aún soportan situaciones de desigualdad

---

<sup>698</sup> ECLI:ES:TC:2020:71

y dificultades específicas que se traducen, entre otras, en una menor incorporación de la mujer al trabajo o en una mayor dificultad para conciliar la vida personal, familiar y laboral, particularmente, por la maternidad. Ante esta realidad social, el TC en su sentencia 108/2019 y en las sentencias que en ella se citan, establece que es necesario, tal y como reclama la sociedad, abundar en esa protección, ampliar y desplegar su sentido profundo ligado a la dignidad de la persona y valor de todo ser, y tutelar y favorecer el cambio de conciencia y convivencia que solo la paridad garantiza, fortaleciendo la tutela, siempre que se constate una desigualdad histórica que pueda calificarse de estructural, pues la igualdad sustantiva es un elemento definidor de la noción de ciudadanía en nuestro orden constitucional<sup>699</sup>. En definitiva, *“la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 11 de la CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración”*<sup>700</sup>.

Esa discriminación puede aparecer de diferentes formas, así la discriminación directa e indirecta, como se deriva de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación<sup>701</sup>, y de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ley que incorpora el acervo comunitario sobre igualdad de sexos. De conformidad con lo establecido en el art. 6.3 de la Ley Orgánica 3/2007, tanto la discriminación directa como indirecta se consideran como discriminatorias.

La discriminación directa a que se refiere el art. 6.1 de la Ley Orgánica 3/2007, es *“la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable”*. El art. 8 de la misma

---

<sup>699</sup> STC 108/2019, FJ 3; STC 91/2019, de 3 de julio, FJ 10 y STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 4.

<sup>700</sup> STC 66/2014, de 5 de mayo, FJ 2.

<sup>701</sup> DOUE núm. 204, de 26 de julio de 2006, pp. 23-36. DOUE-L-2006-81416.

norma establece además que “*constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*”. Por lo tanto, en este tipo de discriminación se produce un tratamiento perjudicial por razón del sexo, en el que el sexo es objeto de consideración de dicha discriminación. Como indica la STC 108/2019, comprende no solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada, sino también los que se funden en la concurrencia de condiciones que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca, vinculando particularmente con este último, el embarazo y su incidencia en las condiciones de trabajo de la mujer, toda vez que se trata de un elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres.

Por lo que se refiere a la discriminación indirecta, el art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007 se refiere a ella como aquella situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados. Esto es, en tales situaciones, pese a su aparente irrelevancia, perjudican a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres y no se exige que la concreta medida comporte un trato más beneficioso atribuido exclusivamente a los varones, es suficiente con que exista una norma o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para las mujeres, un régimen distinto y perjudicial de un grupo social constituido de forma mayoritaria por mujeres. No es suficiente con esa discriminación subyacente en la norma o en su aplicación respecto de las mujeres, se requiere además, que no esté constitucionalmente justificada, justificación que debe estar basada en criterios objetivos ajenos a la propia consideración por razón de sexo; es decir, que los poderes públicos no pueden probar que la norma que comporta dicha discriminación encubierta responde a criterios de política social, justificadas por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por sexo.

De lo expuesto, la exigencia que se establece en el art. 22.4 del Código Civil sobre la necesidad de que la persona que solicite la nacionalidad española por residencia acredite un suficiente grado de integración en la sociedad española, no puede considerarse que comporte discriminación alguna por razón de sexo, ni en su modalidad directa ni indirecta, por cuanto que la exigencia de la integración no perjudica ni directa ni indirectamente por razón de sexo, por afectar por igual a uno y otro. No obstante, proceden ciertas matizaciones con respecto a este punto y es que la contante y reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del TS, ha venido estableciendo una ponderación en la apreciación de los requisitos que se imponen en el art. 22 del Código Civil, unos de carácter reglado y objetivos y otros de apreciación discrecional, por constituir conceptos jurídicos indeterminados, como es el del suficiente grado de integración en la sociedad española. Con respecto a dicha exigencia, ha de estarse a las circunstancias personales del o la solicitante sin que puedan establecerse criterios objetivos sobre dicha integración. De este modo, resulta lógico que cuando se trate de valorar dicho presupuesto de la nacionalidad, cuando la solicitante sea una mujer migrante y, especialmente, de países en que la educación de las mujeres está condicionada a un aislamiento social, podría suponer la aplicación de los criterios generales de actuación que se imponen en el art. 14 de la Ley Orgánica 3/2007, en especial, cuando el apartado 6 de dicho artículo establece el hecho de tomar en consideración las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad, como sería el caso que nos ocupa.

La sentencia objeto de este trabajo, establece que la integración comporta la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales que en gran parte tienen su reflejo constitucional, el grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como el arraigo familiar, en el sentido de que esa exigencia no puede suponer la exclusión de la integración en favor de una pretendida situación de vulnerabilidad respecto de las mujeres migrantes, porque si se autoriza la integración en una sociedad en la que termina siendo hostil sería la principal víctima de esa decisión, máxime cuando lo que está en cuestión no es la permanencia en España que no

requiere necesariamente el otorgamiento de la nacionalidad. Ello no quiere decir que las especiales circunstancias de tales mujeres que proceden de un determinado contexto sociocultural de clara discriminación de la mujer a las relaciones sociales, debe ser desatendido a la hora de apreciar la concurrencia de la preceptiva integración en la sociedad española que la nacionalidad por residencia requiere. En este sentido, para el TS en su jurisprudencia ha venido declarando que para examinar la integración ha de realizarse una valoración singularizada y casuística de las circunstancias que concurren en la persona, para lo cual se aconseja acomodar el nivel de exigencia en cuanto al conocimiento de la lengua y de las instituciones españolas que puede modularse en función del grado de instrucción del interesado y de las demás circunstancias que concurren en el mismo<sup>702</sup>.

### 3. METODOLOGÍA

La metodología empleada en este trabajo consiste, por un lado, en el estudio y análisis comparativo y evolutivo de una amplia jurisprudencia del TS y del TC en la materia y, por otro, en la normativa afín al caso.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, ha resultado procedente centrar el examen *in extenso* de la Sentencia del TS nº 1521/2021 (Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 17 de diciembre de 2021, y que es objeto de este trabajo. Junto a ella, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) de la Audiencia Nacional, de 3 de febrero de 2020, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo nº 1313/2018, deducido frente a la resolución de 17 de julio de 2018 de la Dirección General de Registros y Notariado que denegó la solicitud de nacionalidad por residencia por incumplimiento del requisito de integración en la sociedad española. En esta línea, la STS de 24 de abril de 1999, en un caso en el que también se deniega la nacionalidad española del recurrente por falta de integración en la sociedad española, motivada y ajustada a derecho en virtud de lo

---

<sup>702</sup> STS 611/2021, de 4 de mayo; ECLI:ES:TS:2021:1689.

establecido en el art. 22.4 del Código Civil, en relación con los arts. 220 y 221 del Reglamento del Registro Civil.

Especialmente relevante resulta la doctrina acuñada por el Tribunal Constitucional recopilada en la Sentencia 71/2020, de 29 de junio<sup>703</sup>, en relación con la incidencia que sobre la exigencia legal del suficiente grado de integración tiene la aplicación de los principios de igualdad efectiva entre mujeres y hombres a los que se refiere la Ley Orgánica 3/2007, y que es la cuestión en la que se centra el debate y la problemática que se analiza en este trabajo.

Como jurisprudencia reciente del TC que va haciéndose eco de las situaciones de desigualdad y ciertas dificultades específicas que aún soportan las mujeres, destacan la STC 108/2019, STC 91/2019, de 3 de julio, STC 12/2008, de 29 de enero, STC 66/2014, de 5 de mayo.

Por otro lado, la metodología también ha consistido en analizar la normativa estatal y europea aplicable al caso. En cuanto a la normativa estatal se refiere, hemos podido examinar las posibles infracciones de los arts. 9.2 y 14 CE, art. 22.4 del Código Civil y arts. 11, 13 y 14.6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Ley ésta última, que incorpora al ordenamiento jurídico español, como indica su exposición de motivos, dos directivas en materia de igualdad de trato, la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro<sup>704</sup>.

#### 4. RESULTADOS

Ha quedado latente que, en este tipo de situaciones y contextos, el TS es muy claro en la sentencia nº 1521/2021, de 17 de diciembre de 2021

---

<sup>703</sup> ECLI:ES:TC:2020:71.

<sup>704</sup> DOUE núm. 373, de 21 de diciembre de 2004, pp. 37-43. DOUE-L-2004-82937.

que aquí nos ocupa, especialmente, sobre el hecho de que no pueden considerarse la procedencia de ambientes socioculturales discriminatorios de mujeres migrantes a los efectos de que ello pueda servir para relajar la exigencia de la integración en la sociedad española para la concesión de la nacionalidad española por residencia, pero sí que esa integración no puede desconocer esa procedencia de ambientes socioculturales discriminatorios y acomodar la exigencia legal a tales circunstancias.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las circunstancias personales y las pruebas presentadas por cualquier persona en este tipo de situaciones, deben de valorarse y de tenerse en cuenta tanto por el Encargado del Registro Civil como por los Tribunales en primera instancia, quienes llegan a adoptar una resolución sin tener en consideración las peculiaridades que establece la Ley Orgánica 3/2007 y con una fundamentación ajena a las circunstancias personales de la solicitante en cuanto a su formación y a la integración familiar. Esa exigencia es más exigible cuando se trata de una mujer con escasa formación, dada la procedencia de un entorno poco propicio para ello, lo cual exige la adopción de la consideración de las singulares dificultades en que se encuentra, de conformidad con lo establecido en el art. 14.6 de la Ley Orgánica 3/2007. No se quiere decir con ello que deba relajarse el requisito del suficiente arraigo que impone el precepto aplicado, pero sí que esas circunstancias personales deben de ser especialmente valoradas a la hora de decidir sobre la solicitud de la nacionalidad. Por todo ello, debemos de considerar la integración de las mujeres migrantes como un proceso multidireccional, y en el que se debe de tener en cuenta la participación estructural, social, cultural, cívica y la propia identidad de las personas migrantes (García, 2010; Spencer y Charsley, 2016).

Dentro de los resultados, hemos de destacar la trascendencia creciente en la exigencia de la igualdad entre mujeres y hombres. Estamos ante un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 de la CE), y es a la vez, un derecho fundamental consagrado en el art. 14 de la CE y que prohíbe cualquier discriminación. Todo ello sin obviar el art. 9.2 de la CE que establece la igualdad real y efectiva al contener un mandato

dirigido a los poderes públicos para la supresión de cualquier obstáculo que impida su realización.

Se destaca por el TS en esta sentencia que la igualdad entre mujeres y hombres también es un principio jurídico universal reconocido en la normativa internacional sobre derechos humanos, entre los que destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983, además de ser un principio fundamental en la Unión Europea (UE). La propia Ley Orgánica 3/2007, incorpora al ordenamiento jurídico español, como indica su exposición de motivos, dos directivas en materia de igualdad de trato, la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

## 5. DISCUSIÓN

Resulta más que evidente que existen diferencias considerables entre los objetivos, las experiencias y vivencias experimentadas por la población migrante según el género (Trujillo y Almeda, 2017). Las mujeres se encuentran expuestas a una mayor vulnerabilidad a lo largo de todo el proceso migratorio, es decir, desde que deciden salir de sus países de origen hasta que se integran en el país de destino tienen más riesgos de sufrir daños y discriminaciones. Incluso, una vez ya integradas y siendo residentes en el país de acogida, las siguen sufriendo. Otra prueba de ello, la tenemos en la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala 3ª, Sección 6ª) de 11 de octubre de 2018<sup>705</sup>, en la que se denegaba la nacionalidad española por residencia a una nacional marroquí que desconocía cuestiones básicas de nuestra sociedad, como qué se celebra en España

---

<sup>705</sup> ECLI:ES:AN:2018:3916; nº de recurso 613/2017.

en Navidad. Según se argumentaba en esta Sentencia de Audiencia Nacional (AN), la solicitante no justificaba un suficiente grado de integración en la sociedad española, derivado de las respuestas dadas a las preguntas formuladas en el examen de integración, respuestas que ponían de manifiesto su escaso interés por integrarse en la cultura de nuestro país. En otra de la Sentencia de la AN (Sala 3ª, Sección 6ª), de 16 de febrero de 2021<sup>706</sup>, se deniega igualmente a una nacional marroquí la nacionalidad española por residencia debido al escaso grado de adaptación a la cultura y al estilo de vida españoles y su desconocimiento del idioma castellano, esto es, por ausencia de integración en la sociedad y a pesar de que tenía arraigo.

Desde que se ha incluido la perspectiva de género para analizar la realidad migratoria (Woo, 2007; Juliano, 2000; Parella, 2003; Asakura y Torres, 2013; Gottardo y Cyment, 2019), se han constatado las múltiples discriminaciones a las que se ven sometidas un gran número de mujeres migrantes (Cueva-Luna y Terrón-Caro, 2014; Terrón-Caro y Ortega De Mora, 2019). En este sentido, podemos afirmar que, en este tipo de contextos, *“el género recorre estructuralmente las decisiones, trayectorias y consecuencias”* (Martínez Pizarro, 2003, p. 8).

Del análisis de la jurisprudencia que se hace en este trabajo y atendiendo a los diversos pronunciamientos tanto del TS como del TC en la materia, se demuestra que existe una necesidad de una atención específica de las migraciones femeninas, si bien para poder llevarla a cabo, es necesario considerar el género como categoría analítica en este tipo de situaciones, materia y contextos (Terrón-Caro, Cárdenas-Rodríguez y Ortega De Mora, 2022). Debe de quedar claro que el género es un principio organizativo de la migración (Fitzpatrick, 1997), de tal forma que nos encontramos ante una parte integral y relacional de cualquier proceso social (De Barbieri, 1992; Tapia, 2011).

---

<sup>706</sup> ECLI:ES:AN:2021:359; nº de recurso 933/2019.

## 6. CONCLUSIONES

Son varias las conclusiones que se extraen del estudio y análisis de la sentencia del TS que ha sido objeto de este trabajo. Por un lado, no se puede establecer una exigencia uniforme para todas las personas solicitantes de la nacionalidad española por residencia. La integración social referida a formar parte de la sociedad española, solo puede realizarse en función de las propias condiciones personales que concurren en cada solicitante. Tal integración ha de suponer la asunción de los valores esenciales y peculiares de nuestra sociedad, pero, igualmente, no puede obviarse ni desconocerse la formación cultural de quien solicita la integración en una sociedad con la que ya se encuentra relacionada con el previo periodo de residencia que requiere esta modalidad de obtención de la nacionalidad.

En este sentido, el TS deja claro que no puede existir un estándar generalizado de integración válido para todas las personas solicitantes, sino que deben valorarse las propias circunstancias personales, entre ellas e indudablemente, el déficit de formación cultural por la escasa formación prestada. Esa valoración requiere una especial motivación en la decisión que debe realizar la Administración en la resolución administrativa y ser controlada, incluso, por los Tribunales de lo contencioso-administrativo.

Y es que, en definitiva, si de lo que se trata es de constatar la concurrencia de las condiciones personales que se imponen para establecer el lazo entre el Estado y la solicitante que aspira a integrarse en el mismo con plenitud de derechos, no puede dejar de tomarse en cuenta las especiales circunstancias personales de la solicitante, en particular, si por la procedencia de entornos sociales en que la mujer ha estado sometida a un ostracismo social, a diferencia de los varones, la normativa en materia de igualdad a la interpretación de dichas condiciones acorde a dichas circunstancias. La Ley Orgánica 3/2007, impone a los poderes públicos, entre los que se encuentran las Administraciones Públicas, *“remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva*

*entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de su carrera profesional*<sup>707</sup>.

Por otro lado, ningunas de las circunstancias personales y familiares de la solicitante han sido valoradas por la Administración a la hora de decidir sobre su solicitud. Únicamente se ha limitado a razonar la resolución sobre la base del cuestionario de preguntas de conformidad con lo establecido en el art. 221 del Reglamento del Registro Civil, que ya en su propio contenido hace abstracción de la escasa formación de la solicitante y sin consideración alguna al estilo de vida españoles que se puede concluir de su integración en una familia compuesta por hijos y marido españoles.

De lo expuesto se concluye que, el grado de integración en la sociedad española debe ser valorado atendiendo a las propias circunstancias personales de la solicitante y que la Administración, al examinar la solicitud de concesión de la nacionalidad por residencia, debe dejar constancia motivada de dichas circunstancias, máxime cuando en la persona solicitante concurren circunstancias de vulnerabilidad por el hecho de ser mujer migrante con escasa instrucción y formación cultural. Ello sin perjuicio de que ha de concurrir la exigencia de la integración en relación con los valores sociales, culturales y políticos de nuestro país.

Por lo tanto, en este sentido, al decidir sobre la solicitud de la nacionalidad española de una mujer que, por su procedencia de un país con un contexto sociocultural que comporta una deficiente formación cultural y personal, el requisito del suficiente grado de integración en la sociedad española que impone el art. 22.4 del Código Civil, debe ser valorado conforme a la especial vulnerabilidad que esa formación comporta, debiendo adaptarse la integración conforme a dicha formación y al grado particularizado que, conforme a ella, sea admisible y suficiente, debiendo extremarse la motivación de manera particularizada sobre esa valoración en la resolución que se dicte.

---

<sup>707</sup> Así se recoge en la STS 1383/2019, de 16 de octubre; ECLI:ES:TS:2019:3203. En este sentido, los arts.51, letra a), 5.1 y 1.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

## 8. REFERENCIAS

- Asakura, H. y Torres, M. (2013). “Migración femenina centroamericana y violencia de género: pesadilla sin límites”. *Zona Franca. Revista del Centro de Estudios Interdisciplinarios sobre Mujeres*, 21(22), pp. 75-86.
- Cueva-Luna, T.E. y Terrón-Caro, T. (2014). “Vulnerabilidad de las mujeres migrantes en el cruce clandestino por Tamaulipas-Texas”. *Papeles de Población*, 20(79), pp. 209-241.
- De Barbieri, T. (1992). *Certezas y malos entendidos sobre la categoría de género*. En L.G. y C. Pacheco (Ed.), *Estudios básicos sobre Derechos Humanos IV*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp.47-84.
- Fitzpatrick, J. (1997). “La dimensión de género de la política de inmigración de Estados Unidos”. *Yale Journal of Law and Feminism*, 9(23), pp. 23-29.
- García, J. (2010). “La mediación de la integración social de los inmigrantes a través de un sistema de indicadores coherentes con la noción de ciudadanía inclusiva”. *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 12, pp. 73-112.
- Gottardo, C. y Cyment, P. (2019). “The Global Compact for Migration: What could it mean for women and gender relations?”. *Gender and Development*, 27 (1), pp. 67-83.  
<https://doi.org/10.1080/13552074.2019.1570725>
- Juliano, D. (2000). Movilidad espacial de género. En G. Abaurell (Ed.), *Mujer y migración en el Mediterráneo occidental*. Editorial Icaria, pp.305-318.
- Martínez Pizarro, J. (2003). *El mapa migratorio de América Latina y el Caribe, las mujeres y el género*. Naciones Unidas. CEPAL.
- Parella, S. (2003). *Mujer, inmigrante y trabajadora: la triple discriminación*. Antrophos Editorial.
- Spencer, S. y Charsley, K. (2016). “Conceptualising integration: a framework for empirical research, taking marriage migration as a case study”. *Comparative Migration Studies*, 4(1), 18. <https://doi.org/10.1186/s40878-016-0035-x>
- Tapia, M. (2011). “Género y migración: trayectorias investigativas en Iberoamérica”. *Revista encrucijada americana*, 2, pp. 115-147.
- Terrón-Caro, T., Cárdenas-Rodríguez, R. y Ortega de Mora, F. (2022). “Voces de las mujeres migrantes. Enfoque de género en el análisis migratorio”. *Cuestiones Pedagógicas. Revista de Ciencias de la Educación*, 1(31), pp.3-20. <https://doi.org/10.12795/10.12795/CP.2022.i31.v1.01>

- Terrón-Caro, T. y Ortega De Mora, F. (2019). “Proyectos europeos sobre migración y género. Análisis de los últimos avances”. *Collectivus, Revista de Ciencias Sociales*, 6(1), pp.47-60.
- Trujillo Cristoffanini, M. y Almeda Samaranch, E. (2017). “Monomarentalidad e imaginarios de género en contexto migratorio: Punto de vista epistemológico feminista en el estudio de las migraciones”. *EMPIRIA. Revista de Metodología de las Ciencias Sociales*, (37), pp.101-125.
- Woo, O. (2007). Las mujeres migrantes, población vulnerable por su condición de género. En A, Durán (Coord.), *Mujeres afectadas por el fenómeno migratorio en México. Una aproximación desde la perspectiva de género*. Instituto Nacional de las Mujeres, pp. 54-63.

#### JURISPRUDENCIA CITADA:

- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1521/2021, de 17 de diciembre de 2021 (Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª).  
ECLI:ES:TS:2021:4917, número de recurso: 3112/2020.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 611/2021, de 4 de mayo.  
ECLI:ES:TS:2021:1689.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1383/2019, de 16 de octubre;  
ECLI:ES:TS:2019:3203.
- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera), de 3 de febrero de 2020.
- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala 3ª, Sección 6ª) de 11 de octubre de 2018.  
ECLI:ES:AN:2018:3916; nº de recurso 613/2017.
- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala 3ª, Sección 6ª), de 16 de febrero de 2021. ECLI:ES:AN:2021:359; nº de recurso 933/2019.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 71/2020, de 29 de junio.  
ECLI:ES:TC:2020:71.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 108/2019.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 91/2019, de 3 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 12/2008, de 29 de enero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 66/2014, de 5 de mayo.

## LEGISLACIÓN CITADA:

Constitución Española, 1978. BOE nº 311, de 29/12/1978.

Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. DOUE núm. 204, de 26 de julio de 2006, pp. 23-36. DOUE-L-2006-81416.

Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. DOCE núm. 269, de 5 de octubre de 2002, pp.15-20. DOUE-L-2002-81758.

Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. DOUE núm.373, de 21 de diciembre de 2004, pp. 37-43. DOUE-L-2004-82937.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 71, de 23/03/2007.

Real Decreto de 14 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. Garceta de Madrid, nº 206, de 25/07/1889.

# CONDICIONES LABORALES DE LOS INMIGRANTES EN ESPAÑA: TRABAJO DECENTE, GRUPOS VULNERABLES Y ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE ESCLAVITUD MODERNA

---

MIRIAM JUDIT GÓMEZ ROMERO  
*Universidad Católica de Murcia UCAM*

## 1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo analiza el concepto de esclavitud moderna y la efectividad de la actuación de los mecanismos de control en relación con la protección de los derechos de los trabajadores pertenecientes a colectivos vulnerables con especial referencia a los trabajadores inmigrantes en España. Encontramos claramente definido el término esclavitud moderna en la legislación británica la cual a su vez introdujo este término en el discurso académico sobre la explotación laboral y el trabajo no libre alrededor de 2007, haciendo mención a la *Modern Slavery Act* del año 2015 o también conocida en España como Ley de Esclavitud Moderna del Reino Unido de 2015.

Se aborda así la cuestión de la esclavitud moderna en las cadenas de valor, protagonizadas por las empresas multinacionales, que toman ventaja de las opciones de ubicación para las actividades productivas y el tipo de trabajo que se subcontrata maximizando la eficiencia y productividad global atendiendo a la localización de los proveedores en el extranjero.

En particular se analizarán las condiciones de trabajo de los trabajadores de empresas de alimentación analizando las desigualdades entre los diferentes grupos de trabajadores y prestando especial atención a los trabajadores inmigrantes procedentes del norte de África en España.

Se analizan así las diferencias, irregularidades contractuales y las brechas salariales. Este trabajo invita de este modo a la reflexión sobre la necesidad de la implementación de nuevos mecanismos de control e instrumentos normativos en aras a conseguir una mayor eficacia y eficiencia en relación con la prevención y sanción de las violaciones de derechos fundamentales, las distorsiones del mercado y los desequilibrios en las condiciones de trabajo de este colectivo, con el objetivo de contribuir a una transformación del trabajo a través de nuevas estrategias sociales.

## 2. OBJETIVOS

Dentro de los objetivos de esta investigación se encuentra el de realizar un análisis de las condiciones de trabajo de los trabajadores de empresas de alimentación analizando las desigualdades entre los diferentes grupos de trabajadores y prestando especial atención a los inmigrantes y las mujeres, analizando así las posibles diferencias entre estos y los trabajadores nacionales y buscar las causas de las mismas, estudiar los posibles instrumentos a fin de detectarlas o presentar propuestas de mecanismos de prevención de las mismas.

Así forma parte de los objetivos de este trabajo de investigación la reflexión sobre la necesidad de la implementación de nuevos mecanismos de control e instrumentos normativos que intervengan para corregir las distorsiones del mercado laboral y los desequilibrios en las condiciones de trabajo de estos colectivos.

Si atendemos al término globalización y lo enlazamos al concepto de la agricultura observamos como el fruto que recibimos de la globalización del sistema agroalimentario es entre otras cosas, el surgimiento de nuevos enclaves de agricultura intensiva y la orientación de esta hacia mercados internacionales, asistimos así al mismo tiempo a una modernización tecnológica y productiva que va acompañada de la utilización intensa de la mano de obra. Estos factores junto con otros que se analizan a lo largo de este artículo han dado lugar a intensos procesos de movilidad del trabajo y del capital. En este panorama observamos un uso mayoritario del trabajo asalariado y una amplia flexibilidad laboral que

viene acompañada de la discontinuidad del cultivo de los campos regida por la demanda de los mercados y que se refleja en los modelos contractuales de los trabajadores de la tierra, así como en sus condiciones laborales.

### 3. METODOLOGÍA

La metodología empleada en la elaboración de este artículo se encuadra dentro de la categoría analítico-descriptiva, la misma atiende a la recolección de fuentes legales y sociológicas. Se realiza así un estudio sistemático a lo largo de este trabajo de investigación a partir de la búsqueda bibliográfica, comparando y manejando de diversas fuentes procedentes de la doctrina internacional en materia de empresas, Derechos Humanos e inmigración.

Al mismo tiempo se utilizan y comparan con la realidad y efectividad instrumentos legales de diversas legislaciones con especial interés en aquellas referentes a la legislación española y la británica. Se analizan atendiendo a la realidad social otras fuentes procedentes de diversas organizaciones internacionales, tales como informes o recomendaciones.

### 4. RESULTADOS

#### 4.1 CADENAS DE VALOR Y SECTOR AGRÍCOLA ESPAÑOL

Si bien se han analizado con frecuencia cuestiones legales relacionadas con el cumplimiento y el impacto a nivel de pequeños agricultores o trabajadores, ahora surge además la necesidad de dar importancia a las normas privadas y las iniciativas asociadas a nivel local en las cadenas de valor agroalimentarias, pues a lo largo de las décadas vemos una proliferación de las cadenas de valor en el sector agrícola mientras que las implicaciones de gobernanza en términos de cómo las normas privadas afectan a las instituciones a nivel nacional, públicas, privadas y no gubernamentales, han recibido menos atención.

La complejidad que presenta la normalización mundial del trabajo nos obliga a prestar especial atención a estas nuevas formas de mercado y

a sus consecuencias en las condiciones laborales de diversos colectivos con especial atención a aquellos grupos de mayor vulnerabilidad. La gran cuestión que esta transformación, a la que venimos asistiendo, postula es, si éstas nuevas fórmulas de gobernanza global, dirigidas a un espacio de aplicación distinto del estatal creado por la dinámica del mercado global, están en condiciones de representar una contribución efectiva a esa construcción de un Derecho del Trabajo (SANGUINETI RAYMOND, 2020)

#### 4.2 EMPRESAS AGRARIAS INTERNACIONALES, ORGANIZACIÓN DE LOS PROCESOS Y CONCEPTO DE ESCLAVITUD MODERNA

En el contexto de la organización y orquestación de cadenas globales de valor en fábricas globales por empresas multinacionales que son altamente adaptables al mercado se han observado continuas presiones y cambios en el entorno externo y es así como encontramos por primera vez la definición del concepto de esclavitud moderna.

El término esclavitud moderna se define en la legislación británica, más concretamente, en la Modern Slavery Act 2015 la cual a su vez introdujo este término en el discurso académico sobre la explotación laboral y el trabajo no libre alrededor de 2007 (JOHNS, 2020) En estos escenarios dinámicos, la configuración y puesta en marcha de la actividad en la fábrica está determinada por la forma en que la empresa multinacional, como empresa líder, puede obtener el mayor valor del proceso de producción disperso-geográfica y organizativamente. Es decir, de un lado tomando ventaja de las opciones de ubicación para las actividades productivas y el tipo de trabajo que se subcontrata y de otro maximizando la eficiencia y productividad global atendiendo a la localización de los proveedores en el extranjero.

Estos ajustes de configuración benefician a la empresa líder, mientras que la inclusión en las cadenas de valor globales puede conducir a la mejora de las empresas y al desarrollo de las ubicaciones. Sin embargo, la adaptación dinámica de la red de suministro global puede conducir inadvertidamente, o por defecto, como algunos han argumentado (Mieres, 2017) a resultados desfavorables para los proveedores. También se ha dicho (Dindial, 2020) que las empresas líderes tienen un

poder e influencia tan significativos sobre sus proveedores que cualquier valor adicional que sea creado a través de la mejora económica es probable que sea apropiado por la empresa líder y no por el proveedor. El proveedor entonces se encuentra atrapado entre mayores costes de inversión y márgenes más bajos. Este desacoplamiento estratégico entre empresa líder y proveedor puede ser un factor que contribuya a que los proveedores busquen algún medio para reducir sus costos operativos, y esto posteriormente puede conducir a formas de esclavitud moderna (Davies, 2019).

Pero, debemos preguntarnos ¿qué características de las cadenas de valor mundiales se combinan para crear un entorno en el que la esclavitud moderna pueda evolucionar y echar raíces.? Observamos en este punto tres características de gobernanza y configuración que dan forma a las interacciones a lo largo de la red: estas son la complejidad, los arreglos de apropiación y la cascada de obligaciones.

Basándonos en estas premisas, podemos deducir que existe una práctica continua de explotación que puede culminar en formas de esclavitud moderna, y argumentamos que el grado en que las formas de esclavitud moderna se vuelven visibles y reconocibles depende de la combinación particular de estas tres características, que por sí solas no conducen a la misma. Se utiliza la esclavitud moderna hoy como un término general para describir varias formas de explotación relacional severa en el lugar de trabajo, en el hogar y en otros lugares.

La esclavitud moderna incluye una gama de prácticas de explotación que se definen por separado en la ley británica anteriormente mencionada. Más allá del contexto inmediato de la fábrica global y las cadenas de valor globales, el término también ha sido utilizado para describir el matrimonio forzado, la extracción de órganos, y otras cuestiones (Bales, 2018) se ha demostrado, de este modo, que las prácticas laborales asociadas con mano de obra no cualificada o poco cualificada también constituyen esclavitud moderna puesto que estos trabajadores se ven obligados a aceptar cualquier empleo que puedan encontrar. De este modo, estas prácticas, a menudo involucran a los trabajadores migrantes, los cuales, cuentan en numerosas ocasiones con un nivel de conciencia erróneo sobre sus derechos, situación que además puede

agravarse por el desconocimiento del idioma del país de acogida o región entre otras causas, las cuales se unen a la situación de movilidad de estas personas y hacen que aumente de manera exponencial su situación de vulnerabilidad.

A pesar de los esfuerzos de la “Walk Free Foundation” para empíricamente dar cuenta de la esclavitud moderna a través del Índice Global de Esclavitud esto sigue siendo difícil dada la falta de una definición clara e inequívoca del término. La esclavitud moderna se encuentra típicamente, pero no solo, en actividades que requieren menos habilidades y son de menor calidad para agregar valor. De hecho, diversas opiniones proponen que la esclavitud moderna existe y persiste dentro de un determinado sector industrial, socioeconómico, geográfico, cultural y dentro de un contexto regulatorio. Los factores contextuales que podrían contribuir a la esclavitud moderna incluyen, pero no se limitan, a la intensidad de mano de obra dentro de una industria, la legitimidad de una empresa o industria, la pobreza y el desempleo persistentes, el aislamiento geográfico y, por lo tanto, la falta de aplicación de la legislación, desigualdades arraigadas basadas en las tradiciones locales y valores por un lado y la fuerza general del gobierno y el estado de derecho por otro.

Si trasladamos este concepto y sus características e intentamos analizar la situación en algunos puntos de Europa, será fácil encontrar sectores como el agrícola por ejemplo, donde será una cuestión de interés el tener en cuenta en todo momento las relaciones de poder entre la red de distribución, centro de producción, recursos naturales y mano de obra, caracterizada esta última, por la realización y puesta en marcha de las tareas con mayor grado de intensidad, o en otras palabras, más intensivas.

Atendiendo a toda esta situación, surgen redes de reclutamiento de mano de obra para afrontar las incertidumbres del trabajo, donde se observa una demanda de trabajo puntual e itinerante de trabajadores agrícolas destinada a las actividades manuales más intensivas del proceso de producción como es el caso de las tareas de recolección y plantación, o las líneas de confección y manipulado del producto. Atenderemos en este punto a la exigencia de disponibilidad en torno al carácter

cambiante del mercado que se refleja en las condiciones laborales y contractuales de estos trabajadores.

#### 4.3 GRUPOS VULNERABLES Y DERECHO DEL TRABAJO. INMIGRACIÓN, CONDICIONES LABORALES Y TRABAJO AGRÍCOLA EN ESPAÑA.

El enfoque de la ONU y la OIT en la agricultura está proyectado a la consecución de objetivo del trabajo decente en este sector. Es sabido que la agricultura ha estado presente a lo largo de la historia como sustento principal en la sociedad, y esto trasciende a nivel mundial y en muchas ocasiones con las mismas características de desprotección, por consiguiente, organizaciones como Naciones Unidas o la Organización Internacional de Trabajo han tratado de cubrir estas deficiencias a base de innumerables proyectos de desarrollo. Para ello el objetivo principal de estas organizaciones es la búsqueda del trabajo en unas condiciones óptimas tanto internas como externas, es decir, encontrar el equilibrio del trabajo decente en las zonas de trabajo, así como que el proceso de producción se desarrolle con base en la agricultura sostenible. El trabajo decente es un término que viene precedido desde hace muchos años, la OIT introdujo este concepto con el objetivo de dar protección al ámbito laboral haciendo análisis exhaustivos desde su ámbito de aplicación en la Seguridad Social como en garantizar los derechos y obligaciones del sistema.

La noción de trabajo decente aparece por primera vez en el año 1999, y la OIT la define como literalmente de la siguiente manera en el Programa de Trabajo Decente de la OIT “trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social, orientándose hacia los cuatro objetivos estratégicos de la OIT: La promoción de los derechos laborales, la promoción del empleo, la protección social contra las situaciones de vulnerabilidad y el fomento del diálogo social”. Sin embargo, aparece una segunda noción que hace referencia al *empleo de calidad* por encima de la productividad del trabajo, con esto lo que se consigue es obtener la misma calidad de empleo, pero priorizando los derechos de los trabajadores. Ante todo, lo que se trata de destacar es la realización del trabajo con unos mínimos

garantizados no solo en aras a una mayor protección y respeto a los derechos humanos, sino también con miras a asegurar la comodidad y el respeto del trabajador, sujeto que se convierte en indispensable para que la organización pueda funcionar óptimamente.

La Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), trata de poner en marcha los principios de la agricultura sostenible para la consecución de la mejora del trabajo decente, estos tratan de mejorar la eficacia en el uso de los recursos, apoyar la sostenibilidad a través de actividades directas que conserven, protejan y mejoren los recursos naturales, mantener la protección y mejora de los medios de vida rurales, promover la equidad y el bienestar social y reforzar la resiliencia de las personas a través de mecanismos eficaces y justos. Así y con el objetivo de observar la regulación del sector agrícola en la UE, no podemos dejar sin mencionar en este punto la importancia de la Política Agraria Común (PAC) y a su historia; en el año 2018 se presentó, no por primera vez, una reforma que proponía la aplicación de determinados reglamentos en la PAC, dando como resultado la posición del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación en el documento “La política agrícola común post 2020”, dentro de la cual se esclarecían tres objetivos generales que establecen conseguir un sector agrícola “inteligente, resiliente y diversificado, que garantice la seguridad alimentaria, intensifique el cuidado del medioambiente y el clima y contribuya a alcanzar los objetivos climáticos y medioambientales de la UE” Estos objetivos, se subdividen en nueve puntos específicos que fundamentan como base los objetivos generales que se deben conseguir, y de entre ellos podemos destacar un objetivo primordial y con gran relación a este trabajo que es el de “contribuir a la efectiva igualdad de género y reforzar el papel de la mujer en el medio rural”. Para poder alcanzar esta última medida, es imprescindible el apoyo del Parlamento Europeo, ya que lo que se pretende es lograr que el papel de la mujer se establezca de forma equitativa en todos los ámbitos del sector, y como consecuencia, se genere un mayor nivel de actividad en el campo que contribuya al relevo de las futuras generaciones.

Atendiendo al trabajo en el campo y a las cadenas de valor y atendiendo a su distribución, encontramos la necesidad de prestar especial atención

a las singularidades de la mano de obra, al tipo de sus contratos y a las diferencias en cuanto a la regularización de la situación y brechas salariales atendiendo entre otras razones al sexo y a la nacionalidad de la trabajadora o del trabajador. Se observa que crecen en este sector las desigualdades y aumentan las violaciones de derechos fundamentales en relación a los trabajadores inmigrantes, en particular en este trabajo se analizan las diferencias detectadas en el colectivo de trabajadores del norte de África en el campo español.

Así se hace necesario realizar un análisis de las condiciones de trabajo y de empleo y de las pautas comunes y líneas de actuación en la agricultura intensiva, deberemos por tanto atender al entramado legislativo por un lado y a la estrategia empresarial por otro y al resultado de estos dos factores juntos, atendiendo a cómo estos pueden constituir la causa del empleo inestable o condiciones precarias de trabajo a las que se ven sometidos algunos grupos de trabajadores del sector. Así, será importante observar la consecución que tienen estos factores en el debilitamiento de la negociación colectiva lo cual supondrá una barrera al surgimiento de nuevas formas de regulación y mecanismos de control.

Por todo lo anterior, nos encontramos ante situaciones contractuales de los trabajadores de este sector muy heterogéneas pero dentro de las que encontramos una línea común que será el carácter eventual de las mismas, esta característica como no puede ser de otro modo lleva a unos niveles altísimos de inestabilidad en el empleo de los trabajadores y trabajadoras del este sector que llegan a firmar varios contratos temporales a lo largo de un único año llegando a trabajar entre 6 y 10 meses al año, dependiendo del área geográfica y gracias al encadenamiento de contratos referentes a diferentes campañas. El problema se agudiza cuando atendemos al trabajo sumergido o informal. Se trata de una situación que es difícilmente mensurable debido a su ocultamiento. Según una encuesta realizada a 204 trabajadores agrícolas en uno de los más importantes enclaves e la agricultura intensiva en Europa, trabajaban sin contrato el 83,1% de los trabajadores inmigrantes en situación irregular y el 24,8% de los que estaban en situación de regularidad.

Otra pauta común observable en las condiciones laborales en estos enclaves es la externalización de la gestión de las relaciones laborales por

parte de las empresas. Los empresarios acuden cada vez con más frecuencia a la figura del intermediario, siendo este una empresa de trabajo temporal o un contratista. La función principal de estos intermediarios pasa por coordinar la oferta y demanda del mercado del trabajo ofreciendo mano de obra itinerante a bajo coste. La empresa paga una cantidad global por el trabajo de un determinado número de trabajadores durante un periodo de tiempo determinado y en un campo concreto. No se establece así ninguna relación jurídica con el trabajador, sino que la misma se establece con el intermediario, quien se hace responsable de la situación legal de los trabajadores.

El Programa del Trabajo Decente de la OIT pretende evaluar las realidades del trabajo a nivel global y pretende fomentar su materialización instando a las instituciones nacionales y supranacionales a incluir en su agenda objetivos como el de crear trabajo, garantizar los derechos de los trabajadores, extender la protección social y promover el diálogo social.

Además, se establecen seis facetas del trabajo decente, que son: oportunidades de trabajo, trabajo en condiciones de libertad, trabajo productivo, equidad en el trabajo, seguridad y dignidad laborales. Estas seis facetas se concretan en once categorías con el objetivo de medir el trabajo decente: Oportunidades de empleo, trabajo inadmisibles, remuneración, jornada laboral, estabilidad y seguridad del empleo, conciliación del trabajo con la vida familiar, trato justo en el trabajo, salud, seguridad e higiene en el trabajo, protección social, y diálogo social (Anker, 2003). Además, la salud de los trabajadores se encuentra sometida a importantes riesgos en estos enclaves, en este sentido cabe destacar como las afecciones físicas y psicológicas no son más que “el final visible de una sucesión de acontecimientos que describen un entorno penoso para determinados individuos” (Castellanos Ortega, 2009) Los trabajadores agrícolas ven habitualmente como sus jornadas de trabajo se intensifican y prolongan respondiendo a periodos de intensa actividad mientras que sus tareas se caracterizan por la repetición de movimientos monótonos acompañados por lo general de la repetición de posturas que intensifican el riesgo de sufrir lesiones. No podemos olvidar que a estas condiciones se le suma la dificultad añadida a la mayoría

de las tareas desarrolladas en el ámbito agrícola como es el trabajo al aire libre donde se deben soportar temperaturas extremas, la otra cara de la moneda viene caracterizada por centros de trabajo con excesiva humedad y espacios poco ventilados, todo ello intensifica las probabilidades de sufrir enfermedades derivadas por tanto de esta agricultura intensiva.

Además de estos aspectos, merece la pena resaltar otros como la temporalidad de los contratos, la informalización de las relaciones laborales y la creciente ruptura del vínculo directo entre trabajadores y empresarios, como ya referido anteriormente en este capítulo, como causas que dificultan la negociación colectiva, a lo que se le suma el número de trabajadores en situación de irregularidad que encontramos en el sector, condición que les hace aún más vulnerables. Una serie de incidentes ocurridos en el 2019 evidenciaron las condiciones deplorables de los inmigrantes con trabajos agrícolas estacionales en territorio español, “sus vidas están en peligro” alerta el relator especial de la ONU en derechos humanos refiriéndose a las personas que actualmente cultivan la fresa en España y que habitan en chabolas o barrios marginales cercanos a los campos agrícolas, urgiendo tomar medidas inmediatas para resolver un problema humanitario extendido, advirtiendo literalmente que “las condiciones en que viven y se desempeñan los trabajadores migrantes estacionales en España son lamentables y pueden conducirlos a la muerte, refiriéndose a las personas que actualmente cultivan la fresa en España y que habitan en chabolas o barrios marginales cercanos a los campos agrícolas (ONU, 2020).

El informe del relator entre otras cuestiones, que ven la luz en raras ocasiones, hace presente la necesidad de acentuar los mecanismos de control en relación con la regularización de las condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes en el campo español a fin de garantizar unas condiciones de vida y trabajo decentes. El experto recordó que hacía menos de un mes que se había instado a las autoridades a que garantizaran a los trabajadores migrantes condiciones ajustadas a los estándares internacionales laborales y de derechos humanos, incluido el acceso a una atención sanitaria adecuada. Sin embargo, un mes después se observaba un empeoramiento de su situación, que se deterioró

de manera alarmante con la llegada de la pandemia COVID-19., en este contexto, España contrató a temporeros marroquíes durante la pandemia de coronavirus para la recogida de la fresa, a quienes pesar de adquirir la consideración de trabajadores esenciales, ni el Gobierno ni las empresas tomaron medidas para proteger del COVID-19.

Se añade a lo anterior entre otros casos el referente a las mujeres migrantes de Marruecos, alrededor de 3000 , que viajan cada año a la ciudad española de Huelva durante la cosecha anual de fresas, donde a menudo trabajan por encima del límite legal de horas de trabajo en España y se les paga por debajo del salario mínimo El estudio exhaustivo sobre la responsabilidad del empresario no puede, sin embargo venir determinado por la ineffectividad de las autoridades del Estado en la aplicación de la legislación nacional o en la aplicación de las normas internacionales de Derechos Humanos, sino que la responsabilidad caerá también de modo inequívoco sobre aquellos que abusando de su posición vulneran los derechos fundamentales de nacionales o no nacionales provocado situaciones que se acercan a la esclavitud y que ponen la vida de los más vulnerables en peligro. Se hace alusión en este punto a la importancia de los mecanismos de control en prevención de riesgos laborales y en la posible discriminación en la protección de diversos colectivos de trabajadores.

A esto se le suman las brechas salariales que encontramos sea prestando atención a trabajadores españoles en comparación con inmigrantes, sobre todo si atendemos a los casos de estos de situación irregular que vendrán contratados haciendo uso de la economía sumergida, sea la brecha salarial de género que se hace especialmente visible en el ámbito agroalimentario y que se intensifica si en la misma persona confluyen las características de mujer y migrante.

## 5. DISCUSIÓN

Entre de los grupos especialmente sensibles en el trabajo consideramos a los menores de edad, las personas con diversidad funcional, las personas mayores, aquellas personas que están expuestas a determinados riesgos laborales (por una enfermedad previa que empeore con el

trabajo o con una incapacidad que le imposibilite la realización de este) o las mujeres en periodo de lactancia o embarazadas, entre otros. Sin embargo, y paralelamente a esto, no se debe obviar la situación que sufren las mujeres por la desigualdad de género impuesta en la sociedad desde siglos atrás. Independientemente del sector al que se pertenezca, está demostrado que “los niveles de actividad y ocupación laboral femeninos se sitúan por debajo de los masculinos, la tasa de paro de las mujeres es mucho mayor a la de los hombres” (DOMÍNGUEZ, 2006) Otro aspecto relevante para este estudio son las diferencias sociales dentro del propio colectivo, con anterioridad, una mujer que trabajaba en el campo no disponía de las mismas oportunidades que una mujer en la ciudad, ya que con la mujer de campo venía asociado el combinar las actividades productivas y reproductivas en el espacio hogareño. Con el paso del tiempo y la modernización del sector, las mujeres que trabajan en el entorno rural se han visto obligadas a modificar estas conductas para adaptarse a las reformas sufridas en el sector agrario.

Otro de los puntos relevantes y que merece la pena destacar, viene de la mano del estudio realizado sobre la visibilidad de las mujeres en las políticas agroalimentarias en la Universidad del País Vasco (MONTOTO, 2020) este, nos revela que más de un 70% de los alimentos a nivel mundial son producidos por las mujeres, sin embargo, el reconocimiento de estas labores no se da usualmente en el campo, entonces, podemos decir que este motivo podría ser otro más que nos ayudará a justificar la consideración de la mujer dentro de los grupos vulnerables.

En relación con el punto anterior, conviene destacar especialmente la inmigración en la agricultura, los trabajadores inmigrantes han jugado un papel extraordinario debido a la falta de mano de obra autóctona, y al ahorro en costes que puede suponerle al empresario debido a su vulnerabilidad por su especial situación de necesidad. En este sentido, al contratante le será mucho más rentable contratar a personas inmigrantes que no disponen de permiso de trabajo o de inscripción en la seguridad social, favoreciendo así la contratación ilegal, y es por esto por lo que debemos referenciar a la inmigración femenina. Diversos estudios sobre sobre la invisibilidad y visibilidad de las mujeres inmigrantes en la

agricultura revelan la diferencia entre las mujeres asalariadas españolas y extranjeras, las mujeres españolas usualmente están invisibilizadas por su retiro al cuidado de las familias y, como comentamos anteriormente, se conciben sus intervenciones en el trabajo de la tierra como un apoyo, mientras que las mujeres extranjeras lo tienen aún peor, pues directamente pasan inadvertidas por las macro cifras de empleo agrario. Lo más común es que la mayoría de las mujeres inmigrantes trabajen por temporadas siendo reclutadas desde el contrato en origen y su mayor ápice de visibilidad puede encontrarse en los datos estadísticos referentes a los contratos agrícolas extranjeros celebrados en España, Tras un estudio en 2006 sobre dicha cuestión, se identifica que un 81,8% de los contratos en Huelva son realizados por extranjeros, mientras que de ese mismo porcentaje un 63,2% pertenece a mujeres extranjeras tanto es así que el pasado 17 de diciembre de 2018 la 73ª sesión de Asamblea General de las Naciones Unidas celebrada en Nueva York adoptó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que trabajan en las Zonas Rurales (UNDROP)

Sumado a ello, dentro del ámbito nacional, a través de la figura de la acción sindical, se trata de promover la acción positiva y las diferentes cláusulas antidiscriminatorias por medio de convenios colectivos o leyes tales como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación o la Ley 10/2022 de garantía integral de la libertad.

Dicho todo lo anterior se observa que contamos con regulación que obliga a las empresas con distintos deberes así como el de cumplir con una proporción equitativa de contratación con el objetivo de equilibrar los porcentajes de contratos y garantizar la igualdad de oportunidades, Por otro lado no podemos dejar sin mencionar, aunque no hayan sido objeto de estudio exhaustivo en este estudio, la importancia que suponen los Acuerdos Marco Internacionales, también conocidos como “Acuerdos Marco Globales” sin embargo todavía encontramos vacíos sin resolver en relación a los mecanismos de control que permitan una

efectividad total de la aplicación y respeto las medidas, reglas y acuerdos referidos.

## 6. CONCLUSIONES

A la vista de todo expuesto, no puede ponerse en duda la importancia de la regulación y el refuerzo de los mecanismos de control en relación con el empleo generado por las multinacionales refiriéndonos especialmente a las cadenas de valor, y más en concreto, a las empresas relacionadas con la agricultura y la alimentación responsables del proceso agroalimentario. Es necesario por tanto estudiar con especial interés su regulación y los vacíos legales atendiendo a la realidad social, nacional e internacional y trabajar en la regulación de las condiciones de trabajos para todos, prestando especial atención a los colectivos más vulnerables como pueden ser, entre otros, los inmigrantes y las mujeres, pero también los menores y otras categorías de trabajadores que serán objeto de posteriores estudios.

La problemática se acentúa con la situación de irregularidad de algunos inmigrantes unida al abuso de poder de la otra parte de la relación laboral que en numerosas ocasiones actúa infringiendo las normas y formando parte de una economía sumergida que niega de este modo protección y derechos fundamentales a algunas categorías de trabajadores que quedan relegados a la sombra, en este sentido es necesario no solo una regulación exhaustiva sobre la situación sino también un refuerzo de los mecanismos de control que intervengan para corregir estas distorsiones del mercado laboral agrícola y los desequilibrios en las condiciones de trabajo de estos colectivos con el objetivo de contribuir a una transformación del trabajo.

Por otro lado, es importante, fomentar la sensibilización para poner fin a la degradación en la que viven estas personas. Todo lo anterior no será posible sin una acción urgente y coordinada por parte de las administraciones locales, los empleadores y las empresas. De estos puntos, se desprende la necesidad de implementación de nuevos instrumentos de prevención, control y sanción al mismo tiempo que será importante redefinir los límites de la responsabilidad en este ámbito extendiéndola a

todos los niveles de la cadena, sea quien sea el sujeto infractor, lo cual deberá ser articulado a través de una nueva regulación vinculante y un estudio exhaustivo de la mejora de los mecanismos de control.

## 8. REFERENCIAS

- Anker, R. e. (2003). La medición del trabajo decente con indicadores estadísticos. *Revista Internacional del Trabajo*, 168-169.
- Bales, k. e. (2018). Slavery from Space: Demonstrating the role for satellite remote sensing to inform evidence-based action related to UN SDG number 8. *ISPRS Journal of Photogrammetry and Remote Sensing*, volume 142 páginas 380 y ss.
- Castellanos Ortega, M. (2009). Mujer, inmigrante y temporera: ¿triple discriminación? *Revista Internacional de Ciencias Sociales n. 28*, 21-28.
- Davies, J. y. (2019). Labour exploitation as corporate crime and harm: outsourcing responsibility in food production and cleaning ser-vices supply chains. *Crime, Law and Social Change Journal, Springer*, 87-119.
- Dindial, M. e. (2020). Between a rock and a hard place: A critique of economic upgrading in global value chains. *Global Strategy Journal*.
- DOMÍNGUEZ, M. M. (2006). El lado oculto del empleo. La desigualdad de género y el modelo de trabajo. En M. VARA, *Estudios sobre género y economía* (pág. 166 y ss.). Madrid: Akal. Colección Economía Actual.
- <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-workagenda/lang--es/index.htm>. (s.f.).
- JOHNS, A. S. (2020). Historicizing Modern Slavery: Free-Grown Sugar as an Ethics-Driven Market Category in Nineteenth-Century Britain. *Journal of Business Ethics N. 166*, 271-292.
- Mieres, F. (2017). Addressing the demand side in and through supply chains: Mapping the field of initiatives around human trafficking, forced labour and slavery. *DemandAT Working*, Paper No. 8.
- MONTOTO, V. (2020). La visibilización de las mujeres en las políticas agroalimentarias a través del proceso de conceptualización de la soberanía alimentaria. En M. e. MARTIN LOPEZ, *Tierra, Derechos Humanos y desarrollo: supuestos y visiones desde África y América*. (pág. 296 y ss.). Estudios sobre Desarrollo de la Universidad del País Vasco.

ONU, N. (24 de julio de 2020). La situación de los trabajadores migrantes estacionales en España pone sus vidas en peligro. *Noticias ONU. Mirada global Historias humanas*.

SANGUINETI RAYMOND, W. (2020). Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un derechos sin fronteras. En H. e. VILLASMI PRIETO, *Derecho laboral iberoamericano influencias del sistema normativo de la OIT Colombia, 2020* (págs. 133-166). Bogotá: Tirant lo blanch.

## LA CONTRATACIÓN EN ORIGEN COMO TÁCTICA PARA FEMINIZAR LA AGRICULTURA. EL SECTOR DE LOS FRUTOS ROJOS COMO ESTUDIO DE CASO<sup>708</sup>

---

SOLEDAD CASTILLERO QUESADA  
*Instituto de Migraciones  
Universidad de Granada  
Departamento de Antropología Social*

### 1. INTRODUCCIÓN

La contratación en origen es el nombre que recibe una modalidad contractual que se aplica para trabajadores y trabajadoras de terceros países, con una duración determinada, y cuya cláusula principal es el retorno de estas personas a sus países al final del trabajo. En el caso de España, esta modalidad se inserta en el año 1999 en la provincia de Lleida, donde fueron contratados unos 35 trabajadores colombianos para trabajar en el campo (Torres et ál.,2014). Esta experiencia fue vista a ojos del tejido empresarial como una posible solución a la falta de mano de obra, por lo que se repitió en otros territorios como es el caso del sector del fruto rojo en la provincia de Huelva, en el cual fijaremos nuestro análisis

El recorrido de la contratación en origen, la cual abarca 20 años desde su puesta en marcha en el territorio nacional, responde a la expansión de la agricultura intensiva que ha llegado a situar a España como uno de los principales países productores de fruta y verdura, donde la presencia de trabajadores y trabajadoras migrantes ha sido un factor

---

<sup>708</sup> El presente capítulo forma parte de una investigación más amplia enmarcada dentro de una tesis doctoral financiada por el Ministerio de Ciencia, Formación y Universidades, a través de un contrato predoctoral FPU (Formación Profesorado Universitario) iniciado en octubre de 2018 y finalizado en octubre de 2022. Se está desarrollando dentro del programa de Estudios Migratorios del Instituto de Migraciones de la Universidad de Granada, bajo la dirección del catedrático Francisco Javier García Castaño.

productivo estructural (Molinero, 2020). Este es el resultado del cambio de ciclo de las agriculturas predominantemente familiares, donde además del núcleo del hogar participaban trabajadores autóctonos así como trabajadores de provincias anexas, a la expansión y apertura de la agricultura a los mercados internacionales. En el caso del sector del fruto rojo en la provincia de Huelva, esta expansión se puede situar en la década de los años 80 del siglo XX, donde se intensifica la producción, así como el número de hectáreas. Es por esto que, ante un paulatino crecimiento, se insertan las primeras contrataciones en origen en el año 2000. La diferencia con el caso de Lleida reside en que estos contratos se hicieron en exclusiva con mujeres, en su mayoría de Bulgaria, Rumanía y Polonia. El auge de otros sectores en la zona como la construcción y el turismo, provocaron que la población autóctona así como de provincias aledañas optasen por la incorporación a otros nichos laborales con mejores condiciones. Así, la contratación de estas trabajadoras provocó no solo una diversificación de las nacionalidades presentes en el sector, sino una migración sexuada (Arab, 2020). Desde entonces hasta el momento, conviven trabajadores de la zona, hombres marroquíes y subsaharianos que ya tenían presencia en el territorio desde la década de los 90, mujeres y hombres de Europa del Este que, o bien vuelven a trabajar cada temporada o son personas que ya residen en el territorio y mujeres marroquíes contratadas en origen.

### 1.1. ESPECIFICIDAD DE LA CONTRATACIÓN EN ORIGEN EN EL FRUTO ROJO

Cuando hablamos de fruto rojo hacemos mención a la producción de fresa, mora, frambuesa y arándano. El cultivo se distribuye en lo que se conoce como pueblos freseros. Los principales son: Moguer, Cartaya, Lepe, Palos de la Frontera, Mazagón, Lucena del Puerto, Rociana y Villablanca. Según el Observatorio de Precios y Mercados de la Junta de Andalucía, se trata de la primera región exportadora de fresa del mundo. Es importante visualizar la dimensión del sector, para situar las características de la contratación en origen que permite feminizar un sector de las tareas agrícolas. Para ello, nos centraremos en la época actual,

donde son las mujeres marroquíes quienes representan estas contrataciones.

Los contratos tienen una periodicidad que oscila entre los tres y los ocho meses, donde se seleccionan a mujeres de contextos rurales, siendo uno de los principales requisitos tener hijos/as, ser viudas o casadas y en el último tiempo también se aceptan mujeres separadas con cargas familiares que aseguren el retorno tras la campaña (Castillero, 2020). No obstante, no se pide una experiencia demostrable en el sector. La relación entre las condiciones sociales de estas mujeres las coloca en un conjunto de relaciones para el cual se necesita tener en cuenta el sexo, la raza y la clase, enmarcándolas así a las teorías de la interseccionalidad (Arab, 2020).

Este tipo de contratación es vista por el tejido empresarial como un modelo ideal de desarrollo y migración ordenada, incluso como un mecanismo para erradicar la pobreza en Marruecos (Moreno, 2009). Por el contrario, las organizaciones sociales y de derechos humanos ven en estas características una discriminación positiva, al seleccionar a mujeres con categorías que las vuelven vulnerables, lo que dificultará la denuncia en caso de que vean incumplidos sus derechos. De igual modo, los productores aluden a que su rol de cuidadoras es una garantía de retorno, lo cual simboliza el éxito de cada campaña. Si una mujer no retorna, no podrá ser contratada al siguiente año. Esto les asegura que un número determinado de mujeres estarán asentadas en el territorio cada campaña, lo cual les solucionará en parte el problema de la falta de mano de obra.

Para la campaña actual correspondiente a la temporada de 2021/2022, han sido contratadas unas 12.300 mujeres (Europa Press, 2022). Principalmente son empleadas para la recolección de fresa, uno de los ejercicios más duros, pues la fresa se planta en el suelo, a diferencia del arándano o la frambuesa. No obstante, trabajan indistintamente en la fruta que cada empleador decida. A menudo se justifica que el hecho de que sean exclusivamente mujeres responde a la delicadeza de sus manos para recoger el fruto, así como un cuerpo más apto para trabajar acachadas. Esto incrementa una feminización de la pobreza pues, al poder ocupar solo algunos puestos de trabajo concretos, el ascenso en la

escala laboral se reduce a muy pocas posibilidades. El mito de la delicadeza es puesto en duda pues, en épocas de crisis como en el caso del confinamiento de la primera ola en 2020 donde Marruecos cerró sus fronteras y de las 16500 temporeras contratadas solo pudieron viajar a Huelva unas 7000, muchos hombres se ocuparon de la recolección de la fresa. Cristina Cruces (1993) habla de agricultura de primor para referirse a esta idea y analizar cómo hay un cambio en la concepción tradicional del trabajo agrícola, donde ahora prima no la fuerza bruta, si no los valores construidos culturalmente como femeninos (primor, delicadeza, habilidad, etc.). En este caso, además, se trata de una fuerza laboral que hasta el momento estaba fuera de la economía industrial (Sassen, 2003, p. 48).

En el presente artículo vamos a aproximarnos a la realidad de estas mujeres, a partir del análisis de extractos de entrevistas que se llevaron a cabo con temporeras contratadas en origen que decidieron no hacer el retorno. De igual modo, trabajaremos con extractos de entrevistas realizados a diferentes agentes del sector (productores, trabajadores sociales, miembros de ONGs, etc.) Tras una introducción, se plantean una serie de objetivos que dan paso a la metodología que servirá para contextualizar el trabajo de campo realizado en torno a la contratación en origen. A continuación pasaremos a trabajar junto a las mujeres participantes en la investigación para tener una visión de conjunto sobre esta modalidad de contrato, con la intencionalidad de poner en diálogo la formulación teórica de la contratación en origen frente al discurso de las mujeres que experimentan esta experiencia. Dedicaremos un apartado para discutir con los datos expuestos, lo que nos llevará a deducir una serie de conclusiones con el objetivo de comprender qué papel juega el género en este modelo de contratación y cómo se interpreta dependiendo del sector al que se pertenezca.

## 2. OBJETIVOS

Los objetivos que abordaremos en esta investigación serán principalmente:

- Describir cómo actúa la modalidad contractual en origen en la feminización de las tareas agrícolas.
- Centrar este análisis en el cultivo del fruto rojo en la provincia de Huelva.
- Aproximarnos a la realidad de los trabajadores que ejercen esta política de contratación.

### 3. METODOLOGÍA

La fundamentación empírica del siguiente capítulo tiene su base en la etnografía realizada durante las campañas agrícolas de 2019/2020 y 2020/2021 en los diferentes pueblos freseros en la provincia de Huelva. Este tramo temporal fue esencial para hacer relaciones sociales que permitiesen un acercamiento y confianza para llevar a cabo tanto la observación participante como las entrevistas etnográficas. El trabajo que presentamos forma parte de una investigación más amplia, donde se llevaron a cabo 60 entrevistas semi-estructuradas, de las cuales aquí trabajaremos con 6 de ellas. Las mismas se centran en mujeres contratadas en origen que no llevaron a cabo el retorno y que a día de hoy continúan trabajando en el sector, así como en los discursos y posicionamientos de productores, trabajadores sociales y ONGD.

La etnografía responde al desarrollo de herramientas claves en antropología como son las entrevistas y la observación participante, las notas y el diario de campo, así como la constante revisión de la literatura experta. Por la naturaleza del trabajo no es viable mostrar una muestra mayor de los datos producidos en las entrevistas, pero la intención con la que se elabora el capítulo es servir de caso ilustrativo. Aunque geográficamente se haya llevado a cabo en la provincia de Huelva, no obstante, responde a una metodología multilocal (Marcus, 2001), ya que el análisis se enmarca dentro del sistema de producción agrícola intensiva que genera cadenas globales de alimentación, donde las mujeres tienen un papel central.

#### 4. FEMINIZACIÓN DE LA MANO DE OBRA AGRÍCOLA EN EL MERCADO ALIMENTARIO GLOBAL

El concepto global o globalización se asocia a la idea de aldea global donde, en apariencia, todas las personas se incorporan de forma equitativa, fruto del acercamiento entre un mundo cada vez más integrado gracias a los medios de comunicación y el alcance de la información (Quijano, 2000). Sin embargo, bajo esta lógica homogénea, encontramos grandes diferencias entre territorios, lo cual nos puede llevar a hablar de Sur Global, Norte Global o una Línea Abisal (Boaventura, 2018). En el caso del mercado alimentario global, encontramos divisiones entre territorios productores y territorios consumidores, donde además se producen migraciones circulares desde el Sur Global para trabajar en países del Norte Global. Esto ocurre desde Senegal, Mali o Marruecos hacia Huelva o Almería, o de Rumanía hacia Alemania, así como desde México a EEUU. Las migraciones circulares han sido esenciales para el establecimiento de estos mercados globalizados donde, la informalidad que enfrentan estos trabajadores y trabajadoras permite producir y distribuir productos a un menor coste y con mayor margen de acción. Se trata así de un proceso de desvalorización donde los inmigrantes y en especial las mujeres, son actores cruciales en las nuevas economías informales globales (Sassen, 2003, p.75). Es por ello que hablamos de una producción alimentaria globalizada, que revierte en una economía-mundo capitalista de naturaleza polarizadora (Wallerstein, 1995).

Así, el trabajo invisible de las mujeres en la producción alimentaria, ha contribuido a mantener sueldos bajos en las plantaciones adaptadas a los mercados de exportación emergente donde, desde el sector de subsistencia, se ha financiado el sector modernizado y globalizado (Sassen, 2003, p. 49). Aunque la presencia de las mujeres en la agricultura ha sido esencial, su representación ha sido problematizada ya que, habitualmente, su labor no quedaba reflejada estadísticamente. Entre otras cuestiones, esto es debido a que, en múltiples territorios, el trabajo de las mujeres tenía lugar bajo el ámbito privado, ligado a una extensión del trabajo familiar (Dixon, 1982). Aunque esta incorporación y representación es hoy una realidad que ha permitido la expansión del

comercio, se ha hecho sin embargo en condiciones inequitativas (Valdivieso, 2009, p. 65).

En el caso de la producción de fruto rojo en la provincia de Huelva, a partir de las contrataciones en origen las mujeres de otros países han conseguido un empleo retribuido, pero a costa de dejar a sus hijos e hijas así como familiares al cuidado de terceros, abandonar su país y aceptar unas condiciones de retorno que nos llevan a hablar de la feminización de la supervivencia (Valdivieso, 2009, p.67). Se trata de trabajadoras que, además de necesitar cumplir los requisitos descritos regidos por su rol como cuidadoras, se enfrentan a un retorno que limita su aceptación en el territorio a su papel como jornaleras. Una vez que termina la temporada, las mismas mujeres que eran vitales para la producción, en el caso de que no hagan el retorno, además de perder todos sus derechos jurídico-legales, pasan a ser llamadas por las instituciones y la sociedad civil como “fugadas”, lo cual es representado como un problema. Así lo afirman tanto productores como miembros de ONG que participan junto al sector, donde hay una doble ambivalencia ya que mientras aseguran que son personas esenciales, como relata el ex alcalde de un pueblo fresero e impulsor pionero de la contratación en origen:

Para hacer una buena campaña hacen falta las mujeres contratadas en origen, y a que se ha observado que las marroquíes siguen siendo muy buenas trabajadoras las repetidoras conocen las fincas y eso las hace muy productivas. Además, la relación con los empresarios está fidelizada (Ex-alcalde, entrevista etnográfica, 25 de marzo de 2021).

Por otro lado, su figura es una carga cuando salen del contexto de trabajo. En palabras de un trabajador social que se encarga de un albergue para temporeras:

La contratación en origen lo que pretende también, que por eso son mujeres con cargas familiares porque lo que se intenta es que la persona retorne y vuelva a retornar porque ese tipo de contrato sino se dejaría de hacer porque si a España le va a suponer un prejuicio porque se van a quedar las personas que vengan ¿cómo luego viven el resto del año? Durante tres meses de acuerdo pero ¿dónde van el resto del año? (Trabajador social, entrevista etnográfica, 13 de abril de 2021).

Las palabras del trabajador social confirman la idea de la aceptación de las mujeres ligadas a su condición laboral. En el momento que la relación contractual termina, se las desprestigia y resta legitimidad ante cualquier derecho material y simbólico, ya que rompen con la biopolítica del trabajo temporal (Becerril, 2007). Las trabajadoras temporeras que deciden no hacer el retorno están tratando de apropiarse de sus derechos ante una migración circular que no les garantiza derechos básicos ni duraderos (Arab, 2020, p. 186).

El retorno forma así parte de una estrategia de acumulación donde el trabajo de las mujeres es una naturaleza barata. Jason Moore (2013) a través de la ecología mundo, afirma que cada fase de acumulación del sistema capitalista tiene que ver con la apropiación de naturalezas baratas, donde señala cuatro factores esenciales: el trabajo, la comida, las materias primas y la energía. En este caso, el control sobre el trabajo de estas mujeres facilitará la producción de comida a precios bajos para la competición en los mercados globales. Si se pierde el control sobre el retorno de estas mujeres, la campaña siguiente puede verse afectada al no tener la mano de obra asegurada. Por eso se aplican todas las medidas posibles, donde el género, la clase y la procedencia son tres elementos estructurales. Uno de los primeros productores en diseñar las condiciones para estos contratos, lo reafirma así:

No queremos mujeres de las ciudades, sino de los pueblos agrícolas porque están más acostumbradas y esto es un trabajo que no es duro, pero hay que estar 6 hora y media agachado y por eso preferimos entorno rural y que tengan cargas familiares. Si traemos gente soltera o separada, entonces... (...) Lo que queremos es que haya un retorno y si son solteras cuando lleguen a la tierra prometida no van ni amarradas para atrás porque así se producen dos cargas familiares, el niño que tienen y el abuelo del niño que lo está cuidando. Pero aún así, tenemos bastante no retorno de mujeres y que dan muchos problemas. Las marroquinas han salido de un sitio donde vienen demasiado explotadas por el trabajo, marido y sistema y cuando llegan a la tierra prometida y ven las ventajas que tienen aquí, ahora todo son derechos y estamos teniendo problemas porque aparte de no retornar, trabajan aún así porque cuando se pone todo esto colorado, tienes que cogerlo (Productor de fruto rojo, entrevista etnográfica, 31 de enero de 2021).

Como afirma el entrevistado, las mujeres aún a pesar de no retornar, pasan a formar parte del ejército de reserva de mano de obra

indocumentada, que permite un mayor ahorro en los costes laborales (Gualda, 2003). Esto quiere decir que, aunque socialmente pasen a ser “las fugadas”, su trabajo es tan esencial como antes. Una abogada de una las ONG que trabajan en terreno, sentencia que: “Son una carga para el estado” (Trabajadora de ONGs, entrevista etnográfica, 13 de abril de 2021). Su trabajo pasa a ser invisible y no reconocido, exponiéndose a una situación más laxa en cuanto a derechos socio-laborales.

Para comprender mejor el fenómeno de las contrataciones en origen y cómo operan en distintos casos, vamos a trabajar en el siguiente apartado con extractos de entrevistas de temporeras marroquíes que llegaron al fruto rojo por esta vía contractual.

## 5. HABITAR LA CONTRATACIÓN EN ORIGEN

En torno a las mujeres contratadas en origen suelen girar múltiples estereotipos que pasan por su condición de mujeres, migrantes, racializadas, jornaleras temporeras y del mundo rural (Castillero, 2020, p.121). Por eso, la gente se refiere a ellas como las marroquinas, las temporeras, las de la fresa, etc. Habiendo así una distancia entre la población y estas trabajadoras que, a pesar de llevar 20 años afincadas en el territorio, siguen sin poder participar en asuntos sociales o políticos en las poblaciones de destino, debido a que su status de jornaleras agrícolas no les posibilita este acercamiento. El hecho de vivir dentro de las fábricas y permanecer solo durante los meses de campaña, dificulta un acercamiento con el resto de la población. La condición de retorno sitúa a estas mujeres bajo el prisma de sujeto mujer inmigrante, desconociéndose realmente lo que constituye al sujeto (Butler 2001). Existen dos tipos de retorno. Por un lado está el retorno consentido y por otro lado el obligado. El primero se da cuando las mujeres vuelven a Marruecos tras el fin de su trabajo y el obligado responde al que se produce cuando el empleador las despide y devuelve a su país antes de terminar el contrato laboral (Arab, 2020, p.102). Esto resulta un problema, pues las mujeres regresan sin el dinero prometido, tras haber hecho toda la inversión para preparar el viaje y sin garantías de poder volver el siguiente año. Pese a que el no retorno es muy criticado, el retorno

obligado es una política que se aplica sin debate previo, aun cuando tiene una mayor carga de consecuencias negativas para las trabajadoras. Bajo esta lógica, el trabajo de estas mujeres opera bajo un binomio donde el hombre representaría lo público/económico/productivo y la trabajadora lo privado/reproductivo (Gregorio, 1998), pues el trato social queda relegado a la relación patrón-trabajadora.

La selección de mujeres se hace anualmente en distintas zonas de Marruecos, a través de la Agencia Nacional de Promoción de Empleo y Competencias (ANAPEC). Una delegación de la patronal del fruto rojo se desplaza para, respetando a las repetidoras (mujeres que vienen consecutivamente a lo largo del tiempo), hacer una nueva selección. El recorrido que estas mujeres realizan hasta llegar a ser seleccionadas es diverso. Para acercarnos a esta realidad, vamos a atender a los relatos de las entrevistadas. Así, Karima<sup>709</sup> cuenta como:

Yo vine con el contrato del trabajo. Fui a la ANAPEC de mi pueblo y ellos me cogieron los datos y algo de papel y ha hablado con nosotros para venir aquí a España para trabajar. Salí a Marrakech para una entrevista para luego venir aquí (...) Ellos pedían la gente del pueblo, no la gente de la provincia. Buscaban que la gente del pueblo haya trabajado en el campo (...) Como la gente del pueblo, todos saben trabajar en el campo no fresa, pero otra cosa (...) Si tienes hijos, puedes venir para tu volver y no quedarte aquí. Traes papel para demostrar que tienes hijos, cuántos hijos tienes, cuántos años tienen, la carta nacional, eso y la tarjeta nacional de mi pueblo, de mi país solo eso y luego hablaron con nosotras por teléfono. Yo arreglé todo los papeles y me llamaron que podía venir (Karima, entrevista etnográfica, 5 de marzo de 2021).

La condición de madre y mujer de pueblo rural permitió la contratación de Karima. Decidió no hacer el retorno y abandonar el trabajo después del primer mes. Esto hizo que quedase en una situación irregular, pero no le impidió seguir trabajando en este y otros sectores:

Vine a trabajar a Palos. En la primera finca cuando vine aquí con contrato estuve un mes. Luego cuando me senté<sup>710</sup>. Al otro año he trabajado en una finca 5 meses (...) Yo he perdido mucha fuerza. Al siguiente año yo no podía trabajar de esa manera porque me dolía todo el

---

<sup>709</sup> Karima es un pseudónimo que utilizaremos para preservar la identidad de la entrevistada.

<sup>710</sup> Me senté es la expresión que utilizan las mujeres marroquíes para decir que se quedaron en un lugar determinado. En este caso en Huelva, concretamente en Palos.

cuerpo. Cada año trabajo muy fuerte y pierdo fuerza en el cuerpo. La espalda y el pie, la cintura... tú si enfermas vas a trabajar, si no vas a trabajar sin papeles el jefe te echa fuera. Cada día yo iba a trabajar llorando pero venía la primera en el camión (Karima, entrevista etnográfica, 5 de maro de 2021).

El ejemplo de Karima responde a la situación que narraba el productor, respecto a la necesaria fuerza de trabajo de estas mujeres aún cuando “se fugan”. El problema reside en cómo se aprovechan de su situación para negarle cualquier derecho básico, como es el del descanso ante una enfermedad. Los dolores físicos que narra responden a la violencia física, social, económica y política que enfrentan estas mujeres por su situación administrativa que las obliga a un silencio impuesto, junto al silencio de los Estados ante estas situaciones (Arab, 2020, p. 21).

La decisión de no retorno de Karima estaba tomada antes de venir a España. Su condición de madre pero sobre todo su condición de hija con padres enfermos y sin recursos, generó el impacto que las administraciones esperan a la inversa. Es decir, precisamente por la precariedad de sus condiciones en origen, decidió seguir buscando otras oportunidades.

Yo me he sentado aquí pero he sufrido un poco porque ahora no tengo dinero, no tengo trabajo, me falta un contrato para arreglar mis papeles cuando buscas un trabajo no hay trabajo, falta papeles cuando quieres arreglar papeles falta trabajo para arreglar papeles. Siempre falta algo. Sí. Al final no hay nada y la gente viene aquí, sufre aquí en la chabola sin agua, sin luz, sin muchas cosas pero mejor sentar y sufrir para mi familia para que luego pueda salir bien. Puedo sufrir 3 años, 5 años, 6 años pero luego lo voy a cambiar un poco. No puedo cambiar todo, pero si un poco(...) yo lo pensaba antes de apuntar mi nombre (risas) mi padre antes estaba siempre enfermo, le duele el riñón quería solo el medicamento y sufría mucho porque en mi país no es igual como aquí con tarjeta, no, todo lo pagas. Solo ir al médico pagas dinero. Cuando mi padre está enfermo yo me siento a su lado a llorar. Pedí dinero a los vecinos para llevar a mi padre al hospital. Por eso cuando escuché a la gente que había un contrato de aquí en España yo lo pensé venir sin volver hasta arreglar los papeles para ir y venir (Karima, entrevista etnográfica, 5 de marzo de 2021).

Tomar la decisión del no retorno antes incluso de comenzar el viaje es una tónica que se repite en la decisión de las trabajadoras. En el caso de Zariya<sup>711</sup>:

Ese año que llego no, yo no vuelvo. Yo lo sabía de antes que no quería volver a Marruecos. Yo le dije a mi madre yo no vengo, yo cuando termine la fresa me quedo ahí. En la finca le dejé hasta el dinero a el jefe. Quince días, no cobré. Muchas marroquinas se dejan el dinero y se van porque no aguantan, se van. En 2006 me quedé aquí (...) Yo no quería volver a Marruecos. Allí ganas por 8 horas o 10 horas 6€ cada día (Zariya, entrevista etnográfica, 6 de octubre de 2020).

Jassina trabajaba en una empresa española de huevos antes de venir aquí. La deslocalización de las empresas hacia países terceros donde los salarios son más bajos es otra característica clave del mercado alimentario hoy. La decisión de no retorno de Zariya se justifica en que en ambos territorios trabajaría para jefes españoles, siendo más precarizada en su país, por lo que asumir los riesgos de una fuga le saldría más rentable. El modo por el que Zariya accedió a la contratación fue en la línea de Karima, con la diferencia de que ella no era madre en el momento:

Yo me apunté la primera vez que apuntaron en mi pueblo a las mujeres. En la empresa donde trabajaba solamente me apunté yo y nadie se quería apuntar porque se creían que era mentira ¿sabes? El día que salimos, que salió el contrato y todo ya decían si, es verdad. De mi pueblo cogieron 12 mujeres. Te llaman por el micrófono con tu nombre y apellidos cuando te apuntas y cuando pasas un día salimos a otro sitio y ahí es donde cogen a las mujeres que quieren ellos. Vinieron a coger a las mujeres de mi pueblo y luego te preguntan si tú sabes trabajar en la fresa. Yo he dicho que se coger fresa pero yo nunca he visto una fresa, vamos. Que yo no sabía ni de donde venía y yo le he dicho si, yo cojo fresas (risas) (...) Yo solamente he trabajado en los huevos pero no sé la fresa de dónde viene, yo las he comprado nada más (risas) pero no sabía. Te preguntan muchas cosas ahí ¿Sabes coger la fresa? ¿Sabes trabajar bien? Yo le he dicho vale, yo trabajo bien y ya está (Zariya, entrevista etnográfica, 6 de octubre de 2020).

El contratar a mujeres atendiendo a su origen rural y no a su experiencia demostrable, hace que cuando llegan a las fincas sobre las cuales

---

<sup>711</sup> De igual modo, se utiliza Zariya como pseudónimo para preservar la intimidad de la entrevistada.

tampoco tienen información previa, en muchos casos no resistan el ritmo de trabajo. Así ocurrió a Zariya en su primer empleo, como cuenta:

No, no. Yo no sabía dónde iba (risas) sabemos que venimos a España, la playa de al lado y nada más. Huelva, pero nada más (...) Nada, nada, nada. No sabía nada. El primer trabajo lo recuerdo... Oh... con miedo yo no sabía coger fresa y me cayó un jefe muy malo puff muy malo, muy malo. Yo no terminé ni la campaña vamos con el dolor ese y corriendo, la gente corriendo y no paraba el trabajo. Vamos, yo cuando salía del trabajo yo no buscaba comida, yo buscaba dormir nada más. De verdad eh (risas) Yo trabajé un mes y medio creo nada más y salí. Muy duro... El trabajo muy duro. No me podía agachar. Si tú no trabajas bien te para el jefe y te echa del trabajo tres días o dos días sin trabajar. A mí no me pasó, pero le pasaba a mi amiga. Muchas salían llorando como de primeras no sabes nada, no sabes hablar, te echan del trabajo (Zariya, entrevista etnográfica, 6 de octubre de 2020).

Los días sin trabajar que nombra Zariya son los conocidos como “castigos” que se pueden imponer por bajo rendimiento, ya que existe una modalidad de control de las cajas que recolecta cada persona a través de las listas amarillas o listas de productividad. Las mismas son descritas por una jornalera de Huelva pionera en el sector, como “las famosas listas amarillas son que si tú coges 20, yo tengo que coger 18 para no estar en la lista. Nos obligan a estar todo el día corriendo” (Paqui<sup>712</sup>, entrevista etnográfica, 30 de enero de 2021). Varios días sin cumplir las expectativas de producción, a pesar de que el trabajo a destajo está prohibido, es decir, cobrar por las cajas recogidas y no a jornal, puede terminar en un despido ilegal de algunos días si no se llega a la media marcada.

Una tercera entrevistada, Jassina<sup>713</sup>, también trabajaba para una empresa española en origen:

Trabajé con un español en el campo. Trabajaba en una empresa de verdura, en el almacén y vivía arriba(...)yo trabajaba con él ganaba 0,50 céntimos la hora. Me despertaba a las 7 trabajando teníamos una hora de comida, media hora de merienda y terminábamos a las 2 de la madrugada (...) También trabajé en la uva. Dejé la niña a mi casa y me fui

---

<sup>712</sup> Paqui es el pseudónimo utilizado para preservar la identidad de la entrevistada

<sup>713</sup> Jassina es el pseudónimo utilizado para preservar la identidad de la entrevistada

a trabajar en la uva. Mi hermano trabaja en la obra pero se ha caído y cortado en las piernas y está sentado en la casa un año y yo trabajando mi padre y mi madre muy mayores (Jassina, entrevista etnográfica, 23 de octubre de 2021).

El perfil de Jassina reúne los requisitos íntegros que demandan los contratantes: madre, con familiares a cargo y del mundo rural. No obstante, nuevamente es esta coyuntura la que le hace tomar la decisión de quedarse en terreno. El modo de contratación fue similar, consultándole si tenía experiencia trabajando en la fresa:

Vas y te preguntan si has trabajado en la fresa digo si pero yo no trabajé (risas) pero la gente que trabaja en el campo trabaja todo. Yo no conocía nada de Huelva. Vine con mi hermana en abril del 2007. Ella vino un mes antes (...) Trabajando en Agadir en el ayuntamiento apuntaban a la gente y ahí me enteré y ya está (...) Esa primera vez yo trabajé solo un mes. Trabajé poco, solo un mes nada más. Yo no lo sabía seguro pero lo había pensado así que me fui a Madrid antes de terminar el contrato

Las tres entrevistadas siguen trabajando hoy en el arándano y en la fresa. En el caso de Jassina, trabajó como cuidadora de niños y de interna. Igualmente, Karima pasó un tiempo trabajando al cuidado de una persona mayor como interna. Es un perfil común entre estas mujeres donde las opciones que tienen en la escala laboral pasan a ser ámbitos informales y feminizados. Las experiencias de estas mujeres muestran como, a medida que las economías se van modernizando, se crea un mercado dual donde los empleos secundarios y peor vistos socialmente serán ocupados por trabajadoras extranjeras (Piore, 1977).

Mientras que Zariya consiguió su documentación, Jassina y Karima han tenido más problemas para ello y actualmente se encuentran trabajando sin su situación jurídica en regla. La feminización de la agricultura a través de la contratación en origen, como vemos, no siempre cumple las expectativas de retorno. Se trata de un sistema que no garantiza una estabilidad a mujeres cuyo único objetivo es poder trabajar. Por eso, podemos concluir con la idea de que urge un cambio estructural en la forma de pensar las condiciones para unas trabajadoras esenciales en el sector.

Por la naturaleza del trabajo que aquí se presenta no se puede abordar un mayor número de entrevistas. No obstante, los extractos expuestos pretenden servir como ejemplo, pues muestran características comunes a gran parte de las mujeres contratadas en origen que deciden no hacer el retorno.

## 6. RESULTADOS

La contratación en origen como modelo ideal de migración ordenada presenta varias fricciones que responden a cómo se piensa sobre estas mujeres. Mientras son dibujadas como mano de obra, es imprescindible referirse a ellas como sujetos con agencia cuyas características vitales de origen marcarán sus decisiones en destino. De forma breve, señalaremos algunos puntos que pueden servir como resultado de los extractos analizados:

1. La feminización de la mano de obra a partir de los contratos en origen lleva implícitos elementos de precariedad
2. Las mujeres llevan a cabo los trabajos más duros físicamente
3. El ascenso en la escala socio-laboral es muy limitado
4. La falta de información y formación de estas mujeres provoca la incapacidad de muchas de ellas de continuar la campaña de forma completa
5. El estado civil y su rol como cuidadoras no puede delimitar en exclusiva su capacidad de trabajo.

## 7. DISCUSIÓN

El tejido empresarial no tiene una comunicación directa ni fluida con la situación que habitan estas trabajadoras. Se entienden como partes separadas cuando se habla de estas mujeres como “cargas para el estado”, a la vez que personas productivas. Son la misma persona que en muchas ocasiones realiza el mismo trabajo tras el no retorno.

Varias teóricas denuncian que las posibilidades de empleo de estas mujeres, más que empoderarlas por tener acceso a un sueldo, pueden

relegarlas a algunas situaciones insalubres y alienantes, mientras que aunque si se muestra una mejora en la economía del hogar (Valdivieso, 2009, p.62). Al no contar con un trabajo de continuidad más allá de la temporada, pasan con facilidad a la economía informal trabajando sin contrato pues es una oportunidad para estas mujeres de bajos ingresos, algo que es particularmente patente entre las mujeres migrantes (Sassen, 2003, p. 76). Tanto las trabajadoras como los empleadores reconocen esta informalidad en el empleo agrícola. Así, aunque algunas mujeres se puedan beneficiar del empleo que brinda la contratación en origen, su trabajo es muy duro, desconocido, con bajos salarios, malas condiciones de trabajo regidas por la productividad, con poco margen de sindicación, lo que aboca a reducidas oportunidades de progreso y movilidad social (Valdivieso, 2009, p. 69).

La agricultura intensiva y la globalización alimentaria tienen como objetivo la unificación y homogeneización del mercado para que este sea el centro ordenador de la vida, pero vemos como las personas que se encuentran en los márgenes, a través de su agencia, crean resistencias donde las organizaciones de mujeres tienen un rol destacado (Valdivieso, 2009). Así, las mujeres con su no retorno fricciones una política contractual que solo le permite una presencia determinada en el territorio.

Siguiendo a Heidi Hartmann, sería más oportuno hablar de nuestras sociedades no solo en término de sociedades capitalistas, sino como patriarcales y blancas “white supremacist” (1981) Esto explicaría por qué, en este caso son mujeres y marroquíes.

## 6. CONCLUSIONES

La feminización agrícola a través de la contratación en origen supone una estrategia donde se busca dar respuesta a las exigencias del mercado agroalimentario globalizado. Por ello, el retorno y la productividad de las mujeres es la principal preocupación y lo que marca el éxito de estos programas. Si estas mujeres en el tiempo que están trabajando sacan el máximo rendimiento y vuelven a sus países sin que haya una necesidad de buscarles otro nicho laboral, los beneficios serán seguros.

La imagen que se origina sobre estas mujeres se crea desde una mirada occidentalizada y como vemos patriarcal, pues no hay que olvidar que el 90% de los productores de fruto rojo son hombres. Los altos cargos del tejido empresarial están ocupados por varones, lo cual frena la empatía ante los requisitos que se les exige para optar a un puesto de trabajo. Si la productividad y los beneficios estuviesen descentralizados, se optaría por una mayor formación y cuidado de estas trabajadoras para que tuviesen una temporada de trabajo más larga y estable, pues son seleccionadas precisamente por su precariedad y vulnerabilidad.

El no retorno de estas mujeres muestra el fracaso de las contrataciones en origen pero, no porque estas mujeres no vuelvan, sino porque pone al descubierto las características del proceso que se mantiene en el tiempo por la desigualdad y el equilibrio existente entre trabajadoras y empleadores.

Para concluir, hemos de pensar en que el fruto rojo es necesario, los empleos a mujeres son imprescindibles, pero son urgentes cambios de raíz en el modelo tanto productivo como de contratación para que realmente podamos hablar de una política contractual que favorece a las mujeres y un sector que genera riqueza no solo monetaria, sino eco-social.

## 7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Mostrar mi más preciado agradecimiento a todas las mujeres que han participado en la investigación, tanto de las que se rescatan extractos de entrevista como el resto de participantes. Por su tiempo, su amabilidad, su escucha y su generosidad en compartir su historia de vida. Así mismo, quiero agradecer a los productores, trabajadores sociales y demás personas que me acogieron en la provincia y estuvieron en todo momento dispuestos a enseñarme los modos de funcionamiento del cultivo, las variedades, sus fincas, etc. La academia y la antropología debe fomentar el compromiso por construir sociedades más justas y equitativas, por lo que este tipo de investigaciones deben acercar posturas y mostrar realidades complejas. Gracias al Colectivo de Jornaleras de Huelva en Lucha por la labor encomiable lucha y a la Asociación de Trabajadores Africanos, a la Asociación Multicultural de Mazagón. Gracias por todo. Y a todas las personas que apoyan a quienes más lo necesitan.

## 8. REFERENCIAS

- Arab, C. (2020). *Las señoras de la fresa: La invisibilidad de las temporeras marroquíes en España*. Ediciones del Mediterráneo
- Becerril, O. (2007). Lucha cultural por la dignidad y los derechos humanos. Transmigrantes mexicanos en Canadá conteniendo el género, la sexualidad y la identidad. Tesis de doctorado. Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapala
- Butler, J. (2001). *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Paidós.
- Castillero, S. (2020). Producción alimentaria intensiva, migraciones y género: la industria del fruto rojo en la provincia de Huelva, España. *Maguaré*, 34 (2), 113-136. <https://doi.org/10.15446/mag.v34n2.92582>
- Cruces, C. (1993). Los nuevos procesos de trabajo en la agricultura de primor. Explotación familiar y participación femenina en Sanlúcar de Barrameda. *Cuadernos de Antropología Social*, 8, 3-50.
- Dixon, R. (1982): Women in agriculture: Counting the labor force in developing countries. *Population and Development Review*, 8 (3), 539-566.
- Europa Press. (2022, 11 de enero). *Las primeras temporeras marroquíes de Algeciras para la campaña de la fresa de Huelva*. Europa Sur.
- Gregorio Gil, Carmen. 1998. *Migración femenina: su impacto en las relaciones de género*. Narcea.
- Gualda, Estrella (2003). Agricultura andaluza y trabajadores extranjeros. Del jornalero andaluz al temporero inmigrante. *Centra: Fundación Centro Estudios Andaluces*.
- Hartmann, H. (1981). The unhappy marriage of Marxism and feminis: towards a more preogressive union. En Lydia Sargent (Ed.), *Women and revolution: a discussion of the unhappy marriage of Marxism and Feminism* (pp.1-42). South End Press.
- Marcus, G. (2001). Etnografía en/del sistema mundo. El surgimiento de la etnografía multilocal. *Alteridades*, (22), 111-127.
- Molinero, Y. (2020). La creciente dependencia de mano de obra migrante para tareas agrícolas en el centro global. Una perspectiva comparada. *Estudios Geográficos*, 81(288), 1-27. <https://doi.org/10.3989/est-geogr.202046.026>
- Moore, J. (2013). *El capitalismo en la red de la vida: ecología y acumulación de capital*. Libros Verso.

- Moreno Nieto, J. (2009). Los contratos en origen de temporada: mujeres marroquíes en la agricultura onubense. *Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos*, 7, 58-78.
- Piore, M. (1979). *Birds of Passage: Migrant Labor in Industrial Societies*. Cambridge University Press
- Sassen, S. (2003). *Contrageografías de la globalización Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*. Traficantes de sueños.
- Torres, S., Allepuz, R., Gordo, M. (2014). La contratación de mano de obra temporal en la agricultura hortofrutícola española. *Ager. Revista de Estudios sobre Despoblación y Desarrollo Rural*, 16, 7-37.  
<https://doi.org/10.4422/ager.2013.03>
- Valdivieso, M. (2009). “Globalización, género y patrón de poder”. En A. Girón (Ed.), *Género y globalización* (pp. 27-52). Centro Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO).

