



*Revista del Ministerio de Trabajo
Migraciones y Seguridad Social*

Migraciones Internacionales

145



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE TRABAJO, MIGRACIONES
Y SEGURIDAD SOCIAL

2019

Revista del Ministerio de Trabajo Migraciones y Seguridad Social

Migraciones Internacionales

CONSEJO ASESOR

- Serie Derecho del Trabajo: **Joaquín García Murcia**, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. **Yolanda Valdeolivas García**, Secretaria de Estado de Empleo.
- Serie Seguridad Social: **Julia López López**, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. **Borja Suárez Corujo**, Director General de Ordenación de la Seguridad Social.
- Serie Derecho social Internacional y Comunitario: **Luís Enrique de la Villa Gil**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid. **Marcos Fraile Pastor**, Subdirector General de Relaciones Internacionales Sociolaborables.
- Serie Economía y Sociología: **Gerardo Meil Landwerlin**, Catedrático de Sociología. Universidad Autónoma de Madrid. **Raquel Peña Trigo**, Vicesecretaria General Técnica.
- Serie Migraciones Internacionales: **Emiliano García Coso**, Decano Asociado Internacional del Centro de Estudios Superiores Sergio Arboleda, adscrito a la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor de Derecho de la UE. **Pilar González Puente**, Directora del Gabinete Técnico de la Secretaría General de Inmigración y Emigración.

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO

Maximino Carpio García, Catedrático de Hacienda Pública. Universidad Autónoma de Madrid.

María Antonia Castro Arguelles, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

Ángel Antonio Blasco Pellicer, Magistrado del Tribunal Supremo. Sala Cuarta.

Cristina Gortazar Rotaeché, Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la UE. Universidad Pontificia de Comillas-ICADE.

Nuria Paulina García Piñeiro, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

DIRECTOR

Gonzalo Giménez Coloma

Secretario General Técnico

SUBDIRECTOR

Francisco Javier Andrés González

Subdirector General de Información
Administrativa y Publicaciones

SECRETARÍA

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Agustín de Bethencourt, 11

28003 Madrid

Telf: 91 363 23 05

Fax: 91 363 23 49

Correo Electrónico: propoeditorial@meyss.es

Internet: <http://www.mitramiss.gob.es>

La Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores en la redacción de sus artículos.

Se permite la reproducción de los textos siempre que se cite su procedencia.

RET: 19-2.375

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<https://cpage.mpr.gob.es>



Edita y distribuye:

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Subdirección General de Información

Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

NIPO Papel: 854-19-003-6

NIPO PDF: 854-19-065-8

ISSN Papel: 2254-3295

ISSN Electrónico: 2254-3511

Depósito legal: M-12.168-1998

Diseño cubierta: CSP

Diseño interior: C & G

Imprime: Estilo Estugraf Impresores, S.L. • Telf. 91 808 62 00

Revista del Ministerio de Trabajo Migraciones y Seguridad Social

Migraciones Internacionales

SUMARIO

EDITORIAL, *Emiliano García Coso, 9*

I. ESTUDIOS

El fenómeno migratorio. Una historia interminable de retos para las administraciones públicas de todo lugar y tiempo. Del Reformismo social de Chicago a la Agenda Europea de Migración. ¿Hemos avanzado?.
Zulima Sánchez Sánchez, 21

O Pacto Global sobre Refugiados e a Gestão das Fonteiras na União Europeia: Uma análise sobre a Relação Migração-Segurança.
Emellin de Oliveira, 55

Una aproximación a la determinación del interés superior de los niños víctimas de trata. *Irene Claro Quintáns, 75*

Evolución y perspectiva de la emigración venezolana. Contexto y retos para su gobernanza migratoria a nivel internacional. *Javier Ignacio Niño Cubillos, 97*

Las autorizaciones de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales para víctimas de trata de seres humanos. Análisis jurisprudencial. *Marcos Crespo Fernández, 113*

La odisea migratoria transatlántica a través de las memorias de viaje de los Inspectores de Emigración. *Blanca Azcárate y José Julio Rodríguez, 141*

II. JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia en el Sistema Interamericano y Europeo de Derechos Humanos: debido proceso/tutela judicial efectiva/recurso efectivo y su correlación con las migraciones. *Maria L. Mantilla Jaimes, 183*

Journal of the Ministry of Labour Migration and Social Security

International Migrations

CONTENTS

EDITORIAL, *Emiliano García Coso, 9*

I. STUDIES

The phenomenon of migration. An endless story of challenges for public administrations regardless of place and time. From the Social Reform in Chicago to the European Agenda on Migration. Have we made any progress? *Zulima Sánchez Sánchez, 21*

The Global Compact on Refugees and the border management in European Union: An analysis of the relation Migration-Security.
Emellin de Oliveira, 55

An approach to determining the best interests of trafficked children.
Irene Claro Quintáns, 75

Evolution and perspective of Venezuelan emigration. Context and challenges for international migration governance.
Javier Ignacio Niño Cubillos, 97

Residence and work permit by exceptional circumstances for victims of trafficking in human beings. Jurisprudential analysis.

Marcos Crespo Fernández, 113

The transatlantic migration odyssey through the travel memories of Emigration Inspectors. *Blanca Azcárate y José Julio Rodríguez, 141*

II. CASE LAW

Comments to the Inter-American System's Jurisprudence and the European Human Rights Jurisprudence: Due process/effective judicial protection/effective remedy and their correlation with migrations.

Maria L. Mantilla Jaimes, 183

Editorial

Editorial

EMILIANO GARCÍA COSO*

El inicio de un nuevo decenio plantea la necesidad de hacer un balance de la situación migratoria para así poder vislumbrar los retos que se avecinan en la gestión y control de los flujos migratorios.

En términos cuantitativos, el escenario global en el que deben implementarse las políticas migratorias conviene que tenga presente el volumen y situaciones a las que se tienen que responder. En este sentido, las cifras que nos aporta el Informe sobre las migraciones en el mundo 2020 de la OIM es muy revelador de la evolución acontecida desde el 2000 al 2020:

PRINCIPALES DATOS DE CIFRAS DE LOS INFORMES SOBRE LAS MIGRACIONES EN EL MUNDO DE 2000 Y 2020

	Informe de 2000	Informe de 2020
Número estimado de migrantes internacionales	150 millones	272 millones
Proporción estimada de migrantes en la población mundial	2,8%	3,5%
Proporción estimada de mujeres entre los migrantes internacionales	47,5%	47,9%
Proporción estimada de niños entre los migrantes internacionales	16,0%	13,9%
Región con la proporción más alta de migrantes internacionales	Oceanía	Oceanía
País con la proporción más alta de migrantes internacionales	Emiratos Árabes Unidos	Emiratos Árabes Unidos
Número de trabajadores migrantes	-	164 millones
Valor mundial total de las remesas internacionales [dólares EEUU]	126.000 millones	689.000 millones
Número de refugiados	14 millones	25,9 millones
Número de desplazados internos	21 millones	41,3 millones
Número de apátridas	-	3,9 millones

Fuente: IOM Informe 2020, <https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2020?language=en>

Los datos evidencian que el fenómeno migratorio sigue creciendo y, por ello, los flujos migratorios sustantivos ya no son, única y exclusivamente, Sur-Norte, sino que se consolidan los flujos Sur-Sur (especialmente en la zona asiática) y hacia países que no son EEUU, ni Europa, aunque sigan siendo destinos relevantes en los flujos migratorios internacionales. El importante volumen de personas implicadas en alguna de las manifestaciones que caracterizan el fenómeno migratorio requiere que los avances teóricos logrados con la aprobación del Pacto Mundial de las Migraciones, el 10 y 11 de diciembre de 2018, se transformen en una implementación efectiva de políticas migratorias nacionales¹. La eficiencia de estas políticas nacionales pasa por reforzar

* Decano Internacional del Centro de Educación Superior Sergio Arboleda, adscrito a la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid y profesor de Derecho de la UE. Miembro de la Odysseus Network de expertos en inmigración y asilo.

¹ Ver el número 140 de la revista en la que se hizo un análisis monográfico sobre el Pacto Mundial, en <https://expinterweb.empleo.gob.es/libreriavirtual/detalle.action?cod=W0141940>

y ampliar su dimensión externa para gestionar un fenómeno global y transnacional, como son las migraciones.

A nivel regional europeo, el año que termina supone, desde la perspectiva de la política migratoria europea, el fin del mandato de la Comisión Europea presidida por Junker y el inicio de la Comisión de Ursula von der Leyen. El balance realizado por la Comisión Junker refleja unas actuaciones y resultados positivos. Estos logros, a su juicio, son fruto de las acciones políticas, legales y económicas adoptadas desde el inicio de su mandato en 2014 y la implementación de la Agenda Migratoria Europea que se presentó en mayo de 2015² y de todas las medidas legales que se han ido aprobando desde entonces.

En términos de logros, la Comisión Europea saliente señala³, que se redujo considerablemente (un 25% menos que en 2017 y un 90% menos que en 2015) la llegada de inmigrantes irregulares durante el 2018 que cerró en 150.000 migrantes detectados, fruto de las acciones implementadas durante su mandato. Entre estas destaca, la conclusión de 23 acuerdos de readmisión como instrumento de cooperación con los países de origen y tránsito; la refundación en 2016 de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (creada en 2004); la aprobación de los Fondos europeos orientados a la migración y asilo que han permitido ayudar a 37.000 migrantes atrapados en Libia; los 50.000 refugiados vulnerables reasentados en los Estados miembros y la reubicación de casi 35.000 solicitantes de asilo. A finales de 2018, 22.5 millones de ciudadanos no europeos residían en los 28 Estados miembros y se otorgaron 3.2 millones de primeros permisos o autorizaciones de residencia y se recibieron 588.000 solicitudes de asilo en los 28⁴.

La nueva Comisión, que tiene al frente de los temas migratorios a la Comisaria Ylva Johansson, tendrá que seguir profundizando la dimensión interna y externa de la política migratoria de la UE. La Comisaria Ylva tendrá que ejecutar la visión de su Presidenta en el área migratoria conforme se recoge en su plan de acción 2019-2024⁵. Entre los aspectos más destacables, se encuentra la propuesta de un nuevo Pacto sobre migración y asilo y una reforma del sistema de Dublín para Asilo. Propone como complemento a estos dos ejes un reforzamiento de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas para llegar a los 10.000 efectivos en 2024 en lugar de 2027, y reforzar las operaciones de búsqueda y salvamento para salvar más vidas. En su planteamiento, no omite la necesidad de reforzar la dimensión externa de la política migratoria de la UE, desarrollando una cooperación más estrecha con los países de origen y tránsito, ayudándoles en la mejora de sus condiciones de desarrollo, así como lograr una lucha más efectiva contra las redes criminales dedicadas al tráfico de personas y migrantes.

La implementación de estas líneas políticas maestras pasa por tener muy presente algunas realidades que se han producido en las dinámicas migratorias hacia la Unión Europea, como es el caso de las llegadas, para así continuar mejorando el control y gestión migratoria:

² V. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1441362661326&turi=CELEX:52015DC0240>

³ V. https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20190306-managing-migration-factsheet-step-change-migration-management-border-security-timeline_es.pdf

⁴ <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/atlas-migration-2019>

⁵ V. https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_en.pdf

ARRIVALS TO EUROPE 31 DEC 2019	
	127,639
103,883	
By sea	
23,774	
By land	
Arrivals to Europe 2018	
	144,282
Arrivals to Europe 2017	
	186,788
Arrivals to Europe 2016	
	390,456
Mediterranean Dead/Missing 2020	
	16
Mediterranean Dead/Missing 2019	
	1,291
Mediterranean Dead/Missing 2018	
	2,299

Fuente: <https://migration.iom.int/europe?type=arrivals> (consulta el 10.1.20)

Otras fuentes, como el informe el informe *Integrated Situation Awareness and Analysis* (ISAA) del *EU External Action*, nos indican que durante el año 2019, a nivel UE, el número total de cruces irregulares de frontera ascendió (cifra aproximada) a 139.000, lo que supone una reducción del 6% respecto de los registrados en 2018 y la cifra más baja en los últimos seis años. Los datos que recoge el informe ISAA de entradas desglosadas por las rutas principales evidencian que por el Mediterráneo Oriental: se computaron 667 desde Turquía a la UE, de las cuales 665 a Grecia y 2 a Bulgaria. En lo que va de año 2020, el total de llegadas desde Turquía a la UE asciende a 1.571 (de ellas 1.569 a Grecia y 2 a Bulgaria), más del doble de las que se produjeron en el mismo periodo de 2019 (01). Según la IOM, en las dos primeras semanas de 2020, 58 personas han perdido la vida en el mar cruzando esta ruta. Hay 42.151 inmigrantes presentes en los *hotspots* de las islas griegas. Desde el 1 de Enero 2020, se han registrado 191 entradas irregulares en Chipre, desde el territorio controlado por Turquía, a través de la «línea verde» (299 en el mismo periodo de 2019). Por el Mediterráneo Central: Se han registrado 389 llegadas en esta ruta durante el periodo de referencia, de ellas 135 a Italia y 254 a Malta. Desde inicios del año 2020, el número total de llegadas a Italia y Malta es 587 (102 en el mismo periodo de 2019). El número total de llegadas a Italia en 2020 es 333 (53 en el mismo periodo de 2019) y a Malta 254 (49 en el mismo periodo de 2019). Entre el 9 y el 10 de Enero los barcos «Sea Watch 3» y «Open Arms» rescataron respectivamente a 119 y 118 personas, que fueron desembarcadas en los puertos italianos de Taranto y Messina.

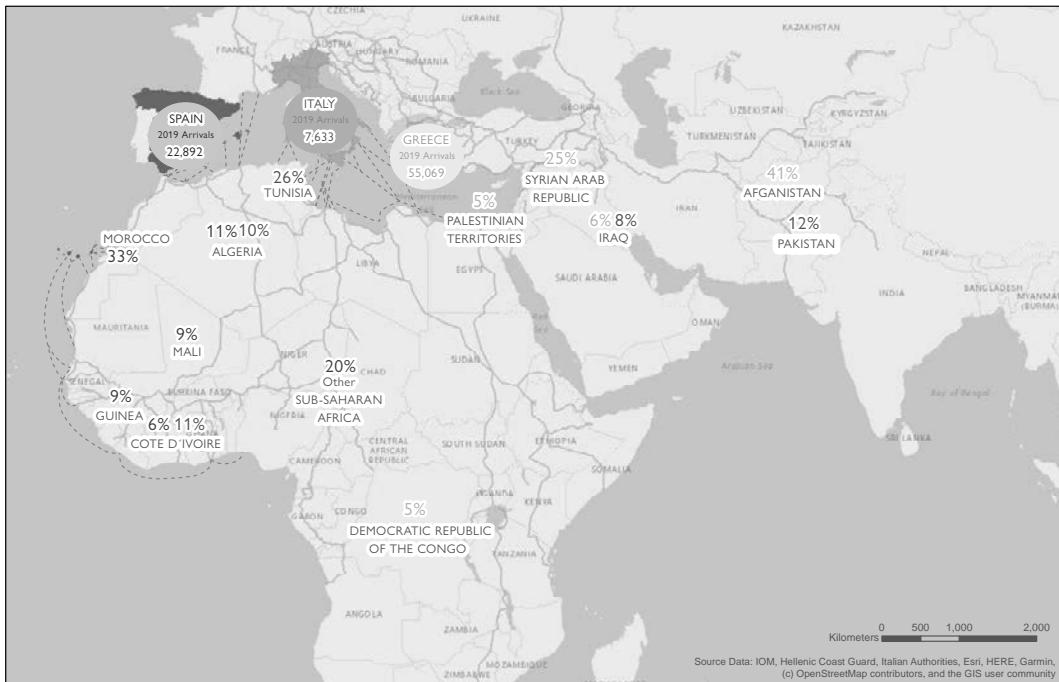
Finalmente, por el Mediterráneo Occidental/Atlántico: Se han registrado 390 entradas irregulares en España en la semana de referencia, 289 por vía marítima y 101 por vía terrestre. El número total de entradas en 2020 fue 1.331, un 37% inferior al de las registradas en el mismo periodo de 2019 (2.112). Las principales nacionalidades de los llegados son Argelia (71%), Marruecos (23%) y Costa de Marfil (3%).

En la ejecución de la política migratoria de la UE y atendiendo a estos datos se debe adoptar medidas en su dimensión externa que garantice un mayor desarrollo económico, social y educativo en los países de origen detectados y, reforzar la cooperación con otras políticas europeas para así generar las condiciones necesarias que reduzca los *«push factors»*.

Con la información disponible a finales de 2019 se puede identificar los principales países emisores de migrantes y, por tanto, orientar actuaciones de apoyo hacia los mismos:

OVERVIEW: COUNTRIES OR AREAS OF ORIGIN

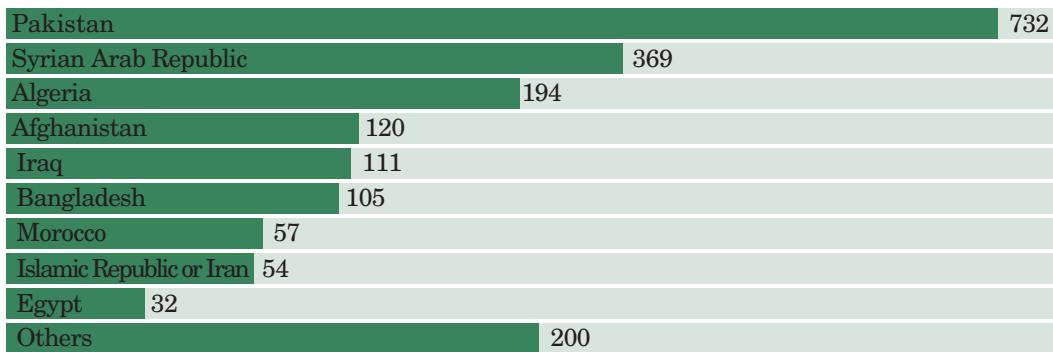
Arrivals to Greece, Italy and Spain according to available data from 01 January to 31 October 2019



Fuente: <https://migration.iom.int/reports/europe---mixed-migration-flows-europe-monthly-overview-october-2019?close=true>

En esta dimensión externa de la política migratoria de la UE un socio clave es Turquía, por su posición geográfica en una zona con importantes conflictos bélicos o políticos inacabados. La escalada actual de tensión entre EEUU e Irán puede implicar que Turquía de nuevo se vea desbordada por los flujos de migración forzada que lleguen a su territorio con vistas a cruzar a la UE. Aunque no exento de crítica, el funcionamiento del Acuerdo entre la UE y Turquía de 2016 ha permitido arbitrar algunas soluciones a la presión que se llevaba produciendo desde 2015 en algunos Estados de la UE pero que no deja de ser una solución temporal que requiere de medidas a corto y largo plazo. La aplicación del Acuerdo arroja unas cifras importantes para la consecución de reducir la entrada irregular en la UE:

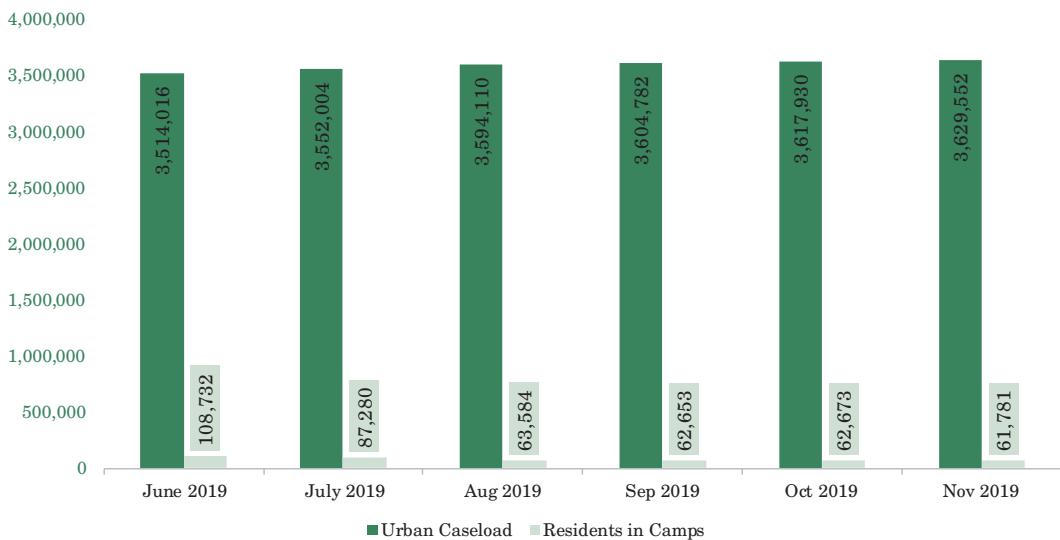
READMITTED MIGRANTS AND MIGRANTS AND REFUGEES TO TURKEY UNDER EU-TURKEY AGREEMENT



Fuente: <https://migration.iom.int/reports/turkey-migrant-presence-monitoring-situation-report-november-2019?close=true>

Turquía acoge actualmente a más de 3.5 millones de sirios bajo la fórmula de protección temporal y, adicionalmente, casi medio millón de personas de otras nacionalidades que utilizan Turquía como puente de entrada:

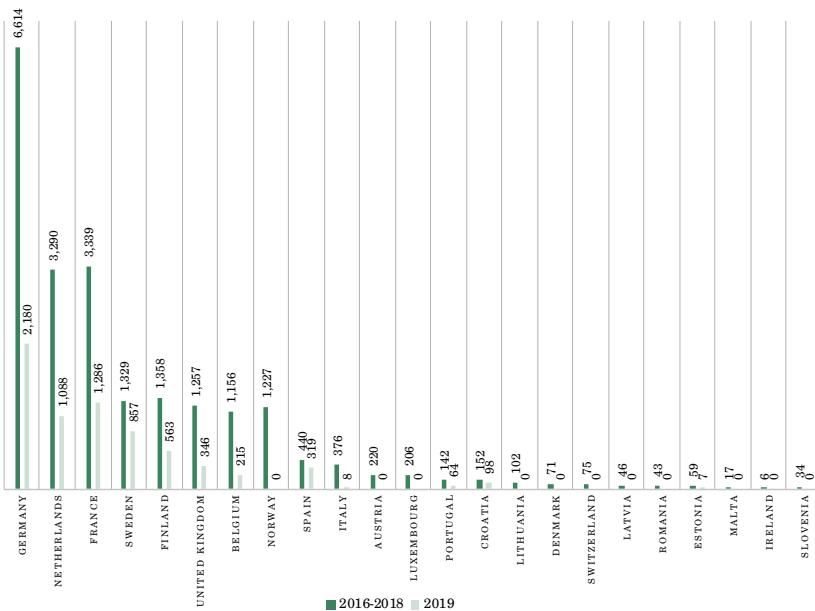
MONTHLY POPULATION CHART OF PERSONS UNDER TEMPORARY PROTECTION



Fuente: <https://migration.iom.int/reports/turkey-migrant-presence-monitoring-situation-report-november-2019?close=true>

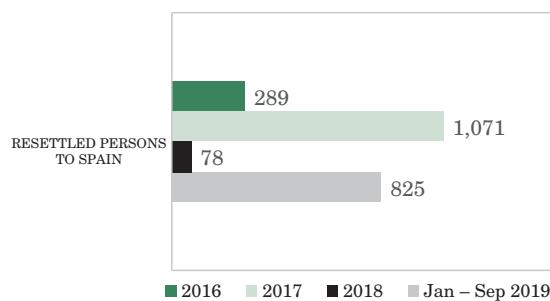
Con estas magnitudes migratorias gestionadas por Turquía es patente que necesita una cooperación y asistencia reforzada por parte de la UE. La situación actual de Turquía y de los propios inmigrantes no se solventa sólo con la cuota de reasentamiento realizado por algunos Estados miembros de refugiados sirios:

NUMBER OF SYRIAN REFUGEES RESETTLED FROM TURKEY TO EUROPE (EEA) BETWEEN APRIL 2016 AND OCTOBER 2019



Fuente: <https://migration.iom.int/reports/europe---mixed-migration-flows-europe-monthly-overview-october-2019?close=true>

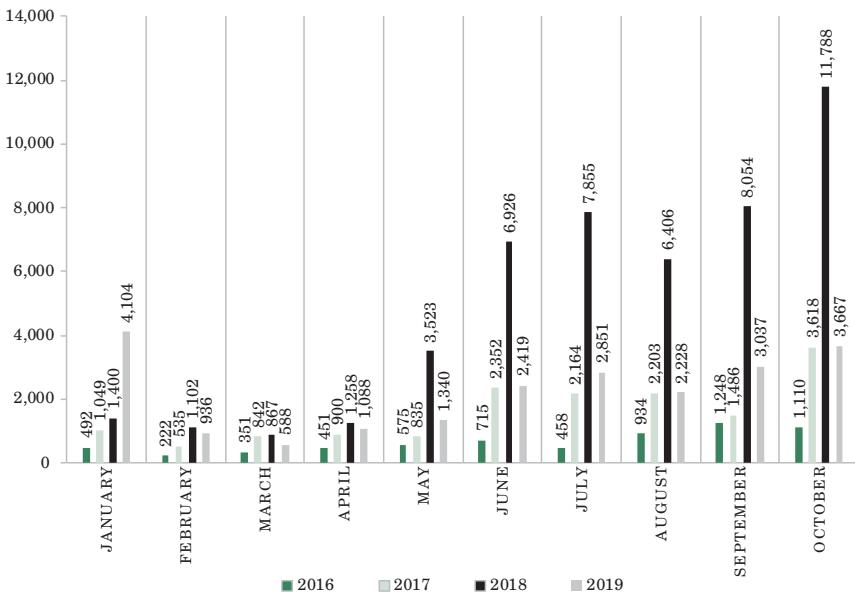
En el caso de España, los datos disponibles evidencian que el año 2019 ha supuesto una mejora muy considerable en diferentes áreas, entre otras, en el reasentamiento de refugiados sirios que desde el 2016 supone el reasentamiento de 2.263 refugiados:



Fuente: <https://migration.iom.int/reports/europe---mixed-migration-flows-europe-monthly-overview-october-2019?close=true>

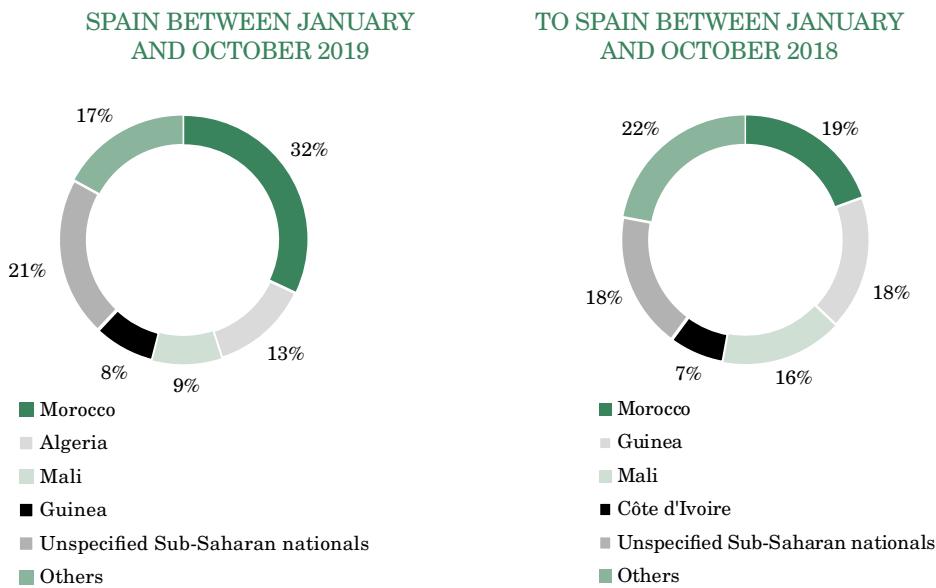
Los datos totales de llegadas por mar y tierra a España, claramente permite identificar los países con los que se deben establecer estrategias de cooperación nacionales, complementarias a las de la UE, para reforzar la contribución de estos países terceros:

ARRIVALS IN CEUTA AND MELILLA, COMPARISON 2018–2019



Fuente: <https://migration.iom.int/reports/europe---mixed-migration-flows-europe-monthly-overview-october-2019?close=true>

En concreto, los países más relevantes para España, en tanto países de origen de las entradas irregulares por vía marítima, son Marruecos, Argelia, Mali y Guinea:



Finalmente, para el caso de España, la gestión de los menores acompañados y no acompañados migrantes y refugiados en 2019 es relevante. En términos cuantitativos supone que, entre

enero y junio de 2019, se atendió a 1750 menores acompañados y no acompañados (31% y 69% respectivamente), lo que supuso un 20% menos que en el mismo período de 2018. En septiembre de 2019, los servicios competentes del gobierno español había proporcionado asistencia a 13.400 menores de ambas tipologías en centros especializados.

Desde esta visión global, regional y nacional del fenómeno migratorio, en el presente número se abordan diferentes aspectos vinculados con el poliédrico mundo de las migraciones.

La primera aportación corre a cargo de Zulima Sánchez quién nos ilustra con un estudio histórico-comparado sobre los retos que debe hacer frente las administraciones públicas para encauzar la casuística de situaciones que plantea acoger, educar, proteger y crear un espacio en las ciudades en las que los inmigrantes puedan desarrollar todo su potencial y las sociedades de acogida comprendan la diversidad y multiculturalidad. Realiza un análisis, desde el reformismo social y el concepto norteamericano de Administración social. El modelo de referencia que plantea es el que se implementó en Chicago en el Siglo XIX para hacer frente a los flujos migratorios. Cada una de las políticas públicas que se adoptaron en Chicago sirven como punto de comparación para la implementación de la Agenda Europea de Migraciones.

Emellin de Oliveira nos adentra en una de las temáticas que más impacto ha tenido en los últimos años en Europa como es el tema de los refugiados y cómo se ha tratado de gestionar globalmente esta crisis a través del Pacto Global sobre los refugiados. La autora analiza este Pacto, pero siempre bajo la premisa que hay, explícita e implícitamente, un consenso a nivel de los Estados que la relación entre migración y seguridad debe continuar. Emellin trata de evidenciar que esta relación genera mucha controversia por las implicaciones que pueden tener las medidas de control de fronteras con los derechos humanos de las personas solicitantes de asilo. En el desarrollo de su argumento se evidencia que, pese a que debe existir un control fronterizo, hay que arbitrar los mecanismos necesarios a nivel global para no vulnerar los derechos de los refugiados que se han visto forzados a emigrar por diferentes razones y motivos, colocándolos en una situación de vulnerabilidad que debe tener respuesta.

La tercera contribución, elaborada por Irene Claro, nos conduce a la interesante e imprescindible reflexión de cómo garantizar el «interés superior del menor» víctima de trata. Irene Claro, con su claridad y rigor expositivo, plantea, frente a este reto, diversas soluciones ancladas en sólidos argumentos legales internacionales, europeos y nacionales complementándolos con los pronunciamientos judiciales del TEDH y del TS para ofrecer una solución *en pro* del «interés superior del menor». Entre las áreas prioritarias de actuación, se encuentra la detección e identificación de la víctima menor que debe abrir el proceso para que sea derivado y sujeto a una especial protección. Sin lugar a duda, sus reflexiones contribuyen a tener una especial atención y encontrar una ajustada solución a la legalidad internacional y nacional para la protección de menores víctimas de trata.

El cuarto artículo que integra este número aborda la situación generada por un fenómeno equiparable al planteado por el conflicto sirio pero al otro lado del Atlántico: la emigración venezolana y los 4.6 millones de venezolanos afectados, bajo diferentes modalidades, en un proceso migratorio, tanto en la región, como fuera de ella. Su autor, Javier Niño, nos pone en el contexto histórico que ha conducido a esta situación y muestra las cifras de emigrantes y solicitantes de asilo venezolanos que han sido acogidos o gestionados especialmente por los países vecinos. Lo paradigmático de esta visión es que un volumen como el que han tenido que gestionar los países en latinoamericano hubiera provocado un agrio debate político en la Unión Europea sobre las medidas europeas y nacionales a adoptar para gestionarlo.

La quinta aportación para el debate y reflexión en el presente número tiene como autor a Marcos Crespo, quién suscita un estudio jurisprudencial sobre cómo se ha interpretado por los

tribunales españoles las circunstancias excepcionales de las víctimas de trata para otorgarles un permiso de residencia. Marcos Crespo parte del concepto de víctima y el de circunstancias excepcionales, para luego adentrarnos e ilustrarnos sobre la casuística jurisprudencial y las interpretaciones ofrecidas por nuestros tribunales.

La sexta y última contribución para el debate protagonizada por Blanca Azcárate y José Julio Rodríguez se centran en el análisis de la migración transoceánica realizada por emigrantes españoles hacia América. Es sumamente interesante la lectura de este análisis ya que al hablar de los flujos migratorios hacia España y Europea se olvida que nosotros también nos vimos abocados a afrontar las dificultades y procesos migratorios por diferentes y múltiples causas. Los autores nos ilustran con el contexto legal, social y cuantitativo de la emigración española hacia América y las vicisitudes de toda índole a las que tuvieron que hacer frente. Un relato de concienciación muy oportuno.

El número se concluye con un exhaustivo comentario de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre los derechos de debido proceso y recurso efectivo desde la óptica de su aplicación a los migrantes. Este análisis comparado realizado por María Ligia Mantilla pretende extraer criterios válidos universalmente a la hora de aplicar y garantizar los derechos humanos, sea en el continente americano sea en el continente europeo.

I. Estudios

El fenómeno migratorio. Una historia interminable de retos para las administraciones públicas de todo lugar y tiempo. Del Reformismo social de Chicago a la Agenda Europea de Migración. ¿Hemos avanzado?

Migrations. A never end history of challenges for Public Administrations, over time. From Chicago's social reformism to the European Migration Agenda. Have we made progress?

ZULIMA SÁNCHEZ SÁNCHEZ*

1. LA REALIDAD MIGRATORIA EN EUROPA. ¿REFORMISMO O INMOVILISMO?

La Unión Europea se ha caracterizado por la defensa de derechos y libertades fundamentales desde su constitución. Por ese motivo se hubiera esperado que, en estos años de crisis migratoria, la Unión y los países que la conforman se hubieran afanado en servir de guía para que la regulación y actuación de las administraciones fuera tendente a preservar dicha tradición de acogida. La realidad no se ha manifestado de ese modo ya que la apertura de las fronteras interiores y la creación del espacio Schengen, que aseguraba la libertad de circulación interna y favorecía el flujo de ciudadanos y de mano de obra dentro de la propia Unión, han

supuesto también una política restrictiva y de control cada vez más intensivo en sus fronteras exteriores, tornándose menos propicia a la recepción de ciudadanos de terceros estados y primando la seguridad sobre la libertad en el acceso desde las fronteras exteriores¹.

Pudiera decirse que Europa se debate entre dar continuidad a la regulación proteccionista de derechos y libertades de los que a ella llegan o aprobar normas que garanticen la seguridad de los ciudadanos europeos, siendo restrictivos con el acceso de personas de terceros países y permitiendo la movilidad dentro de la Unión. Esto se ha traducido en un control más estricto en frontera y en una clara restricción de acceso al territorio de la Unión para miembros de terceros países. Toda esta situación ha generado conflictos competenciales entre Estados y la Unión². Sánchez

* Zulima SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Salamanca. Esta investigación fue financiada por Newberry Library Chicago and the Study Abroad Foundation.

¹ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z.: *El derecho de asilo en Europa: en aras de un complejo Equilibrio*, ed. Ratio Legis, 2016, p. 14.

² FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: «Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no

Legido en 2010 llamaba la atención sobre las dificultades a las que se debería enfrentar la política migratoria de la Unión Europea y su regulación tras la crisis económica de 2007. Estos últimos años se han caracterizado por un aumento de recelos soberanistas que no favorecen políticas ni normas más permisivas con el acceso, estancia y trabajo de nacionales de terceros Estados al propio territorio de la Unión Europea³.

La labor de Europa y de las administraciones públicas de los países que la conforman no es fácil. El reto al que se enfrentan exige buscar soluciones en materias, como la migratoria, en la que los seres humanos suelen estar en desacuerdo, pero que sin regulación por la administración y directrices desde Europa, sólo se favorecería la escalada del conflicto y crearía mayores perjuicios, desprotección y precariedad social. Así describía Dwight Waldo la labor de la administración pública que ha servido de acicate a muchos autores para reflexionar cual debe ser la labor de la administración actual para la solución de conflictos como el migratorio que aquí se plantea⁴.

Es necesario introducir cambios en la regulación, porque en la actualidad el sistema de control de fronteras exteriores no evita la entrada de migrantes irregulares ni su llegada a territorio europeo en busca de asilo o de mejores condiciones de vida y laborales. Es preciso que desde la Unión Europea se intenten marcar directrices globales en la regulan-

resuelto». WAA: *Memorial para la Reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, t. 1. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2016 pp. 333-378.

³ Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A.: «Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva ley de asilo» en WAA: *Inmigración y asilo. Problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva Ley*, Ed. Sequitur, Madrid, 2010, p. 13.

⁴ WALDO, D.: *The administrative State: A study of Social Welfare in America*, New York: Ronald Press, 1970; STIVERS, C.: *Bureau men, settlement women. Constructing Public Administration in the Progressive era*, ed. University Press of Cansas, 2000. ARENDT, H.: *Between Past and Future: Eighth exercises in political thought*, New York: Viking, 1998.

ción y control de la migración y el asilo. Todo ello en aras de una mayor aplicación del principio de subsidiariedad entre países⁵. Además este esfuerzo será en vano si a estas políticas no se acompaña una labor por parte de las administraciones que permita la integración de los recién llegados en la sociedad. Sin esta labor el distanciamiento social será mayor y también los conflictos derivados de éste. La Unión Europea, por tanto, lucha por la salida del inmovilismo. La Agenda Europea de Migración es buen ejemplo de ello. En cambio, la política nacional de algunos Estados parece negarse a incorporar reformas.

Interesa saber cuales son los retos que deben asumir las administraciones públicas ante el fenómeno migratorio. Se debe apuntar que se trata ésta de una realidad que acompaña al desarrollo de la propia humanidad como seña de identidad del hombre, siempre migrando o desplazándose⁶. Volveremos los ojos a la historia reciente para constatar cómo ya antes hubo situaciones complejas que precisaron de la labor de la academia –los reformistas sociales– para hacer realidad el cambio que las administraciones públicas debían asumir. Estas reformas pretendían conseguir unas mejores condiciones de vida para los inmigrantes y con ello evitar el enfrentamiento social y el rechazo. Mejorando las condiciones de vida y favoreciendo la integración se mejorarían las relaciones de todos los actores, mejorarían las condiciones mínimas para los inmigrantes y se restauraría el equilibrio social.

Un ejemplo de esta realidad se vivió en el Chicago de finales del Siglo XIX y principios del XX. Fue ésta una ciudad que tuvo que asumir uno de los mayores retos migratorios que se han conocido y que forzó la aparición de la Administración social. Desde la necesidad de reformar gradualmente las instituciones y ad-

⁵ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z.: «Un sistema europeo común de asilo: ¿desdibujando la competencia de los Estados», Revista española de derecho europeo, n. 64, 2017, p. 77-112.

⁶ Vid. TZITZIS, S.: *Identité culturelle et humanisme, de la Grèce Antique à l'Europe moderne*, ed. Buenos Books International, París, 2011.

ministraciones, los reformistas sociales buscaron soluciones aplicando un método de trabajo sobre el terreno. Ese trabajo llevó a un nuevo modelo de diseño de ciudad, de integración de inmigrantes, de prestación de servicios, de inclusión y, en fin, de acercamiento entre dos realidades que compartían el mismo espacio, no sin pocos problemas.

Encabezando esta labor estaba Jane Addams, la primera mujer galardonada con el Premio Nobel de la Paz, cuya labor ha merecido que se la reconozca como precursora de la Administración Social en Estados Unidos⁷. Esa historia de hace ya una centuria, sigue en pleno vigor y merece ser recordada porque las soluciones que allí se propusieron a los problemas que se identificaron, siguen siendo ahora una realidad que se ha reflejado en la Agenda Europea de Migración, y que debe servir de objetivo y modelo a los países de la Unión Europea para dejar el inmovilismo y decantarse por un neoreformismo social en materia de integración de inmigrantes.

2. REACCIÓN CONTRA EL INMOVILISMO POR LOS REFORMISTAS SOCIALES: DE GUMERSINDO DE AZCÁRATE A JANE ADDAMS. BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO VERSUS REFORMISMO SOCIAL

2.1. Análisis y reforma de la realidad social

En los últimos años del siglo XIX la prosperidad económica propiciada por la revolución industrial requirió de una serie de medidas que

paliaran sus consecuencias no tan venturoosas para muchos sectores sociales. Los cambios producidos por esta revolución se hicieron sentir en la política, la ideología y la sociedad sin solución de continuidad. De tal forma describía Gumersindo de Azcárate la necesidad del político de «discernir en los hechos lo que hay que suprimir y lo que hay que reformar». Saber triunfar en esta empresa merecía el calificativo para el autor de obra de arte⁸.

Doce años mas tarde de que Azcárate reflexionara en España sobre «el problema social» Henry Adams, un historiador y analista estadounidense, abrumado por los contrastes sociales que la prosperidad había provocado en muchas ciudades, fue el primero en preguntarse «si la población Americana sabría hacia donde se dirigía». Era preciso, como decía Azcárate, reflexionar, pensar y analizar la realidad para proponer algunas reformas.

La realidad social provocó una reacción rápida de intelectuales, historiadores, políticos, juristas y sociólogos, ávidos de analizar la realidad y plasmarla. En esta situación los reformistas reclamaron su papel en ambos lados del Océano Atlántico. Esa necesidad de análisis social de finales del siglo XIX y principios del XX fue la que inspiró el trabajo de Taylor Graham, Lincoln Steffens o Jane Addams⁹. Un trabajo que se traducía en estudios de sociología con un método basado en las experiencias propias que utilizaron como laboratorio, entre otros, casas que servían de apoyo y centro cívico en zonas marginales de grandes ciudades como Chicago. Christopher Lasch destaca cómo la clase acomodada se dedicó a plasmar por escrito y de forma autobiográfica la realidad social y la sorpresa de sus hallazgos sobre el terreno en su obra sobre «el pensamiento social de Jane Addams».

La teoría social de este periodo apostaba por estudiar la realidad y adoptar medidas de

⁷ SHIELDS, P. M. and SOETERS, J.: «Peaceweaving: Jane Addams, positive peace, and public administration. *The American Review of Public Administration*, 47 (3), 323-339, 2017; SHIELDS, P.M: Progressive Pioneer of Peace, Philosophy, Sociology, Social Work and Public Administration, Ed. Springer, 2017, p. 43 a 90. Ver especialmente el capítulo 4: «Jane Addams: Pioneer in American Sociology, Social Work and Public Administration», VWA.

⁸ DE AZCÁRATE, G.: Resumen de un debate sobre el problema social, Madrid, 1881, p. 139.

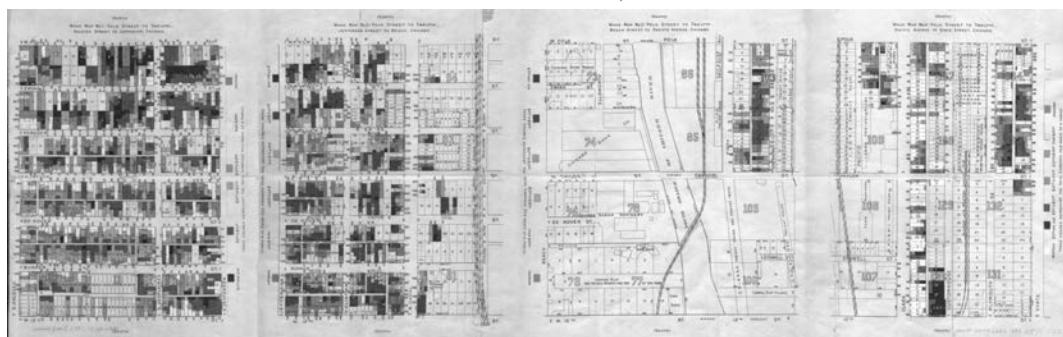
⁹ WILLRICH, M.: *City of courts. Socializing Justice in Progressive Era Chicago*, Cambridge University Press, 2007.

mejora¹⁰. Esta situación de intervención sobre la realidad no se ha mantenido en el tiempo con la misma fuerza que lo han hecho sus descripciones personales sobre la realidad social que vivieron. De esa época son los libros de la Premio Nobel de la Paz, Jane Addams: *Democracia y ética social* (1902), o *Los nuevos ideales de la paz* (1907) y en ese continuo análisis las obras posteriores como: *Segundos veinte años en la Hull-house* (1930), *The excellent becomes the permanent* (1932), pero la claridad, inmediatez y el poder de los libros que descubrían la pobreza en la que vivían los inmigrantes de aquella época, aún hoy día, obligan al lector a simpatizar con la existencia

y vida de aquellas personas. Como decía Lasch, para sus coetáneos los inmigrantes que vivían en barrios marginales de Chicago causaban temor y mantenían en permanente estado de alerta al resto de la población por su difícil situación social¹¹.

En todos estos estudios se analizaba la realidad de los inmigrantes en la ciudad de Chicago. Se diseccionaban calles y bloques y se identificaba con colores la procedencia de las familias, su salario mínimo y el número de personas que se hacían en cada vivienda. Esto permitía hacer propuestas de trabajo, asistencia, edificación o servicios.

NATIONALITIES MAP NO. 1—POLK STREET TO TWELFTH; HALSTREET STREET TO JEFFERSON, CHICAGO



Source: Hull House Maps and Papers (North) Nationalities Map No. 1.—Polk Street to Twelfth, Halstead Street to Jefferson, Chicago, Special Collections, Map courtesy of the Newberry Library, Chicago.

Las propuestas se llevaban a la prensa, a los órganos de participación de la ciudad en diferentes sectores y a las Comisiones de expertos en distintas materias. En estos mecanismos de participación orgánica se presentaban informes con datos y se hacían sugerencias. Más adelante veremos esas propuestas en materia de familia, derechos en el trabajo, lucha contra la explotación de seres humanos, políticas de integración y de ayuda a los inmigrantes más pobres de la ciudad. Estas medidas coinciden con las líneas estratégicas principales de la agenda Europea de Migración.

2.2. Europa: la Administración pública basada en los derechos de las personas y garantía del Estado social

El reformismo social consiguió aunar las ideas liberales y poner freno al individualismo que informaba su puesta en práctica del ideario socialista. En España de manos de la Institución Libre de Enseñanza y su idealismo ético, así como de principios en los que se basaba la moral cristiana¹².

¹¹ LASCH, C.: *The Social Thought of Jane Addams*, Bobbs-Merrill, 1965, p. 26.

¹² MONTAÑA MELGAR, A.: «El reformismo social en los orígenes del Derecho del Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, p. 87. 2003.

¹⁰ Definido como Progressive Period.

En esta situación, la posición del Estado y de la administración también comienza a cambiar y se reclama su función social y de búsqueda del interés general. Azcárate lo plasma a la perfección en este texto: «La libertad industrial es cosa excelente. El libre cambio, la libertad del trabajo y de los contratos han contribuido enormemente a acrecer la producción de la riqueza. Es preciso destruir todas las trabas de la libertad, si existen todavía; pero al Estado corresponde intervenir, cuando las manifestaciones del interés individual llegan a estar en contradicción con la misión humana y civilizadora de la Economía política, produciendo la opresión y la degradación de las clases inferiores»¹³.

En sus estudios económicos y sociales Azcárate recuerda la necesidad de que la Administración adopte su vertiente más social y garantista de derechos para los más desfavorecidos. La procura existencial que debe garantizar el estado a aquellos que no disfrutan de unas condiciones mínimas de subsistencia. De esa misma época se deben resaltar los estudios de Concepción Arenal y su crítica a una Administración que excluía de la educación a los más pobres que, por falta de integración, acababan llenando las instituciones penitenciarias de la época de las que ella fue máxima responsable y alto cargo de la Administración¹⁴.

Durante años, el Derecho Administrativo en Europa y España ha insistido también en la necesidad de que las normas e instituciones de la Administración sirvan para encontrar soluciones a la realidad del momento social, político y económico en el que se encuentran. La teoría de Azcarate se recogió a lo largo del Siglo XX en la teoría del Derecho Administrativo. Continúa plenamente vigente la afirmación de López Rodó:

«... la tarea de adaptar nuestra Administración pública a la presente realidad social y económica se impone cada día con mayor apremio»¹⁵.

La adaptación de la normativa a la realidad del momento resulta obligada para que las instituciones administrativas utilicen y apliquen las normas, pero también para que los ciudadanos encuentren soluciones a los problemas que se plantean en momentos diferentes con connotaciones económicas, sociales y políticas distintas, y que deben ser solucionados en el contexto de un Estado Social y de Derecho. Existe pues una exigencia para el legislador de adaptación de las normas a las necesidades reales. Se trata de un objetivo del Derecho Administrativo y por ende del regulador y legislador que define su actuación¹⁶.

El Derecho Administrativo europeo, a través de sus bases constitucionales, siempre se ha vinculado con las concepciones del Estado Social en cuanto pugna por la creación de un derecho que procure el bienestar de las personas, como ya reclamaron Forstöff y Abendroth¹⁷.

La confirmación práctica de sus derechos, así como el control de la actividad de la Administración que en su actuación debe hacerlo con pleno sometimiento a la Ley y al derecho existente en ese momento, pudiendo el ciudadano exigir responsabilidad en caso contrario¹⁸. Por ese motivo:

¹³ DE AZCÁRATE, G.: *Estudios económicos y sociales*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1876, p. 195 y 196.

¹⁴ VID. ARENAL, C.: *El Pauperismo*, ed. Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1897. La cuestión social, ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1895. *Lettre à M. Le Directeur General de l'Administration Pénitentiaire D'Espagne*, Bulletin de la Société Générale des Prisons, 4 (abril de 1883), pp. 468-475.

¹⁵ VID. LÓPEZ RODÓ: *La Administración pública y las transformaciones socioeconómicas*, EA, Madrid 1963, p. 14 y 15.

¹⁶ VID. DÍAZ, E.: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 1966, o Lucas VÉRDÚ: *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Salamanca, 1955.

¹⁷ ABENDROTH, W.: «Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaat im GG der BRD», en E. Forstöff (Hrsg.): *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, DARMSTADT, 1968.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRIÁ, E.: «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», *RAP*, N°. 159, septiembre- diciembre, 2002, p. 173 y «Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional», *RAP*, n°. 166, enero-abril, 2005, p. 99 a 147. y publicado también en *Estudios en Honor del Profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo*.

tivo es necesario adaptar a la nueva realidad la normativa existente. En los últimos años se ha producido una ola de migraciones en Europa que obligan a tomar medidas a los Estados y adaptar las normas a la nueva realidad social existente. El inmovilismo no puede ser la opción ante la mayor ola de migraciones en Europa tras la Segunda Guerra Mundial.

2.3. Reformismo social y origen de la Administración Social en Estados Unidos

Pese a que la doctrina administrativista actual en Estados Unidos ha criticado que, durante años, se ha perdido tiempo en la adaptación del Derecho Administrativo americano a esa realidad constitucional de búsqueda de la felicidad del ciudadano o estado social, como describe Jerry L. Mashaw¹⁹, es cierto que otros autores ven el fortalecimiento de la Administración y la aparición de la Administración Social en la labor de los reformistas sociales, y en concreto en su trabajo por identificar las condiciones reales en las que vivían los inmigrantes en la ciudad de Chicago de finales del siglo XIX y principios del XX. Su finalidad consistía en recabar pruebas y describir la realidad con datos, con el fin de buscar una reacción en la sociedad y la Administración que permitiera que salieran de la marginalidad y mejoraran sus condiciones de vida e integración en la sociedad estadounidense.

Entre ellos destaca Patricia Shields que, en su obra publicada en 2017, ensalza la labor de algunos reformistas como precursores y fundadores de la primera escuela de sociología basada en el estudio de datos en materia de migraciones. Además, identifica en su trabajo el germen de la administración pública social en Estados Unidos. Durante muchos años, la labor de Jane Addams permaneció plenamente vinculada a la sociología. Esta nueva visión de los últimos dos años, ensalza la función que la

líder del reformismo social de Chicago tuvo en la configuración de la Administración Pública Social en Estados Unidos²⁰.

Addams era reformista social pero también alimentaba con su trabajo un giro en la Administración Pública de Estados Unidos de finales del Siglo XIX y principios del XX en Chicago. «Ella fue la fundadora de la Administración pública mediante su contribución a la creación de una realidad de gobierno basado en normas», intentando conseguir una Administración que actuara de forma reglada e incorporando mecanismos de democracia participativa.

En esta línea, ayudó a desarrollar y aprobar un plan de mantenimiento de viviendas como alternativa al modelo de gobierno local existente. En esta construcción de un nuevo marco regulatorio y participativo, el poder ejecutivo local –en su vertiente tanto política como administrativa– se inspiraba y fundamentaba en la idea de justicia social²¹.

En su labor sobre el terreno revisó también el funcionamiento de ciertos servicios públicos y criticó su eficiencia desigual dependiendo de la zona de la ciudad. Identificó estas desigualdades en la eficacia de servicios como recogida de basuras, prestación de servicios de agua potable, electricidad, alcantarillado, pavimento de las calles, colegios, centros de salud o guarderías así como alertó del incumplimiento de la normativa de construcción de vivienda o urbanismo en ciertos sectores.

Las condiciones en las que Addams y otros reformistas trabajaron fueron especialmente hostiles dado que estas demandas de mejora en servicios y cumplimiento normativo se topaban con una administración corrupta asociada con la clase económica más beneficiada tras la revolución industrial y que hacía que los gobiernos, y por ende la administración local, fueran disfuncionales²².

¹⁹ MASHAW, J. L.: *Creating the Administrative Constitution. The lost one hundred years of American Administrative Law*, Ed. Yale Law Library, 2012.

²⁰ SHIELDS, P.M.: *Jane Addams: Pioneer in American Sociology...* op. cit. p. 56.

²¹ SHIELDS 2003, 2008; Stillman 1998; Stivers 2000, 2009

²² HOFSTADTER, R.: *The Progressive Movement: 1900-1915*. Englewood Cliffs, NJ, USA: Prentice-Hall 1963 y SHIELDS, P. M.:

Muchos reformistas se dedicaron a identificar esos problemas de corrupción, ineficacia del sistema y servicios y también formaron parte de agencias federales o Direcciones departamentales como el de mujer o el de infancia, en el que normalmente trabajaban mujeres.

La disfuncionalidad de estas instituciones llevó a muchos a crear sus propias instituciones. La Casa Hull de Addams o la Chicago Commons de Taylor fueron ejemplos de ese tipo de proyectos que mejoraban la oferta de servicios que prestaba el ayuntamiento, con mejor gestión y mejores resultados de integración para los inmigrantes. Su modelo de seguimiento de la realidad de las familias con las que trabajaban y de sus condiciones, sus programas de ayudas y subsidios, búsqueda de empleo, de enseñanza de oficios y cualificación... fueron posteriormente incorporados a la Administración de los Estados Unidos y por ello se vincula a los reformistas sociales con el nacimiento de la Administración Social en Estados Unidos²³.

3. UN MODELO DE BUENAS PRÁCTICAS DE INTEGRACIÓN DE INMIGRANTES: CHICAGO. DE LA HULL HOUSE A LOS CHICAGO COMMONS

3.1. Impacto de la realidad migratoria en la Administración local de Chicago: una Administración disfuncional reformada y regulada como consecuencia de la realidad migratoria

Buena parte del análisis reformista de la época fue el resultado de la sensación que en muchos autores reformistas ya mencionados provocó la ciudad de Chicago. Probablemente fue esta capital la hipérbole de la realidad vivida en muchos otros lugares. En 1830, la ciu-

²³ Jane Addams: Pioneer in American Sociology, Social Work and Public Administration».

²³ SKOCPOL, T.: Protecting Soldiers and Mothers: The Political Origins of Social Policy in the United States. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1992; SHIELDS,op. cit. p. 58.

dad contaba con unos cientos de habitantes, diez años más tarde, en 1840, vivían en ella 4.470 habitantes y en 1890 1.099.850. En el año 1910 en Chicago ya contaba con 2.185.283 habitantes. En 1930 3.376.438²⁴. Fueron cinco décadas consecutivas en las que la ciudad sumaba cada diez años cerca de medio millón de personas.

La realidad social en Chicago era muy dura por la pobreza masiva, la mala calidad de las viviendas, una red de agua y alcantarillado insuficiente, unas condiciones de trabajo peligrosas, altos niveles de delincuencia, explotación de mujeres, y niños y niñas que deambulaban por las calles debido a las largas jornadas laborales de sus padres sin acceso a la educación²⁵.

La ciudad fue el lugar en el que los reformistas tuvieron que luchar por mejorar las condiciones de los inmigrantes con una Administración local marcada por la corrupción de funcionarios y altos cargos que actuaban sometidos a costumbres de otro momento. Fueron defensores del «buen gobierno» puesto que pretendían acabar con la maquinaria política mediante el incremento de competencias regladas del gobierno local y del ayuntamiento en materia de servicios públicos, vivienda y planeamiento.

Para tal fin pretendían incorporar a estas administraciones expertos que no formaban parte del gobierno. Reclamaban, en fin, el mérito y la capacidad en la gestión municipal²⁶. Como el sistema de acceso al empleo público no contaba con garantías, implementaron un sistema de participación administrativa mediante comisiones de expertos que emitían informes en diferentes ámbitos de actuación municipal, en su mayoría conectados con los problemas que sufría la población de inmigrantes.

²⁴ United States Census Reports, 1840-1930.

²⁵ ADDAMS, J.: The Spirit of Youth and the City Streets. Urbana: University of Illinois, 1909.

²⁶ FLANAGAN, Maureen A.: Charter reform in Chicago, Southern Illinois University, 1987.

Además de los mecanismos de participación orgánica en las funciones municipales se promovió la reforma de la Carta de Chicago, una suerte de reglamento de funcionamiento de la ciudad o Estatuto Constitutivo de la misma. En ambos modelos el fin de los reformistas sociales era similar: se debía acabar con la situación de pobreza, marginalidad y falta de integración de los mas pobres de la ciudad: migrantes y afroamericanos del sur.

3.2. La participación orgánica en la toma de decisiones municipales: informando sobre la realidad e identificando necesidades de reforma regulatoria, mejora de servicios públicos y el planeamiento urbano

La ubicación de centros en barrios de inmigrantes y el trabajo que hicieron sobre el terreno con proyectos de acogida hace que, la labor de los reformistas sociales de Chicago hace años, recuerde al trabajo que en la actualidad realizan muchas ONGS y asociaciones locales y nacionales (Acoge, Cáritas o Cruz Roja). Estos grupos realizan en la actualidad una labor esencial en la recogida de datos sobre la realidad en las condiciones de vida y trabajo de los migrantes en Europa. La cercanía con los inmigrantes ha permitido desarticular redes de trata, de trabajo irregular y combatir la pobreza y situaciones extremas en las que muchos viven.

Esta labor se ha visto reforzada en proyectos locales de integración promovidos por las propias administraciones locales o autonómicas en muchas ocasiones financiadas por la Unión Europea²⁷. El fortalecimiento de políticas, locales de integración se descuidó durante algunos años tras su impulso inicial en el año 2003²⁸. Ahora, tras la aprobación de la

Carta Europea de migración, ha vuelto a ser una acción prioritaria y uno de los objetivos de actuación esenciales para generar espacios comunes de convivencia²⁹. La integración de los migrantes pretende que estas acciones ayuden a la población a acercarse y comprender a los nuevos habitantes de ciudades y pequeños municipios para que se generen espacios de convivencia e integración comunes. Estas acciones exigen una reforma en las políticas y competencias de los entes locales (diputaciones y municipios) para gestionar información, servicios y generar espacios de cooperación y participación ciudadana con instituciones que ayudan y conocen la realidad en la que viven los migrantes.

A continuación desarrollamos la experiencia de Chicago, como modelo de integración y que puede servir de ayuda o refuerzo de las medidas que se adoptan. Puede verse como ciertas actuaciones ya se implementaron hace años para resolver una realidad migratoria mucho más compleja. El número de inmigrantes, sus precarios salarios y condiciones de vida y una ciudad con un gobierno disfuncional que no estaba acostumbrada a organizarse y prestar servicios básicos para tantas personas, implicaron un reto organizativo y regulatorio para la Administración pública de Chicago de aquella época. Los reformistas sociales como Addams y Taylor ayudaron a modificar la actuación de la Administración y asegurar mejoras y reformas que tuvieran en cuenta a los inmigrantes.

de la reagrupación de familias para conseguir una mejor integración. No obstante en 2014 la Comisión se vio obligada a aprobar una Comunicación dado que la Directiva no estaba siendo aplicada en algunos casos o en otros no se interpretaba bien. Otra de las medidas fue la aprobación de la Agenda Europea para la integración de nacionales de terceros países que se incorporó también a uno de los cuatro pilares de acción de la Agenda Europea de Migración.

²⁷ En junio de 2016 se aprobó, juntando los dos instrumentos, un plan de Acción de la Comisión para la integración de nacionales de terceros países (COM (2016) 377 de 7.6.2016). En este marco se creó un espacio web sobre integración europea, con modelos de buenas prácticas; una red europea de integración que delimita puntos de contacto por países en materia de integración y el Foro Europeo de la Migración.

²⁷ Ver el proyecto: por una Barcelona inclusiva.

²⁸ Hubo una primera fase que dio excelentes modelos como consecuencia de la aplicación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo que establecía criterios relativos a la reagrupación familiar. En ella se destacaba la importancia de la facilitación

3.3. La participación directa de los reformistas sociales en comités de expertos: informes e iniciativas de acción

Uno de los coetáneos que, junto a Jane Addams, trabajaron en el problema migratorio e integración en Chicago fue Graham Taylor. El impacto de su labor en la consecución de cambios en el Ayuntamiento de Chicago fue, probablemente, tan importante como la de Jane Addams. A diferencia de Addams, él formaba parte de comisiones de expertos a veces en calidad de Profesor de Universidad y otras como pastor. Era hombre y esto facilitaba el acceso a estos órganos participados de toma de decisiones administrativas o informes. Esta distribución de roles ha sido destacada por Stivers en la obra que describe bien la realidad: Bureau men settlement women³⁰.

Taylor compartió trabajo, espacio y siguió, en ocasiones, directrices de Jane Addams en una forma de acción conjunta. La Hull House y la Chicago Commons actuaban en distintas áreas de la ciudad con funciones similares.

3.3.1. Objeto, motivación y fin de la actuación: reflejo en las comisiones

La Chicago Commons Association, situada entre Grand Avenue y Morgan Street celebró su 25 aniversario. Con objeto de dicha celebración se publicó un resumen de las actividades realizadas por la casa entre el año 1894 y 1919. En ellas encontramos la motivación de la misión.

En el documento, publicado en 1919, describe los motivos de su fundación: «comprender, interpretar y cooperar».

«Entender las distintas situaciones y condiciones de vida y a aquellos que por ello

son incomprendidos. Extraños en tierra de extraños han sido siempre nuestros vecinos.

«En un principio, llegaron de países más parecidos al nuestro (Inglaterra, Escocia, e Irlanda, Noruega, Dinamarca y Alemania. Despues llegaron personas menos parecidas a nosotros –italianos, polacos, griegos y turcos que transformaron rápida y radicalmente el barrio, lo que requirió un reajuste de nuestro trabajo»³¹.

G. Taylor pretendía que la ciudadanía de Chicago actuara en los Barrios para conocer la realidad de estos «vecinos», bien como voluntarios o financiando su causa. Su labor de filantropía la llevaba a las iglesias, y a las reuniones de sociedad, como Jane Addams, en las que daba a conocer datos de dicha realidad, problemas pero también avances y pedía dinero para subvencionar una actividad que entendía que debía hacerse por el Ayuntamiento de Chicago o, al menos, subvencionarse. Nada más lejos de la realidad de la época.

Su trabajo en la Chicago Commons no se centraba únicamente en prestar ayuda sino también en levantar datos sobre la nacionalidad, salario y numero de personas que componían las familias. Esos datos los transformaba en informes para instituciones de gobierno o comisiones. La labor de él y de Addams y otros reformistas se reflejó incluso en programas electorales. En 1947, entre los documentos de la colección de Taylor, se encuentra un escrito del candidato por Alderman 26th Ward, Russell J. Dogce, que explica cuales son los temas de mayor importancia en su Campaña de Alderman y que coinciden con el plan de acción de Taylor: «Vivienda y planeamiento urbano; escuelas públicas; servicios comunitarios; servicios civiles; mejoras en el departamento de policía y seguridad en los barrios; consolidación de recursos financieros locales; transpor-

³⁰ Vid. STIVERS, C.: Bureau Men Settlement Women. Constructing public administration in the progressive Era, ed. University Press of Kansas, 2000.

³¹ TAYLOR, G.: Chicago Commons 25 year 1894-1919, ed. HG Adair, Chicago, 1919, p. 5. Colección Graham Taylor papers. Box 56 year 1919, Newberry Library, Chicago.

te urbano; recogida de basuras y control de emisión de gases».

3.3.2. Inmigración y vivienda

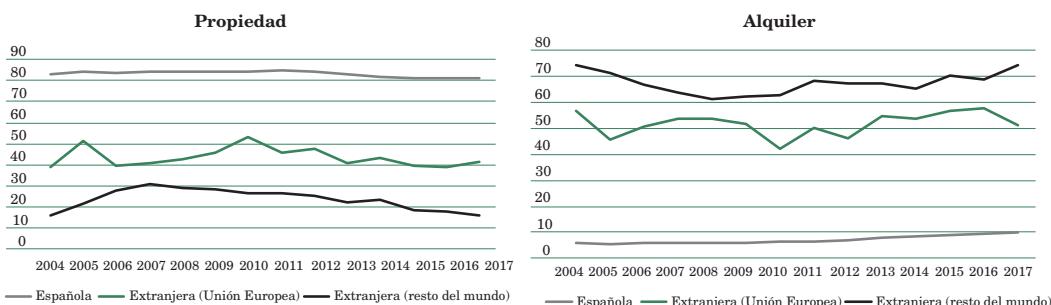
Como sucede en la actualidad, el problema del acceso a una vivienda digna o de calidad fue uno de los problemas a afrontar. En enero de 2018 la Comisión Europea, en el marco de la Agenda Europea de Migración, aprobó una serie de herramientas para fortalecer la integración de inmigrantes en el ámbito municipal. Se trató de una ampliación del plan de acción para la in-

tegración y mejora de la tarjeta azul europea de 2016. Aunque la competencia en estas materias es eminentemente nacional, la Comisión marca una serie de pautas para la integración entre las que destaca la de vivienda.

En España este ha sido un problema importante desde la crisis financiera. El incremento del precio de la vivienda afectó a nacionales e impactó en mayor medida en la población extranjera, lo que provocó una tendencia al alquiler y reducción en la compra de bienes inmuebles en general y en especial por parte de la población inmigrante³².

HOGARES POR RÉGIMEN DE TENENCIA DE LA VIVIENDA Y NACIONALIDAD

En porcentaje sobre el total de hogares de cada nacionalidad, según la de su persona de referencia



Fuente: INE, Encuesta de Condiciones de Vida.

Es imprescindible utilizar la actividad administrativa de fomento de construcción de vivienda de protección oficial y que ésta se diseñe de forma inclusiva en las ciudades. Debe huirse de la segregación espacial de inmigrantes si no se dota a estos espacios de servicios. Estudios recientes han destacado que la concentración de población inmigrante, per se, no necesariamente tiene como consecuencia la segregación si se actúa bien sobre el terreno. La segregación «depende del entorno social, más o menos inclusivo; de las condiciones económicas y sociales de los residentes en estos espacios, de la valoración social del grupo con el que se identifica esa zona; del carácter voluntario o impuesto de la adscripción a ese espacio y del establecimiento o no de fronteras

sociales que lo categoricen como “poco conveniente”»³³.

En el mismo sentido los reformistas trabajaban en materia de vivienda en Chicago. Taylor afirmaba: «La escasez de vivienda se debe a la falta de capital privado e interés por resolver sus deplorables condiciones. Con el

³² Víd. IRIONDO MÚGICA, I. y RAHONA LÓPEZ, M.: «Vivienda y condiciones de vida de los migrantes en España», Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, N° 80, p. 269-291. T. HERNÁNDEZ DE FRUTOS y E. CASARES GARCÍA, Barataria, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, núm. 21, págs. 91-109, 2016.

³³ Víd. WAA: La inmigración en España, efectos y oportunidades, Informe 2.2019, Ed. CES, 2019, p. 148. Esta obra refleja la realidad de la inmigración en vivienda y estrategias residenciales en la España Rural y Urbana.

fin de solucionar cuanto antes este problema es necesaria una acción conjunta federal, estatal y municipal de construcción de vivienda». Como miembro del Consejo de la Autoridad de vivienda de Chicago³⁴ propuso «...ofrecer prestamos directos financiados por las antedichas administraciones territoriales con el fin de construir casas de alquiler para todos los miembros de la comunidad».

Su propuesta pasaba por que la legislación del Estado y de la ciudad fueran reformadas para facilitar la adquisición de terrenos en barrios pobres y reducir o eliminar los impuestos locales en función de las circunstancias de cada zona³⁵. Se trataba de aplicar medidas de subvención de elaboración de obra pública para conseguir viviendas más asequibles.

Algunas de estas peticiones fueron acogidas, por ejemplo la solicitud realizada por el Comité de Servicios Sociales de vender también a familias de color e inmigrantes, las casas que se construirían entre 7th Street y Stat Street. El precio se fijaba previamente (era de 4.200\$) y en dicho precio estaba incluida tanto la vivienda como un pequeño terreno. En este caso, por ejemplo, el precio de mercado era de 6.500 \$. La labor consistía pues en intervenir en las comisiones para garantizar que no se negara el acceso a la compra de vivienda a inmigrantes y, por otro lado, pactar un precio por debajo del de mercado ya que los bajos salarios de los trabajadores inmigrantes no permitía el acceso a la vivienda en condiciones de igualdad con otras familias³⁶.

La Chicago Commons y la Hull House también publicitaban el acceso a este tipo de viviendas y elegían a las familias que podrían beneficiarse de la ayuda, teniendo en consideración sus necesidades y problemática. Por

tanto ya existía en Chicago, y gracias a la labor de los reformistas, un sistema incipiente y pionero de acceso a viviendas de protección oficial promovido desde el Comité de Servicios Sociales del Ayuntamiento, a propuesta de los representantes de instituciones que trabajaban con migrantes.

3.3.3. *Escuelas públicas: integración en el sistema educativo*

Otro de los aspectos esenciales para la integración y el cumplimiento de los objetivos de la Agenda Europea de Migración se basa en desarrollar acciones educativas que permitan la integración³⁷. La Administración, a través del servicio de educación, fomenta el trabajo y la acción multidisciplinar con los niños, sus familias y asociaciones, para conseguir una correcta adaptación y desarrollo en el ámbito educativo³⁸. El sistema educativo se ha beneficiado del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) con financiación para mejorar los medios materiales de los centros, en especial para fomentar la accesibilidad y modernización de los mismos. Pero los programas que desde 2014 más han ayudado a la integración de inmigrantes en el sistema educativo, han sido los financiados desde el Fondo Social Europeo y el Fondo de Asilo, Migración e Integración (FAMI)³⁹.

³⁷ A. TRINIDAD REQUENA *et al.*: «Las políticas de integración social de los inmigrantes en las comunidades autónomas españolas», editado por J. IGLESIAS DE USSEL, Fundación BBVA, 2010. A. MARTÍNEZ DE LIZARRONDO ARTOLA: «Los procesos de gestión y evaluación de las políticas de integración de inmigrantes en las comunidades autónomas», Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Gestión y Análisis de Políticas Públicas, 2009.

³⁸ SORIANO-AYALA, Encarnación & GONZÁLEZ-JIMÉNEZ, Antonio J. (2010): El poder educativo de las asociaciones de inmigrantes en las escuelas multiculturales. RELIEVE, v. 16, n. 1, p. 1-20.

³⁹ Reglamento (UE) nº 514 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por el que se establecen disposiciones generales sobre el Fondo de Asilo, Migración e Integración y sobre el instrumento de apoyo financiero a la cooperación policial, a la prevención y la lucha contra la delincuencia, y a la gestión de crisis (Reglamento Horizontal).

³⁴ Organismo local dependiente del Ayuntamiento de Chicago para la gestión y planificación en materia urbanística.

³⁵ *Vid. Graham Taylor Papers, Newberry Library Chicago, Caja 57.*

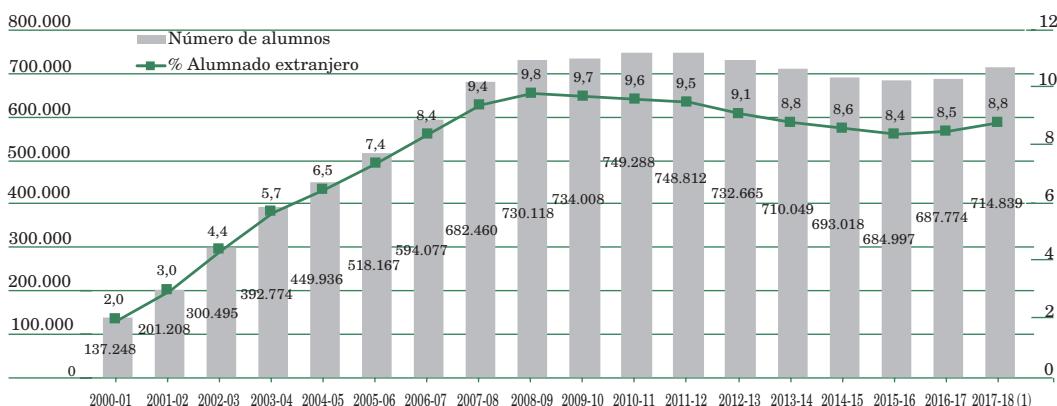
³⁶ *Vid. Graham Taylor Papers, Newberry Library Chicago, Caja 57, en una carta recibida el 7 de agosto de 1919 por Taylor de la Chicago Housing Association.*

Estos programas inciden, sobre todo, en la formación de educadores, su sensibilización y fortalecimiento de destrezas que faciliten la integración. Con la formación de empleados públicos y su capacitación para afrontar esta nueva realidad migratoria, se pretende conseguir mejorar los resultados de los niños y niñas que llegan a Europa. Estas ayudas llegan de forma irregular a las distintas regiones de Europa, dependen de las políticas de cada uno de los estados miembros y de cómo la administración regional en cada uno gestione el sistema educativo, lo que provoca gran desigualdad entre centros públicos⁴⁰. El servicio educativo prestado por la Administración varía no sólo entre países, sino dentro de

las distintas regiones e incluso en los distintos barrios de una misma ciudad. Las ayudas inciden en evitar el abandono escolar y, de la mano del Fondo de Ayuda Europea para los Mas Necesitados (FEAD), se coordina ayuda o asistencia material para los inmigrantes con rentas más bajas.

En España, la quinta parte de los inmigrantes son menores en edad de escolarización. El impacto de esta realidad en el sistema educativo en los últimos años ha sido relevante. Según el informe de CES de 2019, los alumnos de procedencia extranjera en el alula ha pasado, en proporción, de un 2% de los escolarizados en el año 2000 a un 9% en el curso académico 2017-18.

Evolución del alumnado extranjero escolarizado en enseñanzas no universitarias de régimen general



(1) Datos avance.

Fuente: Ministerio de Educación y Formación Profesional, Subdirección General de Estadística y Estudios, Estadística de las Enseñanzas no universitarias.

Uno de los retos de nuestro país se basa en intentar identificar los factores que inciden en la concentración en ciertos centros de una gran población de escolares inmigrantes. La presencia de alumnado extranjero es irregular así como también hay una tendencia a que los alumnos nacionales elijan centros

concertados⁴¹. Según el informe CES sobre inmigración esta concentración «puede tener efectos adversos sobre el rendimiento educativo, sobre la cohesión y en su integración social». Por este motivo se apela a la creación de espacios más homogéneos y a la necesidad

⁴⁰ Vid. VÁZQUEZ VERDERA, Victoria: «MARTINEZ USARRALDE, M. J. (ed.) (2010) Y para muestra ... Políticas educativas de inmigración y modelos de escuela que practican la interculturalidad.» *Teoria de la Educacion*, vol. 23, nº. 2, 2011, p. 192.

⁴¹ Vid. M.ª J. ARROYO GONZÁLEZ e I. BERZOSA RAMOS: «Atención educativa al alumnado inmigrante: en busca del consenso», *Revista de Educación* núm. 379, MECD, enero-marzo de 2018. J. BETTS y R. W. FAIRLIE: «Does immigration induce «native flight» from public schools into private schools?», *Journal of Public Economics*, núm. 87, issues 5-6, págs. 987-1012, mayo de 2003.

de ampliar la oferta educativa para la capacitación profesional y el acceso al mercado de trabajo, además de intentar diversificar a los alumnos en el aula⁴². Otra de las opciones que se plantea es la de dotar a los centros con más concentración de alumnos inmigrantes de más medios materiales y personales y equipos bien formados para afrontar la diversidad de origen⁴³.

La necesidad de capacitación de los educadores y maestros también fue una constante de la lucha de Janne Addams y de Graham Taylor. Se solicitaba un sistema de acceso por mérito y capacidad y la imparcialidad en la Comisión de selección que debería formarse por personal docente cualificado y padres que actuaran con imparcialidad.

«Nuestras escuelas públicas deben mantenerse al margen de la dominación política y el control con el fin de que sean acreditadas mediante una autoridad superior con competencias en materia educativa. Este plan se presentará al Alcalde con la aprobación del City Council, que deberá nombrar un Consejo de educación con personal cualificado que elegirá entre una lista de nominados presentados por un comité imparcial de ciudadanos y educadores, con el fin de que cumpla sus objetivos»⁴⁴.

Otro de los objetivos de los reformistas fue generar espacios en sus centros para la profesionalización y capacitación de los inmigrantes. Se hicieron varios trabajos por parte de los representantes de las Federaciones nacionales de asentamientos en los que se identificaron ta-

⁴² Vid. X. BONAL: «La política educativa ante el reto de la segregación escolar en Cataluña», Instituto Internacional de Planeamiento de la Educación, UNESCO, 2018; WAA: La inmigración en España, efectos y oportunidades, Informe 2.2019, Ed. CES, 2019, p. 166.

⁴³ Consejo Escolar del Estado, Informe sobre el estado y la situación del sistema educativo, curso 2002/2003, Ed. Ministerio de Educación y Ciencia, 2004; Defensor del Pueblo, La escolarización del alumnado de origen inmigrante en España: análisis descriptivo y estudio empírico, vol. I y II, 2003.

⁴⁴ Colección Graham Taylor papers. Box 56 year 1919, Newberry Library, Chicago.

lleres de mujeres⁴⁵, hombres⁴⁶ y niños y niñas⁴⁷. También grupos mixtos de chicos y chicas, hombres y mujeres⁴⁸. Esta labor era complementaria a la del colegio y al trabajo, en horario compatible. Los talleres que se impartían en los distintos asentamientos en los barrios tenían reuniones comunes una vez al mes para fomentar la comunicación y compartir problemas conjuntos. También se aprovechaban estas reuniones para realizar encuestas y reunir información que después se plasmaba en informes que se distribuían en grupos sindicales (sobre accidentes laborales o falta de profesionalización), empresarios de diferentes sectores (con oferta de trabajadores cualificados y de empleos) y en instituciones de gobierno. Estos centros se convirtieron en una suerte de servicios de empleo y formación de desempleados y capacitación de trabajadores.

3.3.4. Ayuda social

La Agenda Europea de Migración habla de la necesidad de adoptar un sistema de subsidio para aquellos inmigrantes que no encuentran trabajo o no tengan otro medio de vida. La tarjeta azul ha sido una de las iniciativas que se han intentado implementar intentando apelar a un criterio común y en aplicación del principio de Solidaridad entre Estados en la Unión Europea.

Las condiciones de acogida que reciben los solicitantes de asilo en cada país es muy diver-

⁴⁵ Clases de cocina, nutrición, cuidado de la casa y costura. Clubs de chicas: 10 grupos de niñas de 14 a 25, la mayoría trabajadoras, se reúnen semanalmente con un líder, son grupos autónomos y deciden sobre cursos como hacer camas, coser, o trabajos a mano.

⁴⁶ Talleres de manualidades y oficios (carnicería, mecánica...etc.). Reuniones de negocios, conferencias con representantes sindicales.

⁴⁷ Para los niños: clases de manualidades, gimnasio con duchas. Salas de juegos. Biblioteca, Banco de ahorro de peniques. En verano: escuela de verano, picnics, juegos en la calle. Para las niñas: préstamo de libros, visitas a fábricas y lugares de interés, charlas sobre salud, fiestas cafetería picnics en verano.

⁴⁸ Inglés y ciudadanía dos clases por noche; forum de discusión de problemas públicos en inglés y debates.

sa. Esto pretende modificarse desde la aprobación de la Agenda Europea de Migración en 2015. Así se establece en el último de sus cuatro pilares en el que se reclama una política común de asilo. En algunos países los solicitantes son retenidos en centros de los que no pueden salir, en otros lugares no ven mermada su libertad deambulatoria. En ciertos lugares reciben ayuda económica y hay desigualdades en cuanto a la cuantía de la misma, lo que provoca un efecto llamada sobre los países que garantizan mejores condiciones. También influye el tipo de protección conseguida en cada uno de los países. La agenda pretende la unificación de todos estos criterios⁴⁹.

Entre las actuaciones de la Agenda destacó la iniciativa que pretende atraer talentos a la Unión mediante la posibilidad de acceso con la tarjeta azul, que también permite la movilidad entre países de la Unión y que apenas ha sido empleada por los estados. Las opciones de implementación que se dan a los estados por sectores productivos o en la propia adopción o no de esta medida, ha hecho que la efectividad del modelo de captación de talentos haya tenido resultados poco fructíferos que también han destacado los autores y la propia Directiva. Desde que se implementó sólo se han expedido 16.000⁵⁰.

España apoyó la iniciativa de la implementación de una tarjeta azul desde el principio, si bien no fue tan bien acogida por Alemania, Holanda o UK, este último país decidió no adoptar la Directiva. Tras su aprobación, y pese a la oposición inicial, Alemania implementó en la normativa interna de migración

el uso de este medio de acceso. También Suecia. En España se regula en el artículo 38 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, así como en los artículos 84 a 93 del Reglamento que desarrolla la Ley aprobado por Real Decreto 557/2011 de 20 de abril.

Uno de los problemas fundamentales en la implementación de la tarjeta azul es la diversidad de requerimientos y la poca uniformidad entre estados. El nivel de estudios exigido es diferente, la experiencia previa profesional (entre 3 y 5 años), o el requisito de recibir un salario mínimo anual en ese puesto hacen que la disparidad sea enorme entre unos y otros países, en este sentido puede verse el trabajo de Cerna sobre la implementación por países⁵¹. La Agenda Europea de Migración pretende unificar todos estos criterios.

Sin duda uno de los problemas más importantes a los que se enfrentaron los reformistas sociales de la época fue la de hacer frente a la pobreza que afectó a los inmigrantes en períodos de guerras, de crisis económica o de problemas sociales. Graham Taylor describió el Chicago Common del West Grand Aveniew así: «Situado en un distrito en el que viven 40.000 personas en una milla cuadrada, donde hay gran cantidad de casas y la vida familiar se vive en estrés y presión».

Los reformistas se vieron en la necesidad de adoptar medidas ante la situación de desempleo que existía en la ciudad y que provocaba que muchas familias no tuvieran recursos para sobrevivir. El 24 de julio de 1836, a las 8 de la noche, se convocó una reunión de ciudadanos en Eckhart Park. La actividad se propuso por las Organizaciones cívicas y pretendía dar a conocer la preocupante situación de necesidad extrema que afrontaban mu-

⁴⁹ Vid. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z.: *The right to asylum in Europe. Innovation of asylum procedures*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2018; «Un sistema europeo común de asilo: ¿desdibujando la competencia de los Estados?» *Revista Española de Derecho Europeo*. 64, pp.77, 2017.

⁵⁰ Aprobado mediante Directiva 2009/50/CE, de 25 de mayo sobre condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. Vid. GÜMÜS, Y.K.: «EU Blue Card Scheme: The Right Step in the Right Direction?» *European Journal of Migration and Law*, 12, 2010, pp. 435 a 453.

⁵¹ CERNA, L: «Understanding the diversity of EU migration policy in practice: the implementation of the Blue Card initiative», *Review of Policy Studies*, 2013 Vol. 34, No. 2, Ed. Routledge, pp. 180 a 200.

chas familias. Para ello se invitó a distintos ponentes que describieron la realidad social del momento y reclamaron la necesidad de reabrir los centros de auxilio (relief stations) dependientes del Ayuntamiento y financiados también por el Estado⁵².

Había miles de familias en Chicago que pasaban hambre. Para revertir la situación se reclamó la necesidad de aprobar leyes y reglamentos en Springfield y el Ayuntamiento, respectivamente. Esta medida hizo que se reabrieran los centros de asistencia a la pobreza o auxilio tras conseguirse una reforma legislativa en el Estado.

También debe destacarse el apoyo del Ayuntamiento. El 9 de marzo de 1921 G. Taylor dirige una carta al Alcalde de Chicago, S. J. Duncan Clark, en la que describe la preocupación tras la reunión mantenida con el Comité ejecutivo de la Boys' Club Federation, órgano sectorial de participación representante de los intereses de trabajadores migrantes que estaban inscritos en la Hull House o la Chicago Commons. En sus funciones consultivas el Consejo informó de la preocupación que existía en los últimos tres años:

«Antes y durante la guerra se apreciaron avances que daban fuerza a todos, pero debido a que la reacción existente se están poniendo en peligro los logros conseguidos y que tanto costaron».

El informe recuerda que en este momento –primera Guerra Mundial– las agencias sociales y civiles: «son absolutamente necesarias en aras de garantizar el progreso y la seguridad pública». La situación que se vivía en estos barrios (de inmigrantes), se había agravado debido al incremento del desempleo:

«el descenso en la renta per cápita, y en algunos casos por la pérdida total de ingresos e incluso la posibilidad de conseguirlos que experimentan multitud de personas y

que son difíciles de sobrellevar después de haber disfrutado de mejores condiciones de trabajo que nunca previamente».

«Tal vez el incremento de la delincuencia juvenil y la propensión a las conductas delictivas se deban al hecho de que el trabajo que había en los Club boys' ha sido la primera línea en las trincheras sobre las que se ha abierto fuego con la supresión de puestos de trabajo por parte de los empresarios»

El informe solicita que el Ayuntamiento se implique en esta problemática que supone aumentar el gasto en ayuda social básica para bancos de alimentos, así como el inicio de negociaciones con el consejo de empresarios para fijar criterios con respecto a salario mínimo y bolsas de trabajo. Otra de las solicitudes que se hacen pretende involucrar al Ayuntamiento en la elaboración de informes y recogida de datos sobre la situación de la población de la ciudad. En la actualidad el censo de los ayuntamientos es de vital importancia para reconocer la población y las necesidades básicas que ésta requiere. El control del padrón es un presupuesto básico para la integración. Esta labor la realizaban los reformistas sociales y no consiguieron, hasta tiempo después, que el Ayuntamiento llevara un verdadero control de la población.

3.3.5. *La base familiar: reagrupación familiar*

Teniendo en cuenta las políticas de la Unión Europea y las acciones en materia de reagrupación familiar ésta se considera como una de los aspectos esenciales para conseguir la integración de los inmigrantes. La Comisión Europea lo expresa en estos términos: «Preservar la vida familiar de los inmigrantes que ya residen en la Unión Europea es especialmente importante para su integración en la sociedad de acogida»⁵³. Por ese motivo se intentan esta-

⁵² Charles Severinghaus, Miss Lea Taylor, Miss Harriet Vit-tum, Antonia Ramano and Joseph J. Barc.

⁵³ *Vid.* VVAA: Migración y Asilo, ed. Comisión Europea, 2014, p. 5.

blecer unos criterios comunes para conseguir la reagrupación familiar: residencia legal, contar con ingresos suficientes y una vivienda son los requisitos que en los distintos países suelen exigirse para poder pedir la reagrupación del cónyuge y de los hijos menores propios o de la pareja⁵⁴. Esta necesidad es vital y se refleja no sólo como estrategia de la Agenda Europea de Migración sino que se ha solicitado también, entre otras instituciones, por la Asamblea Parlamentaria desde 2017 y también se reclama por distintos autores y organizaciones⁵⁵.

Aunque la política migratoria de Estados Unidos parezca haberlo olvidado, ya a finales del siglo XVIII los reformistas sociales resaltaban que la base de la integración estaba en el trabajo integral con la familia. Como afirmaba Taylor, «la maternidad y la infancia, el hogar y el grupo familiar ofrecen un pasaporte común idéntico que atraviesa las fronteras de la raza y las barreras del lenguaje»⁵⁶. La familia debía ser el centro del trabajo realizado en sus casas de acogida e integración o Commons, por ser la base del deterioro –en unos casos– y una fuente de prevención y recuperación –en otros–, del bienestar y el sufrimiento de los individuos y la comunidad. Su labor consistía en visitar las viviendas, yendo casa por casa, con el fin de estrechar los lazos familiares de sus componentes y las relaciones interparentales, filiales y parento filiales. Los centros de integración de migrantes eran lugares de encuentro donde cualquier miembro de la familia podría encontrar comprensión, consejos y reunirse e interrelacionarse con amigos. Eran un complemento al hogar y al colegio. Había guardería, parques y zonas de

⁵⁴ Resolución 2050, de 23 de abril, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, «The human tragedy in the Mediterranean: immediate action needed», disponible en <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/XRef-ViewPDF.asp?FileID=21743> (última consulta el 26 de marzo de 2017).

⁵⁵ DE ASIS PEÑA DÍAZ: «La agenda europea de Migración: últimos desarrollos», *Revista Electrónica de estudios Internacionales*, 2017.

⁵⁶ VID. TAYLOR, G.: Chicago Commons 25 year 1894-1919, ed. HG Adair, Chicago, 1919, p. 5. Colección Graham Taylor papers. Box 56 year 1919, Newberry Library, Chicago.

juego para evitar que los niños estuvieran en calles insalubres, clases para niños y niñas, adolescentes y jóvenes hasta 25 años.

3.3.6. *Seguridad: evitar la trata y la explotación de personas*

Una de las formas de participación más importante y que dio mayores resultados en la prevención del tráfico de niñas migrantes para la explotación sexual fue la labor realizada por el Comité de los Quince (comitee of fifteen) y su colaboración con el Departamento de Policía mediante la comisión de seguridad ciudadana.

En el Comité de los Quince estaban directores de distintos centros de integración de Chicago, entre ellos Janne Addams y Graham Taylor. El 19 de mayo de 1914 emite un demoledor informe sobre el problema de la prostitución así como de preocupantes casos de desaparición de niñas en barrios de inmigrantes. Su labor fue doble. A través de la comisión de seguridad ciudadana y de su colaboración con la Policía de Chicago se identificaron los lugares de prostitución y se pudo detener a los cabecillas de las redes de trata y secuestro, con la colaboración de miembros de la comunidad.

En los barrios en los que desaparecían las menores se hizo un llamamiento a los padres y madres mediante un comunicado y una estrategia común del Comité de los 15 informando de las cifras de prostitución en Chicago⁵⁷. Gracias a esta colaboración del comité mediante su informe y actuación se cerraron más de 400 establecimientos en 1914 y se devolvió a sus casas a 32 niñas⁵⁸.

Por lo anterior, podemos decir que los informes realizados sobre el terreno por los reformistas sociales (profesores, alumnos, de la

⁵⁷ En aquella época había entre 15.000 y 20.000 prostitutas en Chicago. Graham Taylor alertaba sobre la inacción y pasividad antes esta realidad: «La indiferencia y apatía son uno de los mayores obstáculos para ganar la guerra contra este vicio».

⁵⁸ VID. Comitee of fifteen: Annual Report, 30 abril 1914.

Universidad de Chicago y colaboradores de los proyectos de integración de migrantes y casas de acogida como las Hull House o los Chicago Commons), consiguieron afianzar las bases para la integración de los inmigrantes en Chicago. La participación orgánica con el Ayuntamiento, a través de distintas comisiones, fue esencial para modificar la realidad ciudadana y conseguir la implicación del municipio en las necesidades de los inmigrantes. Esta actuación influyó en el intento de realizar mejoras normativas y regulatorias, aumentando las competencias del Estado y el Ayuntamiento, para hacer frente a los problemas de la ciudad. Dos fueron los grandes proyectos legales consecuencia de la labor de los reformistas sociales y la toma de conciencia de las necesidades existentes en la población de migrantes: el intento de reforma de la Carta de Chicago, ampliando competencias municipales, por un lado y por otro el plan urbanístico de Chicago o plan Burnham.

4. NECESIDAD DE REFORMAS ADMINISTRATIVAS DERIVADAS DE LA REALIDAD MIGRATORIA EL TIEMPO PERDIDO PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Pretende este último apartado mostrar la razón por la cual alguna de las instituciones de integración de migrantes que aparecieron en los barrios de Chicago a finales del S. XVIII, siguen funcionando en la actualidad, más de cien años después. En Europa el Derecho Administrativo incorporó en sus funciones las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional del Estado Social. Esto hizo que buena parte de las medidas que se adoptaron tuvieran presente la necesidad de inversión y mejora en barrios pobres con escuelas, centros de salud y un sistema de empleo y seguridad social que permitía actuar frente a la pobreza. En Estados Unidos, esa labor se realizó durante muchos años, por medio de instituciones privadas y en colaboración con agencias que gestionaban parte de los servicios.

Dos modelos diferentes para solucionar realidades parecidas que han evolucionado hasta hoy y que se enfrentan a nuevos retos migratorios aunque, tal vez, no sean tan extremos como el que se vivió en Chicago. Describimos aquí como fracasó el intento de modificar y fortalecer la normativa interna de funcionamiento de la ciudad de Chicago siguiendo el relato de Flannagan⁵⁹. Haciéndolo veremos hasta dónde llegó la intervención de los reformistas sociales y cómo se pudieron solucionar, mediante el soft law, alguno de los retos migratorios. También veremos la incorporación de ciertos aspectos de planeamiento urbano al plan urbanístico que modeló la gran ciudad de Chicago tal como la conocemos: el plan Brunham 1909, que comenzó a desarrollarse a principios del siglo XX con la realidad identificada por los reformistas.

4.1. La reforma de la Carta

En 1902 se comienza a gestar una campaña que pide la reforma del Estatuto Municipal de Chicago, su carta constitutiva. Este fenómeno no se produjo sólo en esta ciudad con una realidad social tan convulsa sino que se extiende como petición en todos los Estados Unidos. Este deseo de cambio venía de la mano del movimiento progresista reformista. Los municipios tenían competencias escasas sobre los servicios públicos y poca capacidad para su concesión y gestión como consecuencia de una normativa Estatal en materia municipal redactada antes de que las ciudades se desarrollaran tanto y absorbieran tanta población con realidades y necesidades diversas.

Entre los problemas que debían solucionarse con la reforma se encontraban el solapamiento de competencias en materia impositiva y administrativa con los estados y la consiguiente limitación en su capacidad para que los municipios pudieran recaudar impuestos, lo que reducía mucho la financiación de

⁵⁹ FLANAGAN, Maureen A.: *Charter reform in Chicago*, Southern Illinois University, 1987.

los servicios y cambios que las ciudades necesitaban para poder integrar y dar unas condiciones de vida aceptables a los barrios de población migrante. El reto de la época, como describe Flanagan, fue persuadir a los legisladores de los estados de la necesidad de abordar estos cambios.

Jurídicamente no era fácil ampliar las competencias de las ciudades. La Carta de Illinois de 1870 no otorgaba competencias a las ciudades y éstas no contaban con autonomía, lo que hacía muy difícil asumir competencias en materia de servicios adicionales para la llegada de la nueva mano de obra inmigrante. Pero no sólo las circunstancias legales no eran propicias, tampoco lo eran las políticas. Según Flanagan, el nuevo Estatuto municipal de Chicago no se aprobó porque el gobierno municipal de la época no fue capaz de percibir las necesidades de una ciudad industrial y moderna y darlas a conocer al Estado para que le permitiera asumir cierta autonomía debido a la realidad de gran ciudad. Además, la ciudadanía seguía desconfiando de los políticos de la ciudad y esto llevó a la imposibilidad de adoptar una nueva norma que podría haber puesto más poder en sus manos⁶⁰.

Muchos historiadores han descrito la dualidad en los grupos sociales de Chicago de la época que llevaron a que no hubiera un cambio normativo que fortaleciera la autonomía local. Existía una dicotomía debido a la subyacente dualidad en el etnoculturalismo de estos sectores. Muchos de los progresistas eran clase media anglosajona y protestante. Su etnoculturalismo les llevaba a creer en las buenas acciones y por tanto apoyaban la reforma que fortalecería al gobierno municipal y, con ello, una mayor intervención de la administración en los problemas municipales de los inmigrantes. Para los Ritualistas, Católicos e inmigrantes en mayor medida que se oponían a las reformas, la intervención mediante cambios en la regulación municipal y aumentando su com-

petencia podía afectar a directrices morales o a asuntos sociales que irían en detrimento de la libertad personal⁶¹.

Por otro lado, algunas organizaciones como la United Societies bien activas en la ciudad, temían que el cambio en el poder que la carta proponía, aumentando las competencias municipales, habría supuesto entregar más poder a los empresarios y liberales, que conseguían gran cantidad de beneficios con un gobierno local debilitado. Temían que más competencias y autonomía implicara menor control empresarial y más privilegios para éstos, si bien más competencias tal vez hubieran permitido un mayor empoderamiento municipal con mas soporte financiero derivado de la autonomía y menos dependencia de las clases económicas más favorecidas⁶².

Chicago mantiene de aquella época algunos problemas de duplicidad de competencias. Aún existe un distrito de parques (unificado, eso sí) y otro de educación que funcionan como agencias, con competencias propias demás de las atribuidas al Ayuntamiento. También el Distrito del Condado y el Distrito de Sanidad se conservan de aquella época, por lo que el Ayuntamiento no tiene los problemas económicos que vienen del mantenimiento de los hospitales, pero tampoco tiene el control de servicios que son vitales para el bienestar de sus ciudadanos⁶³. Otras nuevas agencias han aparecido en los últimos años: Conservación de bosques, institutos, transportes de Chicago y regional. El problema de estas agencias no es sólo que dupliquen funciones sino que también escapan al control de cuestiones muy relevantes para la vida de la ciudad.

⁶⁰ Vid. FLANAGAN, Maureen A.: *Charter reform in Chicago*, Southern Illinois University, 1987, p. 2.

⁶¹ KLEPPNER, P.: *The cross of culture: a social analysis of Midwestern Politics, 1850-1900*, New York: the free press, 1970, p. 169-178; *Chicago divided: The making of a Black Mayor*, Illinois University Press, 1985.

⁶² FLANAGAN, Maureen A.: *Charter reform in Chicago*, Southern Illinois University, 1987, p.151.

⁶³ FLANAGAN, Maureen A.: *Charter reform in Chicago*, Southern Illinois University, 1987, p. 158.

Debe decirse que pese a que la imposibilidad de reforma vino tras largos años de presión por el cambio en las competencias municipales y la reforma de la Carta. En 1887, la Asociación de Ciudadanos de Chicago (Citicens' Association of Chigaco) comenzó a reclamar la anexión de las ciudades dormitorio al área metropolitana. Con la oposición de aquellos que habían abandonado la ciudad para evitar los grandes problemas urbanos, se presentó la propuesta de aprobación de un reglamento por parte del Ayuntamiento de Chicago que anexionara los municipios adyacentes a la ciudad.

En noviembre de ese año se celebraron de forma simultanea varios referéndums de anexión con un resultado dispar. Los ciudadanos de Lake and Lakeview rechazaron la anexión y Hyde park, Cicero y Jefferson Park votaron a favor de entrar en la ciudad. El referéndum fue declarado ilegal meses después por el Tribunal Supremo del Estado de Illinois, porque la normativa de anexión era inconstitucional⁶⁴.

Dos años después, con el apoyo del Consejo de la ciudad de Chicago que aprobó dos ordenanzas, se volvió a intentar aprobar el Reglamento de anexión. Las ordenanzas garantizaban que las áreas comprendidas por esos municipios que se querían anexionar, serían distritos en los que no se aplicarían ciertas normas municipales si no existía un consentimiento expreso, en especial la normativa de edificación. De este modo se anexionaron más municipios.

Por tanto vemos los efectos de la inmigración en la reforma normativa municipal de Chicago, que creció gracias a la anexión de municipios adyacentes tras la aprobación de varios reglamentos y realización de consultas municipales al respecto. Los ciudadanos entendían que la solución a la falta de servicios mejoraría si el municipio era fuerte y tenía más competencias. Es cierto que los municipios son las instituciones de la administración que identifican en mayor medida

su situación migratoria y la necesidad de servicios. Como sucedió antiguamente en Estados Unidos, la actualidad debería permitir a los ayuntamientos que tienen gran presión inmigratoria, contar con más fondos que les permitan dar soluciones sociales a la realidad que viven.

La presión migratoria en Chicago era extrema. Los avances industriales y el aumento de población había producido un inmenso problema que la ciudad no era capaz de solucionar. Especialmente el problema del alojamiento, insuficiente y envejecido. Otro de los problemas era la calidad de muchas viviendas, sin baños, ventilación, con un mal sistema de drenado de aguas sucias y algunas carentes de abastecimiento de agua o con un sistema insuficiente. Así puede verse en un informe del Departamento de Salud⁶⁵ y también se plasmó en la comisión de salud de Chicago, que desde 1872 pedía infructuosamente a la ciudad una regulación específica en materia de sanidad y vivienda. Como antes hemos dicho, Jane Addams describía la realidad de Chicago sobre vivienda, sanidad y recogida de residuos, competencias básicas en materia municipal⁶⁶.

Entre 1890 y 1910 el 75% de la población la componían personas nacidas fuera de Estados Unidos⁶⁷. Es interesante la descripción de Flanagan de las distintas olas migratorias y cómo éstas tuvieron efectos diferentes entre la población. Durante años la población de Chicago había recibido inmigrantes. La

⁶⁵ Chicago Dpartmente of Health, Biennial Report (1895-1896), p. 63-64; HUNTER, Robert: Tnemt Conditions in Chicago: a report by the investigation Committee of the City Homes Association (Chicago: Cty homes Association, 1901). PHILPOTT, Thomas Lee: The slum and the Ghetto: neighborhood Deterioration and middle-Class referom, Chicago, 1880-1930, Oxford, 1978.

⁶⁶ ADDAMS, Jane: Twenty years ant the Hull house, p. 200 a 211. «La de la basura, se acumulada en determinados barrios donde los servicios de limpieza no actuaban con la convivencia de inspectores de basura que eran nombrados por decisión política y no cumplían con sus obligaciones».

⁶⁷ CHUDACOFF, Howard: The evolution of american urban society, ed. Englewoord Cliffs, 1975, p. 91 (similar a Boston y New York).

⁶⁴ *Vid. III.Cent. R. R. Co. V. City of Chicago, 176 U. S., 646.*

ciudad había podido asimilarlos sin problemas: el número era menor, en su mayoría hablaban inglés, y un porcentaje elevado de ellos tenían estudios y habían recibido educación profesional o eran artesanos. Por esa razón la ciudad podía integrarlos. Primeras y segundas generaciones de alemanes, escandinavos e incluso irlandeses ocupaban todo tipo de puestos y profesiones a comienzo de siglo. La población se alarmó ante la llegada masiva de los inmigrantes de principios de siglo. Entre las razones estaba la nacionalidad (europeos del este y mediterráneos) que físicamente eran diferentes y apenas hablaban inglés. Pero tal vez fuera más patente la diferencia porque todos venían de una clase socio-económica distinta: eran pobres, en su mayoría sin educación, ignorantes, sin cualificación profesional alguna que llegaban a una ciudad industrial cuando su procedencia era rural⁶⁸.

La Unión Europea tuvo una política de integración de inmigrantes hasta el año 2003 que se suspendió. Esta se implementó para reforzar la integración de ciudadanos europeos que llegaban a otros países de la unión a trabajar, pero, sobre todo, ante la recepción de inmigrantes que difieren culturalmente de la realidad social del país receptor. Por este motivo es preciso acentuar las políticas de integración cuando la inmigración es más diferente cultural y socialmente, puesto que los esfuerzos de integración han de ser mayores.

Los problemas de la llegada masiva de inmigrantes a Chicago a principio de siglo fueron la consecuencia de que su recepción no fuera digna: no tenían vivienda, el sistema educativo no tenía recursos suficientes para asumir a tantos alumnos, que además no hablaban inglés. Tampoco había recursos para construir colegios nuevos ni contratar a más profesores. A finales de siglo, tras la depresión económica y sin una estructura legal adecuada era imposible ayudar a

estas personas que se incorporaban como mano de obra del mercado de producción industrial.

Una de las causas que agravaron la situación fue que la mayor parte de los servicios públicos se prestaban mediante un sistema de franquicias o empresas privadas. Estas franquicias se encargaban de prestar el servicio público de transporte, de gas, electricidad y teléfono. Las empresas operaban mediante autorizaciones aprobadas por el municipio mediante su regulación en las ordenanzas municipales⁶⁹. En la norma se detallaba el nombre de la empresa a la que se le permitiría operar y la fecha de aprobación y de entrada en vigor de sus servicios. Se designaba el ámbito de actuación con indicación de las calles y bloques a los que daban mantenimiento (con una red de gas, teléfono o eléctrica). En ese apartado se detallaba como debían ser las conducciones, la profundidad y las prescripciones técnicas de la excavación y se aludía a la necesidad de irse adaptando a los requisitos técnicos cumpliendo con la normativa de la ciudad. Se exigía restaurar las calles, el pago de una compensación a la ciudad del 3% de lo que se cobrara a los particulares y establecía las cantidades máximas que se podría cobrar a los ciudadanos, así como los años de duración de la concesión (la de gas o electricidad era de 20 años). Como indica Flanagan, esta forma de prestar servicios, «ofrecía la posibilidad de obtener grandes beneficios a los avaros empresarios y funcionarios públicos»⁷⁰. Esta situación se reproducía en todo el país⁷¹.

⁶⁸ *Vid. Special Ordinances of Chicago*, Ed. Conkey Company, Chicago. 1898. Este volumen contiene todas las ordenanzas aprobadas por el pleno de la ciudad hasta el 1 de agosto de 1898. En su contenido se establecen concesiones de electricidad, calor y energía; gas, Cuidado de parques, Boulevards y calles, tuberías, vías de los distintos transportes (travía, elevados), compañías de telégrafos y teléfonos, cementerios, Sirva de modelo la concesión del servicio. <https://archive.org/details/specialordinance02chic/page/14>

⁷⁰ FLANAGAN, Maureen A.: *Charter reform in Chicago*, Southern Illinois University, 1987, p. 20.

⁷¹ STEFFENS, L.: *The shame of the cities* ed. McClure, 1902. Barret, *The automobile and Urban Transti*, ed. New Viewpoints, 1973; HOLLI, Melvin: *Reform in Detroit*; HAZEN, S.: *Pingree and Urban Politics*, ed. Oxford, 1969.

⁶⁸ FLANAGAN, Maureen A.: *Charter reform in Chicago*, Southern Illinois University, 1987, p.19.

La necesidad de mejorar el sistema de servicios y el método de concesión de prestación de los mismos por parte del Ayuntamiento hizo que algunos de los ciudadanos de Chicago de la época empezaran a organizarse por su cuenta y, entre otras medidas, surgiera entre los reformistas la idea de aprobar un nuevo estatuto municipal. Como hemos visto fue esta una tarea difícil, dado que las competencias en esta materia estaban en manos del Estado de Illinois, que no era favorable a los cambios o a aumentar las competencias municipales. La propuesta liberaría a la ciudad del control del poder legislativo estatal y reestructuraría el gobierno municipal. Como describe Flanagan en su libro sobre la reforma de la Carta o Estatuto de Chicago, esta ciudad decidió no aceptar la reforma estatutaria en 1907 entre otras razones por la cultura política existente en la ciudad en aquel tiempo. El movimiento –de reforma del estatuto– originó un contexto de desarrollo de coaliciones de residentes basadas en ideas comunes sobre la forma y los fines que debía perseguir el gobierno municipal. El autor aclara que estos movimientos no eran institucionales⁷².

4.2. El Plan Urbanístico de Chicago: El Burnham

El diseño del Plan Urbanístico de Chicago es un reflejo del periodo histórico de la industrialización y del movimiento de población del campo a la ciudad y de fuertes migraciones. El plan comenzó a diseñarse en 1906 con una propuesta de la asociación de comerciantes. Como los reformistas sociales, eran conscientes de la necesidad de modificar el planeamiento urbano debido al crecimiento desmesurado de la ciudad, si bien sus fines e intereses no eran los mismos, como tampoco lo fueron algunas de las prioridades, aunque en otras convergieron. De cualquier manera el plan recoge fundamentalmente las necesi-

dades y servicios que reclamaba la asociación de comerciantes y se puede decir que satisfizo las necesidades de industrialización y el modelo económico capitalista también mejoró la situación social de los trabajadores⁷³.

El Plan Urbanístico pensó en las necesidades de los vecinos de la ciudad en algunos de sus diseños. Cabe destacar que para elaborar el plan se creó la Comisión del Plan de Chicago. En este órgano no sólo estaba representado el gremio de empresarios y arquitectos, también hubo representación de Reformistas sociales como Graham Taylor⁷⁴. Una muestra de ello fue la de declarar zona no urbanizable aproximadamente unos 47 kilómetros de la ribera del lago Míchigan. Una zona destinada a parques en la que sólo se podrían construir unos 6 kilómetros. Graham Taylor también incorporó al plan la solicitud de la Citicens' association sobre la defensa de los bosques, que consiguió que en el plan se incorporaran nuevas zonas verdes de la ciudad y parques⁷⁵.

Una medida especialmente importante adoptada por el plan fue la modificación del acceso ferroviario a la ciudad. El diseño de las vías y la ubicación de la estación hacían inaccesibles partes de la ciudad precisamente habitadas por los nuevos llegados a esta. La ampliación de estaciones y recorridos de los trenes que conectaban los barrios con el centro de la ciudad también mejoraron mucho el acceso más rápido a los lugares de trabajo además de permitir la expansión del distrito financiero. El plan urbanístico se adaptó a las distintas realidades sociales existentes en la ciudad de Chicago. La creación de estaciones y vías elevadas del suelo permitieron que la ciudad se mantuviera unida y accesible. El servicio de transportes, antes pensado únicamente para el distrito financiero,

⁷³ *Vid. SIMITH, C: The plan of Chicago. Daniel Burnham and the remaking of the American City*, p. 15-17.

⁷⁴ *Vid. Colección Graham Taylor papers. Box 13, folder 613, Newberry Library, Chicago.*

⁷⁵ *Vid. Colección Graham Taylor papers. Box 13, folder 586, Newberry Library, Chicago.*

⁷² FLANAGAN, Maureen. A.: *Charter reform in Chicago*, Southern Illinois University, 1987, p.136.

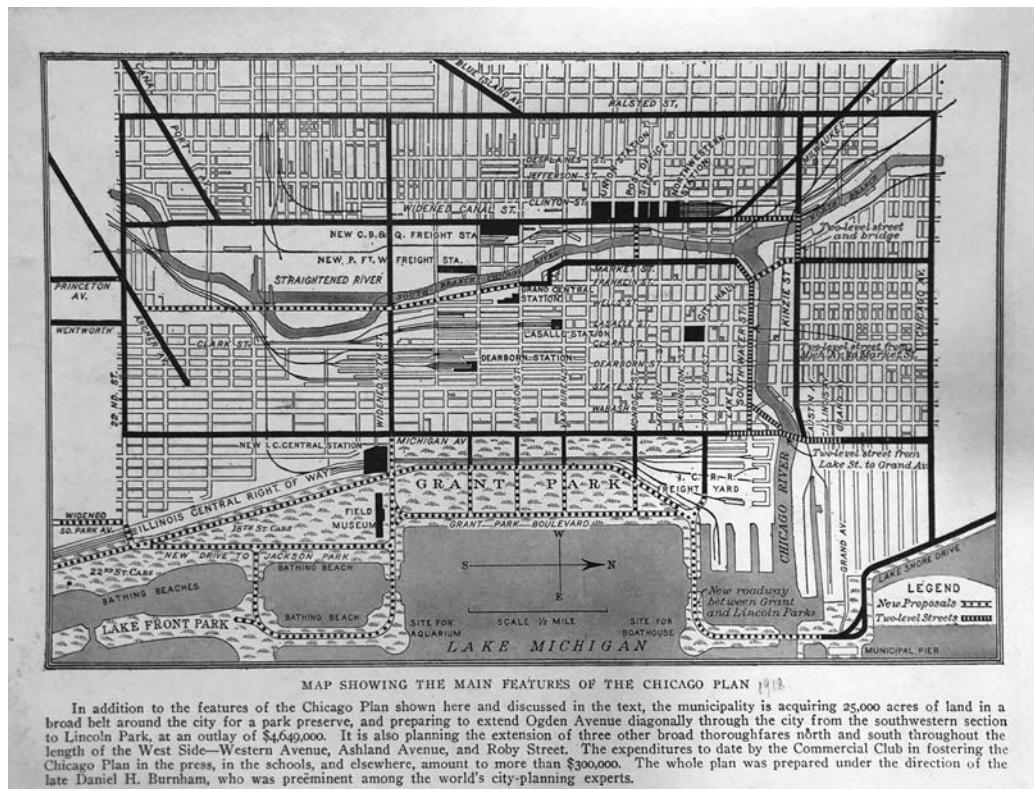
se amplió a los barrios, mas allá de Loop. El acceso en tren de pasajeros con tarifas accesibles permitió que la ciudad contara con un servicio de transporte de cercanías de 1.300 trenes en 1910 que transportaban 157.000 personas. En 1920 el número de viajeros por día superó los 270.000⁷⁶.

Como hemos indicado anteriormente uno de los problemas de las calles de Chicago era la suciedad y la falta de pavimentación de las mismas. Debido al desarrollo de la industria

del automóvil se pavimentaron más calles y se prolongaron los accesos a la ciudad. Esta medida fue muy beneficiosa para la mejora de las condiciones de los barrios.

Puede verse como la intervención urbanística impuesta por una visión elitista del modelo de ciudad se proyectó a todos los sectores sociales, también a los inmigrantes⁷⁷. La ciudad mejoró sus condiciones con la aparición e implementación del Plan Burnham que acogió parte de las peticiones de los reformistas.

MAPA DEL CATÁLOGO DE NEWBERRY LIBRARY, CHICAGO



5. LA AGENDA EUROPEA DE MIGRACIÓN ¿HEMOS AVANZADO?

La agenda Europea de migración estableció cuatro pilares de actuación fundamentales que permitieron también actuar en aspectos

menos esenciales, y han servido para incentivar ciertas reformas legales en diferentes países, verdaderamente competentes en esta materia. Podemos decir que no todas las medidas han encontrado una acogida directa ni

⁷⁶ *Vid.* SIMITH, C.: The plan of Chicago. Daniel Burnham and the remaking of the American City, p. 41-42.

⁷⁷ *Vid. op. cit.* p. 71 y ss.

se han implementado en igual medida por los distintos países⁷⁸.

El objetivo común de la Agenda pretendía mejorar el problema migratorio y la gestión que los países han hecho del mismo. Las cuatro medidas fundamentales que se propusieron fueron: disminuir los incentivos a la inmigración irregular; aumentar la vigilancia de las fronteras exteriores para fortalecer los controles y entradas; desarrollar una política sólida común de asilo, e intentar modificar la legislación y garantizar el cumplimiento para conseguir que la inmigración se ajuste a la norma y sea legal.

1. El primero de los objetivos de la Agenda pretende poner freno a la migración irregular y a los incentivos que la promueven. Dicho pilar exige un refuerzo de las relaciones con los países claves y con mayores problemas de migración⁷⁹. La cooperación se hará de dos formas: mediante políticas de cooperación para el desarrollo en las que se fomenten actuaciones en dichos países; y por otro lado mediante la política exterior de la Unión. La ayuda de cooperación al desarrollo se realizó en un plan de 2014 a 2020 con una dotación presupuestaria de 96.800 millones de Euros para las regiones de África, Asia y Europa Oriental dado que son éstos los lugares de los que proceden la mayoría de los migrantes que llegan a Europa.

2. El segundo mecanismo de prevención ha supuesto la reforma de la legislación penal de muchos países de la Unión. Se siguen centrando los esfuerzos en la lucha contra traficantes y tratantes. Para ello es esencial la cooperación que antes se ha visto con terceros países a la vez que se intensifique en los países que conforman Europa la identificación, investigación, captura, destrucción, congelación o deco-

⁷⁸ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z.: El Derecho de Asilo en Europa: en aras de un complejo Equilibrio, ed. Ratio Legis, 2016, se realiza esta descripción sobre los objetivos de la agenda en el Capítulo II.

⁷⁹ Situaciones derivadas de realidades territoriales en las que existen guerras civiles, hay persecución de parte de la población, elevados índices de pobreza y problemas derivados del cambio climático.

miso de activos o la destrucción por ejemplo de las embarcaciones que utilizan para sus actividades delictivas. También se debe luchar contra el blanqueo de capitales proveniente de esta actividad.

Estas medidas pasan por una cooperación activa en las unidades de información financiera y delictiva incardinada dentro de la Agenda Europea de Seguridad y coordinada en buena medida por Europol y Frontex. Una de las funciones de los agentes de FRONTEX en los hot spots, consiste precisamente en la identificación de las redes de trata de personas. Estas medidas también han tenido un reflejo directo en la legislación interna de los países. Para evitar las prácticas que venimos mencionando, ha sido necesario tomar medidas para reducir el empleo de personas que no tengan derecho a residir en la Unión Europea.

En la actualidad todos los países cuentan con funcionarios de enlace en materia de inmigración en terceros países. Su finalidad es la de facilitar las medidas adoptadas por la UE para combatir la inmigración irregular. Éstos se crearon mediante Reglamento CE nº 377/2004 del Consejo, de 10 de febrero. Ahora además de aquellos delegados de cada país, existen funcionarios de enlace en materia de Migración que trabajarán en las Delegación de la Unión Europea en países clave para analizar datos recogidos con autoridades locales y la sociedad civil.

Como vemos en esta medida, la Unión Europea reconoce la importante labor que realizan grupos de interés y la Administración más cercana y conocedora del problema migratorio: la Administración Local. De estas entidades, fortalecidas en la actualidad, se sirve la Unión para analizar la realidad y los problemas de los inmigrantes. Muchas de estas asociaciones reciben fondos de la Administración Pública o de los Fondos Europeos. Sin duda un avance y elemento clave para identificar problemas y buscar soluciones.

3. El tercer objetivo consiste en desincentivar el empleo, por parte de las empresas euro-

peas, de inmigrantes irregulares. Esta medida pretende terminar con condiciones salariales precarias y que, indirectamente, reduce el incentivo a la trata de seres humanos. Estas medidas continuaron la senda marcada por la Directiva 2009/52/CE, de 18 de julio que establecía normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. En España esta cooperación ha comenzado a ser más efectiva con la aprobación de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social⁸⁰. Esto ha llevado a aumentar las competencias de los inspectores de trabajo y sus funciones, además de aumentar las garantías del procedimiento sancionador y endurecer las sanciones principales, así como las accesorias.

2. Como mayores modificaciones podemos decir que se ampliaron los plazos de resolución de los procedimientos sancionadores en esta materia a nueve meses, la falta de colaboración con las autoridades se prescribe como falta leve, lo que facilita la colaboración con las autoridades. También se ha reforzado el papel de las sanciones accesorias con el fin de que actúe con carácter disuasorio. Se trata de la imposibilidad de acceso a actividades de fomento de la administración, como es el caso de pérdida de bonificaciones o ayudas y la posibilidad de extender la imposibilidad para acceder a ellas hasta por un periodo de dos años. Estas medidas implementan pues las directivas de la Unión que pretenden seguir reforzándose en los próximos años, si bien no se exponen medidas más concretas. Sólo se indica que se deberá implementar con mayor

eficiencia para lo cual se dará prioridad a los procedimientos de infracción que se relacionen con esa Directiva⁸¹.

3. Estas medidas pretenden poner freno, por tanto, a la realidad ya descrita hace un siglo en Chicago: condiciones de trabajo muy precarias, sin cualificación y que llevaban a unas condiciones de vida extremas a los trabajadores. Esa realidad se sigue encontrando en Europa, como puede desprenderse de la necesidad de regulación que impuso la Directiva. Sigue habiendo una eficacia dispar de la implementación de la norma en diferentes países. La labor de inspección para garantizar el cumplimiento es esencial y debería reforzarse para que la reforma que se pretende desde Europa pueda ser más efectiva.

4. Para garantizar la anterior medida disuasoria de la inmigración irregular se requiere un sistema de retorno eficaz. Se trata de reducir el número de inmigrantes en situación irregular, incumpliendo la normativa que cada país impone para la estancia, residencia y trabajo de extranjeros. El sistema de retorno o expulsión administrativa no funciona de manera eficaz. La propia Agenda daba un dato preocupante: de todas las decisiones de retorno emitidas en el año 2013 en la Unión Europea se aplicaron de forma efectiva el 39,2% de las mismas. Muchas de estas decisiones probablemente se recurrieran judicialmente y se suspendiera el acto de expulsión, pero otras se hicieron imposibles por las dificultades que la propia Agenda comenta: en muchos casos los terceros países incumplen la obligación internacional de readmitir a sus nacionales⁸². La Unión pretende reforzar la ayuda para que los terceros estados cumplan con esa obligación trabajando en dos aspectos: por un lado, mediante programas como el proyecto piloto en materia de retorno con Pakistán y Bangladesh (2014); y por otro se intentará dar prioridad

⁸⁰ Vid. GOERLICH PESET, J.M.: «Lucha contra el empleo irregular y el fraude en la Seguridad Social» *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº.119, 2015, pp. 149-160
JOVER RAMÍREZ, C.: «La incidencia de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, en la potestad sancionadora de la Administración en el Orden Social» *Actualidad laboral*, nº 12, 2013, pág. 2; TORROLLO GONZÁLEZ, F.J.: «La Ley 13/2012 y la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social: antecedentes y contexto normativo», en *Revista española de derecho del trabajo*, Civitas, nº 158, 2013, pp. 221-242.

⁸¹ Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Empleo irregular y Administración Laboral», *Temas Laborales*, nº. 125, 214, pp. 147 a 187.

⁸² Obligación internacional derivada del Acuerdo de Cotonú, en concreto el artículo 13 reconoce esta obligación.

también a las medidas por incumplimiento de la Directiva de Retorno⁸³.

5. Unida con las anteriores –que se encajan en el desincentivo a la migración ilegal– y muy relacionada con ellas está la elaboración de una política de migración legal.

Entre sus actuaciones destaca la iniciativa que pretende atraer talentos a la Unión mediante la posibilidad de acceso con la tarjeta azul, ya mencionada que también permite la movilidad entre países de la Unión y que apenas ha sido empleada por los estados. Las opciones de implementación que se dan a los Estados por sectores productivos o en la propia adopción o no de esta medida ha hecho que la efectividad del modelo de captación de talentos haya tenido resultados poco fructíferos que también han destacado los autores y la propia Directiva. Desde que se implementó sólo se han expedido 16.000⁸⁴.

Esta medida pretendía introducir en el mercado de trabajo inmigrantes cualificados. Hemos identificado antes las dificultades y desprotección que la falta de cualificación y estudios de los empleados puede tener para la integración y buenas condiciones de trabajo y, por ende, de vida. Esta medida pretendía fortalecer y primar este tipo de inmigración. Pero estas medidas no suponen, por si solas, una solución al problema de la integración de los inmigrantes en las ciudades y países que los acogen⁸⁵.

⁸³ GONZÁLEZ SAQUERO, P.: «La Directiva «retorno» y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros. Comentario a la Sentencia del TJUE de 28.4.2011, as. El Dridi C-61/11 PPU». *Revista española de derecho del trabajo*, ed. Civitas, nº 152, 2011, pp. 1135 a 1152 y también en «La regulación de la expulsión administrativa por estancia irregular en España, incompatible con la Directiva «Retorno». (Sentencia del Tribunal de Justicia, asunto C-38/14, Zaizoune)» Civitas. *Revista española de derecho europeo*, Nº. 55, 2015, pp. 133 a 158.

⁸⁴ Aprobado mediante Directiva 2009/50/CE, de 25 de mayo sobre condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. *Vid. GÜMÜS, Y.K.: «EU Blue Card Scheme: The Right Step in the Right Direction?» European Journal of Migration and Law*, 12, 2010, P. 435 a 453.

⁸⁵ CERNA, L.: «Understanding the diversity of EU migration policy in practice: the implementation of the Blue Card initia-

Por ese motivo la Agenda retoma otra vez un tema relegado a un segundo plano en la política de migración, más centrada en la seguridad en los últimos años: la integración de los inmigrantes. El fondo de Asilo, Migración e Integración se destina a iniciativas para mejorar competencias profesionales, lingüísticas, acceso al mercado laboral y educación inclusiva, campañas de concienciación y otras actuaciones que también encuentran ayuda por parte de los fondos FEDER y el Fondo Social Europeo. Sin duda estas medidas de fomento de inclusión para refugiados, solicitantes de asilo y niños son de vital importancia para la inclusión social de estos grupos de recién llegados.

6. Crear una política común de asilo sólida es otra de las medidas por las que apuesta la Agenda Europea de Migración.

El sistema de asilo europeo tiene unos problemas que deben ser solucionados: falta de claridad, la desconfianza que existe entre los estados miembros debido a la fragmentación y diversidad del sistema de asilo en la Unión. en la Unión que, en la práctica, se convierte en una disparidad de sistemas de asilo aplicables con una consecuencia directa: los solicitantes presentan solicitudes en distintos estados para contar con mayores posibilidades de admisión.

Trabajar en un sistema claro y coherente de asilo, la unificación de los procedimientos y la respuesta unitaria son las únicas opciones para devolver la confianza entre países y la respuesta uniforme a los solicitantes, en aras de una mayor seguridad jurídica en materia de asilo en Europa. Además, se debe buscar un reparto uniforme de responsabilidades entre estados. En esta nueva situación el Sistema Europeo Común de Asilo debe reforzar sus mecanismos de control de cumplimiento por parte de los Estados⁸⁶.

tive», *Review of Policy Studies*, 2013, vol. 34, nº. 2, Ed. Roulege, pp. 180 a 200.

⁸⁶ *Vid. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z.: The right to asylum in Europe..., p. 34.*

El problema fundamental de la aplicación de la Agenda y de las medidas de la Unión en la práctica sigue la realidad competencial en esta materia que hace que los Estados, al implementar las medidas, no lo hagan de forma homogénea⁸⁷. El impacto que las sanciones por incumplimiento han causado en los países que no han respetado las directrices de la Agenda han sido ineficaces. Además, la labor coordinada en ciertas medidas plantea dificultades en el ámbito internacional lo que dificulta cumplir con los objetivos, debido a los diferentes intereses de los Estados que saben que sus actuaciones en materia de política migratoria y de asilo pueden tener consecuencias no deseadas en la política interna de los países y en las relaciones internacionales con terceros, respectivamente.

En este sentido la Unión Europea, como le sucedía al Ayuntamiento de Chicago de hace una centuria, carece de competencias para asegurar que sus decisiones son efectivamente implementadas. Los Estados van adoptando decisiones en función de la realidad nacional política del momento y no tanto desde las necesidades efectivamente planteadas por municipios y sociedad civil, si bien los primeros cuentan con más autonomía y competencias para decidir sobre las posibles soluciones a adoptar ante la realidad social que deben enfrentar. Muchas de esas soluciones vienen de la mano de fondos de integración que se gestionan desde la Unión Europea, lo cual permite que los Estados se mantengan al margen de estas actuaciones y dejen mayor libertad a los municipios para desarrollar sus políticas sociales y de integración.

6. CONCLUSIONES

Los reformistas utilizaron su posición en comisiones de expertos y los datos e informes que

redactaron en sus investigaciones para pedir reformas que mejoraran las condiciones de vida de los inmigrantes. Ellos trabajaban en casas de acogida que servían de primera vivienda, centros de formación, sociales, lúdicos, asistenciales y de integración en la nueva ciudad que les acogía no en las mejores condiciones ni con los mejores servicios.

La utilización de mecanismos de participación orgánica en el Ayuntamiento les permitió solicitar, promover y ser motor del cambio regulatorio necesario para fortalecer al nivel territorial más cercano a la realidad que debía ser mejorada. El ámbito municipal, con pocas competencias y carente de autonomía, precisaba de reformas legales en la Carta. La imposibilidad de realizar dichas reformas, por diversos factores socio-políticos además de jurídicos, no imposibilitó la labor normativa reglamentaria. La regulación en materia de licencias, concesión de servicios, ayuda social o el planeamiento incorporaron, en parte, las demandas de los reformistas. Las reformas jurídicas necesarias para mejorar las condiciones de vida de la población no fueron radicales, los reformistas tuvieron que seguir utilizando los mecanismos de participación en comisiones, existentes en el ámbito municipal, para ayudar a formar la voluntad del regulador y ser la voz de los inmigrantes.

Fueron pioneros, en fin, de la labor que en la actualidad siguen realizando asociaciones y grupos de interés en Estados Unidos y también en Europa en defensa de las necesidades de los inmigrantes. Europa vive en la actualidad una situación similar. La Unión Europea es consciente de que los Estados deben dar soluciones a la crisis migratoria desde la reforma, no desde el inmovilismo. Europa vive, en materia de regulación migratoria, una situación similar al Ayuntamiento de Chicago de la época estudiada. La ciudad de Chicago era una administración disfuncional por carecer de competencias para tomar medidas o acciones directas y reformar la realidad migratoria y la condiciones de vida de los inmigrantes. Esta situación es similar a la de la

⁸⁷ HAMPSHRIE, J.: «Speaking with one voice? The European Union's global approach to migration and mobility and the limits of international migration cooperation», *Journal of Ethnic and Migration studies*, nº 42, 2016, pp. 571 a 586.

Unión Europea que puede proponer acciones como las contenidas en la Agenda Europea de Migración pero que, en la práctica, no puede implementar si los Estados se oponen.

Indudablemente hemos avanzado en materia legislativa y regulatoria, en el reconocimiento de Derechos de los inmigrantes, en los procesos y en la participación de grupos de interés en la toma de decisiones... pero han pasado más de cien años desde que la realidad descrita en Chicago fuera abordada por los reformistas y en aquella descripción sigue habiendo circunstancias sociales, jurídicas y políticas no tan lejanas a la realidad actual. ¿Cuánto hemos avanzado?

REFERENCIAS

ABENDROTH, W.: «Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaat im GG der BRD», en E. Forsthoff (Hrsg.): *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, DARMSTADT, 1968.

ADDAMS, J.: *The Spirit of Youth and the City Streets*. Urbana: University of Illinois, 1909

- Twenty years ant the Hull house.

ARENAL, C.: *El Pauperismo*, ed. Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1897; *La cuestión social*, ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1895; *Lettre à M. Le Directeur General de L'Administration Pénitentiaire D'Espagne*, Bulletin de la Société Générale des Prisons, 4 (abril de 1883),

CERNA, L.: «Understanding the diversity of EU migration policy in practice: the implementation of the Blue Card initiative», *Review of Policy Studies*, 2013 Vol. 34, No. 2, Ed. Routledge,

- «Understanding the diversity of EU migration policy in practice: the implementation of the Blue Card initiative», *Review of Policy Studies*, 2013 Vol. 34, No. 2, Ed. Routledge,

Charles SEVERINGHAUS, Miss Lea TAYLOR, Miss Harriet VITTUM, Antonia RAMANO and Joseph J. BARC

CHUDACOFF, Howard: *The evolution of american urban society*, ed. Englewood Cliffs, 1975

COLECCIÓN GRAHAM TAYLOR PAPERS. Box 56 year 1919, Newberry Library, Chicago.

COMITEE OF FIFTEEN: *Annual Report*, 30 abril 1914.

CONSEJO ESCOLAR DEL ESTADO, *Informe sobre el estado y la situación del sistema educativo, cur-* so 2002/2003, Ed. Ministerio de Educación y Ciencia, 2004; *Defensor del Pueblo, La escolarización del alumnado de origen inmigrante en España: análisis descriptivo y estudio empírico*, vol. I y II, 2003.

DE ASIS PEÑA DÍAZ: «La agenda europea de Migración: últimos desarrollos», *Revista Electrónica de estudios Internacionales*, 2017.

DE AZCÁRATE, G.: *Estudios económicos y sociales*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1876

- Resumen de un debate sobre el problema social, Madrid, 1881

DÍAZ, E.: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 1966, o Lucas Verdú, *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Salamanca, 1955.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: «Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto». *VVAA Memorial para la Reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, t. 1. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2016.

FLANAGAN, Maureen. A.: *Charter reform in Chicago*, Southern Illinois University, 1987.

- *Charter reform in Chicago*, Southern Illinois University, 1987.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», *RAP*, N.º 159, septiembre-diciembre, 2002, «Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional», *RAP*, N.º 166, enero-abril, 2005, *Estudios en Honor del Profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo*.

GOERLICH PESET, J. M.: «Lucha contra el empleo irregular y el fraude en la Seguridad Social» *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, N.º 119, 2015

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Empleo irregular y Administración Laboral», *Temas Laborales*, N.º 125, 214

GONZÁLEZ SAQUERO, P.: «La Directiva «retorno» y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros. Comentario a la Sentencia del TJUE de 28.4.2011, as. El Dridi C-61/11 PPU». *Revista española de derecho del trabajo*, ed. Civitas; «La regulación de la expulsión administrativa por estancia irregular en España, incompatible con la Directiva «Retorno». (Sentencia del Tribunal de Justicia, asunto C-38/14, Zaizoune)» Civitas. *Revista española de derecho europeo*, N.º 55, 2015.

GRHAM TAYLOR PAPERS, Newberry Library Chicago

GÜMÜS, Y. K.: «EU Blue Card Scheme: The Right Step in the Right Direction?» *European Journal of Migration and Law*, 12, 2010

HAMPSHRIE, J.: «Speaking with one voice? The European Union's global approach to migration and mobility and the limits of international migration cooperation», *Jounal of Ethnic and Migration studies*, N°42, 2016

HOFSTADTER, R.: *The Progressive Movement: 1900-1915*. Englewood Cliffs, NJ, USA, Prentice-Hall 1963

HUNTER, Robert: *Tnement Conditions in Chicago: a report by the investigation Committee of the City Homes Association* (Chicago: Ctiy homes Association, 1901. Philpott, Thomas Lee: *The slum and the Ghetto: neighborhood Deterioration and middle-Class referom*, Chicago, 1880-1930, Oxford, 1978.,

IRIONDO MÚGICA, I. y RAHONA LÓPEZ, M.: «Vivienda y condiciones de vida de los migrantes en España», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 80, p. 269-291. T. Hernández de Frutos y E. Casares García, Barataria, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 21, 2016.

JOVER RAMÍREZ, C.: «La incidencia de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, en la potestad sancionadora de la Administración en el Orden Social» *Actualidad laboral*, nº 12, 2013

KLEPPNER, P.: *The cross of culture: a social analysis of Midwstern Politincs, 1850-1900*, New York: the free press, 1970;

CHICAGO DIVIDED: *The making of a Blanck Mayour*, Illinoris University Press, 1985;

LASCH, C.: *The Social Thought of Jane Addams*, Bobs-Merrill, 1965

LÓPEZ RODÓ, *La Administración pública y las transformaciones socioeconómicas*, EA, Madrid 1963,

M.ª J. ARROYO GONZÁLEZ e I. BERZOSA RAMOS: «Atención educativa al alumnado inmigrante: en busca del consenso», *Revista de Educación* núm. 379, MECD, enero-marzo de 2018. J. Betts y R. W. Fairlie, «Does immigration induce «native flight» from public schools into private schools?», *Journal of Public Economics*, núm. 87, issues 5-6, mayo de 2003

MARTÍNEZ DE LIZARRONDO ARTOLA: «Los procesos de gestión y evaluación de las políticas de integración de inmigrantes en las comunidades autónomas», Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 2009.

MASHAW, J. L.: *Creating the Administrative Constitution. The lost one hundred years of American Administrative Law*, Ed. Yale Law Library, 2012.

MONTOYA MELGAR, A.: «El reformismo social en los orígenes del Derecho del Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, p. 87. 2003.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z.: «Un sistema europeo común de asilo: ¿desdibujando la competencia de los Estados», *Revista española de derecho europeo*, n. 64, 2017

- El derecho de asilo en Europa: en aras de un complejo Equilibrio, ed. Ratio Legis, 2016,

The right to asylum in Europe. *Innovation of asylum procedures*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2018;

SHIELDS, P. M.: «Jane Addams: Pioneer in American Sociology, Social Work and Public Administration»,

- and SOETERS, J.: «Peaceweaving: Jane Addams, positive peace, and public administration. *The American Review of Public Administration*, 47 (3), 323-339, 2017.

Progressive Pioneer of Peace, Philosophy, Sociology, Social Work and Public Administration, Ed. Springer, 2017, p. 43 a 90.

SIMITH, C.: *The plan of Chicago. Daniel Burnham and the remaking of the American City*, University of Chicago Press, 2006.

SKOCPOL, T.: *Protecting Soldiers and Mothers: The Political Origins of Social Policy in the*

SORIANO-AYALA, Encarnación & GONZÁLEZ-JIMÉNEZ, Antonio J. (2010).

STEFFENS, L.: *The shame of the cities* ed. McClure, 1902. Barret, *The automobile and Urban Transiti*, ed. New Viewponints, 1973.; Holli, Melvin: *Reform in Detroit: Hazen S. Pingree and Urban Polictics*, ed. Oxford, 1969.

STIVERS, C.: *Bureau Men Settlement Women. Constructing public administration in the progressive Era*, ed. University Press of Kansas, 2000.

TAYLOR, G.: *Chicago Commons 25 year 1894-1919*, ed. HG Adair, Chicago, 1919, p. 5. Colección Graham Taylor papers. Box 56 year 1919, Newberry Library, Chicago.

TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: « La Ley 13/2012 y la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social: antecedentes y contexto normativo», en *Revista española de derecho del trabajo*, Civitas, N° 158, 2013

TRINIDAD REQUENA, A.: «Las políticas de integración social de los inmigrantes en las comunidades autónomas españolas», editado por J. Iglesias de Ussel, Fundación BBVA, 2010.A.

TZITZIS, S.: *Identité culturelle et humanisme, de la Gréce Antique à l'Europe moderne*, ed. Buenos Books International, París, 2011.

UNITED STATES. CAMBRIDGE, M.A.: Belknap Press of Harvard University Press, 1992;

VÁZQUEZ VERDERA, Victoria. «Martinez Usarralde, M. J. (ed.) (2010) Y para muestra ... Políticas educativas de inmigración y modelos de escuela que practican la interculturalidad.» *Teoria de la Educacion*, vol. 23, no. 2, 2011.

VVAA: *Immigración y asilo. Problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva Ley*, Ed. Sequitur, Madrid, 2010, p. 13.

– Migración y Asilo, ed. Comisión Europea, 2014, p.5.

– La inmigración en España, efectos y oportunidades, Informe 2.2019, Ed. CES, 2019.

WALDO, D.: *The administrative State: A study of Social Welfare in America*, New York: Ronald Press, 1970;

WILLRICH, M.: *City of courts. Socializing Justice in Progressive Era Chicago*, Cambridge University Press, 2007.

X. BONAL: «La política educativa ante el reto de la segregación escolar en Cataluña», Instituto International de Planeamiento de la Educación, UNESCO, 2018; VVAA: La inmigración en España, efectos y oportunidades, Informe 2.2019, Ed. CES, 2019, p. 166.

RESUMEN

El fenómeno migratorio ha sido y continúa siendo un reto para la regulación y toma de decisiones en la Administración Pública y, en especial, para el Gobierno Municipal. La inmigración obliga a adoptar reformas legales y modificaciones procedimentales y administrativas. La llegada de inmigrantes a los municipios implica la creación de servicios específicos para atender sus necesidades y también intentar encontrar espacios de participación en los que se puedan identificar sus necesidades y opiniones sobre la ciudad. Para adoptar decisiones adecuadas con el fin de favorecer la integración de los inmigrantes, las administraciones públicas deben ser conscientes de las necesidades diarias de estos colectivos y favorecer, así, dicha integración. Este es uno de los pilares que se establecieron en la Agenda Europea de Migración aprobada en 2015. La Administración Local no siempre cuenta con las competencias y autonomía suficiente como para cubrir las necesidades de los inmigrantes y crear así las condiciones mínimas para su integración.

Las reformas normativas deben producirse también a un nivel superior: nacional o autonómico, ya que estos niveles si suelen contar con las competencias y financiación suficiente para hacer frente a su situación, si bien no siempre están dispuestos a cooperar con los gobiernos locales. Las decisiones supranacionales son muy útiles para crear las condiciones necesarias para la integración de los inmigrantes. La Agenda Europea de Migración es un modelo de actuación supranacional para la integración de los inmigrantes. Las tensiones entre las políticas nacionales que defienden los derechos y libertades de los inmigrantes y refugiados y aquellas que buscan proteger la seguridad de los ciudadanos de cada país, pueden ser una metáfora de los esfuerzos que la sociedad del siglo XXI tiene que hacer para no renunciar a los valores y derechos conseguidos en el siglo pasado.

En la actualidad la regulación en materia migratoria se debate entre dar continuidad a las normas existentes, que no siempre protegen los derechos y libertades de inmigrantes irregulares y refugiados o decantarse por una regulación que se dedique a garantizar la seguridad de los ciudadanos olvidándose de las políticas de ayuda social e integración de estos inmigrantes. Por tanto la política migratoria se enfoca en dos aspectos: por un lado asegurar la contención de la entrada de inmigrantes irregulares así como evitar la trata de seres humanos y la explotación laboral, y por otro lado intentar construir una Europa que de asilo e integre a los inmigrantes garantizando unos derechos comunes, asistencia sanitaria y la implicación de las Administraciones públicas y sus funcionarios en esas medidas de integración social.

Estas son las principales medidas que se adoptan en la Agenda Europea de Migración. Una de sus principales líneas de trabajo hace referencia a la recepción, ayuda social, integración y el papel de la administración y la sociedad civil en la adopción de esas medidas. Siguiendo el principio de subsidiariedad: el nivel de gobierno más cercano al ciudadano debe ser el que implemente dichas medidas junto con las ONG'S, en este caso las Administraciones locales. Para ello en este artículo se da una visión general histórica de cómo la sociedad civil y la Administración Local, jugaron un papel esencial para la ayuda a la integración de migrantes a finales del S. XIX y principios del siglo XX.

Muchas Administraciones públicas se encuentran en la actualidad obligadas a implementar las medidas adoptadas por la Unión Europea. Este artículo pretende demostrar que esta situación no es nueva. Hace mas de un siglo que Chicago se tuvo que enfrentar a distintas olas de migración de aquellas personas que buscaban la tierra prometida o el sueño americano. Jane Addams ha sido reconocida, en una obra reciente publicada por Shields and Soeters, como «pionera en la Administración Pública y en la creación de una teoría nueva del concepto de paz por haber sido capaz de redefinir y expandir ese concepto al incorporar a él la idea de justicia y equidad social».

Ella fue muy crítica con la Administración Local de Chicago, donde se desarrolló como trabajadora social. Ganó el Premio Nobel de la Paz por su trabajo con inmigrantes con su nuevo concepto de paz. Ella fundó una cultura del reformismo social con otros profesores como Graham Taylor. El modo en que trabajaron para la integración de esos inmigrantes se refleja en este artículo, así como la influencia que su trabajo tuvo para reformar las normas y decisiones de la incipiente Administración Pública de su tiempo.

Este artículo presenta las distintas soluciones adoptadas por la Unión Europea y las compara con el análisis que se hace del trabajo de los reformistas sociales. Se comienza explicando el reformismo social en España y otros países y después se analiza cómo el reformismo social fue el germen de la idea de Administración Pública social en los Estados Unidos. Se explican los proyectos desarrollados por los reformistas en Chicago, también su deseo de fortalecer el Gobierno Local y reformar su Reglamento Orgánico, así como la intervención en la elaboración del Plan Urbanístico de Chicago. El artículo describe todas estas medidas que tienen conexiones directas con la Agenda Europea de Migración.

Los Reformistas sociales crearon a principios del siglo XX las condiciones adecuadas para cambiar la regulación normativa con el fin de implementar el concepto de Administración Pública Social en Estados Unidos. Chicago fue un laboratorio en el que se comenzaron a implementar estas reformas y a luchar por el cambio normativo. También fue un modelo de participación administrativa en el gobierno local para la toma de decisiones que tuvieron un impacto importante en las condiciones de vida de los inmigrantes. Este artículo describe la influencia del reformismo social en las reformas normativas que se adoptaron por parte de las administraciones públicas. También describe cómo fueron capaces de implicar al Gobierno Municipal en decisiones que mejoraron las condiciones de vida de los inmigrantes. Estas medidas no fueron distintas de las que se han aprobado en la Agenda Europea de Migración, que también se analiza en el artículo. Las reformas son necesarias para la integración de los inmigrantes y deben transformar a la Administración pública.

Palabras clave: Derecho Administrativo; reformas normativas; derecho de extranjería y asilo; migraciones; Administración Pública; Administración Local; reformismo social; planeamiento urbano.

ABSTRACT

Migrations are and have been a challenge for Public Administration, especially at the local government level. Migrations necessarily bring legal reforms and changes to procedures and administrative law. The needs of migrants that come to a new city implies to provide new services for them and also to find ways to make their needs to be heard at city hall. To know the reality that migrants go through in their daily lives, it is necessary to take the right decisions to integrate them as soon as possible. That is one of the pillars of the European Agenda of Migration approved in 2015. Local government does not always have the competences to support the needs and create the conditions for integration. Reforms are needed at a superior level: national or regional government sometimes are the ones with competences and financial support to handle the situation, but are not willing to help local government. Supra-national decisions are helpful for creating the right conditions for migrants as the European Agenda of Migration has tried to provide. The tensions between the policies protecting the rights and freedoms of all migrants and refugees and those intended to ensure the security of the citizens of each country find policy nowadays a metaphor for the struggle of values that the twenty-First Century world is living through.

Today the policy on migration is an election between giving continuity to regulations that do not always protect the rights and freedoms of refugees or those irregular migrants, or striving to fortify measures to ensure the security of citizens and forgetting to give them social care or create policies of integration. Therefore, the purpose of migration policy is two-faced: on the one hand, to ensure the containment of the illegal entry of foreigners and prevent human trafficking and labor exploitation and, on the other, to build a Europe of asylum and integration to guarantee common minimum rights to immigrants and guarantee their integration in Europe. These are the main policies developed in the European Agenda of Migration in 2015. One of the main policy lines deals with the reception of migrants, social care, integration and the role of public servants and civil society in the implementation of such policies. Following the subsidiarity principle, the nearest level of government –local government– should be the one in charge of implementing such a policy together with NGO, associations and civil society. An historical approach to this new policies is taken into consideration in this article.

A lot of public institutions are finding themselves now in the position to find a way to implement such a new guidelines in Europe (police, local governments, social services...). But this is nothing new and it has been done before. Chicago has faced in recent history different waves of migration of those looking for the «promised land». Jane Addams, in a recent study by Shields and Soeters, has been recognized as a «pioneer in public administration and peace theory by being able to refine an expansive notion of peace that incorporated social justice and social equity». She was critical of the municipal government of Chicago, were she was a settlement leader. She won the Nobel Prize for her work with immigrants and for her idea of peace and created a social reformist culture in Chicago with other major Professors like Graham Taylor. The way they worked to integrate migrants is shown in this article as well as their influence to change regulations and decisions in public administration in their time.

This article presents the difficulties and solutions taken in the European Union on migration and compares them with a study of the work that was done by social reformers. The outlines of social reformers in Spain and other countries are given before describing how social reformers in United States influenced the idea of social public administration. Then the projects that took place in Chicago last century are explained and also the reason why they must be taken into consideration to compare them to the European decisions on migration. How social reformers participated in the decision-making process of reforms in the city of Chicago is explained, as well as their pursuit of empowerment of local government and the regulation of the Chicago Plan of 1909. The article describes measures that can be linked to the European Agenda of Migration.

Social Reformists, created in the beginning of last century, sought the proper conditions to change the legal regulations and found the mechanisms to start these idea of a social public Administration in United States. Chicago was a laboratory for this reforms and is also an example of public participation in local government decision making process to integrate and improve migrants living conditions. This example as well gives them voice through mechanism of citizen participation in local government. This article describes the influence of social reformist in the legal reforms taken by public administrations and describes how they were able to implicate Local Government in social measures to improve living conditions of migrants. That measures are not that different from those taken by the European Agenda of Migrations, also analyzed in the article. Reforms are necessary to integrate migrants and should transform Public Administration.

Keywords: Administrative Law; regulatory reforms; migration law; public Administration; local government; social reformism; city planning.

O Pacto Global sobre Refugiados e a Gestão das Fonteiras na União Europeia: Uma análise sobre a Relação Migração-Segurança*

The Global Compact on Refugees and the border management in European Union: An analysis of the relation Migration-Security

EMELLIN DE OLIVEIRA**

1. INTRODUÇÃO

Em 2018, foi adotado na Assembleia Geral das Nações Unidas o Pacto Global sobre Refugiados, visando aliviar as pressões nos países de acolhimento, reforçar a autoconfiança dos refugiados, expandir as soluções para acesso a países terceiros, apoiar na promoção de condições nos países de origem para regresso em segurança e dignidade. Tendo como princípios de base a humanidade e a solidariedade internacional, sob os auspícios do regime de proteção internacional dos refugiados e centrado no princípio da não-repulsão, o Pacto vem propor uma partilha mais equilibrada entre as responsabilidades e os encargos relativos à proteção de refugiados.

Defendendo uma participação mais ativa dos Estados na defesa dos direitos humanos e

das liberdades fundamentais de pessoas deslocadas internacionalmente, o Pacto também considera os esforços e as diferentes contribuições dos Estados em matéria de asilo, urgindo por uma participação mais alargada e proporcional às capacidades de cada país. Outrossim, o Pacto não afasta o nexo entre migração e segurança, colocando lado-a-lado a proteção de refugiados com o respeito à soberania dos Estados.

Neste sentido, pretende-se analisar a gestão das fronteiras na União Europeia cruzando-a com os princípios orientadores da cooperação e da partilha de responsabilidades estipuladas nos compromissos políticos constantes no Pacto Global sobre Refugiados, de modo a verificar se e como a gestão das migrações relacionar-se-á com a segurança neste novo panorama político internacional.

Para tanto, o artigo dividir-se-á em duas partes. A primeira tratará de analisar de modo sintético a evolução da proteção de refugiados, tendo como marcos de observação a Convenção de Genebra relativa ao Estatuto do Refugiado (1951) e o seu Protocolo Adicional (1967); a Declaração de Nova Iorque sobre Refugiados e Migrantes (2016); e o Pacto Global sobre Refugiados (2018). A segunda parte analisará a questão da gestão de fronteiras na União Euro-

* O presente artigo é fruto de um estudo preliminar sobre gestão de fronteiras na União Europeia, no âmbito do Programa de Doutoramento em Direito na Universidade Nova de Lisboa, que foi adaptado, atualizado e acrescido com a análise sobre os Pactos Globais das Nações Unidas sobre Migrações.

** Doutoranda em Direito na Universidade Nova de Lisboa (NOVA Direito), Bolsieira de Doutoramento pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT) e Investigadora no Centro de I&D em Direito e Sociedade (CEDIS).

peia (UE) e a relação entre migração e segurança que se foram construindo e desconstruindo na política e na legislação europeia.

Por fim, pretende-se verificar se o Pacto Global sobre Refugiados alterou esta relação e como a gestão das fronteiras coadunarão com a proteção dos refugiados neste novo quadro de cooperação internacional.

2. DE GENEBA A NOVA IORQUE: A PROTEÇÃO DE REFUGIADOS

As migrações sempre existiram, bem como as deslocações de pessoas oriundas de zonas de conflitos. No entanto, foi a partir da Primeira Guerra Mundial que se pensou em criar uma resposta global à questão relacionada às pessoas carecidas de proteção internacional. Ana Sofia Pinto Oliveira esclarece que o acolhimento de refugiados até esta altura era «[...] uma prática aceite e tolerada, mas não havia garantias jurídicas para aqueles que, por motivos políticos, se viam obrigados a fugir»¹.

A Sociedade das Nações, juntamente com outras organizações, foi a responsável por iniciar a criação de um documento jurídico-político sobre a proteção de refugiados, sendo este período de negociações a base de criação do princípio do *non refoulement* (não repulsão), que fora citado a primeira vez em 1933^{2,3}. Não obstante este início, o desenvolvimento da proteção de refugiados ao nível internacional evoluiu, o que se verifica pela inclusão do asilo na Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) de 1948⁴. Contudo, «[a] DUDH não é

um instrumento vinculativo e [...] pela redação final que veio a ser dada ao artigo 14, mesmo que o fosse, não se poderia nela ancorar o dever dos Estados de concederem asilo»⁵. Assim, a Convenção de Genebra relativa ao Estatuto do Refugiado de 1951 e, em complementaridade, o seu Protocolo de Nova Iorque de 1967 adicional à Convenção são marcos importantes não como documentos que consagram o direito de asilo, mas como instrumentos jurídico-políticos para a proteção dos refugiados.

Em que pese a evolução dos sistemas de proteção ao nível regional, foi a partir do evento conhecido como «crise dos refugiados» que a questão sobre a cooperação entre Estados, no que concerne às competências e às responsabilidades no acolhimento de refugiados, voltou a ser discutida num âmbito global. Neste sentido, passa-se a analisar três marcos que ora se destacam como importantes sobre a proteção de refugiados.

2.1. A Convenção de Genebra relativa ao Estatuto do Refugiado de 1951 e seu Protocolo Adicional de 1967

A Convenção de Genebra de 1951 é o primeiro marco para a criação de um sistema internacional de proteção de refugiados. No entanto, apesar do seu caráter global, estipulado a partir da assinatura do Protocolo Adicional de 1967, a Convenção estipula uma proteção individual e limita-se aos que já fugiram de seu território de nacionalidade e/ou residência habitual⁶.

¹ ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, *O Direito de Asilo Na Constituição Portuguesa: Âmbito de Proteção de Um Direito Fundamental* (Coimbra Editora, 2009), p. 45.

² JAMES C. HATHAWAY, «Refugees and Asylum,» em Foundations of International Migration Law, ed. Brian Opeskin, Richard Perruchoud, e Jillyanne Redpath-Cross (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 178-79.

³ Cfr. OLIVEIRA, *O Direito de Asilo Na Constituição Portuguesa: Âmbito de Protección de Um Direito Fundamental*, p. 58.

⁴ Cfr. artigo 14.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁵ OLIVEIRA, *O Direito de Asilo Na Constituição Portuguesa: Âmbito de Protección de Um Direito Fundamental*, p. 63.

⁶ «While the Refugee Convention provides for the continuing protection of all persons deemed to be refugees under any of the earlier accords, its definition is fundamentally individualist and forward-looking ('a well-founded fear of being persecuted') and limited to persons who have already fled their own country and whose risk derives from civil or political discrimination. When first adopted, States could restrict their commitments to pre-1951 and European refugees, though few in fact chose to do so» em Hathaway, «Refugees and Asylum,» p. 178.

A Convenção de Genebra relativa ao Estatuto do Refugiado e o seu Protocolo Adicional têm por base três pontos de análise que permitem estabelecer a competência dos Estados em proteger refugiados e a própria proteção das vítimas de violações de direitos humanos, que seriam: a definição de refugiado, o estatuto do refugiado⁷ e o princípio da não repulsão^{8,9}.

No que toca à definição de refugiado¹⁰, existem uma série de critérios para que uma pessoa seja reconhecida como refugiado. Vincent Chetail¹¹ resume tais critérios em quatro condições cumulativas:

1. O refugiado é um estrangeiro que está fora do seu país de origem;
2. O refugiado não pode, por inexistência ou incapacidade, receber proteção do seu país de origem;
3. Não é possível ao refugiado voltar ao seu país de origem devido a um receio fundado de perseguição;
4. Tal perseguição ou falta de proteção deve estar relacionada com uma das cinco motivações estabelecidas pela Convenção.

Desses critérios, dois elementos são de importante observação: a perseguição e os motivos da perseguição. Para que se possa configurar uma perseguição é necessário que «a vida, a liberdade ou outros direitos fundamentais do requerente sejam ameaçados por um Estado ou por uma entidade equivalente a um Estado», e tal interpretação se pode obter com o apoio de outras convenções internacionais, tal como o Estatuto de Roma¹².

⁷ Cfr. artigos 12 a 29, da Convenção de Genebra de 1951.

⁸ Cfr. artigo 33, da Convenção de Genebra de 1951.

⁹ VINCENT CHETAIL, International Migration Law (Oxford: Oxford University Press, 2019), p. 169.

¹⁰ Cfr. artigo 1.º, alínea A, n.º 2, da Convenção de Genebra de 1951.

¹¹ Chetail, International Migration Law, p. 170.

¹² TIAGO FIDALGO DE FREITAS, BENEDITA MENEZES QUEIROZ, E BEATRIZ ESPERANÇA, «O Conceito de Refugiado Nos Ordenamentos

Os motivos da perseguição, por sua vez, estão enumerados na própria Convenção, que são: raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas.

Não obstante estas as características inerentes aos critérios de inclusão para definir um refugiado, importa também verificar os critérios de cessação¹³ e de exclusão¹⁴.

Os critérios de cessação visam determinar quando um estrangeiro ou apátrida deixa de ser considerado refugiado, pelo que não se poderá mais beneficiar de um sistema de proteção internacional ou nacional. E isto poderá ocorrer por razões imputáveis ao próprio indivíduo (se havendo perdido a nacionalidade, ele a recuperou voluntariamente; se adquiriu nova nacionalidade e goza da proteção do país cuja nacionalidade adquiriu; se se estabeleceu de novo, voluntariamente, no país que abandonou ou fora do qual permaneceu por medo de ser perseguido) ou a outras circunstâncias (voltou a valer-se da proteção do país de que é nacional; por terem deixado de existir as motivações pelas quais foi reconhecido como refugiado).

No que concerne aos critérios de exclusão, estes seriam circunstâncias que, uma vez verificadas, excluiriam o estrangeiro ou apátrida do sistema de proteção previsto pela Convenção, desobrigando um determinado Estado. Vincent Chetail¹⁵ distingue os critérios de exclusão em dois grupos circunstanciais:

1. Artigo 1.º, alíneas D e E: se o estrangeiro ou apátrida já for beneficiário de uma proteção nacional ou internacional de outro Estado ou Organismo.

Jurídicos Internacional, Europeu e Português,» in O Contencioso Do Direito de Asilo e Proteção Subsidiária (Lisboa: Centro de Estudos Judiciares, 2016), p. 187, http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_0_contencioso_do_direito_de_asilo_e_protecao_subsidiaria.pdf

¹³ Cfr. artigo 1.º, alínea C, da Convenção de Genebra de 1951.

¹⁴ Cfr. artigo 1.º, alíneas D, E e F, da Convenção de Genebra de 1951.

¹⁵ Chetail, International Migration Law, p. 171.

2. Artigo 1.º, alínea F: se houver razões sérias para acreditar que o estrangeiro ou apátrida tenha cometido crimes graves, dentre os quais se incluem crime contra a paz, crime de guerra e crime contra a humanidade.

É importante notar que o sistema de proteção para refugiados visa exatamente garantir que vítimas – ou potenciais vítimas – de direitos humanos, que sejam perseguidas por uma das cinco razões referidas *supra*, possam beneficiar-se de proteção de um Estado diferente do seu de origem. No entanto, a «responsabilidade de proteger» e de «não-repulsão» que cabe a um Estado apenas recai aos indivíduos que consigam passar pelos 3 crivos: o da inclusão, o da exclusão e o da cessação¹⁶. Isto serve para resguardar os direitos de soberania do Estado de acolhimento, que pode restringir a entrada e a permanência de não-nacionais em seu território, aquando da não qualificação ou da desqualificação de um estrangeiro como refugiado.

Com especial atenção ao artigo 1.º, alínea F, da Convenção de Genebra de 1951, é ainda mais evidente esta proteção da soberania dos Estados, mas, sobretudo, dos deveres do Estado com relação aos seus nacionais – mormente, o de garantir a segurança destes¹⁷. Neste sentido, o Comité do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) publicou algumas notas sobre os critérios de exclusão da definição de refugiado, cujo excerto se destaca abaixo:

The exclusion clauses enumerated in Article 1F of the 1951 Convention operate to disqualify persons from the benefits of refugee status by reason of serious transgressions committed, in principle, prior to

¹⁶ Cfr. GUY S. GOODWIN-GILL and JANE MCADAM, *The Refugee in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007).

¹⁷ Cfr. ANDREW I. SCHOENHOLTZ, «Anti-Terrorism Laws and the Legal Framework for International Migration,» in *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, ed. RYSZARD IGNACY CHOLEWINSKI, RICHARD PERRUCHAUD, and EUAN MACDONALD (Haia: T.M.C. Asser Press, 2007), 03-27.

seeking asylum. The idea of an individual «not deserving» protection as a refugee is related to the intrinsic links between ideas of humanity, equity, and the concept of refuge. The primary purposes of these exclusion clauses are to deprive the perpetrators of heinous acts and serious common crimes, of such protection, and to safeguard the receiving country from criminals who present a danger to that country's security. If the protection provided by refugee law were permitted to afford protection to perpetrators of grave offences, the practice of international protection would be in direct conflict with national and international law and would contradict the humanitarian and peaceful nature of the concept of asylum. From this perspective, exclusion clauses help to preserve the integrity of the asylum concept¹⁸.

Como se pode observar defende que as cláusulas contantes no artigo 1.º, alínea F, da Convenção de Genebra, servem para preservar o que nomeia de «integridade do conceito de asilo», uma vez que visariam salvaguardar o Estado de acolhimento de receber sob a égide do sistema de proteção internacional perpetradores de crimes hediondo ou graves. Contudo, não se pode deixar de verificar que a determinação do que sejam *razões sérias* para as autoridades acreditarem que um estrangeiro ou apátrida tenha cometido um crime grave ou hediondo ainda fica em aberto.

Tal determinação é realizada pelo próprio Estado e as suas respetivas autoridades e, apesar da lógica jurídica inerente a esta escolha, deixa espaço para diferentes compreensões do que seja uma razão séria – uma vez que existem 148 países que ratificaram a Convenção de Genebra e/ou o seu Protocolo Adicional, o que pode ser uma antítese na defesa de uma integridade do conceito de asilo e da própria garantia de proteção de pessoas refugiadas.

¹⁸ UNHCR Standing Committee, «Note on the Exclusion Clauses,» 1997, <https://www.unhcr.org/excom/standcom/3ae-68cf68/note-exclusion-clauses.html>

2.2. A Declaração Nova Iorque para Refugiados e Migrantes de 2016

Em setembro de 2016, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Declaração de Nova Iorque para Refugiados e Migrantes, que representava uma série de compromissos políticos que visavam encontrar «*la mejor manera en que la comunidad internacional debe responder al creciente fenómeno mundial de los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes*»¹⁹.

Considerando que a mobilidade humana havia alcançado níveis sem precedentes já em 2015, a referida Declaração urge por uma cooperação mais próxima entre os Estados e mais alargada entre diversos setores, desde as organizações não-governamentais às empresas. Sob a bandeira de providenciar respostas globais às questões mundiais, os compromissos assumidos dividem-se em 3 grandes grupos:

1. Compromissos que se aplicam tanto aos refugiados, quanto aos migrantes;
2. Compromissos relativos aos migrantes;
3. Compromissos relativos aos refugiados.

Passa-se a analisar os pontos 1 e 3, que são os que tratam dos refugiados.

Os compromissos assumidos no que toca a migrantes e refugiados têm como fundamentos o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais dos estrangeiros e apátridas, bem como a valorização da perspetiva de género e a proteção do superior interesse da criança nas políticas e nas ações estatais em matéria de migração. No entanto, a Declaração de Nova Iorque volta a reconhecer a soberania dos Estados no que concerne aos respetivos direitos e obrigações na gestão e no controlo de suas fronteiras, que devem ser reconhecidas como um elemento importante para a seguran-

ça e a cooperação internacional, em especial na luta contra o terrorismo, a criminalidade organizada e o comércio ilícito. Portanto, vê-se novamente a construção de uma relação entre migração e segurança, em que a ultrapassagem de uma fronteira internacionalmente reconhecida vem potencialmente associada a crimes transnacionais.

Ademais, fica também estabelecido o comprometimento com o combate à xenofobia, ao racismo e à discriminação contra refugiados e migrantes, bem como com a fomentação de medidas que melhorem a integração e a inclusão dos migrantes – forçados ou não – de modo a diminuir os riscos de marginalização e radicalização. Contudo, a Declaração ressalta também que refugiados e migrantes têm a obrigação de respeitar as leis e os regulamentos dos países que os acolhem.

Em relação aos compromissos relativos a refugiados, a Declaração reafirma o respeito pelo direito de asilo e pelos direitos humanos, devendo existir maior cooperação entre os Estados para direcionar ações – preferencialmente por meio da diplomacia e da solução pacífica de controvérsias – que possam prevenir ou resolver conflitos que originem grandes deslocações de pessoas, bem como para aumentar as vias legais de acesso aos sistemas de proteção de refugiados, para estabelecer planos de reinstalação e para apoiar financeiramente outros Estados que estejam na linha-da-frente do acolhimento. Todavia, esta cooperação não se deve limitar ao nível estatal, devendo ocorrer de forma multisectorial, de modo a que se encontrem soluções duradoras e sustentáveis.

No Anexo I da Declaração de Nova Iorque encontra-se o *Marco Compreensivo de Resposta a Fluxos de Refugiados* (ou GRR, do acrônimo em inglês *Comprehensive Response to Refugee*), em que o Escritório do ACNUR fica responsável por liderar os debates e as negociações entre os Estados, os diversos setores das Nações Unidas e outros *stakeholders* para estabelecer uma resposta integrada aos fluxos de pessoas carecidas de proteção internacional. Tal res-

¹⁹ Assembleia Geral das Nações Unidas, «Declaração de Nova Iorque Para Refugiados e Migrantes, de 19 de Setembro» (2016), p. 2.

posta tem como fundamento a cooperação internacional e a partilha de responsabilidades e encargos, devendo ocorrer de forma holística e abrangente, incluindo desde a receção ao acolhimento e à integração de refugiados.

A Declaração de Nova Iorque é um instrumento político importante por reafirmar compromissos em diferentes níveis (Estados, Organizações Internacionais, Sociedade Civil e indivíduos) no plano internacional, nacional e local, sendo esse documento a base para os dois Pactos Globais da Nações Unidas.

2.3. O Pacto Global sobre Refugiados de 2018

O Pacto Global sobre Refugiados (PGR) foi adotado em 17 de dezembro de 2018 na Assembleia Geral da Nações Unidas, após as várias consultas públicas e todo o trabalho em parceria e multissetorial liderado pelo ACNUR. O Pacto está dividido em 4 partes:

1. Introdução: que conta com uma contextualização do Pacto, a indicação dos princípios orientadores, os objetivos que se pretende alcançar e a promoção de ações que visem prevenir e colmatar as causas profundas das deslocações forçadas.
2. *Comprehensive Response to Refugee* (GRR): com a referência do Anexo I da Declaração de Nova Iorque de 2016.
3. Programa de Ação: disposições e arranjos para a partilha de responsabilidade e encargos, e identificação de áreas de apoio.
4. Disposições para acompanhamento das ações.

O PGR reconhece que a situação dos refugiados é uma *preocupación* de toda a humanidade, devendo a partilha de responsabilidades e encargos ser mais previsível e equilibrada, tendo como princípios basilares a humanidade e a solidariedade internacional e como princí-

pios operacionais a partilha de responsabilidade e encargos para melhor proteger e apoiar os países e as comunidades de acolhimento. Neste sentido, os objetivos do Pacto estão enumerados na Alínea C, conforme se destaca:

1. Aliviar as pressões nos países de acolhimento;
2. Reforçar a autoconfiança dos refugiados;
3. Expandir as soluções para acesso a países terceiros;
4. Apoiar na promoção de condições nos países de origem para regresso em segurança e dignidade.

Para cumprir os objetivos enumerados *supra*, o Pacto propõe um *Programa de Ação* alinhado com o CRR, incluindo para situações emergenciais de fluxos de refugiados em larga escala. O primeiro arranjo político é a criação de um *Fórum Global sobre Refugiados* quadriennais, que visa promover a apresentação de contribuições – por meio de partilha de boas práticas ao nível local, nacional e regional – para alcançar os objetivos do Pacto. Ainda, prevê-se a criação de plataformas de apoio, que não serão órgãos fixos ou gabinetes para atividades operacionais, mas uma rede cujo escopo é reafirmar compromissos políticos, mobilizar assistência financeira, técnica e material, bem como facilitar respostas humanitárias e de desenvolvimento coerentes no caso de uma situação específica de fluxos massivos. Outrossim, algumas ferramentas são referenciadas no Pacto com o intuito de operacionalizar a partilha de responsabilidades e encargos, tal como a mobilização de fundos públicos e privados para a manutenção do sistema de acolhimento e proteção de refugiado, bem como para oferecer alargar a cooperação para o desenvolvimento e maximizar as contribuições do setor privado.

Importa destacar que o Pacto reconhece a responsabilidade e a soberania primárias dos Estados no que toca ao acolhimento e à proteção de refugiados, no entanto estabelece ao mesmo tempo a adoção de uma abordagem

multissetorial e de parceria, na qual o AC-NUR desempenhará um papel catalisador e de apoio em conjunto e em consonância com as autoridades nacionais.

Outro ponto de importante relevo que consta no Plano de Ação é a atenção que se dá a partilha de informações e de dados não apenas sobre os refugiados, mas também sobre o quadro estatístico relativo aos indivíduos e às comunidades refugiadas em cada Estado, de modo a fortalecer a interoperabilidade e, consequentemente, a busca de soluções para as questões relacionadas com a proteção internacional. Prevê-se também o acompanhamento das ações e das medidas a serem tomadas, nos termos do Plano de Ação, bem como a revisão das disposições finais do Pacto, a fim de que se ajustem ao contexto internacional e às necessidades dos refugiados e dos Estados de acolhimento.

E aqui se encontra uma interessante observação a fazer-se: a proteção que o PGR propõe não é restrita aos refugiados, mas a todo o sistema de proteção internacional, no qual se destacam os próprios Estados de acolhimento como atores. Seja na salvaguarda da soberania estadual, seja na promoção de apoio financeiro para a manutenção do acolhimento de refugiados, os Estados têm um papel horizontal com os indivíduos carecidos de proteção internacional, em especial quando se trata do tema segurança.

«1.3 Safety and security

56. Security considerations and international protection are complementary. The primary responsibility for safety and security lies with States, which can benefit from the promotion of national integrated approaches that protect refugees and their human rights, while safeguarding national security. The legitimate security concerns of host States are fully recognized, as well as the importance of upholding the civilian and humanitarian character of international protection and applicable international law, both in emergency and protracted situations.

57. At the request of concerned States, and in full respect of national laws and poli-

cies, UNHCR and relevant stakeholders will contribute resources and expertise to support protection-sensitive arrangements for timely security screening and health assessments of new arrivals. Support will also be provided for: capacity development of relevant authorities, for instance on international refugee protection and exclusion criteria; strengthening of international efforts to prevent and combat sexual and gender-based violence, as well as trafficking and smuggling in persons; capacity development for community-oriented policing and access to justice; and the identification and separation of fighters and combatants at border entry points or as early as possible after arrival in line with relevant protection safeguards. The development and implementation of programmes for protection and assistance to children formerly associated with armed groups will also be supported.»²⁰.

Desta forma, o PGR também estabelece uma relação entre migração e segurança, em que se tenta contrabalançar, de um lado, os direitos humanos e as garantias fundamentais dos refugiados; e, de outra parte, o direito-dever dos Estados de proteger a sua integridade e a de seus cidadãos. As fronteiras parecem ser o marco onde a insegurança se concentra e nas quais existe a necessidade de estabelecer a «identidade secreta» do indivíduo que as atravessa. Contudo, como esclarece Elspeth Guild et al, apesar de serem nas fronteiras que o estatuto de uma pessoa pode mudar – passando de nacional a requerente de asilo, refugiado ou migrante –, este não seria o lugar onde esta categorização deveria ocorrer²¹.

É imperioso sublinhar que o PGR, diferentemente dos outros instrumento que o precederam, traz uma análise sobre a questão securi-

²⁰ Organização das Nações unidas ONU, «Global Compact on Refugees» (2018), p. 16.

²¹ Cfr. ELSPETH GUILD, EVA NANOUPOULOS, and KATHARINE T. WEATHERHEAD, «Securitisation of Borders and the UN's Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration,» Legal Studies (Londres, 2018), p. 2.

tária através de duas vertentes: o terrorismo e outros crimes graves no país de origem podem ser causas profundas para fluxos em larga escala de deslocações, pelo que se deve fomentar o sistema de proteção de refugiados; mas também podem ser uma fonte de insegurança que acompanhe os fluxos migratórios, o que obriga ao Estado de acolhimento criar medidas de prevenção e proteção contra tais ameaças. Por isso, e por mais uma vez, o Pacto deixa a mensagem de que a gestão das fronteiras – e não apenas dos fluxos de refugiados – consubstancia-se como importante para a segurança individual e coletiva, principalmente aquando de movimentos em larga escala.

3. A GESTÃO DA FRONTEIRAS NA UNIÃO EUROPEIA: A QUESTÃO DA SEGURANÇA

O ano de 2015 foi um marco para as Migrações na Europa, não apenas pelo aumento dos fluxos migratórios²² em direção à União Europeia, mas também pela diversidade de políticas e legislações²³ envolvendo esta temática em nível europeu e nacional. Ainda, a sucessão de eventos ocorridos naquele ano incentivou uma análise holística da chamada «crise migratória», relacionando-se a chegada, a entrada e a permanência de estrangeiros à segurança europeia e aos desafios à manutenção do espaço de livre circulação.

²² Sobre o aumento do fluxo migratório em direção à UE no ano de 2015, ver: OCDE, *International Migration Outlook 2016*. (OECD Publishing, 2016); Eurostat, «Migration and Migrant Population Statistics – Statistics Explained,» accessed October 20, 2017, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics; e, Comissão Europeia, «Irregular Migration & Return,» accessed October 20, 2017, https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/irregular-migration-return-policy_en.

²³ Sobre as políticas e legislações em matéria de imigração e asilo a partir de 2015, ver: Eurostat, «Statistics on Enforcement of Immigration Legislation – Statistics Explained,» accessed September 10, 2017, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Statistics_on_enforcement_of_immigration_legislation

Importa, assim, trazer à análise os atentados terroristas ocorridos em Paris no ano de 2015, que geraram uma emersão de políticas e estratégias europeias com o intuito de lutar contra a ameaça transnacional, o terrorismo. Contudo, dos eventos terroristas ocorridos em 2015, *Charlie Hebdo*²⁴ e *Bataclan*²⁵, a União Europeia parecia demonstrar uma capacidade limitada em desenvolver uma estratégia eficaz para combater esta ameaça que, aparentemente, teria vindo de fora de suas fronteiras. Ao mesmo ritmo que a sensação de insegurança aumentava, emergiam também medidas mais restritivas às migrações, visto que, especialmente após os atentados, os migrantes passaram a ser vistos como os próprios agentes propulsores da ameaça²⁶.

Os outros eventos de cunho terrorista que sucederam em 2016, nomeadamente em Bruxelas²⁷ e Nice²⁸, reafirmaram uma tendência de que a segurança europeia teria por base,

²⁴ Cfr. Comissão Europeia, «Statement by President Juncker Following the Attacks on Charlie Hebdo Premises,» accessed October 9, 2017, http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-15-3002_en.htm

²⁵ Cfr. Comissão Europeia, «Statement by President Juncker on the First Anniversary of the Attacks in Paris on 13 November 2015,» accessed November 15, 2017, http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-16-3670_en.htm

²⁶ Cfr. a teoria da Securitização da Migração em Didier Bigo, «Migration and Security», *Controlling a New Migration World*, 2003, 121-49, e Jef Huysmans, «The European Union and the securitization of migration», *Journal of Common Market Studies* 38, n. 5 (2000): 751-77, doi:10.1111/1468-5965.00263, citando o que esclarece o ultimo autor: «The development of security discourses and policies in the area of migration is often presented as an inevitable policy response to the challenges for public order and domestic stability of the increases in the number of (illegal) immigrants and asylum-seekers (...). As a result, immigrants, asylum-seekers and refugees are framed as a security problem which is different from an approach by means of a policy which emphasizes that asylum is a human rights question and/or which proposes human rights instruments to deal with the issue».

²⁷ Cfr. Conselho da União Europeia, «Joint Statement of EU Ministers for Justice and Home Affairs and Representatives of EU Institutions on the Terrorist Attacks in Brussels on 22 March 2016,» 2016, [²⁸ Cfr. United Nations Security Council, «Security Council Press Statement on Terrorist Attack in Nice, France,» *Securi-*](http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/24-statement-on-terrorist-attacks-in-brussels-on-22-march/?utm_source=dsms-auto&utm_medium=email&utm_campaign=Joint statement of EU Ministers for Justice and Home Affairs a.</p>
</div>
<div data-bbox=)

dentre outras questões, a gestão da migração, especialmente no que toca ao controlo das fronteiras e ao combate à migração irregular. Funk e Parkes²⁹ já haviam chamado à atenção para este cenário ao analisar as ações tomadas após os atentados ocorridos em novembro de 2015 em Paris. Segundo os analistas do Instituto Europeu de Estudos sobre Segurança, apesar de a maioria dos suspeitos serem Europeus, os ataques suscitaram preocupações de que possíveis terroristas estrangeiros estivessem infiltrados nos fluxos migratórios que buscavam refúgio na Europa.

Desta forma, em junho de 2016, por meio de um comunicado de imprensa, a Comissão Europeia apresentou quais seriam as medidas a serem tomadas no sentido de apoiar os EM no cumprimento da sua competência em prevenir e combater a radicalização e o terrorismo em seus territórios. Os domínios em que essas medidas visam ter efeito são: propaganda terrorista e o discurso de incitação ao ódio em linha; radicalização nas prisões; promoção de sistemas de ensino inclusivos e os valores comuns da EU; promoção de uma sociedade inclusiva, aberta e resiliente, com especial atenção às camadas jovens; reforço na cooperação internacional; intensificação da investigação, recolha de dados, monitorização e estabelecimento de redes de informação e segurança³⁰.

Na mesma altura, a Alta-Representante da União Europeia, Federica Mogherini, lançou o que seria a «Abordagem Global da União Europeia sobre Política Externa e de Segurança»³¹. O texto do referido documento

ty Council Press Statement, 2016, <https://www.un.org/press/en/2016/sc12446.doc.htm>

²⁹ MARCO FUNK and RODERICK PARKES, «Refugees versus Terrorists» (Bruxelas, 2016), <http://www.europarl.europa.eu/grece/resource/static/files/refugees-versus-terrorists.pdf>

³⁰ Comissão Europeia, «Ação Mais Firme Da UE No Combate à Radicalização Que Conduz Ao Terrorismo Violento,» Press Release Database, 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2177_pt.htm

³¹ European External Action Service EEAS, «EU Global Strategy – Shared Vision, Common Action: A Stronger Euro-

exaltava a necessidade da UE ter uma Política Migratória mais eficiente, trabalhando maisativamente e de forma mais próxima aos Estados de origem e de trânsito de migrantes e refugiados. Os temas relevantes nesta abordagem externa e securitária incluíam, dentre outros: a mobilidade, a migração irregular, a gestão de fronteiras, a readmissão e o retorno de estrangeiros.

Paralelamente à questão migratória, merece destaque o Relatório da EUROPOL sobre a situação e a tendência do terrorismo na União Europeia³², publicado em 20 de julho de 2016, que demonstra uma preocupação com os combatentes estrangeiros retornados da Síria, os quais poderiam ter trazido consigo ideologias de cunho terrorista. O relatório evidenciava ainda a ascensão de ideias nacionalistas com viés xenófobo e discriminatório dentro dos EM, o que poderia impor dificuldades na integração dos migrantes e propiciar à aproximação dos estrangeiros ao nomeado «jihadismo terrorista»³³.

pe» (Bruxelas, 2016), http://www.eeas.europa.eu/archives/docs/top_stories/pdf/eugs_review_web.pdf

³² European Police Office Europol, «TE-SAT 2016 – European Union Terrorism Situation and Trend Report 2016» (Haia, 2016), <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/european-union-terrorism-situation-and-trend-report-te-sat-2016>.

³³ Sobre o «Jihadismo Terrorista» tece comentários Pedro Barbosa em Pedro Gomes; Barbosa et al, *As teias do terror: novas ameaças globais*, ed. Pedro Gomes Barbosa, 1a (Lisboa: Ésquito, 2006), a citar: «[...] É um novo fenómeno a que os países, incluindo os islâmicos, têm de se adaptar. Este movimento diz procurar um novo tipo de governo, multinacional e teocrático, com a renovação do Califado e a conquista de todas as terras que pertenciam ao Islão [...]. Para isso procuram criar instabilidade em países terceiros, aproveitando as comunidades aí instaladas, contestando os tradicionais e pacíficos chefes das comunidades locais, criando sub-culturas e tentando instaurar, nessas mesmas comunidades, através de pequenos e minoritários grupos activos, a lei islâmica e a desobediência às leis nacionais». Ainda, nas palavras de Felipe Paté Duarte, «Jihadismo Global: A (In)Coerência de uma Estratégia de Subversão?», *Nação e Defesa* N.º 128-5a Série (2011): 215-43, https://comum.raap.pt/bitstream/10400.26/4751/1/NeD128_Felipe-PateDuarte.pdf de que forma os acontecimentos subsequentes ao 11 de Setembro de 2001 influenciaram o percurso dessas linhas. Assumindo a incoerência e des-continuidade estratégica do Jihadismo Global, procurar-se-á identificar as causas externas e internas que levam (ou levaram, que opta pela denominação Jihadismo Global, tem-se que: «Neste sentido, encaramos o Jihadismo Global

Levando em consideração tais desconfianças e preocupações, medidas internas foram idealizadas no sentido de combater o terrorismo e a radicalização³⁴ no espaço europeu. Os projetos e as ações idealizados tiveram o cuidado de propor medidas não apenas aos imigrantes e refugiados, mas também aos seus descendentes, de modo a tentar proporcionar um ambiente mais inclusivo dentro da UE, amenizando os choques socioculturais nos EM que viabilizassem a aceitação de ideias extremistas³⁵.

como uma fórmula (político- -religiosa) que visa a conquista de poder, através da corrosão subversiva do poder formal e na maior parte das vezes utilizando a violência. Sendo um fenómeno abrangente, neste estudo entendemos a subversão como um conceito integrador de diversas estratégias violentas de corrosão do poder formal. São, portanto, guerras do foro político (Smith, 1989: 3), que, pelo desgaste prolongado do status quo vigente, procuram o estabelecimento de uma nova ordem».

³⁴ Destaca-se o Considerando e) da Resolução sobre a prevenção da radicalização e do recrutamento de cidadãos europeus por organizações terroristas que trata da relação da radicalização com cidadão nacionais, com ou sem descendência estrangeira em Parlamento Europeu, P8_TA(2015)0410: Prevenção da radicalização e do recrutamento de cidadãos europeus por organizações terroristas (Bruxelas: Parlamento Europeu, 2015): «Considerando que a radicalização destes «combatentes europeus» é um fenómeno complexo e dinâmico, que assenta num conjunto de fatores globais, sociológicos e políticos; que a radicalização não corresponde a um perfil único e afeta homens, mulheres e, sobretudo, jovens cidadãos europeus de todos os estratos sociais, que têm como ponto comum o sentimento de rotura em relação à sociedade; que as causas da radicalização podem ser socioeconómicas, ideológicas, pessoais ou psicológicas e que, por esse motivo, é necessário compreendê-la em função do percurso de cada um dos indivíduos envolvidos».

³⁵ Sobre o Processo de «Desecuritização», PHILIPPE BOURBEAU esclarece em Philippe; BOURBEAU e JUHA VUORI, «Security, Resilience, and Desecuritization: Multidirectional Moves and Dynamic», *Critical Studies on Security*, 2016: «As the above conceptualizations suggest, desecuritization tends to be viewed as a post hoc move or process in relation to security (Bourbeau & Vuori, 2012, p. 3)». Fabricius também trata do tema em Louise Fabricius, «For God and Ulster: Unionist Securitisations and Desecuritisations during the Peace Process in Northern Ireland» (Lund University, 2013), <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=3808416&fileId=3808420>, ao definir que: «Desecuritisation is the process wherein an issue loses its status as securitised and moves toward the politicised, or in rare cases even non-politicised. Desecuritisation is performative, and does not necessarily occur through speech acts».

Dentre os documentos que visam criar uma abordagem securitária mais inclusiva dos imigrantes, colocando-os não como propulsores da ameaça, mas como vítimas das ações terroristas, pode-se citar a Comunicação da Comissão para o apoio à prevenção da radicalização que conduz ao extremismo violento³⁶. Esta Comunicação visava analisar em que medida a UE poderá apoiar os EM a prevenir a radicalização, destacando sete áreas específicas, a citar: i) apoio à investigação, recolha de informação factual, monitorização e criação de redes; ii) combate à propaganda terrorista e ao discurso de incitação ao ódio na internet; iii) combate à radicalização nas prisões; iv) promoção do ensino inclusivo e dos valores comuns da UE; v) promoção de uma sociedade inclusiva e resiliente e envolvimento dos jovens; vi) a dimensão segurança do combate à radicalização; vii) a dimensão internacional.

Seguindo o objetivo destacado *supra*, em setembro de 2016, foi publicado pelo Conselho da Europa o «Esboço do Relatório sobre Alternativas para a Detenção no Contexto das Migrações»³⁷, que prevê um maior apoio à investigação e obtenção de dados científicos que possam compreender o processo de radicalização e de desradicalização na UE, além de criar mecanismos de aproximação entre a sociedade civil e as empresas, com o intuito de monitorar os discursos negativos e de incitação ao ódio e ao extremismo, especialmente nas redes sociais. Neste mesmo rol de iniciativas, foi criada a Rede de Sensibilização para a Radicalização – RSR (*Radicalization Awareness Network – RAN*)³⁸, cujo objetivo é trabalhar na prevenção da radicalização através da troca

³⁶ Comissão Europeia, «Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e Ao Comité Das Regiões: Apoio à prevenção da radicalização que conduz ao extremismo violento» (Bruxelas, 2016).

³⁷ CDDH,Steering Committee for Human Rights; e CD-DH-MIG, Drafting Group on Migration and Human Rights, «Preliminary draft analysis of the legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration, CDDH-MIG(2016)02» (Estrasburgo, 2016).

³⁸ Mais informações sobre a Plataforma RAN em: Comissão Europeia, «Radicalisation Awareness Network (RAN)»

de informação e conhecimento entre investigadores e profissionais que desenvolvem atividades no âmbito do combate à radicalização.

Deve-se ter em mente, no entanto, que paralelamente ao discurso de integração e resiliência, medidas outras desenvolvidas parecem reafirmar o nexo criado entre migração e segurança, passando o combate ao terrorismo obrigatoriamente por um controlo migratório. Um exemplo desta afirmação está na FRONTEX. Esta agência em 2016 adquiriu maiores competências, tendo também como tarefas a monitorização dos fluxos migratórios e o desenvolvimento de avaliações de vulnerabilidade, nas quais se analisam a capacidade e a prontidão dos EM em enfrentar as ameaças e os desafios nas suas fronteiras externas³⁹. Ainda, pode –se mencionar o uso de sistemas de vigilância e rastreio de informação nas fronteiras (*Smart Borders Package*⁴⁰, em especial o *Entry/Exit System*⁴¹), nos aeroportos (*ETIAS*)⁴² e duran-

accessed June 5, 2017, https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/networks/radicalisation-awareness_network_en

³⁹ European Border and Coast Guard Agency FRONTEX, «Frontex – Mission and Tasks», 2016, <http://fronTEX.europa.eu/about-frontex/mission-and-tasks/>; Andreea Niculiu, «Frontex – Solidarity Tool for Border Management in EU» (Bruxelas: Odysseus Network, 2016).

⁴⁰ Comissão Europeia, «Smart Borders», 2017, https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/smart-borders_en

⁴¹ Comissão Europeia, «COM(2016) 194 Final – Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL Establishing an Entry/Exit System (EES) to Register Entry and Exit Data and Refusal of Entry Data of Third Country Nationals Crossing the External Borders of the Member States of the European Union and Determining the Conditions for Access to the EES for Law Enforcement Purposes and Amending Regulation (EC) No 767/2008 and Regulation (EU) No 1077/2011» (2016), https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/securing-eu-borders/legal-documents/docs/20160406/regulation_proposal_entryexit_system_borders_package_en.pdf

⁴² Comissão Europeia, «Sistema Europeu de Informação e Autorização de Viagem – ETIAS», 2016, http://ec.europa.eu/portugal/news/european-travel-information-authorisation-system_en; Comissão Europeia, «COM(2016) 731 Final – Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL Establishing a European Travel Information and Authorisation System (ETIAS) and Amending Regulations (EU)

te as viagens (Diretiva *UE-PNR*)⁴³, o que demonstra uma sutil indicação ainda de que a ameaça à estabilidade europeia venha de fora de suas fronteiras.

Importa ainda destacar que, em 15 de Setembro de 2016, o Parlamento Europeu posicionou-se relativamente ao estabelecimento de um documento de viagem europeu para o regresso dos nacionais de países terceiros em situação irregular – que, além de imigrantes, podem ser também requerentes de asilo não qualificados como beneficiários de proteção internacional ou refugiados que perderam esta qualidade por aplicação de um de critérios de cessação – na EP-PE_TC1-COD(2015)0306. Nos considerandos do mencionado documento, verifica-se que os EM têm dificuldades em concretizar o regresso de nacionais de Estados terceiros que tenham os documentos de viagem expirados. Tal ato é defendido como importante por ser considerado como «uma parte essencial do esforço geral para assegurar a credibilidade e o correto e efetivo funcionamento da política de migração da União e para reduzir e dissuadir a migração irregular»⁴⁴.

Neste sentido, vale mencionar o restabelecimento de fronteiras internas por alguns EM como resposta ao fluxo de migrantes e a possibilidade de entrada em seus territórios estrangeiros em situação de irregularidade, o que poderia ser uma ameaça à segurança interna. Adiciona-

No 515/2014, (EU) 2016/399, (EU) 2016/794 and (EU) 2016» (2016).

⁴³ Parlamento Europeu; Conselho Da União Europeia, Diretiva (UE) 2016/681 do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros (PNR) para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave, Jornal Oficial da União Europeia n.º L 119, pp. 132-149, Bruxelas, 4 de maio de 2016.

⁴⁴ Parlamento Europeu, «I Posição Do Parlamento Europeu Aprovada Em Primeira Leitura Em 15 de Setembro de 2016 Tendo Em Vista a Adoção Do Regulamento (UE) Relativo Ao Estabelecimento de Um Documento de Viagem Europeu Para o Regresso Dos Nacionais de Países Terceiros Em Situação» (Bruxelas, 2016), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-0%2F0%2FEP%2F0%2FNONSGML%2BTC%2BP8-TC1-COD-2015-0306%2B0%2BDOC%2BPDF%2BV0%2F0%2FPT>

-se aos exemplos nacionais o caso específico da França que, após ser palco de atentados terroristas em 2015 e 2016, prolongou o Estado de Exceção até 15 de julho de 2017, sob a justificativa de que a ameaça terrorista é ainda presente e é uma consequência dos indivíduos provenientes de zonas de combate na Síria⁴⁵.

Apesar de tais ações, os relatórios produzidos, quer no âmbito europeu, quer no internacional, demonstram a inexistência de provas que liguem indubitavelmente as migrações ao terrorismo. O já citado relatório da EUROPOL, de julho de 2016, afirma não existir ligação concreta de que os combatentes estrangeiros associados ao terrorismo se tenham utilizado dos fluxos migratórios para entrar na Europa sem serem notados. O Relatório da ONU sobre a proteção dos direitos fundamentais dos migrantes durante o combate ao terrorismo, publicado em setembro de 2016, torna a referir que são escassas as evidências de que terroristas tenham entrado na UE por meio dos fluxos migratórios e, aprofundando a análise, de que migrantes sejam mais propícios à radicalização em comparação a outros grupos⁴⁶.

⁴⁵ Texto original do Projeto de Lei que prolonga o Estado de Exceção em França: «2. Sur la base des informations fournies par le Gouvernement, le Conseil d'Etat constate: – que la menace terroriste est intense, qu'elle résulte de la venue d'individus en provenance de zones de combat en Syrie, profitant de filières de migration et de nombreux déplacements dans l'espace européen, alors que l'évolution actuelle et prévisible de la situation militaire dans ces zones favorise les retours en Europe, ou qu'elle tienne aux individus résidant en France et adhérant aux objectifs de l'organisation terroriste qui avait revendiqué les attentats à Paris et à Saint-Denis les 7,8,9 janvier et 13 novembre 2015 et à Nice le 14 juillet dernier» em Conseil d'Etat and Assemblée Générale, «AVIS SUR UN PROJET DE LOI: Prorogeant l'application de La Loi N° 55-385 Du 3 Avril 1955 Relative à l'état d'urgence et Modifiant Son Article 6» (2016).

⁴⁶ Segue o excerto do texto original do referido relatório: «There is little evidence, however, that terrorists take advantage of refugee flows to carry out acts of terrorism⁸ or that refugees are somehow more prone to radicalization than others, and research shows that very few refugees have actually carried out acts of terrorism.⁹ As noted by a representative of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), «there is a clear perception in some quarters that asylum is misused to hide or provide safe haven for terrorists. Such perceptions are analytically and statistically unfounded, and must change.¹⁰ In its 2016 European Union Terrorism Si-

O Relator Especial sobre Direitos Humanos dos Migrantes, Ben Emmerson, responsável pelo Relatório suprarreferido, também identifica como uma ferramenta comumente usada pelos Estados – e cujo uso é considerado legítimo – a detenção de migrantes irregulares e requerentes de asilo. No documento, aponta-se a Grécia como o Estado para o qual as atenções estão voltadas, visto não conseguir proporcionar condições básicas de proteção que respeitem os direitos dos migrantes. E, nesta linha de violação de direitos humanos e fundamentais, o relator também informa que a FRONTEX tem ajudado nas detenções de migrantes que chegam às fronteiras da Europa, sem dar alternativas as essas pessoas em situação de vulnerabilidade.

É neste contexto que, em setembro de 2016, é adotada a Declaração de Nova Iorque sobre Migrantes e Refugiados, em que a União Europeia participa na qualidade de observador⁴⁷. Como mencionado *supra*, esta Declaração não visa interferir diretamente no âmbito de soberania dos Estados, mas busca criar um compromisso político para o respeito aos direitos humanos e às garantias e às liberdades fundamentais das pessoas em mobilidade.

Neste sentido, nas conclusões do Conselho Europeu⁴⁸, que teve lugar entre os dias 28 e 29 de junho de 2018, a mensagem evidente foi de que seria necessário tomar medidas para impedir a imigração irregular e impedir que o

tuation and Trend Report, Europol also noted that there was no evidence that terrorists were systematically using refugee flows to enter Europe» em Ben Emmerson, «A/71/384: Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms While Countering Terrorism» (Washington, 2016).

⁴⁷ Cfr. Parlamento Europeu, «Resolução Do Parlamento Europeu, de 18 de Abril de 2018, Sobre Os Progressos Relativos Aos Pactos Mundiais Das Nações Unidas Sobre Migrações Seguras, Ordenadas e Regulares e Sobre Refugiados,» 2018, http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0118_PT.html

⁴⁸ Cfr. Conselho Europeu, «Conclusões Do Conselho Europeu, 28 de Junho de 2018,» 2018, <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2018/06/29/20180628-eu-co-conclusions-final/>

afluxo ocorrido em 2015 nas fronteiras da EU voltassem a ocorrer. A cooperação é apontada como a base para uma resposta integrada e uníssona, em que se alarga o reconhecimento de países terceiros seguros, bem como o desenvolvimento do conceito de *plataformas de desembarques*, a fim de que se possa dar início ao processo de admissibilidade dos pedidos de asilo. Ainda, neste Conselho tratou-se da possibilidade de incluir-se no orçamento europeu um mecanismo para a gestão da migração externa, apoiando e fomentando o acolhimento e a integração de migrantes e refugiados em países terceiros.

As medidas discutidas e aprovadas no Conselho Europeu encontraram abrigo no Plano de Ação constante no Pacto Global das Nações Unidas sobre Refugiados de 2018, em especial aquelas que visam contrabalançar a proteção de refugiados e a segurança nacional (e/ou europeia). E, alinhados com esta estrutura de partilha de responsabilidades e encargos, as Orientações Políticas para a Comissão Europeia 2019-2024⁴⁹ de Ursula Von der Leyen indicam a proposta de um novo pacto para migrações, em que se almeja fortalecer as fronteiras da União Europeia – com vista ao combate à imigração irregular e à criminalidade grave – e reformar as regras do sistema comum de asilo europeu.

E, uma vez mais, o controlo de fronteiras com vista não apenas à gestão migratória, mas também à gestão da segurança voltam a cruzar-se, demonstrando que o sistema de proteção de refugiados, ao nível internacional e europeu, continuará a reforçar o nexo migração-segurança.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Migrações, atualmente, têm sido um tópico de maior preocupação na União Europeia. Da chamada «crise migratória sem preceden-

tes» ao terrorismo transnacional em solo europeu, a UE e os seus EM têm tomado ações, na medida da sua competência partilhada estabelecida pelo artigo 80.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, para gerir os fluxos migratórios, combater a imigração ilegal e prevenir a criminalidade grave, na qual se encontra o terrorismo, nos termos do artigo 79.º combinado com os artigos 67.º, 75.º e 83.º do TFUE.

Com a adoção pela Assembleia Geral das Nações Unidas do Pacto Global sobre Refugiados, mais uma vez a solidariedade e a cooperação vieram à tona como meios de gestão eficaz dos fluxos migratórios e das entradas de pessoas pelas fronteiras. No entanto, a questão das fronteiras levanta outra preocupação: a segurança.

Uma vez que o próprio Pacto Global sobre Refugiados reconhece a importância da segurança dos Estados para que estes possam cumprir as suas obrigações internacionais, no que toca ao direito humanitário internacional e à proteção dos direitos humanos, verifica-se que o controlo de fronteiras com vista não apenas à gestão migratória, mas também à gestão da segurança voltam a cruzar-se, demonstrando que o sistema de proteção de refugiados, ao nível internacional e europeu, continuará a reforçar o nexo migração-segurança.

Assim, a solidariedade internacional e a cooperação encontram os seus limites de atuação quando a segurança dos indivíduos ou dos Estados é colocada em causa. Tal aceção encontra respaldo em instrumentos anteriores, uma vez que já em 1951 a Convenção de Genebra relativa ao Estatuto do Refugiado criou critérios de exclusão da definição de refugiados – retirando, por conseguinte, do regime de proteção pessoas que preencheriam os critérios de inclusão –, dentre os quais se encontra a segurança. Por mais que se possa tecer alguma crítica relativa aos diferentes procedimentos realizados por cada Estado para determinar quando um estrangeiro ou apátrida é considerado um perigo à segurança nacional ou à ordem pública, a relação migração-segurança se manteve, tal como se mantém a soberania dos Estados, mesmo em relação às migrações forçadas.

⁴⁹ URSULA VON DER LEYEN, «A Union That Strives for More – My Agenda for Europe,» 2019, https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_en.pdf

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Nova Iorque para Refugiados e Migrantes, de 19 de setembro (2016).

BARBOSA, PEDRO GOMES. *As Teias Do Terror: Novas Ameaças Globais*. Edited by Pedro Gomes Barbosa, Rui Pereira, José Manuel Anes, Miguel Sanches Baêna, and António Silva Ribeiro. 1^a. Lisboa: Ésquilo, 2006.

BIGO, DIDIER. «Migration and Security.» In *Controlling a New Migration World*, edited by Virginie Guiraudon and Christian Joppke, 121-49. Londres: Routledge, 2004.

BOURBEAU, PHILIPPE and JUHA VUORI. «Security, Resilience, and Desecuritization: Multidirectional Moves and Dynamic.» *Critical Studies on Security*, 2016.

CDDH – Steering Committee for Human Rights, and CDDH-MIG – Drafting Group on Migration and Human Rights. «CDDH-MIG(2016)02: Preliminary Draft Analysis of the Legal and Practical Aspects of Effective Alternatives to Detention in the Context of Migration.» Estrasburgo, 2016.

CHETAIL, VINCENT. *International Migration Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. «Ação Mais Firme Da UE No Combate à Radicalização Que Conduz Ao Terrorismo Violento.» Press Release Database, 2016. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2177_pt.htm.

—. COM(2016) 194 final – Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL establishing an Entry/Exit System (EES) to register entry and exit data and refusal of entry data of third country nationals crossing the external borders of the Member States of the European Union and determining the conditions for access to the EES for law enforcement purposes and amending Regulation (EC) No 767/2008 and Regulation (EU) No 1077/2011 (2016). https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/securing-eu-borders/legal-documents/docs/20160406/regulation_proposal_entryexit_system_borders_package_en.pdf.

—. «COM(2016) 379 Final – Comunicação Da Comissão Ao Parlamento Europeu, Ao Conselho, Ao Comité Económico e Social Europeu e Ao Comité Das Regiões: Apoio à Prevenção Da Radicalização Que Conduz Ao Extremismo Violento.» Bruxelas, 2016.

—. COM(2016) 731 final – Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL establishing a European Travel Information and Authorisation System (ETIAS) and amending Regulations (EU) No 515/2014, (EU) 2016/399, (EU) 2016/794 and (EU) 2016 (2016).

—. «Irregular Migration & Return.» Accessed October 20, 2017. https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/irregular-migration-return-policy_en.

—. «Radicalisation Awareness Network (RAN).» Accessed June 5, 2017. https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/networks/radicalisation_awareness_network_en.

—. «Sistema Europeu de Informação e Autorização de Viagem – ETIAS,» 2016. http://ec.europa.eu/portugal/news/european-travel-information-authorisation-system_en.

—. «Smart Borders,» 2017. https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/smart-borders_en.

—. «Statement by President Juncker Following the Attacks on Charlie Hebdo Premises.» Accessed October 9, 2017. http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-15-3002_en.htm.

—. «Statement by President Juncker on the First Anniversary of the Attacks in Paris on 13 November 2015.» Accessed November 15, 2017. http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-16-3670_en.htm.

CONSEIL D'ÉTAT, AND ASSEMBLÉE GÉNÉRALE. AVIS SUR UN PROJET DE LOI: prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et modifiant son article 6 (2016).

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. «Joint Statement of EU Ministers for Justice and Home Affairs and Representatives of EU Institutions on the Terrorist Attacks in Brussels on 22 March 2016,» 2016. [CONSELHO EUROPEU. «Conclusões Do Conselho Europeu, 28 de Junho de 2018,» 2018. <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2018/06/29/20180628-euco-conclusions-final/>.](http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/24-statement-on-terrorist-attacks-in-brussels-on-22-march/?utm_source=dsms-auto&utm_medium=email&utm_campaign=Joint statement of EU Ministers for Justice and Home Affairs a.</p>
</div>
<div data-bbox=)

DUARTE, FELIPE PATHÉ. «Jihadismo Global: A (In) Coerência de Uma Estratégia de Subversão?» *Nação e Defesa* N.º 128 – (2011): 215-43. https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/4751/1/NeD128_FelipePathéDuarte.pdf.

EEAS, European External Action Service. «EU Global Strategy – Shared Vision, Common Action: A Stronger Europe.» Bruxelas, 2016. http://www.eeas.europa.eu/archives/docs/top_stories/pdf/eugs_review_web.pdf.

EMMERSON, BEN. «A/71/384: Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms While Countering Terrorism.» Washington, 2016.

EUROPEU, PARLAMENTO. «Resolução Do Parlamento Europeu, de 18 de Abril de 2018, Sobre Os Progressos Relativos Aos Pactos Mundiais Das Nações Unidas Sobre Migrações Seguras, Ordenadas e Regulares e Sobre Refugiados,» 2018. http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0118_PT.html.

EUROPOL, EUROPEAN POLICE OFFICE. «TE-SAT 2016 – European Union Terrorism Situation and Trend Report 2016.» Haia, 2016. <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/european-union-terrorism-situation-and-trend-report-te-sat-2016>.

EUROSTAT. «Migration and Migrant Population Statistics – Statistics Explained.» Accessed October 20, 2017. http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics.

—. «Statistics on Enforcement of Immigration Legislation – Statistics Explained.» Accessed September 10, 2017. http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Statistics_on_enforcement_of_immigration_legislation.

FABRICIUS, LOUISE. «For God and Ulster: Unionist Se curitisations and Desecuritisations during the Peace Process in Northern Ireland.» Lund University, 2013.

FIDALGO DE FREITAS, TIAGO, BENEDITA MENEZES QUEIROZ, and BEATRIZ ESPERANÇA. «O Conceito de Refugiado Nos Ordenamentos Jurídicos Internacional, Europeu e Português.» In *O Contencioso Do Direito de Asilo e Proteção Subsidiária*, 183-217. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2016. http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_o_contencioso_do_direito_de_asilo_e_protecao_subsidiaria.pdf.

FRONTEX, European Border and Coast Guard Agency. «Frontex – Mission and Tasks,» 2016. <http://frontex.europa.eu/about-frontex/mission-and-tasks/>.

FUNK, MARCO, and RODERICK PARKES. «Refugees versus Terrorists.» Bruxelas, 2016. <http://www.europarl.europa.eu/greece/resource/static/files/refugees-versus-terrorists.pdf>.

GOODWIN-GILL, GUY S, and JANE MCADAM. *The Refugee in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

GUILD, ELSPETH, EVA NANOPoulos, and KATHARINE T. WEATHERHEAD. «Securitisation of Borders and the UN's Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration.» *Legal Studies*. Londres, 2018.

HATHAWAY, JAMES C. «Refugees and Asylum.» In *Foundations of International Migration Law*, edited by Brian Opeskin, Richard Perruchoud, and Jillyanne Redpath-Cross, 177-204. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

HUYSMANS, JEF. «The Securitization of Migration and European Union.» *Journal of Common Market Studies* 38, no. 5 (2000): 751-77.

LEYEN, URSULA Von Der. «A Union That Strives for More – My Agenda for Europe,» 2019. https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_en.pdf.

NICULIU, ANDREEA. «Frontex – Solidarity Tool for Border Management in EU.» Bruxelas: Odysseus Network, 2016.

OCDE. *International Migration Outlook 2016*. OECD Publishing, 2016.

OLIVEIRA, ANDREIA SOFIA PINTO. *O Direito de Asilo Na Constituição Portuguesa: Âmbito de Proteção de Um Direito Fundamental*. Coimbra Editora, 2009.

ONU, Organização das Nações unidas. *Global Compact on Refugees* (2018).

PARLAMENTO EUROPEU. «I Posição Do Parlamento Europeu Aprovada Em Primeira Leitura Em 15 de Setembro de 2016 Tendo Em Vista a Adoção Do Regulamento (UE) Relativo Ao Estabelecimento de Um Documento de Viagem Europeu Para o Regresso Dos Nacionais de Países Terceiros Em Situação.» Bruxelas, 2016. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FNONGML%2BTC%2BP-8-TC1-COD-2015-0306%2B0%2BDOC%2BPD-F%2BV0%2F%2FPT>.

—. P8_TA(2015)0410: Prevenção da radicalização e do recrutamento de cidadãos europeus por organizações terroristas (2015).

SCHOENHOLTZ, ANDREW I. «Anti-Terrorism Laws and the Legal Framework for International Migration.» In *International Migration Law : Developing Paradigms and Key Challenges*, edited by Ryszard Ignacy Cholewinski, Richard Perruchoud, and Euan MacDonald, 03-27. Haia: T.M.C. Asser Press, 2007.

SECURITY COUNCIL, UNITED NATIONS. «Security Council Press Statement on Terrorist Attack in Nice, France.» Security Council Press Statement, 2016. <https://www.un.org/press/en/2016/sc12446.doc.htm>.

UNHCR Standing Committee. «Note on the Exclusion Clauses,» 1997. <https://www.unhcr.org/ex-com/standcom/3ae68cf68/note-exclusion-clauses.html>.

RESUMO

Em 2018, foi adotado na Assembleia Geral das Nações Unidas o Pacto Global sobre Refugiados, visando aliviar as pressões nos países de acolhimento, reforçar a autoconfiança dos refugiados, expandir as soluções para o acesso a países terceiros e apoiar na promoção de condições nos países de origem para regresso de requerentes de asilo em segurança e dignidade.

Mesmo que o Pacto não seja juridicamente vinculativo, é um importante documento sobre a proteção de pessoas carecidas de proteção internacional, uma vez que representa a vontade política e a ambição da comunidade internacional em encontrar soluções para a questão dos refugiados com base na cooperação e na solidariedade. Assim o Pacto tem como princípios orientadores a humanidade, a solidariedade internacional, o regime de proteção internacional dos refugiados e o princípio da não-repulsão (*non refoulement*). No que se refere aos princípios humanitários contantes no Pacto, podem ser enumerados a humanidade, a neutralidade, a imparcialidade e a interdependência.

É importante, no entanto, ressaltar que, mesmo tendo um caráter de solidariedade internacional, o referido Pacto não afasta o nexo entre a migração e a segurança, colocando lado-a-lado a proteção de refugiados com o respeito à soberania dos Estados. A liderança e o domínio dos Estados na consecução e na aplicação dos termos estabelecidos no Pacto têm uma relevância na proteção de refugiados e nas parcerias internacionais que visam a partilha de responsabilidades e de encargos do regime de proteção, que encontram os seus limites e o seu terreno de desenvolvimento na legislação, nas políticas e nas prioridades nacionais.

Sendo uma obrigação – e uma preocupação – dos Estados a questão da segurança de suas fronteiras e do seu território, a entrada de estrangeiros pelo regime de proteção internacional acaba por despertar uma atenção securitária, que se vê refletida no Pacto Global sobre Refugiados. Neste sentido, pretende-se analisar a gestão das fronteiras na União Europeia cruzando-a com os princípios orientadores da cooperação e da partilha de responsabilidades estipuladas nos compromissos políticos constantes no Pacto Global sobre Refugiados, de modo a verificar se e como a gestão das migrações relacionar-se-á com a segurança neste novo panorama político internacional.

Para tanto, o presente artigo seguirá uma metodologia hipotético-dedutiva de análise qualitativa, do tipo documental e bibliográfica, em que as fontes primárias serão estudadas e interpretadas juntamente com a doutrina sobre a matéria. Assim, o estudo proposto divide-se em duas partes. A primeira analisa, de modo sintético, a evolução da proteção de refugiados, tendo como marcos de observação a Convenção de Genebra relativa ao Estatuto do Refugiado (1951) e o seu Protocolo Adicional (1967); a Declaração de Nova Iorque sobre Refugiados e Migrantes (2016); e o Pacto Global sobre Refugiados (2018). A segunda parte adentra na questão da gestão de fronteiras, tendo como objeto específico de estudo a União Europeia, na qual se busca examinar o nexo entre migração e segurança, de modo a verificar como esta relação se vem construindo e desconstruindo na política e na legislação europeia. Unindo as duas partes, as considerações finais têm como foco averiguar se o Pacto Global sobre Refugiados alterou esta relação e como a gestão das fronteiras coadunarão com a proteção dos refugiados neste novo quadro de cooperação internacional.

Em jeito de conclusão, o estudo afere que, uma vez que o Pacto Global sobre Refugiados por si mesmo reconhece a importância da segurança dos Estados para que estes possam cumprir as suas obrigações internacionais, no que toca ao direito humanitário internacional e à proteção dos direitos humanos, o controlo de fronteiras com vista não apenas à gestão migratória, mas também à gestão da segurança voltam a cruzar-se, demonstrando que o sistema de proteção de refugiados, ao nível internacional e europeu, continuará a reforçar o nexo migração-segurança.

Com o reforço desta relação e a necessidade em garantir uma resposta a uma factual insegurança, a solidariedade internacional e a cooperação estatutárias encontram os seus limites de atuação quando a segurança dos indivíduos ou dos Estados é colocada em causa. Tal aceção não é algo novo – no que concerne ao binómio migração e segurança – sendo possível encontrar alguma evidência desta relação em instrumentos anteriores, tal como a Convenção de Genebra relativa ao Estatuto do Refugiado de 1951, na qual se pode verificar a existência de critérios de exclusão da definição de refugiado. Tais critérios de exclusão retiram do regime de proteção pessoas que preencheriam os critérios de inclusão, mas que, por razões enumeradas na Convenção, não lhes é atribuído o Estatuto de Refugiado. Dentre esses critérios está a possibilidade de ser-se considerado uma ameaça à ordem pública ou à segurança nacional.

Ainda que se possa tecer alguma crítica no que se refere aos procedimentos nacionais criados e aplicados por cada Estado para determinar quando um estrangeiro ou apátrida é considerado um perigo à segurança nacional ou à ordem pública, a relação entre a migração e a segurança se manteve com o desenvolvimento do sistema de proteção de refugiados – ao nível internacional, regional e nacional. Ao mesmo tempo, a soberania dos Estados também se perpetuou e moldou-se ao princípio da não-repulsão aquando do desenvolvimento de políticas e legislações relativas à entrada de nacionais de países terceiros nos territórios de eventuais Estados de acolhimento, e isso mesmo em relação às migrações forçadas.

Assim, o que se verifica é que existe um regime de proteção jurídico para o reconhecimento e a atribuição do estatuto de refugiado – além da existência de outras formas de proteção regional ou nacional, tal como a proteção subsidiária e a proteção humanitária –, que vem a ser reforçado por compromissos ao nível político, os quais têm como princípios basilares a cooperação internacional e o princípio da não-repulsão, além da proteção dos direitos humanos. No entanto, este regime não é absoluto, podendo ser limitado exatamente por questões securitárias. E se o aparato jurídico considera o fator «segurança» para excluir ou limitar o acesso ao regime de proteção internacional, não se poderia deixar de esperar que no âmbito de uma cooperação política a questão securitária tivesse menor atenção. E é o que se evidencia no Pacto Global sobre Refugiados quando se afirma que as considerações securitárias e a proteção internacional são complementares, apesar de serem, normalmente, antagónicas, uma vez que a solidariedade costuma extinguir-se quando a segurança está ameaçada.

Palavras-Chave: Pacto Global sobre Refugiados; Proteção Internacional; Migração; Segurança; Fronteiras; União Europeia.

ABSTRACT

In 2018, the UN General Assembly adopted the Global Compact on Refugees, aimed at easing the pressure in host countries, strengthening refugee self-reliance, expanding the access to third countries solutions and supporting the promotion of conditions in countries of origin for the return of asylum seekers in safety and dignity.

Even though the Compact is not legally binding, it is an important document on the protection of persons in need of international protection, as it represents the political will and the ambition of the international community to find solutions to the refugee issue based on cooperation and solidarity. Thus, the Compact has as its guiding principles humanity, international solidarity, the international refugee protection regime and the principle of non-refoulement. With regard to the humanitarian principles contained in the Compact, it is possible to appoint: humanity, neutrality, impartiality and interdependence.

It is important, however, to emphasize that, even if the Compact is founded on international solidarity, it does not break up the link between migration and security, placing the refugees' protection side-by-side with the respect of the States' sovereignty. The leadership and the dominance of States in achieving and applying the terms set out in the Compact are relevant to the refugees' protection and to the international partnerships – aiming at sharing the responsibilities and burdens of the refugee protection regime –, whose limits and zone of development grounded in the national legislation, policies and priorities.

Since the issue of the security of the borders and the territory is a State obligation – and a concern –, the entry of foreigners through the international protection regime ends up attracting security attention, which is reflected in the Global Compact on Refugees. In line with it, this article aims at analysing the management of borders in the European Union, relating it to the guiding principles of cooperation and the responsibility and burden sharing, established by the political commitments contained in the Global Compact on Refugees, in order to verify whether and how the management of migration will relate itself to security issues in this new international political landscape.

To this end, this article will follow a hypothetical-deductive methodology of qualitative analysis, using the documentary and bibliographic method, in which the primary sources will be studied and interpreted together with the doctrine on the matter. Thus, the proposed study is divided into two parts. The first one analyses, in a synthetic way, the evolution of the refugees' protection, having as observation marks the Geneva Convention on the Status of Refugees (1951) and its Additional Protocol (1967); the New York Declaration on Refugees and Migrants (2016); and the Global Compact on Refugees (2018). The second part delves into the issue of border management, with the European Union as its specific object of study, in which it seeks to examine the nexus between migration and security, in order to verify how this relation has been built and deconstructed in the European policies and legislation. Bringing the two parties together, the final considerations focus on whether the Global Compact on Refugees has changed this relationship and how border management will go hand in hand with the protection of refugees in this new framework of international cooperation.

In conclusion, the study gauges that, since the Global Compact on Refugees by itself recognizes the relevance of the States' security, in order to allow them to fulfil their international obligations with regard to the International Humanitarian Law and the protection of Human Rights, the border control does not aim simply at managing migration, but also managing security, demonstrating that the refugee protection system, at the international and European levels, will continue to strengthen the migration-security nexus.

With the strengthening of this relationship and the need to guarantee a response to a factual insecurity, the international solidarity and the States cooperation find their limits of action when the security of individuals or states is jeopardized. Such acceptance is

not something new – with regard to the binomial migration and security – it is possible to find some evidence of this relationship in the previous instruments, such as the Geneva Convention on the Status of Refugees of 1951, in which it is possible to verify the existence of criteria of exclusion from the definition of refugee. Such exclusion criteria remove persons who would fulfil the inclusion criteria from the protection regime, but to whom, grounded on the reasons listed in the Convention, are not granted the refugee status. Among these criteria, there is the possibility of being considered a threat to public order or national security.

Although some criticism that can be made regarding the national procedures created and applied by each State to determine when a foreigner or a stateless person is considered as a danger to national security or public order, the relationship between migration and security has been maintained with the development of the refugee protection system – at the international, regional and national levels. At the same time, the sovereignty of States has also been perpetuated and shaped the principle of non-refoulement when developing policies and legislation regarding the entry of third-country nationals into the territories of possible host States, and this also happens in relation to forced migration.

Thus, what it is possible to verify is that there is a legal protection regime for the recognition and the granting of refugee status – in addition to the existence of other forms of regional or national protection, such as subsidiary and humanitarian ones –, which comes to be reinforced by the commitments at the political level, which have as grounded principles the international cooperation and the non-refoulement, as well as protection of human rights. However, this regime is not absolute, and it may be limited precisely by security issues. And if the legal apparatus considers the «security» a factor to exclude or limit the access to the international protection regime, it could not be expected that, in the context of a political cooperation, the security issue would have less attention. And this is what is seen in the Global Compact on Refugees, especially when it affirms that security considerations and international protection are complementary, although they are usually antagonistic, since solidarity is often extinguished when security is threatened.

Keywords: Global Compact on Refugees; International Protection; Migration; Security; European Union.

Una aproximación a la determinación del interés superior de los niños víctimas de trata*

An approach to determining the best interests of trafficked children**

IRENE CLARO QUINTÁNS***

1. INTRODUCCIÓN

La trata de seres humanos afecta de manera particular a las personas más vulnerables y aparece ligada a aspectos económicos, penales y migratorios. No resulta extraño, pues sucede también con otras actividades delictivas. La diferencia con la trata es la vulnerabilidad extrema de las personas afectadas, que conduce a que las víctimas no siempre quieran o puedan identificarse a sí mismas como víctimas de un delito. Los problemas de identificación se acentúan además en el caso de los menores¹.

Las redes delictivas implicadas en la trata parecen haber aprovechado la crisis migratoria de estos últimos años para actuar contra los

más vulnerables, sobre todo mujeres y niños². Aunque los Estados están obligados a combatirla y a proteger a las víctimas, la ausencia de datos fiables entorpece su labor eficaz. En España, las estadísticas proporcionadas por el Ministerio del Interior y por la Fiscalía General del Estado apuntan a los recabados en procesos penales, limitando el foco de atención a la persecución del delito. La falta de coincidencia en los datos manejados por ambas instituciones se debe a los diferentes criterios empleados. Así, mientras el Ministerio aporta el número de víctimas oficiales del delito de trata derivadas de procesos penales³, la Fiscalía proporciona el número de diligencias de seguimiento abiertas en relación con el delito de trata⁴. Frente a estos datos, las entidades especializadas en atención a la trata de personas dibujan otro panorama, al

* Este artículo forma parte del Proyecto de I+D Retos, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, «Forced and arranged marriages among migrant communities in Spain: unravelling meanings and risk factors to build comprehensive models of intervention and prevention», con referencia RTI2018-095300-B-I00.

** This article is part of the research project «Forced and arranged marriages among migrant communities in Spain: unravelling meanings and risk factors to build comprehensive models of intervention and prevention» (RTI2018-095300-B-I00).

*** Universidad Pontificia Comillas. iclaro@comillas.edu

¹ UNODC (2016) «Multiple Systems Estimation for estimating the number of victims of human trafficking across the world», pp. 3 y 4. Disponible en <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/TiPMSE.pdf>. Fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019.

² COMISIÓN EUROPEA «Segundo informe sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos (2018) con arreglo al artículo 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas» COM (2018) 777 final, de 03.12.2018, p. 6. La Comisión señala que el 23% de las víctimas de trata registradas en la UE durante el periodo 2015-2016 eran menores de edad (p. 2).

³ MINISTERIO DEL INTERIOR «Trata de seres humanos en España. Balance estadístico 2014-18». Disponible en <http://www.interior.gob.es/documents/10180/8736571/Balance+Ministerio+TSH-FINAL+2014-18.pdf/42ceda6e-613b-4c20-8251-df6154dcc32> Fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019.

⁴ MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO DE 2018. https://d3cra5ec8gdi8w.cloudfront.net/uploads/documents/2019/09/10/_memoria2019_76609dd4.pdf Fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019.

incorporar a las víctimas que no siempre terminan inmersas en un proceso judicial dentro de la persecución del delito⁵.

El objetivo principal de este artículo es aportar elementos que ayuden a reflexionar sobre la trata de seres humanos, en particular cuando las víctimas son niños. En estos casos es necesario articular un sistema que permita hacer realidad la obligación de tener en cuenta su interés superior en la toma de decisiones que les afectan.

El artículo consta de dos partes diferenciadas. En la primera, contemplamos la trata de seres humanos como un fenómeno con diferentes aristas que requiere una primera perspectiva general, en la que no se distingue entre adultos y niños. Con tal fin, se presentan los distintos instrumentos jurídicos que configuran su marco legal en España y se intenta desmenuzar el concepto de trata. Las contribuciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) resultan de especial interés, así como la posible aplicación del estatuto de refugiado como una vía alternativa—y compatible—de protección.

La segunda parte se centra en los menores que son víctimas de trata y, tomando como hilo conductor el interés superior del niño, se transita por las diferentes fases que caracterizan la trata (detección, identificación, derivación y protección), incluida una breve alusión a su presencia en el proceso penal.

2. LA TRATA DE SERES HUMANOS: DESDE EL MARCO NORMATIVO AL ESTATUTO DE REFUGIADO

2.1. La regulación jurídica de la trata de seres humanos

Pese a que no es un fenómeno moderno, las múltiples normas jurídicas que han ido vien-

⁵ Cabe destacar que tampoco las organizaciones dedicadas a la atención de las víctimas recogen de manera sistemática la información y, en particular, si se refiere a menores. UNICEF «Son niños y niñas, son víctimas. Situación de los menores de edad víctimas de trata en España» Cuadernos para el debate, ed. Huygens, 2017, p. 14.

do la luz ponen de manifiesto la preocupación cada vez mayor por frenar esta práctica.

En el ámbito de Naciones Unidas, y como protocolo adicional a la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁶, se firma en Palermo el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo)⁷. La necesidad de garantizar la protección de las víctimas de trata lleva a la adopción en el seno del Consejo de Europa del Convenio número 197 sobre lucha contra la trata de seres humanos, adoptado en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (Convenio de Varsovia)⁸, al que se suma el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007⁹.

Por otro lado, la Unión Europea desde la década de los noventa adopta normas sobre la materia. Entre otras, la Directiva 2004/81/CE relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes¹⁰. Más adelante, la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas por la que se deroga la Decisión Marco 2002/629/JAI, de 15 de abril

⁶ Adoptada por resolución de la A.G. de 15 de noviembre de 2000 (A/RES/55/25); entrada en vigor 29 de septiembre de 2003.

⁷ Firmado en Palermo el 15 de noviembre de 2000; entrada en vigor el 25 de diciembre de 2003. España firma el Instrumento de ratificación el 25 de noviembre de 2003 (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003).

⁸ Este tratado entró en vigor el 1 de agosto de 2009 y, aunque su ámbito de aplicación se circunscriba a los Estados del Consejo de Europa, en su elaboración participaron también Canadá, Estados Unidos, Japón, México e incluso la Santa Sede. De ahí que se haya considerado el primer tratado internacional que aborda esta cuestión con una perspectiva global, abarcando medidas de prevención del delito, de protección de las víctimas y de cooperación internacional para combatirla.

⁹ Entró en vigor el 1 de julio de 2010. Ratificado por España y entrada en vigor el 1 de diciembre de 2010 (BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2010).

¹⁰ DOUE L 261/19, de 06/08/2004.

de 2011 (DOUE L 20, de 15/04/2011), adopta un enfoque integrado y global desde la perspectiva de los derechos de las víctimas. No se centra sólo en el aspecto represivo, sino que pretende también prevenir la delincuencia y garantizar que las víctimas puedan recuperarse y reintegrarse en la sociedad. Supone intentar plasmar un enfoque de derechos humanos que permitirá el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para su correcta aplicación e interpretación. Con ello se quiere dar un giro a una política que ponía el acento en el aspecto represivo –por medio de la tipificación de delitos y procesamiento de los responsables– y abandonaba la asistencia de las víctimas y las causas que fomentan esta situación. En el fondo, una respuesta parcial y limitada de la UE que caracterizó su actuación durante los primeros años y que se explica, sobre todo, desde una perspectiva de control migratorio. Debido a ese vínculo con los aspectos de seguridad y control se suele identificar la trata con el tráfico de personas, valorándola como si fuera una realidad externa a la Unión que, sin embargo, repercute en su territorio¹¹.

Con el fin específico de la protección de menores se aprueba la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil¹². Resulta también relevante en esta materia la Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos¹³.

En el ordenamiento jurídico español se pueden destacar, entre otras normas, el Ar-

tículo 177 bis del Código Penal¹⁴, la legislación de extranjería¹⁵ y la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito¹⁶. Al margen de la normativa de protección internacional que pueda resultar aplicable en cada caso, adquieren especial relevancia los protocolos vigentes que intentan establecer pautas de actuación y coordinar a las instituciones y administraciones implicadas. Así, junto al Protocolo marco de menores no acompañados se aprobó un Protocolo marco para la protección de las víctimas de trata de seres humanos en octubre de 2011¹⁷ que espera ser completado por un protocolo relativo a los menores víctimas de trata. Por último, conviene reflejar la existencia del Plan Integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual (2015-2018), elaborado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y coordinado por la Delegación del Gobierno para la violencia de género¹⁸.

2.2. La laboriosa tarea de desentrañar la noción de la trata de seres humanos

El artículo 3 del Protocolo de Palermo nos proporciona la definición actual de trata de seres humanos: *«Para los fines del presente Protocolo: a) Por «trata de personas» se entenderá la captación, el transporte, el traslado,*

¹⁴ Introducidos los apartados 1 y 4 por L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

¹⁵ Artículo 146 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 su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011).

¹⁶ BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015.

¹⁷ Aprobado por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial el 23 de noviembre de 2011, como resultado del acuerdo entre el Ministerio de Justicia, del Interior, de Trabajo e Inmigración, de Sanidad, Política Social e Igualdad, el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio Fiscal.

¹⁸ Disponible en http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/planActuacion/planContraExplotacionSexual/docs/Plan_Integral_Trata_18_Septiembre2015_2018.pdf Fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019.

¹¹ RUIZ DÍAZ, L.J. «La especial protección de las víctimas de la trata de seres humanos» en PÉREZ GONZÁLEZ, C. (Ed.) *Derecho Internacional y protección de mujeres migrantes en situación de especial vulnerabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 94-95. Considera el autor que la modificación en el rumbo de la estrategia de la UE no evita ciertas limitaciones en la protección de las víctimas y mantiene el enfoque represivo en la lucha contra la trata de personas.

¹² DOUE L 335/1, de 17/12/2011.

¹³ DOUE L 315/57, de 14/11/2012.

la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos»¹⁹. El concepto de trata de seres humanos se compone de tres elementos esenciales vinculados entre sí: la acción de captar, trasladar o transportar a la persona; el medio empleado para ello (amenazas, fuerza, fraude, etc.) y la finalidad de explotación. El objetivo debe ser la explotación de la persona, sin que sea necesario que se haya llevado finalmente a cabo. El Protocolo de Palermo señala en el mismo artículo 3 que no se tendrá en cuenta el consentimiento de la víctima en cuanto a la explotación «cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado». Si son menores el consentimiento resulta aún más irrelevante, puesto que la captación, el traslado, la acogida o recepción de niños para su explotación constituyen una forma de trata de personas cualquiera que sea el método utilizado²⁰.

La forma de trata más estudiada es aquella que tiene como fin la explotación sexual. Quizás en el interés que ha despertado a lo largo del tiempo influya la presión de los movimientos abolicionistas en relación con la prostitución. Se incluyen la prostitución for-

¹⁹ En el ámbito regional europeo tanto el Convenio de Varsovia, en su artículo 4, como la Directiva de trata de seres humanos de 2011 (artículo 2.1) adoptan una definición similar a la contenida en el Protocolo de Palermo.

²⁰ ACNUR «Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo 1(A)(2) de la Convención de Ginebra de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata», (HCR/GIP/06/07), de 7 de abril de 2006, apartado 11.

zada, elaboración de material o espectáculos pornográficos; matrimonios forzados o venta de esposas –dependiendo de las ocasiones–, turismo sexual, el alterne o los llamados mensajes eróticos²¹. La mayoría de las víctimas de trata por explotación sexual en España que son adolescentes procedentes de Rumanía no cruzan de forma irregular las fronteras. En ese sentido, el viaje no resulta tan arriesgado para ellas en principio. Quienes proceden de África subsahariana se ven captadas por un método similar al empleado con adultos, a través en muchas ocasiones de una operación de compromiso usando vudú u otras religiones, que crea un vínculo entre el tratante y la víctima vigente hasta saldar la deuda. El tercer grupo detectado, procedente de América Latina, suele venir a través de una agencia de viaje especializada que forma parte de la red de trata. Los menores viajan normalmente con autorización de sus responsables y cartas de invitación de familiares²².

En cuanto a la explotación laboral, desde 1919 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) lidera la lucha para su eliminación. De acuerdo con el Convenio número 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación²³, el concepto de trabajo no sólo comprende cualquier actividad laboral productiva, esté o no reglada, sino también otras actividades de naturaleza distinta como el reclutamiento de menores para intervenir en conflictos armados o para la comisión de hechos constitutivos de delitos (artículo 3). En la trata con finalidad de explotación labo-

²¹ Grupo de trabajo sobre trata de personas de Naciones Unidas «Análisis de algunos conceptos básicos del Protocolo contra la de trata de personas» 2010, apartado 19 https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/CTOC_COP_WG_4_2010_2_S.pdf (Fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019).

²² UNICEF «Son niños y niñas, son víctimas. ...» *op. cit.*, p. 24.

²³ Adoptado en Ginebra el 17 de junio de 1999; entrada en vigor 19 de noviembre de 2000. España firma el Instrumento de ratificación el 4 de mayo de 2001 (BOE núm. 118, de 17 de mayo de 2001).

ral no existe una hegemonía tan evidente de víctimas femeninas. Normalmente se persigue que las víctimas desarrollen actividades en el servicio doméstico o en las actividades productivas agrícolas e industriales. También puede consistir en actividades ilícitas, como la comisión de pequeños robos o delitos contra el patrimonio o la mendicidad. En definitiva, es una modalidad de trata que abarca un grupo de conductas variadas.

La mendicidad infantil ha sido una forma de explotación que tendía a pasar desapercibida y que ahora ocupa un lugar en las estadísticas. En estos supuestos de trata para la mendicidad los niños suelen cometer pequeños hurtos o se dedican al tráfico de drogas. En este sentido, el Código Penal español contempla, en el apartado 11 del artículo 177 bis, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello. Según la OSCE, las víctimas de trata no deben ser detenidas, acusadas o procesadas como responsables de la comisión de delitos cuando éstos sean consecuencia directa de la explotación como tales víctimas²⁴.

Por lo que se refiere a las prácticas análogas a la esclavitud, destacamos la venta o transmisión de un menor. La Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956²⁵ la describe como: *«toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo*

²⁴ OSCE «An Agenda for Prevention: Trafficking for Labour Exploitation» 2011, p. 25. <https://www.traffickingmatters.com/wp-content/uploads/2018/04/2011-12-15-OSEC-2011-Annual-Report-Part-2-Labour-Trafficking.pdf> (Fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019).

²⁵ Firmada en Ginebra el 7 de septiembre de 1956; entrada en vigor el 30 de abril de 1957. España firma el Instrumento de ratificación el 18 de diciembre de 1967 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1967).

del niño o del joven» (artículo 1). No todos los casos de venta de bebés constituyen un supuesto de trata de personas. Se incluyen en este tipo delictivo aquellas adopciones ilegales que implican algún tipo de práctica similar a la esclavitud como las adopciones con fines de explotación en la mendicidad, en actividades ilegales como hurtos o tráficos de drogas o para prestar servicios sexuales. Por eso no son propiamente una forma de trata singular, sino un mecanismo de adquisición de menores a los que explotar.

Respecto a la forma de servidumbre más extendida en la actualidad, ésta es la servidumbre por deudas cuando la víctima se somete a la situación de dominación como único medio de satisfacer las obligaciones contraídas con el tratante²⁶. Sobre la servidumbre doméstica se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁷. En su opinión, pese a que los hechos no se adecuaban al concepto de esclavitud tradicional, las circunstancias vividas por una niña de Togo implicaban una forma de servidumbre en el sentido del artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)²⁸. Con ello la Corte de Es-

²⁶ La citada Convención Suplementaria de 1956 la describe en el artículo 1 como: «el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios».

²⁷ Sentencia de 26 de octubre de 2005; demanda nº 73316/01. El asunto Siliadin contra Francia implica a una niña de Togo, Siwa-Akofa Siliadin, que durante varios años trabajó en el servicio doméstico para una pareja con cuatro niños pequeños. Además de retenerle el pasaporte, no recibía ningún salario, tenía que dormir en el suelo de una habitación y su jornada laboral se extendía desde las siete y media de la mañana a las diez y media de la noche todos los días de la semana. Los tribunales franceses que primero juzgaron los hechos consideraron que éstos no presentaban la suficiente violencia e intimidación propias del delito de esclavitud tipificado en Francia.

²⁸ Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Entrada en vigor, 3 de septiembre de 1953. España firmó el instrumento de ratificación el 24 de noviembre de 1977 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

trasburgo parece animarse a empezar a recorrer un camino hasta entonces casi inexplorado, y del que apuntaremos algunas ideas en el siguiente apartado.

Por último, la trata con la finalidad de extraer órganos corporales supone la incorporación al proceso de la propia persona afectada para extraer sus órganos. Normalmente la extracción se realizará para que el órgano sea posteriormente traficado o trasplantado, aunque no se excluyen otras posibilidades, como una extracción integrante de una ceremonia o rito «satánico». Hay que tener en cuenta además otros tipos de trata de seres humanos que conducen también a la explotación fisionómica de la víctima: uso del útero para la gestación o el empleo de personas para ensayos clínicos o farmacológicos.

La delimitación de cada forma de trata corresponde a los distintos Estados cuando adoptan las normas precisas. En ese sentido, su primera tarea al legislar sobre la materia consiste en desmontar estereotipos y falsas ideas preconcebidas que empañan la lucha contra la trata de personas²⁹.

2.3. Algunas aportaciones de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Mención aparte requiere la aportación de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo a partir de su interpretación del Convenio de Roma de 1950. Si bien este texto no incorpora la trata de seres humanos –como tampoco lo hacía la Declaración Universal de Derechos Humanos, que le había servido de inspiración–, sí prohíbe en el artículo 4 la esclavitud o servidumbre, así como el trabajo forzado u obligatorio. El TEDH ha recurrido a esta disposición para incorporar el concepto de trata al ámbito del Convenio. Cumple así con el

²⁹ HEWETSON GOUTY, A. «The Best Interest of a Trafficked Adolescent» Indiana Journal of Global Legal Studies, vol. 22, nº 2, 2015, p. 739.

objetivo de adecuar el contenido del CEDH a las necesidades actuales, pues se considera un instrumento vivo y la trata no sólo se ha incrementado en los últimos años, sino que se ha generalizado como fenómeno global³⁰. Observamos sin duda cómo el paso del tiempo ha permitido que la jurisprudencia del TEDH transforme paulatinamente un instrumento jurídico ajeno en principio a esta materia, en un garante útil de la protección de las víctimas de trata.

En el asunto *Rantsev contra Chipre y Grecia*³¹, la Corte condena a Chipre por violar de dos formas sus obligaciones positivas emanadas del citado artículo 4 del CEDH. En primer lugar, por no haber creado una estructura legal y administrativa adecuadas para combatir la trata. En segundo lugar, debido al fracaso de la policía en la adopción de medidas protectoras frente a la trata, pese a que las circunstancias que rodeaban el caso daban lugar a una sospecha razonable de que la persona afectada podría ser una víctima de trata. Además, el TEDH considera que Chipre ha violado el artículo 2 del CEDH (derecho a la vida), puesto que sus autoridades no investigaron efectivamente la muerte de la hija del demandante. Asimismo, se condena a Rusia por vulnerar el artículo 4, al no investigar el modo y el lugar en el que se había reclutado a la víctima de trata, ni los métodos empleados para captarla.

Un año después de esa sentencia, el Tribunal de Estrasburgo se enfrenta al supuesto de una mujer nigeriana que alegaba, ante la posi-

³⁰ *Rantsev contra Chipre y Rusia*, demanda nº 25965/04, sentencia de 7 de enero de 2010, apartados 277-278.

³¹ El demandante es el padre de una joven rusa que muere en Chipre, en donde se encontraba con un visado de artista que implicaba, en realidad, trabajar como prostituta. Tras ser detenida, aparentemente quiere huir de donde la tenían encerrada cuando aparece muerta. Véase SERRA CRISTÓBAL, R. «Una llamada de atención sobre un mercado de víctimas invisibles. Caso Rantsev contra Chipre y Rusia (Tribunal Europeo de Derechos Humanos)», en REVOLVER SÁNCHEZ, M. y GARCÍA PASCUAL, C., Decisiones básicas en materia de violaciones de derechos humanos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 279-307.

ble devolución a su país de origen, el riesgo de entrar de nuevo en el círculo de prostitución del que había escapado³². Teme, además, que las autoridades nigerianas no sean capaces de protegerla, sumando ese miedo al de sufrir represalias. La argumentación invocada por la demandante ante el TEDH se basaba en su condición de víctima de trata, que impediría de acuerdo con esa lógica su expulsión a Nigeria. La sentencia, que no se pronunció sobre el fondo, concluyó en una decisión de inadmisibilidad por falta de fundamento. La Corte consideró que la demandante no había probado que las autoridades francesas conocieran su posible condición de víctima de trata cuando dictaron la orden de expulsión. Por otro lado, respecto al riesgo de volver a ser prostituida en Nigeria, el Tribunal subrayó los esfuerzos llevados a cabo por ese país para combatir esta actividad y los avances alcanzados en esa lucha; aunque éstos no sean suficientes ni –probablemente– los deseados, sí permitirían a la demandante recibir la asistencia y ayuda precisas en caso de retorno.

Otra decisión de inadmisibilidad, en 2012, nos remite a una cuestión de ámbito procesal, que afecta a las condiciones para presentar la demanda ante el TEDH³³. Así, aunque el supuesto de hecho presentaba aspectos en común con el anterior, las razones técnicas invocadas impedían entrar en el fondo de los supuestos de revictimización en caso de retorno a un país de origen donde las autoridades no pueden, de hecho, garantizar la protección frente a ese riesgo.

En este somero análisis de la aportación jurisprudencial del TEDH –todavía en forma-

ción tras muchos años de silencio respecto a la trata de personas– observamos cómo se configuran las obligaciones positivas impuestas al Estado en virtud del artículo 4 del CEDH³⁴. Aprovecha el Tribunal otros pronunciamientos para dibujar el límite de lo que no es violación del citado artículo 4. Así, considera que el Estado no tiene el deber de investigar cómo se produjo el posible reclutamiento de una víctima de trata en su país de origen, ni la explotación en el mismo. No existe la obligación de otorgar la jurisdicción universal sobre delitos de trata cometidos en el extranjero. En *J. y otros contra Austria*, dos mujeres filipinas contratadas para el servicio doméstico en los Emiratos Árabes Unidos (EAU) alegaban que sus empleadores habían retenido sus pasaportes y las habían explotado, tanto durante su estancia en ese país, como en Viena, a donde los habían acompañado, y donde lograron huir. Ante el TEDH alegan haber sido víctimas de trata y de trabajo forzoso. En el proceso penal previo que tuvo lugar en Austria, las autoridades afirmaron su falta de jurisdicción sobre lo sucedido fuera de sus fronteras y, por tanto, centraron su investigación en Viena. Sin embargo, las demandantes consideraban que lo sucedido en Austria no podía entenderse de forma aislada a la explotación experimentada fuera. El TEDH estimó que Austria había dado todos los pasos razonables en aquellas circunstancias. De este modo, las demandantes, con el apoyo de una ONG financiada por el Gobierno, habían sido interrogadas por agentes de la policía con formación en la materia; habían recibido autorización de residencia y de trabajo para regularizar su estancia y se

³² Sentencia del TEDH de 29 de noviembre de 2011, asunto V.F. contra Francia, demanda nº 7196/10.

³³ TEDH asunto G.J. contra España, demanda nº 59172/12, de 21 de junio de 2016. La demandante es una mujer nigeriana que solicita asilo en España por motivos religiosos. Al ser rechazada su solicitud, ingresa en un CIE (Centro de Internamiento de Extranjeros) por carecer de documentación. Mientras se encuentra en el CIE presenta una nueva demanda de asilo, esta vez como víctima de trata de personas. A pesar de que el ACNUR apoya la solicitud, ésta es inadmitida.

³⁴ STOYANOVA, V. «L.E. v. Greece: Human Trafficking and the Scope of State's Positive Obligations under the ECHR» European Human Rights Law Review, nº 3, 2016, p. 5. En el asunto L.E. contra Grecia, demanda nº 71545/12, de 21 de enero de 2016, la demandante, de origen nigeriano, había sido obligada a ejercer la prostitución en Grecia. Reconocida finalmente de manera oficial como víctima de trata para fines de explotación sexual, había tardado nueve meses en conseguir que se le otorgara dicho estatuto. El TEDH comprobó las deficiencias que habían rodeado ese caso: desde múltiples retrasos en los procedimientos administrativo y judicial, hasta fallos de las autoridades estatales griegas.

había establecido un régimen especial para proteger sus datos. Además, el Tribunal no aprecia ninguna posibilidad de éxito en futuras acciones dirigidas contra los empleadores, que habían abandonado Austria, dada la ausencia de un acuerdo internacional de asistencia mutua entre Austria y EAU³⁵.

En sentido contrario, el Tribunal de Estrasburgo señala que el artículo 4.2 del CEDH –prohibición de trabajo forzado u obligatorio– requiere que el Estado, en los casos de explotación laboral como forma de trata, garantice la protección efectiva de la víctima. Las obligaciones estatales se concretan, además, en prevenir la situación de trata, realizar una investigación efectiva y sancionar a los responsables de ese delito. Así lo afirma en el asunto *Chowdury y otros contra Grecia*³⁶, en el que 42 nacionales de Bangladesh, sin autorización de trabajo en el país, son reclutados en Atenas y otras partes de Grecia para trabajar en la recogida de la fresa en Manolada. Los empresarios, tras obligarles a trabajar en penosas condiciones físicas, bajo la vigilancia de guardias armados, finalmente no les pagaron.

La violación del artículo 4 del CEDH se produce cuando el Estado no tiene una estructura legal que resulte suficiente y efectiva para sancionar a los tratantes y asegurar la prevención frente al riesgo de trata. La Corte exige que las autoridades estatales examinen el asunto con el nivel de diligencia preciso y que se implique a los demandantes en el proceso³⁷.

2.4. La protección del estatuto de refugiado: Una vía compatible

El objetivo de proteger a las víctimas de trata de seres humanos debe hacernos valorar todas las posibilidades; entre ellas, la vía que ofrece el estatuto de refugiado, ante el riesgo que para la vida o libertad de esa persona puede suponer el retorno al país de origen³⁸. En este caso, el peligro procede, en particular, de que se pueda volver a convertir en víctima de trata, sufriendo además las represalias por parte de las redes de trata. Ese riesgo se extiende –en casos de colaboración con las autoridades para combatir el delito– a los familiares que permanecen en el país de origen, sugiriéndose así la necesidad de instaurar procedimientos de reagrupación familiar si se quiere garantizar de manera efectiva la protección de los derechos de la víctima de trata³⁹.

La vigente Ley de asilo celebra en 2019 una década de aplicación⁴⁰. El artículo 3 dispone: «*La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país (...)*». Lo mismo se afirma de los apátridas, en su caso en relación con su país de residencia habitual. El concepto de refugiado ha demostrado su capacidad para adaptarse a las nuevas necesidades y respetar las indicaciones del AC-

³⁵ Sentencia de 17 de enero de 2017; demanda nº 58216/12.

³⁶ Sentencia de 30 de marzo de 2017, demanda nº 21884/15. Véase un comentario de la sentencia en TRUJILLO DEL ARCO, A. «El asunto de Chowdury y otros c. Grecia: Nuevos Avances bajo el artículo 4 del CEDH en el combate contra la trata de personas y la explotación» Revista General de Derecho Europeo, nº 45, 2018, pp. 232-251.

³⁷ Asunto T.I. y otros contra Grecia; demanda nº 40311/10, de 18 de julio de 2019. En este supuesto el TEDH conoce la demanda interpuesta por tres rusas obligadas a ejercer la prostitución. Las demandantes alegan las deficiencias y actuaciones inadecuadas que rodearon la investigación y el procedimiento judicial en Grecia.

³⁸ El artículo 14 del Protocolo de Palermo sobre la trata de personas ya indicaba que nada de lo dispuesto en su contenido afectaría a la aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados en los supuestos de trata.

³⁹ PÉREZ GONZÁLEZ, C. «Las víctimas de la trata de seres humanos: La protección frente a la devolución al país de origen» en PÉREZ GONZÁLEZ, C. (Ed.) Derecho Internacional y protección de mujeres migrantes en situación de especial vulnerabilidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 193.

⁴⁰ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009).

NUR. No obstante, la noción recogida en el artículo 3 plantea ciertos problemas, pues limita –por ejemplo– la protección a los nacionales no comunitarios. Al mismo tiempo, encontramos elementos que podrían contribuir a reforzar la protección de las víctimas de trata con la normativa de asilo y refugio. La definición de grupo social del artículo 7.1.e) centra la atención en dos elementos acumulativos. Por un lado, unas características innatas, unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse o una creencia fundamental para la identidad de la persona. Por otro lado, la posesión de una identidad diferenciada como grupo. Se introduce también una novedosa referencia a la persecución por pertenencia a un grupo social de género, así como a la edad, que resulta interesante para abordar la protección de los menores que son víctimas de trata. Asimismo, entre los actos de persecución se citan, a modo de ejemplo, aquellos de naturaleza sexual que afecten a niños (artículo 6.2.f). Con carácter general, los actos de persecución –de acuerdo con el artículo 6.1– deben ser suficientemente graves como para constituir una violación grave de derechos fundamentales, o bien ser una acumulación suficientemente grave de varias medidas que afecten a los derechos fundamentales de una persona.

De acuerdo con la guía de interpretación del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), también los casos en los que se determine que la experiencia de la trata constituyó un acto aislado o extraordinario, sin probabilidad de que se repita, exigen una evaluación pausada del riesgo de devolución o retorno. En estos supuestos se reconocería a la víctima como refugiado si existieran razones que lo justificaran a la luz de una experiencia especialmente atroz y la persona continuara sufriendo efectos psicológicos traumáticos, que convertirían su regreso en intolerable. Es decir, sigue presente el impacto de la persecución pasada⁴¹.

⁴¹ ACNUR «Directrices sobre protección internacional: La aplicación ...», 2006, *op. cit.*, apartado 16.

Si centramos la mirada en España y en la situación de las mujeres sometidas a explotación sexual, que pueden ser solicitantes de asilo, se observa un doble perfil. Nos encontramos quienes piden asilo animadas por la propia red de trata, basándose en un relato elaborado sobre la base de estereotipos para intentar garantizar la protección. Sin alcanzar a vislumbrar, en ese caso, las razones auténticas que justificarían el estatuto de refugiada. El objetivo de los tratantes es que la persona se quede en situación administrativa regular, para asegurar que no será expulsada y poder explotarla con esa tranquilidad. Un segundo perfil responde a la característica común de presentar indicios de trata, sin llegar a identificarse como víctima y, por tanto, tampoco a pedir asilo⁴².

El ACNUR ha señalado la trata como una forma específica de persecución de los niños⁴³, pues supone una violación grave de varios derechos fundamentales, desde el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, al derecho a la protección de todas las formas de violencia –incluida la sexual y el abuso– y el derecho de protección del trabajo infantil y secuestro, venta y trata⁴⁴. En el caso de los niños, se requiere tener en cuenta de forma especial el impacto de las posibles represalias de miembros de las redes si regresan al país de origen, desde la exclusión, al ostracismo y la discriminación. Sus derechos pueden verse gravemente limitados⁴⁵. Otro factor importante es la implicación de los padres o familiares en la situación de trata padecida por el

⁴² SANTOS OLMEDA, B. «Las víctimas de trata en España. El sistema de acogida de protección internacional» *Anuario CEDOB de la Inmigración* 2019, noviembre 2019, p. 153.

⁴³ ACNUR «Directrices de protección internacional: Solicitudes de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1F de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados», HCR/GIP/09/08, de 22 de diciembre de 2009, apartados 24 y ss.

⁴⁴ Apartado 52 de la Observación General N° 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 1 de septiembre de 2005, CRC/GC/2005/6 (en adelante, OG n° 6 (2005)).

⁴⁵ ACNUR «Directrices de protección internacional: Solicitudes de niños...», 2009, *op. cit.*, apartado 27.

niño. Este elemento va unido a la capacidad protectora del Estado, que exigirá también un examen detenido. Esto conduce al ACNUR a afirmar que *«los niños en riesgo de ser de nuevo víctimas de trata o considerados como sujetos de graves represalias deben ser considerados de tener (sic) un fundado temor de persecución en el sentido de la definición de refugiado»*⁴⁶. El Derecho Internacional prohíbe formas de trabajo que también afectan a los niños, como la esclavitud o las deudas por servidumbre, la pornografía y la prostitución o el uso en actividades ilícitas, como el tráfico de drogas. Se prohíbe además el trabajo que probablemente dañe a la salud, la seguridad o la moralidad del niño. Este llamado «trabajo peligroso» reúne ciertas características: expone al niño a violencia física o mental; se desarrolla de manera clandestina (bajo el agua, en alturas peligrosas, en espacios reducidos); implica manipulación manual de cargas pesadas; jornadas muy amplias y en un ambiente insalubre, etc.⁴⁷ Son prácticas que significan violaciones graves de derechos humanos y, por tanto, se considerarían persecución a efectos del estatuto de refugiado. En cada caso habría que valorar la experiencia del niño, su edad y demás circunstancias⁴⁸.

No obstante, conviene recordar que no todas las víctimas de trata son refugiadas. En particular, respecto a los menores, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado cómo *«la definición de refugiado (...) debe interpretarse teniendo presentes la edad y el género y a la luz de los motivos concretos, las formas y manifestaciones de la persecución sufrida por los menores»*⁴⁹.

⁴⁶ ACNUR «Directrices de protección internacional: Solitudes de niños...», 2009, *op. cit.*, apartado 28.

⁴⁷ Artículos 3 y 4 del Convenio número 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación. Firmado en Ginebra el 17 de junio de 1999; entrada en vigor, 19 de noviembre de 2000. España firma el instrumento de ratificación el 4 de mayo de 2001 (BOE núm. 118, de 17 de mayo de 2001).

⁴⁸ ACNUR «Directrices de protección internacional: Solitudes de niños...», 2009, *op. cit.*, apartado 30.

⁴⁹ Apartado 74 de la OG nº 6 (2005).

3. CUANDO LA VÍCTIMA DE TRATA ES UN MENOR: LA OBLIGACIÓN DE DETERMINAR SU INTERÉS SUPERIOR

Para determinar el interés superior del niño en un contexto de trata de seres humanos hay que tener en cuenta ciertos elementos extraídos de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas (CDN)⁵⁰. El interés superior del niño es disfrutar de los derechos y libertades reconocidos por las normas internas y que se ciñen al marco de la Convención, como el acceso a la educación (artículo 28) y la atención a la salud (artículo 24). Mantener el contacto con sus padres (artículo 9.3) podría ser un factor relevante, aunque en el caso de las víctimas de trata no siempre es así. La familia, entendida en un sentido extenso, puede haber colaborado en los medios de captación. Muchas veces participan directamente en la explotación de los niños o los ceden a las mafias para que sean explotados⁵¹.

Es fundamental también respetar el derecho del menor a expresar su opinión libremente y a que ésta se tenga en cuenta (artículo 12). La expresión de la opinión se hará de acuerdo con la capacidad del niño, de forma adecuada a su edad y grado de madurez. En ocasiones puede suceder que la actuación que mejor satisfaga el interés superior de ese menor contradiga los deseos u opiniones manifestados por el mismo. En ese caso habrá que motivar con mayor cuidado y detalle la decisión. Los Estados no deben anteponer al interés superior del niño consideraciones diferentes como el control migratorio o el orden público.

⁵⁰ Aprobada por Resolución de la Asamblea General el 20 de noviembre de 1989; entrada en vigor, 2 de septiembre de 1990. Instrumento de ratificación firmado por España el 21 de diciembre de 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990). Véase Alto Comisionado de Naciones Unidas «Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas» HR/PUB/10/2, 2010, pp. 172-173. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_sp.pdf (Fecha de consulta: 24 de abril de 2017).

⁵¹ Comisión Europea «Study on high-risk groups for trafficking in human beings» 2015, p. 9.

La CDN señala el deber de los Estados de adoptar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño víctima de explotación o abuso⁵². Las necesidades específicas de protección del menor que es víctima de trata se determinan a partir de una evaluación individual del riesgo y de su interés superior. La evaluación individual del riesgo evita la victimización reiterada del menor, su intimidación y las posibles represalias. Hay que impedir que la persona se convierta de nuevo en víctima de trata a causa, por ejemplo, de la reagrupación familiar de los menores tratados por sus padres. Además permite valorar si concurren los requisitos para la concesión del estatuto de refugiado o de beneficiario de protección subsidiaria⁵³.

Desde que se toma contacto con la víctima hasta que se consigue garantizar su protección se transita por diferentes fases en las que siempre debiera materializarse una concreta evaluación del interés superior del niño afectado. A continuación, se intentará diferenciar cada una en particular.

3.1. La detección e identificación

La primera fase implica dos momentos diferentes. Primero hay que detectar indicios de trata en una persona. Para ello se requiere una formación especializada en médicos y pediatras, educadores, maestros y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. En definitiva, en todos aquellos agentes que estén en contacto con los menores. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁵⁴, establece la obligación jurídica de denuncia cuando se tiene conocimiento

de que un menor puede ser víctima de trata. Resulta difícil detectar los supuestos de explotación sexual, pues suelen estar ocultos hasta que cumplen la mayoría de edad y es complicado que denuncien las propias víctimas. Los vínculos que les unen con los tratantes y un sentimiento de «lealtad» hacia ellos les resta la autonomía y libertad de decisión necesarias para romper esa relación con sus explotadores y superar, así, una suerte de «síndrome de Estocolmo»⁵⁵.

El segundo paso es la identificación, esto es, el reconocimiento formal como víctima de trata. El sistema de identificación se pensó inicialmente como un proceso de colaboración entre autoridades y organizaciones especializadas⁵⁶. Sin embargo, en España sólo pueden hacerlo las unidades policiales con formación específica⁵⁷. Las entidades ven limitado su papel, ya que el apartado 6 del artículo 59 bis de la Ley Orgánica de Extranjería⁵⁸ únicamente prevé la posibilidad de colaboración de las mismas, a pesar de que ellas son las que suelen aportar la perspectiva de derechos humanos. La Instrucción 6/2016, de la Secretaría de Estado de Seguridad, *sobre actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra la trata de seres humanos y en la colaboración con las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas*, refuerza el papel de las entidades en esta fase (Instrucción Cuarta), aunque sigue dejando en manos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado su identificación, con el consiguiente riesgo de que toda la atención se centre en la persecución del delito y se dificulte la protección de la víctima.

Para los menores no acompañados se necesitarían tres procesos de identificación, pues también es triple el sistema de protección que

⁵² Artículo 39 de la CDN.

⁵³ ACNUR «Directrices sobre protección internacional: La aplicación...» 2006, *op. cit.*

⁵⁴ Artículo 10 del Convenio de Varsovia.

⁵⁵ Artículo 141.2 del Reglamento de Extranjería.

⁵⁶ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (reformada por la LO 8/2000, LO 14/2003, LO 2/2009, LO 10/2011, RDL 16/2012) (BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000).

les corresponde: como menores, como víctimas de trata y como posibles solicitantes de protección internacional. El riesgo de que un menor reciba el trato de un adulto le priva de disfrutar de los derechos que tiene reconocido como niño. Una identificación incorrecta puede derivar en una efectiva desprotección de los menores, que se acentúa en el caso de las víctimas de trata. Hay factores que complican esta identificación: muchas veces llevan documentación falsa, tienen miedo a ser devueltos a su casa si se descubre su minoría de edad, o se hacen pasar por mayores de edad porque les instruyen para eso los tratantes⁵⁹.

Cuando se duda sobre la edad de un menor no acompañado que sea posible víctima de trata el Protocolo marco de menores no acompañados señala que *«prevalecerá la presunción de minoría de edad, debiéndose adoptar las medidas de protección inmediatas, comunicándose simultáneamente a la Unidad policial de Extranjería correspondiente del CNP a los efectos de valorar la aplicación del artículo 59 bis de la Ley Orgánica de Extranjería según las reglas establecidas del Protocolo de protección de víctimas de trata de seres humanos, así como al Cuerpo policial actuante, a efectos de investigación»*⁶⁰.

Según el Defensor del Pueblo, en los procedimientos de identificación de víctimas de trata –sobre todo cuando se activan en frontera– sería recomendable admitir a trámite la solicitud de protección internacional para examinar a fondo la demanda. Sin embargo, suele darse una situación contraria. Se activa el Protocolo de trata y la situación de la persona queda entonces bajo ese enfoque, sin ampliar el estudio a sus posibles necesidades de asilo. Es frecuente que ante posibles indicios de trata se aplique la legislación de extranjería, obviando la existencia de la normativa de protección internacional. Por eso el Defensor

del Pueblo insiste en la necesidad de un procedimiento específico para derivar a las víctimas de trata a protección internacional y viceversa, puesto que sólo un procedimiento específico ofrece garantías reales para la persona⁶¹.

3.2. La derivación y la protección

Derivar a un recurso asistencial en donde tenga acceso a asistencia médica, psicológica, jurídica, intérprete y alojamiento adecuado es una medida necesaria para garantizar la seguridad y protección de las víctimas. La existencia de un mecanismo de derivación es especialmente importante para víctimas menores de edad. Se precisa un instrumento específico que tenga en cuenta sus necesidades especiales y esté compuesto por expertos en infancia, por policía especializada y por miembros de la Fiscalía de Menores y de Extranjería⁶². La falta de colaboración efectiva entre las autoridades implicadas (locales, autonómicas, estatales) obstaculiza su derivación al recurso más adaptado para dar respuesta a sus intereses y dificulta la movilidad del menor en el país. El riesgo para el menor es evidente, pues entraña la posibilidad de que sea localizado por la red o reconocido por un cliente.

Por lo tanto, sería de gran utilidad disponer de un Mecanismo de Derivación Nacional que coordinara a los distintos agentes y situara el foco en la protección de la víctima⁶³. Se facilitaría también el traslado entre Comunidades Autónomas, pues la protección de los meno-

⁵⁹ Defensor del Pueblo «Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida», junio de 2016, pp. 79-80.

⁶⁰ GRETA «Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain» 2013, apartado 164.

⁶¹ Se define como un equipo especializado multidisciplinar que ya se aplica en algunos países como Polonia, Reino Unido o Albania. OSCE «Mecanismos Nacionales de Derivación. Aunando esfuerzos para proteger los derechos de las víctimas de trata de personas» 2007, p. 15 (<http://www.osce.org/es/odihr/13973?download=true> Fecha de consulta: 27 de abril de 2017).

⁵⁹ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos «Principios y directrices recomendados sobre derechos humanos ...» *op. cit.*, p. 171.

⁶⁰ Apartado quinto (2)(b) del Capítulo V.

res es competencia autonómica. El traslado de menores entre Comunidades Autónomas puede ser temporal, conservando la Comunidad Autónoma de origen la tutela; o definitivo, que supone el cambio de expediente y que la entidad pública del lugar de acogida asuma la tutela y el coste de la plaza que ocupa ese menor. Con la redacción actual de la normativa, cuando se refiere a una víctima de trata no se puede determinar en principio si el traslado es definitivo o temporal, pues con frecuencia se produce por motivos de seguridad en la relación de la víctima con el explotador⁶⁴. En 2015 la Dirección General de Servicios para la Familia y la Infancia aprobó un «Protocolo para la coordinación de actuaciones de las entidades públicas competentes en materia de protección de personas menores de edad, en supuestos de traslados»⁶⁵ que, sin embargo, no parecía adecuado para casos de trata, pues se dirigía a menores acogidos en el sistema de protección y no atendía a las circunstancias particulares que rodean a quienes son víctimas de trata.

Los Estados deben establecer procedimientos eficaces para la identificación rápida de niños víctimas de trata, así como medidas adecuadas para su protección inmediata. Las autoridades competentes no deben entregar un niño a un adulto que dice ser su padre o tutor sin verificar antes esa relación y, en todo caso, sin comprobar si está siendo explotado por esa persona⁶⁶. La Comisión Europea propone la creación en el Sistema de Información de Schengen de un sistema de alerta para niños desaparecidos, como medida esencial para

la identificación rápida de las víctimas de trata que son menores de edad⁶⁷.

Respecto a la derivación del menor hacia recursos específicos para víctimas de trata, dispone el Reglamento de Extranjería en el artículo 146 que la institución pública que ostenta la tutela o el Ministerio Fiscal podrán proponerla por motivos de protección o de asistencia especializada. En el apartado tercero se establece de forma taxativa la separación entre menores y mayores de edad en dichos recursos.

Por otro lado, mientras que el Protocolo marco de menores no acompañados remite a un centro de protección de menores, el Protocolo de víctimas de trata deriva a un recurso especializado, en el que no tienen libertad de entrada y salida (apartado XIV A). Esa libertad, en el supuesto de víctimas de trata, supondría un obstáculo añadido a la labor de separación del niño del tratante. No parecen los centros generales de protección de menores la solución que se adecúe al «interés superior» de un menor que esvictima de trata. Estos centros suelen carecer de medios para su protección efectiva y para proporcionar el acompañamiento y trato que necesitan. Las entidades y agentes sociales dedicados a la atención a víctimas de trata coinciden en derivar a esos niños a recursos especializados, pero mantienen opiniones divergentes respecto a las características de esos centros específicos. Así, a quienes defienden que sólo los menores convivan en ellos, conservando de este modo el enfoque de infancia en la atención de sus necesidades particulares, se oponen aquellos que sostienen la integración en centros de ONG dedicados sólo a víctimas de trata, adultas o menores. Consideran los partidarios de esta última postura que se mantiene la continuidad en la atención requerida por una

⁶⁴ Artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996). UNICEF «Son niños y niñas, son víctimas...» *op. cit.*, p. 33.

⁶⁵ [http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/PROTOCOLO_25032015\(1\).pdf](http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/PROTOCOLO_25032015(1).pdf) (Fecha de consulta: 22 de abril de 2017). Fecha de consulta: 12 de mayo de 2017.

⁶⁶ OSCE «An Agenda...» *op. cit.*, p. 25. http://www.ungift.org/doc/knowledgehub/resource-centre/OSCE/Annual_OSCE_Report.pdf (Fecha de consulta: 24 de abril de 2017).

⁶⁷ Comisión Europea «Informe sobre los Progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos (2016) con arreglo al artículo 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas» COM (2016) 267 final, de 19.05.2016, p. 14.

víctima de trata, que no es obligada a abandonar el centro al cumplir 18 años y que resulta positivo para su recuperación el contacto con jóvenes que ya son mayores de edad y que han vivido experiencias similares.

Quizás una respuesta adecuada a las necesidades de los menores víctimas de trata que valorara su interés superior sería la creación de unidades de infancia en centros especializados en la atención de víctimas de trata. Permitiría evitar la ruptura en el tratamiento que se produce al alcanzar la mayoría de edad si se acoge en centros de protección de menores y utilizaría el factor de la convivencia como elemento de la rehabilitación. Pese a que la propuesta presenta ventajas interesantes, se encuentra con inconvenientes prácticos difíciles de solventar. Uno de ellos es la escasez actual de plazas disponibles para menores en las organizaciones que atienden sólo a víctimas de trata. Además, las plazas subvencionadas por organismos públicos de atención a la mujer no pueden destinarse a niñas, pues lo impiden normalmente los requisitos exigidos para otorgar la subvención⁶⁸.

Los niños explotados en la mendicidad o en la comisión de pequeños delitos oscilan entre el sistema de protección y el de reforma, aunque ninguno podría valorarse como adecuado para resolver su situación. Para que sea imputable la comisión de un delito tiene que haber cumplido 14 años. Para menores de 14 años el procedimiento es el de un menor en situación de riesgo y la responsabilidad corresponde a los padres o tutores. El sistema de protección considera la inducción a la

⁶⁸ UNICEF «Son niños y niñas, son víctimas...» *op. cit.*, pp. 34-35. La Estrategia Madrileña contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual 2016-2021 (Dirección General de la Mujer, Comunidad Autónoma de Madrid, 2016) prevé la creación del primer recurso específico de acogida para menores víctimas de trata (<http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DEstrategia+Madrile%C3%B1a+contra+la+Trata.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352911229759&ssbinary=true> Fecha de consulta: 27 de diciembre de 2019).

mendicidad, la prostitución o la delincuencia (así como cualquier otra forma de explotación del menor) como causas que conducen a una situación de desamparo. En ese caso, corresponde a la entidad pública asumir su tutela⁶⁹.

El Protocolo marco de menores no acompañados, en el apartado tercero del Capítulo III, establece que los funcionarios de policía que adviertan indicios de trata en un menor forzado a cometer hechos delictivos por los que hubiera sido detenido *«lo pondrán en inmediato conocimiento del Ministerio Fiscal que gestionará su ingreso en un Centro de protección de menores o, si así procede en atención a las exigencias de protección integral del menor, en centros de acogida de una asociación, fundación u organización no gubernamental sin ánimo de lucro que disponga de los medios necesarios que garanticen su seguridad, recuperación física y psicológica, y la asistencia integral que requiera»*. El sistema intenta reforzar la protección del menor pero no excluye la necesidad de que sea identificado al mismo tiempo como víctima de trata. Así lo requiere el respeto a su interés superior. Para ello tienen que ponerse en marcha los mecanismos ideados con tal fin.

3.3. La situación particular del menor víctima durante el proceso penal contra la trata

La tipificación de la trata obliga a considerar la necesaria protección del menor ante el proceso penal que se inicia contra el delito. Dicha protección se traduce en un trato especial en los interrogatorios y las audiencias penales, en el control sobre la difusión pública de la información relativa al juicio y, en su caso, en el aplazamiento del juicio mientras la víctima no alcanza la mayoría de edad.

Los interrogatorios de las víctimas de trata que sean menores deben realizarse sin de-

⁶⁹ Artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (BOE nº 15, de 17 de enero de 1996).

moras injustificadas. El menor tiene derecho a ser interrogado, en caso necesario, en locales designados o adaptados a tal efecto y por personas de su mismo sexo, si lo solicita y «*salvo que pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por el Juez o el Fiscal*». En la medida de lo posible, intervendrá en todas las ocasiones la misma persona⁷⁰.

El citado apartado indica que el menor tiene que ser informado «fehacientemente» por el cuerpo policial que lo ha identificado de los derechos atribuidos por la legislación de extranjería a las víctimas de trata, siempre que «*tuviera juicio bastante*» (artículo 59 bis de la Ley Orgánica de Extranjería). El respeto al derecho a la información es imprescindible para garantizar otro derecho esencial, el de ser oído. Nos sugiere varias preguntas: ¿Qué se entiende por «juicio bastante»? ¿Cómo se interpreta? ¿Ha recibido el cuerpo policial formación específica y adecuada para identificar ese juicio suficiente en un niño?

La citada Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, indica también la presunción de minoría de edad en caso de duda, así como la designación de un defensor judicial para que represente a la víctima en el proceso penal cuando no esté acompañada⁷¹. El menor víctima de trata podrá estar acompañado por un representante o adulto de su elección (cuando proceda), a menos que haya sido declarado no apto para ello en una decisión motivada.

Las audiencias penales en las que participen menores serán a puerta cerrada. Si el niño puede ser oído de otra manera utilizando medios de comunicación adecuados (como grabaciones en vídeo), no se requerirá su presencia⁷². El Tribunal Supremo (TS) ha examinado el valor de la declaración de la víctima prestada a través de prueba preconstituida cuando

el testigo se encuentra en paradero desconocido y no es posible su localización fuera de España. Los hechos de la sentencia de 4 de febrero de 2014 (rec. 487/2014) se refieren a delitos de trata e inducción a la prostitución cometidos sobre una niña rumana de 16 años. La víctima llega a España desde Italia, en donde a pesar de estar tutelada por la Administración y residir en un centro de protección de menores, ejercía la prostitución en la calle. La pareja imputada en España (él de origen albanés, ella rumana) la había convencido para que se trasladara a Barcelona. Le facilitan el viaje con un pasaporte falso y el hombre le indica dónde tiene que prostituirse, se encarga de su seguridad y se queda con el dinero que gana. En agosto de 2011 la víctima, tras acudir a comisaría después de un episodio de malos tratos por parte del acusado, regresa a Rumania, sin que se conozca su paradero en el momento de dictar sentencia⁷³.

El TS afirma que «*Constituye una norma de experiencia que en los delitos de trata de seres humanos la presión sobre los testigos-víctima sometidos a la trata y explotación, es muy intensa, por lo que el recurso a la prueba preconstituida debe ser habitual ante la muy probable incidencia de su desaparición, huída al extranjero e incomparecencia al juicio oral, motivada ordinariamente por el temor a las eventuales consecuencias de una declaración contra sus victimarios*» (Fundamento de Derecho Noveno). Una vez cumplidos los requisitos de validez de la prueba de cargo, será el Tribunal sentenciador el que valore la credibilidad, teniendo en cuenta la coherencia interna y externa de la declaración, los «elementos periféricos» que puedan reforzarla y el contraste con el resto de pruebas practicadas (Fundamento de Derecho Noveno). No se menciona el interés superior de la niña como guía de las decisiones en este supuesto. Sin embargo, el Alto Tribunal tiene en cuenta la

⁷⁰ Artículo 25.1 de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito.

⁷¹ Apartados 2 y 3 del artículo 26.

⁷² Artículo 177 bis del Código Penal.

⁷³ Por su parte, las autoridades italianas habían emitido cuando abandonó el centro de menores una orden de protección de persona menor de edad desaparecida, vigente en el Sistema de Información de Schengen.

condición de menor de la víctima al considerar que no es necesario que se empleen violencia, intimidación, engaño o abuso para mantener a la víctima en la prostitución cuando se trata de una menor de edad. Ante un niño no se exige acreditar ninguna de esas circunstancias para que se cometa el delito de trata. Según el TS, como la víctima de este caso ya se prostituía en Italia, quizás no hubo engaño puesto que *«podía imaginar que en Barcelona se iba a dedicar a la misma actividad»* (Fundamento de Derecho Décimo). Pero hubo por parte de la pareja acusada de trata un abuso de la situación de vulnerabilidad y necesidad de la víctima, al carecer ésta de otros medios de vida siendo una extranjera menor de edad sin documentación y dependiendo completamente de aquellas personas para su alojamiento y manutención (Fundamentos de Derecho Décimo y Undécimo)

4. REFLEXIÓN FINAL

La evaluación del interés superior de los niños víctimas de trata, en las fases de asistencia, apoyo y protección, resulta primordial. Para ello deberá prevalecer un planteamiento adaptado a la condición de menor que tenga en cuenta su edad, grado de madurez y opinión, al igual que sus necesidades e inquietudes. Hay que evitar la «victimización secundaria». A ello contribuiría adoptar medidas concretas como la aprobación de un protocolo de entrevista unificado a la víctima de trata de seres humanos. La entrevista tendrá que efectuarse de forma inmediata y sin demoras injustificadas, salvo aquellas que sean estrictamente necesarias; se grabará el testimonio para su posible reproducción; se contará con la presencia del Ministerio Fiscal y se garantizará la presunción de minoría de edad en caso de duda. Respecto a la prueba, hay que asegurar los mecanismos que permitan la preconstitución probatoria si fuera necesaria. Al recurso a locales adaptados se suma la presencia de profesionales con experiencia y formación adecuada, así como del representante legal, excepto si por decisión motivada es excluido.

A la vista de este análisis se pone de manifiesto cómo se salvarían los obstáculos planteados en torno a la valoración del interés superior de cada menor en las decisiones que le afectan. Mientras siga pendiente la adopción de un procedimiento de determinación específico será muy difícil respetar el compromiso legal de satisfacer el «interés superior del niño» víctima de trata.

BIBLIOGRAFÍA

ACNUR «Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo 1(A)(2) de la Convención de Ginebra de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata», HCR/GIP/06/07, de 7 de abril de 2006.

– «Directrices de protección internacional: Solicitudes de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1F de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados», HCR/GIP/09/08, de 22 de diciembre de 2009.

COMISIÓN EUROPEA «Study on high-risk groups for trafficking in human beings» 2015. Disponible en https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/study_on_children_as_high_risk_groups_of_trafficking_in_human_beings_0.pdf (fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019).

– «Informe sobre los Progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos (2016) con arreglo al artículo 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas» COM (2016) 267 final, de 19.05.2016.

– «Segundo informe sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos (2018) con arreglo al artículo 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas» COM (2018) 777 final, de 03.12.2018.

DEFENSOR DEL PUEBLO, Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida», junio de 2016.

GRETA «Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain» 2013. Disponible en <https://www.refworld.org/docid/54b693a04.html> (fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019).

HEWETSON GOUTY, A. «The Best Interest of a Trafficked Adolescent» *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 22, nº 2, 2015, pp. 737-767.

MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO DE 2018. https://d3cra5ec8gdi8w.cloudfront.net/uploads/documents/2019/09/10/_memoria2019_76609dd4.pdf (fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019).

MINISTERIO DEL INTERIOR «Trata de seres humanos en España. Balance estadístico 2014-18». Disponible en <http://www.interior.gob.es/documents/10180/8736571/Balance+Ministerio+TS-H+F+I+N+A+L+2+0+1+4+-+1+8+.p+d+f/+4+2+c+e+da6e-613b-4c20-8251-dfd6154dcc32> (fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019).

NACIONES UNIDAS «Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas» HR/PUB/10/2, 2010. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_sp.pdf (fecha de consulta: 24 de abril de 2017).

OBSERVACIÓN GENERAL Nº 6 (2005), *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, 1 de septiembre de 2005, CRC/GC/2005/6.

OSCE «Mecanismos Nacionales de Derivación. Aumentando esfuerzos para proteger los derechos de las víctimas de trata de personas» 2007, p. 15 (<http://www.osce.org/es/odihr/13973?download=true> (fecha de consulta: 27 de abril de 2017).

OSCE «An Agenda for Prevention: Trafficking for Labour Exploitation» 2011, p. 25. <https://www.traffickingmatters.com/wp-content/uploads/2018/04/2011-12-15-OSEC-2011-Annual-Report-Part-2-Labour-Trafficking.pdf> (Fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019).

PÉREZ GONZÁLEZ, C. «Las víctimas de la trata de seres humanos: La protección frente a la devolución al país de origen» en PÉREZ GONZÁLEZ, C. (Ed.) *Derecho Internacional y protección de mujeres migrantes en situación de especial vulnerabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 185-208.

RUIZ DÍAZ, L.J. «La especial protección de las víctimas de la trata de seres humanos» en PÉREZ GONZÁLEZ, C. (Ed.) *Derecho Internacional y protección de mujeres migrantes en situación de especial vulnerabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 94-95 (91-129).

SANTOS OLMEDA, B. «Las víctimas de trata en España. El sistema de acogida de protección internacional» *Anuario CIDOB de la Inmigración 2019*, noviembre 2019, pp. 144-166.

SERRA CRISTÓBAL, R. «Una llamada de atención sobre un mercado de víctimas invisibles. Caso *Rantsev contra Chipre y Rusia* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos)» en REVVENGA SÁNCHEZ, M. y GARCÍA PASCUAL, C., *Decisiones básicas en materia de violaciones de derechos humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 279-307.

STOYANOVA, V. «L.E. v. Greece: Human Trafficking and the Scope of State's Positive Obligations under the ECHR» *European Human Rights Law Review*, nº 3, 2016, pp. 290-230.

TRUJILLO DEL ARCO, A. «El asunto de Chowdury y otros c. Grecia: Nuevos Avances bajo el artículo 4 del CEDH en el combate contra la trata de personas y la explotación» *Revista General de Derecho Europeo*, nº 45, 2018, pp. 232-251.

UNICEF «Son niños y niñas, son víctimas. Situación de los menores de edad víctimas de trata en España» Cuadernos para el debate, ed. Huygens, Madrid, 2017.

UNODC (2016) «Multiple Systems Estimation for estimating the number of victims of human trafficking across the world», pp. 3 y 4. Disponible en <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/TiPMSE.pdf> (fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019).

RESUMEN

El objetivo principal de este artículo es aportar elementos que ayuden a reflexionar sobre la trata de seres humanos en España, en particular cuando las víctimas son niños. Para ello recurrimos a diferentes fuentes doctrinales, a textos de organismos públicos y privados y al análisis de jurisprudencia, tanto de instancias judiciales nacionales como europeas.

El artículo consta de dos partes diferenciadas. En la primera, se presentan los instrumentos jurídicos que regulan la trata, las contribuciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la posible aplicación del estatuto de refugiado como una vía alternativa –y compatible– de protección. La segunda parte se centra en los menores que son víctimas de trata, tomando como hilo conductor el interés superior del niño.

Nuestro punto de partida observa la trata de seres humanos como un fenómeno que afecta de manera particular a las personas más vulnerables y aparece ligada –como otras actividades delictivas– a aspectos económicos, penales y migratorios. En los supuestos de trata comprobamos, además, cómo la vulnerabilidad extrema de las personas afectadas impide muchas veces que quieran o puedan identificarse a sí mismas como víctimas de un delito. En el caso de menores, esos problemas de identificación se acentúan.

Las redes delictivas implicadas en la trata parecen haber aprovechado la crisis migratoria de estos últimos años para actuar contra los más vulnerables, sobre todo mujeres y niños. Aunque los Estados están obligados a combatirla y a proteger a las víctimas, la ausencia de datos fiables entorpece su labor eficaz. A la hora de investigar sobre el tema, la primera afirmación a tener en cuenta es esta escasez y precariedad de los datos a los que se puede acceder. Así, centrándonos en España, las estadísticas proporcionadas por el Ministerio del Interior y por la Fiscalía General del Estado apuntan a los recabados en procesos penales, limitando el foco de atención a la persecución del delito. La falta de coincidencia en los datos manejados por ambas instituciones se debe a los diferentes criterios empleados. Mientras el Ministerio aporta el número de víctimas oficiales del delito de trata derivadas de procesos penales, la Fiscalía proporciona el número de diligencias de seguimiento abiertas en relación con el delito de trata. Frente a estos datos, las entidades especializadas en atención a la trata de personas dibujan otro panorama, al incorporar a las víctimas que no siempre terminan inmersas en un proceso judicial dentro de la persecución del delito.

Como se ha mencionado, el artículo consta de dos partes diferenciadas. En la primera, contemplamos la trata de seres humanos como un fenómeno con diferentes aristas que requiere una primera perspectiva general, en la que no se distingue entre adultos y niños. Con tal fin, se presentan los distintos instrumentos jurídicos que configuran su marco legal en España y se intenta desmenuzar el concepto de trata. Es una laboriosa tarea, pues confluyen normas jurídicas de distintos ámbitos regionales (Naciones Unidas, Organización Internacional del Trabajo, Consejo de Europa, Unión Europea). Todas ellas nos ayudan a configurar el marco legal nacional que define qué es la trata de personas, cuestión a la que dedicamos un apartado. A continuación, examinamos las contribuciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a esta materia. Aunque el texto aplicado por el Tribunal –el Convenio Europeo de Derechos Humanos firmado en Roma en 1950– no incluye la trata, en el artículo 4 prohíbe la esclavitud y el trabajo forzado u obligatorio. La Corte de Estrasburgo ha recurrido a esta disposición para condenar al Estado en varias ocasiones ante supuestos de trata de personas. Por último, resulta también de especial interés valorar la posible aplicación del estatuto de refugiado como una vía alternativa –y compatible– de protección. Aunque no todas las víctimas de trata son refugiadas, las formas de persecución que entraña este delito

deben ser tenidas en cuenta como elementos que permitan otorgar asilo en determinados supuestos.

La segunda parte se centra en los menores que son víctimas de trata y, tomando como hilo conductor el interés superior del niño, se transita por las diferentes fases que caracterizan la trata (detección, identificación, derivación y protección), incluida una breve alusión a su presencia en el proceso penal. Debe prevalecer un planteamiento adaptado a la condición de menor que tenga en cuenta la edad, grado de madurez y opinión del menor, al igual que sus necesidades e inquietudes. El objetivo añadido es evitar la llamada «victimización secundaria». La detección de indicios de trata en un menor es muy complicada. Se requiere una formación especializada en los agentes que intervienen con el niño, sin que ello suponga una garantía de visibilidad. Respecto al segundo paso, la identificación o reconocimiento formal como víctima de trata, se complica al ser una tarea dejada en manos principalmente de las unidades policiales. Se corre el riesgo de que se centren en la persecución del delito de trata, y no en la protección de la víctima. La derivación requiere la existencia de un mecanismo apropiado y específico y plantea, además, diversas dudas relacionadas con la protección. Así, a modo de ejemplo, se discute si es más adecuado trasladar al niño que es víctima de trata a un centro específico de atención a estas víctimas, en donde convive con adultos, o a un centro de menores, en donde no tiene la atención especializada que requiere su situación. Por último, habría que adoptar un protocolo de entrevista unificado a la víctima de trata de seres humanos. La entrevista tendrá que efectuarse de forma inmediata y sin demoras injustificadas, salvo aquellas que sean estrictamente necesarias; se grabará el testimonio para su posible reproducción; se contará con la presencia del Ministerio Fiscal y se garantizará la presunción de minoría de edad en caso de duda. Al recurso a locales adaptados se suma la presencia de profesionales con experiencia y formación adecuada, así como del representante legal, excepto si por decisión motivada es excluido.

De este modo, el artículo intenta aportar una propuesta de cómo se salvarían los obstáculos planteados en torno a la valoración del interés superior de cada menor en las decisiones que le afectan. Mientras siga pendiente la adopción de un procedimiento de determinación específico será muy difícil respetar el compromiso legal de satisfacer el «interés superior del niño» víctima de trata.

Palabras clave: Trata de seres humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; solicitantes de asilo; interés superior del niño; detección; identificación; derivación; protección.

ABSTRACT

This article focuses on human trafficking, particularly when the victims are children. The methodology used is the analyses of different doctrinal sources, including documents provided by organizations like the United Nations, Council of Europe or the European Union, and entities dealing with the protection of human rights, like UNICEF or the Spanish Ombudsman. An important element for this research has been the analysis of jurisprudence. It has been taken into account the case law provided by national and European judicial bodies. A special mention deserves the judgements of the European Court of Human Rights.

The text has two different parts. The first part examines the normative regarding human trafficking, the jurisprudence of the European Court of Human Rights and Asylum Law as an alternative of protection. The second part focuses on trafficked children, taking the best interest of the child as a common thread.

Trafficking in human beings as a phenomenon that particularly affects the most vulnerable persons. As other criminal activities, human trafficking appears to be linked to economic, criminal and migratory factors. The extreme vulnerability of the persons concerned it is usually a problem for identification as victims of trafficking. This vulnerability prevents them from being able to identify themselves as victims of a crime. This situation is more acute whenever minors are involved in trafficking.

Trafficking in human beings as a global phenomenon has increased significantly in recent years. Criminal networks involved in human trafficking appear to have taken advantage of the migration crisis of recent years to act against the most vulnerable, especially women and children. The collection of statistics on human trafficking presents certain difficulties. First of all, current definitional challenges stem from the different legal norms on this topic. Secondly, as other criminals, traffickers try to hide their actions from the national authorities. However, they target vulnerable persons –such as illegal migrants–, many of whom are not interested in being identified. Moreover, they are probably convinced that their experiences are normal. In this sense, reported cases of human trafficking do not represent the real volumen of current cases. Although States are obliged to fight trafficking and to protect the victims, the absence of reliable data hinder the adoption of effective measures to combat it and the achievement of positive outcomes.

As mentioned above, the text has two parts. The first part approaches this global phenomenon from a comprehensive perspective. It makes no distinction between adults and children. To this end I examine two elements. Firstly, the legal norms adopted on this subject are briefly mentioned. This is the way to establish the Spanish legal framework regarding the trafficking in human beings. The norms cited are, *inter alia*, the United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children of 2000; the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, 2005; and the European Union Directive 2011/36/EU on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings and protecting its victims, adopted in 2011. Secondly, the defining elements of the notion of trafficking are explained.

In this first part, the case law of the European Court of Human Rights is also examined. As the Court has established in *Rantsev v. Cyprus and Russia* (judgment of 7 January 2010), the European Convention on Human Rights is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions. Neither the European Convention on Human Rights, nor the Universal Declaration of Human Rights, proclaimed by the General Assembly of the United Nations in 1948, include any reference to trafficking in human beings. However, the Court of Strasbourg has applied Article 4 of the European Convention on Human Rights to protect victims of trafficking. This disposition refers to the prohibition slavery and slave trade («*1. No one shall be held in slavery or servitude. 2. No one shall be required to perform forced or compulsory labour*»).

Finally, it is also of particular interest to assess the possible application of refugee status as an alternative means of protection. Many victims of human trafficking are asylum seekers or refugees. The forms and reason of persecution involved in this crime must be taken into account. They are factors that can lead to grant asylum.

The second part of this article focuses on trafficked children. The best interest of the child has been used as the guiding thread. The analyses goes through the different phases that characterize the trafficking in human beings. The steps analyzed are detection, identification, referral and protection. At the end of this part, a brief mention to criminal proceedings is included. It should prevail a child-friendly approach, that takes into account the child's age, maturity and opinion, as well as his needs and concerns. The goal is to avoid the so-called «secondary victimization». The signs of trafficking in a minor are very often hard to identify. Specialized training is required for agents involved with the child. The goal of formal identification as a victim of trafficking is also very difficult to achieve. This task is mainly left to the police units. They usually focus on prosecuting the crime of trafficking, rather than on protecting the victim. Regarding derivation, it requires the existence of an appropriate and specific mechanism and also raises a number of protection-related concerns. Finally, a unified interview protocol should be adopted for the victim of human trafficking.

Keywords: Human trafficking; European Court of Human Rights; asylum seekers; best interest of the child; detection; identification; referral; protection.

Evolución y perspectiva de la emigración venezolana. Contexto y retos para su gobernanza migratoria a nivel internacional

Evolution and perspective of venezuelan emigration. Context and challenges for international migration governance

JAVIER IGNACIO NIÑO CUBILLOS*

UNA BREVE RESEÑA HISTÓRICA

La emigración venezolana por su reciente desenlace y rápida evolución es un caso muy ilustrativo para comprender los procesos migratorios contemporáneos. Pero es imposible entender este proceso sin explicar su contexto en las últimas cinco décadas. A continuación, se hará una breve reseña histórica para facilitar la comprensión de la actual situación y la perspectiva de la movilidad humana en Venezuela.

Iniciamos con el impacto de la crisis del petróleo de 1973, ocasionada por la decisión de la Organización de Países Exportadores de Petróleo, OPEP, de la cual Venezuela fue cofundadora, que optó por no vender petróleo a los países que habían apoyado a Israel en la guerra contra Siria y Egipto, circunstancia que generó un alza considerable en los precios del hidrocarburo, de más del 160%, ocasionado que a Venezuela entraran millones de dólares, lo que permitió un enorme gasto social y de infraestructuras. Posteriormente, la crisis del petróleo de 1979,

causada por el inicio de la revolución iraní y la guerra entre Irán e Irak, que produjo al igual que la anterior, una sobrevaloración del importe del petróleo, obteniendo un aumento del valor superior al 110%, momento en el que se referían al país como «Venezuela Saudita», periodo en el que las utilidades por venta de petróleo al exterior alcanzaron el 270%.

Esta etapa coincide con una situación muy compleja en América Latina por la expansión del Plan Cóndor, que consistía en evitar la llegada de gobiernos socialistas durante la Guerra Fría con el respaldo de los Estados Unidos. Motivo por el cual varias dictaduras militares impidieron el desarrollo de procesos democráticos en varios países del continente americano, como fue el caso de los golpes de Estado llevados a cabo por la Junta Militar en Argentina, Augusto Pinochet en Chile, Anastasio Somoza Debayle en Nicaragua, Juan María Bordaberry en Uruguay o Jean Claude Duvalier en Haití. Las personas perseguidas en estos países tuvieron una gran acogida en Venezuela, como también otras que emigraron de la mayoría de los países de América y algunos provenientes de Asia y el sur y este de Europa, atraídas por el buen momento por el que atravesaba la economía venezolana.

En la década de los ochenta y los noventa del siglo pasado el precio del petróleo se mantuvo a

* Profesor de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Javeriana, Director Ejecutivo del Centro de Investigaciones para el Desarrollo y Doctorando de la Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: javinino@ucm.es

la baja. La falta de una buena administración de la bonanza petrolera en la década de los setenta ocasionó que: el desempleo, la nula inversión social y la creciente deuda externa afectara las finanzas del Estado venezolano; lo que se tradujo en un alza paulatina de los impuestos y la venta de varias empresas públicas. Tal era el deterioro de la situación que, en 1998, hubo masivas protestas sociales denominadas como «el caracazo» por ser su epicentro la capital.

Ante las demandas legítimas de la población, el presidente Carlos Andrés Pérez decide sacar el ejército a las calles con la orden de disparar a las personas manifestantes, desencadenando una masacre de decenas de asesinatos cometidos por la fuerza pública. Es en este escenario, en que el discurso populista de Hugo Chávez, cala en una ciudadanía descontenta que lo lleva a la presidencia el 2 de febrero de 1999. Su ascenso al poder coincide con un nuevo boom petrolero ocasionado por las restricciones en el suministro de petróleo por parte de la OPEP y un incremento en la demanda debido al crecimiento industrial de China e India, recursos que, en gran parte, no son invertidos en Venezuela sino en exportar la revolución bolivariana.

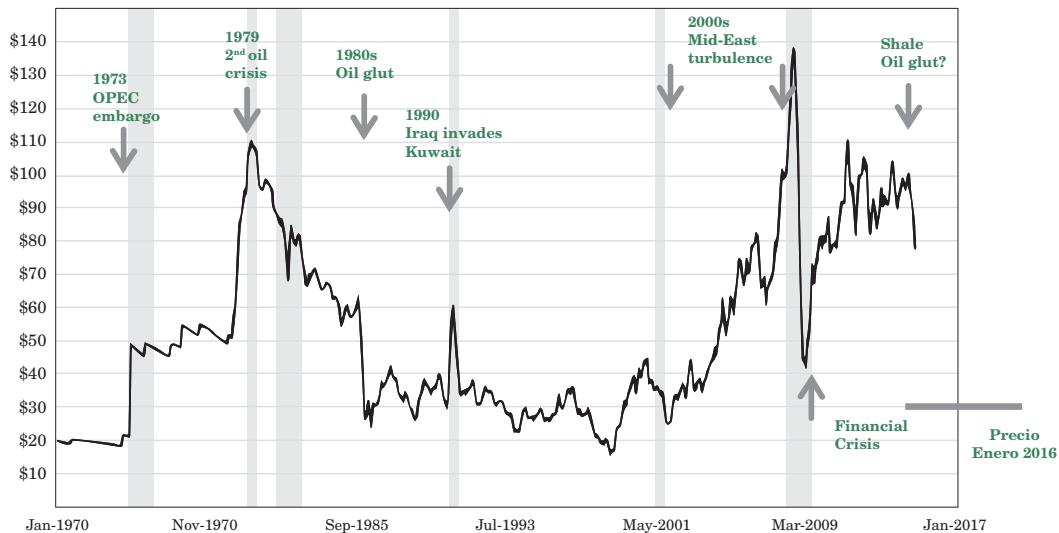
De manera posterior, la llegada de la crisis económica mundial de finales de 2008 y al no estar preparados para enfrentarla, debido al inicio de un descenso prolongado del valor del petróleo en el 2009. La alta dependencia a un único producto de exportación y la nula inversión en la infraestructura extractiva y de procesamiento, minguó la producción. Aspectos que desencadenaron una crisis irreversible y de implicaciones humanitarias. Además, Venezuela al ser un país de renta media con los problemas propios de una economía en desarrollo, que amplió su deuda externa con China y la Federación Rusa a un nivel impagable, a

lo que se suma el alto riesgo de no tener una renta diversificada, generó que su economía colapsara.

Del mismo modo, a nivel político el hecho de carecer de canales democráticos incluyentes, que permitieran la representatividad de todos los sectores de la sociedad y su participación activa en la toma de decisiones; elementos que en su conjunto ocasionaron que la responsabilidad social del gobierno no pudiera responder a las demandas de la población condujeron a que Venezuela fuera un Estado fallido. Dando como única alternativa de sobrevivencia la emigración. La siguiente gráfica demuestra la evolución de los precios del petróleo y la consiguiente relación con la situación socio económica de Venezuela que, en el año 2015, al final de la crisis económica mundial, muestra que la situación llegó a niveles insostenibles ocasionando un gran éxodo que alcanza a finales de 2019, la salida de más de un 15% de su población.

Con relación al leve ascenso de los precios del petróleo desde 2016, las características recientes de Venezuela hacen que este factor no logre impactar positivamente las actuales condiciones de la población, marcadas por una carencia total de bienes y servicios. Lo anterior, debido al deterioro de la infraestructura petrolera, la disminución de su producción a menos de un 50%, el embargo a sus exportaciones y la nula producción petroquímica, factores que sumados al hecho que se esté pagando con hidrocarburos el endeudamiento contraído con China y la Federación Rusa, crean un sistema económico inviable. Por lo que se necesitaría mucho tiempo e inversión para reestructurar su economía de nuevo, y en las actuales circunstancias, es casi imposible que esta situación se dé. Por lo que la salida de población venezolana seguirá dándose de manera constante.

VALOR DE LOS PRECIOS DEL PETRÓLEO 1970-2016



Fuente: Ignacio Martíl, 2016.

EVOLUCIÓN DE LA EMIGRACIÓN VENEZOLANA

Al finalizar el gobierno de Hugo Chávez y al iniciar el de Nicolás Maduro, 14 años el país se encontraba en una crisis total, situación que se ha empeorado hasta la fecha. Desde hace más de un quinquenio todos los bienes de primera necesidad son escasos, los niveles de desnutrición y la morbilidad por falta de medicamentos van en aumento, lo que constituye una crisis humanitaria que alcanza más de 4,6 millones de personas que han salido de Venezuela desde 2014, de las cuales una cifra superior a 650.000 han solicitado el estatus de refugiado y más de 2 millones han logrado según cifras oficiales una estadía regular en las Américas (ACNUR, 2019). Aunque esta emigración tiene un alcance global, en donde se resalta en Europa, el caso de España, como se verá más adelante en las cifras de regularización y solicitud de refugio.

Venezuela hasta el inicio de su crisis humanitaria era esencialmente un Estado receptor de inmigración proveniente de todos los países del mundo. A nivel regional Colombia

era el país que mayor inmigración aportaba, la causa principal, el desplazamiento forzado producto de un conflicto armado de más de 50 años, aún irresuelto pese al proceso de paz firmado entre el Estado colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC – EP, el 26 de septiembre de 2016. En donde algunas disidencias de las FARC, junto al grupo insurgente Ejército de Liberación Nacional, ELN, más reductos subversivos adicionales y las denominadas 'bandas criminales' derivadas de la reconfiguración del sometimiento de las Autodefensas Unidas de Colombia, AUC, hacen en conjunto de esta situación un problema de seguridad regional complejo y que se relaciona directamente con el régimen venezolano.

Hasta antes de la llegada del Siglo XXI, la principal causa de la emigración a Venezuela era la necesidad constante de personas para labores cualificadas y no cualificadas producto de una economía altamente dependiente de la exportación de hidrocarburos. Desde que inició el chavismo se presentó un pronto deterioro de la estabilidad económica, que inició con la nacionalización de empresas que fueron expropiadas arbitrariamente. De manera paralela, el reemplazo de cargos gerenciales, de

personal altamente calificado o especializado en instituciones en las que tenía alguna incidencia el gobierno, por cuadros políticos afines al chavismo, condujo a la mala gestión y a la inoperatividad de empresas altamente rentables, como fue el caso de Petróleos de Venezuela, PDVSA, y algunas de sus filiales.

Por lo tanto, esta primera circunstancia condujo a la emigración de los sectores más pudientes, de los más preparados académicamente y de las personas en edad universitaria que optaron por estudiar fuera de Venezuela. Con la consiguiente salida de capitales, el cierre de empresas de sectores vinculados desde la industria petroquímica hasta las empresas importadoras, en especial la correspondientes a toda una variedad de productos masivos de consumo, propios de una economía con vocación mono-exportadora. En donde al no invertir en el mantenimiento de la industria petrolera, se explica, que al dejarse de recibir los ingresos provenientes de las ventas al exterior de petróleo todos los demás sectores se vieron afectados, pero si, además, se añade una pésima administración y una corrupción desbordada a todos los niveles del estamento estatal, los efectos en la dinámica económica son letales.

En consecuencia, en primer lugar, emigró la población con alto nivel adquisitivo, que vio en el corto plazo como las políticas chavistas harían menguar sus capitales. De igual manera, las personas con nexos en el exterior empezaron a explorar el lugar de residencia donde podrían continuar sus actividades económicas y no perder su estándar de vida. Al deteriorarse muy rápidamente la economía y ante la salida de aerolíneas y otros medios de transporte al extranjero, personas de sectores medios de la sociedad empezaron a salir de manera sostenida. Pero pese a la creciente movilidad de población nativa hacia el exterior en la primera década del siglo XXI. El proceso electoral de reelección de Hugo Chávez combinado con la política de seguridad democrática en Colombia (2002-2010), atrajo población colombiana desplazada por la violencia de las zonas de frontera hacia Venezuela (Colombia y

Venezuela comparten una frontera común de 2.219 kilómetros).

De este modo, desde 1999, los flujos migratorios entre Colombia y Venezuela se han invertido, en ese año, coincidiendo con la llegada al poder de Hugo Chávez, emigraron 57.000 personas, en 2005. En contra partida, la despedida de 18.000 trabajadores de la estatal Petróleos de Venezuela, PDVSA, facilitó su ingreso al sector de hidrocarburos colombianos de gran parte de este recurso humano y debido a que Colombia había reestructurado la política petrolera en 2003; estas dos circunstancias contribuyeron a duplicar la producción colombiana hasta alcanzar el millón de barriles día en 2013. Una segunda fase de aumentó de la afluencia de inmigración venezolana, ocurrió en 2010, cuando ingresaron a Colombia 202.624 personas, en 2011, 212.000, en 2012, 262.000 y en 2013, 261.343 (Robayo, 2013). La mayoría de esta migración era cualificada y con ingresos altos, lo que permitió una inyección importante de dinero a la economía colombiana. Así como a otros países de la región y en España aprovechando la implantación del visado por inversiones superiores a 500.000 euros, algunos venezolanos accedieron a este permiso conocido como la ‘visa oro’. Ejemplo de la salida de capitales hacia el exterior.

Otro aspecto derivado de ésta emigración, es la emigración de profesionales cubanos que huyen de Venezuela e ingresan al territorio colombiano. Este personal de la salud y académico enviado por Cuba, se debe a las políticas sociales que implementó en el 2013 el presidente Hugo Chávez, denominadas Misiones y que posibilitaron programas educativos como la Misión Robinson que tenía el objeto de alfabetizar a niños y adultos en los barrios populares con metodología importada de la isla, en este mismo sentido, se implantó la Misión Ribas para promover la educación primaria y la Misión Sucre dirigida a los estudios de bachillerato y de acceso a la Universidad. En materia de salud, la Misión Barrio Adentro basada en un programa médico – asistencial para las zonas más deprimidas del país, también con coope-

ración cubana. Misiones parte de un conjunto de veintiún acciones intergubernamentales de carácter social (D'Elia y Cabezas, 2008) que se establecieron en toda la geografía venezolana.

En 2007, el gobierno venezolano señaló que desde 2003, en el país trabajan casi 20.000 cooperantes cubanos, entre médicos, enfermeros, odontólogos, técnicos en maquinarias e instrumentos del área de salud y monitores deportivos. En contrapartida al contingente de médicos y demás cooperantes cubanos, Venezuela envía a Cuba petróleo a precios especiales. Sin embargo, las condiciones de pobreza y el interés por llegar a territorio estadounidense, hace que este personal deserte de los programas y cruce la frontera hacia Colombia, como ocurrió en febrero de 2007, cuando cuarenta y cinco cooperantes cubanos, entre médicos y entrenadores deportivos, solicitaron refugio, con la esperanza que Estados Unidos les aceptara como asilados políticos (Hernández, 2007).

Las citadas misiones, en especial, la Misión Barrio Adentro, ha ocasionado una gran deserción de profesionales cubanos, que utilizaban a Colombia como lugar de tránsito hacia los Estados Unidos para favorecerse de la Ley de Ajuste Cubano, que fue eliminada por el presidente Barak Obama y que otorgaba un permiso de trabajo temporal y, al año y un día, de haber pisado territorio estadounidense, se les concedía la residencia. Con base en esta posibilidad la ONG Solidaridad Sin Fronteras (SSF) ayudó a personal médico a salir del país, para citar solo un caso: de 500 médicos que llegaron a Venezuela, en el año 2009, 200 emigraron a Miami (Jaramillo, 2010), en los Estados Unidos.

Posteriormente, durante la presencia de Nicolás Maduro en el poder, la crisis de gobernabilidad motivo el uso de medidas migratorias extremas, para desviar la atención pública, a inicio de su mandato expulsó de Venezuela a población colombiana en condiciones de grave afectación de sus derechos humanos, que condujo a varias denuncias internacionales. Es en su primer gobierno y luego de varios años de la caída sostenida de los precios del petróleo. Cuando el nivel

de inmigración desaparece casi en su totalidad, a excepción de las misiones de salud y educación de origen cubano, que ya se mencionaron, con un elemento adicional de control e ideologización de la población más vulnerable¹.

Igualmente, completa esta escasa inmigración, la llegada de personal ruso vinculado a la seguridad y a la defensa de sus inversiones en Venezuela. De hecho, la Federación Rusa y China han sido los principales proveedores de inversión extranjera directa en estas dos últimas décadas. Así como, los prestamistas y garantes de la cooperación técnica para sustentar el gobierno de Chávez y Maduro e instruir y equipar a las fuerzas armadas venezolanas.

Este componente geopolítico hace de difícil resolución en el corto plazo la situación humanitaria, económica, política y en materia de derechos humanos en Venezuela. Por consiguiente, como ya se anotó, la emigración de población venezolana será una constante y a medida que la población residente en el exterior adquiera un estatus regular y mejore su nivel adquisitivo, buscará por diferentes medios sacar a sus familiares de Venezuela. Lo cual diezmará aún más la población y será más fácil por parte del régimen mantenerse en el poder.

DE LA CRISIS ECONÓMICA A LA CRISIS HUMANITARIA

La siguiente descripción de la situación venezolana da para describirla y reafirmar que es una crisis humanitaria. Según el Fondo Monetario Internacional, en 2018, fue la mayor inflación económica del mundo, más de 1.000.000%, «el país es uno de los más peligrosos del mun-

¹ Para evidenciar la presencia cubana en Venezuela, el caso de la salida del poder de Evo Morales ayuda a entender cómo funciona esta cooperación técnica, en «Bolivia, durante su mandato, al ser uno de los principales aliados de Cuba en la región, estaban destinados algo más de 700 cubanos, en su mayoría prestando servicios médicos, pero también en otros sectores» (Deutsche Welle, 2019) que, al caer el gobierno por presión de los militares bolivianos, salen inmediatamente del país también estos cooperantes cubanos.

do y Caracas la segunda ciudad del continente más violenta (detrás de los Cabos en México, con una tasa de 111,19 homicidios por cada cien mil habitantes). En materia de pobreza, de acuerdo con la Encuesta Nacional de Condiciones de Vida (ENCOVI, 2017), pasó de un 48,4% en 2014 a un 87% en 2017, con un 61,2% de pobreza extrema» (Castro, 2019). A finales de 2019, este entorno ha empeorado y los flujos migratorios se mantienen constantes.

En consecuencia, «los acontecimientos políticos, de derechos humanos y socioeconómicos que se desarrollan en Venezuela obligan a niños, mujeres y hombres a irse a los países vecinos y más allá, constituyendo el éxodo más grande en la historia reciente de la región; muchos llegan asustados, cansados y en extrema

necesidad de asistencia» (ACNUR, 2019). En cifras, producto de esta emigración habrían salido de Venezuela según cálculos de Naciones Unidas, ONU, «hacia Colombia 1.400.000 personas, a Perú 768.000, a Chile 288.000 y a Ecuador 263.000. Cada día 4.5000 personas cruzan hacia Colombia. De estos, la mitad deciden quedarse, mientras el resto transita hacia otros destinos, según Felipe Muñoz, gerente de Frontera con Venezuela de la Presidencia de Colombia» (Bermúdez, 2019).

A continuación, se presentan dos tablas con los datos más recientes de la emigración venezolana, que dan cuenta de su magnitud en cifras por países en donde se presenta el mayor número de personas, en donde es importante resaltar la emigración familiar.

PERMISOS DE RESIDENCIA OTORGADOS POR PAÍS

País	Actualización	Población
Colombia	31 Oct 2019	641,825
Peru	3 Dec 2019	568,973
Chile	28 Feb 2019	325,025
Argentina	25 Nov 2019	180,267
Ecuador	31 May 2019	107,052
Brasil	30 Sep 2019	104,858
Panamá	12 Nov 2019	71,677
México	31 Aug 2019	46,072
Uruguay	27 Aug 2019	13,225
Guyana	11 Nov 2019	11,881
República Dominicana	30 Jun 2019	7,946
Costa Rica	30 Jun 2019	5,692
Curaçao	31 Dec 2018	1,291
Paraguay	6 Nov 2019	1,157

Fuente: ACNUR, 2019.

Este éxodo a final de 2019 puede estar próximo a 5 millones de inmigrantes y es la emigración más grande que ha existido en el continente americano. Es de resaltar, que los datos de las dos tablas hacen referencia al número de personas por países con un estatus migratorio definido o en trámite, como es el caso de la solicitud del estatus que otorga el refugio. Estadísticas que de manera posterior servirán para analizar

las estrategias se están utilizando a nivel estatal y de organismos internacionales para dar respuesta a esta grave problemática. En donde es conveniente mencionar la contribución a nivel técnico de las agencias intergubernamentales en la materia, algunas organizaciones no gubernamentales y de recursos y cooperación técnica por parte de la Unión Europea, Estados Unidos y Canadá entre otros países.

SOLICITUDES DE REFUGIO POR PAÍS*

País	Fecha de los datos	Población
Perú	30 Jun 2019	377,047
Brasil	30 Sep 2019	119,244
Estados Unidos de América	31 Oct 2019	105,421
España	31 Jul 2019	58,597
México	3 Dec 2019	17,981
Costa Rica	30 Jun 2019	16,236
Trinidad y Tobago	31 Oct 2019	13,990
Ecuador	31 Dec 2018	13,535
Panamá	8 Nov 2019	10,894
Colombia	8 May 2019	5,303
Canadá	31 Jan 2019	4,273
Chile	30 Jun 2019	3,411
Argentina	31 Oct 2019	2,675
Varios	5 Aug 2019	1,374
Curaçao	31 Oct 2019	709
Uruguay	31 Oct 2019	469
Aruba	31 Aug 2019	400
República Dominicana	31 Oct 2019	173

Fuente: ACNUR, 2019.

* En algunos países, los registros individuales pueden relacionarse con un caso (grupo de individuos) y no solo con un individuo solo.

Con base en los datos de la primera tabla, a 5 de diciembre de 2019, se habían concedido 2,152,521 permisos de residencia y de estancia regular, un poco menos de la mitad de la población que ha emigrado en esta larga crisis humanitaria. Lo que significa que un porcentaje muy alto y superior al 50%, se encuentra en un medio de alta vulnerabilidad derivada del hecho de no tener documentos de viaje o permisos para residir y trabajar. El encontrarse en situación irregular una persona que ha emigrado bajo condiciones forzosas, implica que se dé respuesta urgente desde los Estados de recepción, para que se garantice su regularización y ante un número tan grande de personas que llegan en tan corto tiempo, se trabaje de manera coordinada para establecer canales de cooperación con otros Estados vecinos, que permitan recibirlas en proporción a la población y a la capacidad de respuesta institucional respecto a estos flujos migratorios.

Obviamente, contando con el concurso de las personas involucradas en la decisión y el nivel de arraigo en el lugar donde se encuentren.

Este registro de personas solicitantes de refugio es significativo, por consiguiente, habrá que esperar las resoluciones al trámite para establecer las concesiones de refugio o si se opta por otro estatus migratorio, que les permita residir y trabajar para lograr su subsistencia y si es del caso reagrupar a su familia. En las diferentes experiencias migratorias y dada la situación de Venezuela, incluso con un cambio de régimen político, más lo que tarde la reconstrucción del país, hacen que sea inviable en el corto y mediano plazo el retorno. Por lo que se deben crear las condiciones con vocación de permanencia. Situación que debe ir acompañada de un trabajo de concientización muy amplio con la población nativa para que no haya conflictos sociales, que son previsibles y prevenibles y, optar por estrategias

de integración en donde se pueda aprovechar el bono demográfico y el potencial de las personas inmigrantes a partir de estudios y su caracterización.

RETOS DE LA GOBERNANZA MIGRATORIA

Dadas las proporciones del éxodo migratorio y de los esfuerzos que han realizado algunos Estados vecinos para atender a la población inmigrante de origen venezolano, países como Colombia recientemente han modificado su legislación migratoria para otorgar, por ejemplo, la nacionalidad a las niñas y niños de padres venezolanos y evitar la apatridia. Chile también ha creado un permiso de residencia por mérito personal, al examinar los antecedentes resientes validables en comportamiento social durante su permanencia en el país.

A nivel regional desde la OEA y de otros organismos multilaterales, se debería poner en funcionamiento programas hemisféricos para dar respuesta a estas personas en situación de vulnerabilidad y evitar conflictos sociales con la población nativa, sobre todo en las zonas en las que se ubican mayoritariamente y compiten por recursos escasos, que son el germen para la xenofobia y la discriminación. La política más notoria y que dimensiona los alcances de la política estatal y regional latinoamericana es la que denuncia la crisis humanitaria venezolana ante organismos internacionales y solicita a los países de mayor renta per cápita donaciones para su atención. En donde se ha destacado como ya se mencionó, la cooperación desde la Unión Europea y desde los Estados Unidos y Canadá.

Por otra parte, otros países se han mostrado reticentes, sobre todo los latinoamericanos, incluso creando medidas para obstaculizar el ingreso de la población venezolana. Tal es el caso, de la decisión unilateral de Ecuador de pedir pasaportes a la población venezolana, a sabiendas que el régimen venezolano ni los otorga ni tiene el interés de proteger su población en el exterior. Igual ocurre con Perú, con algunos matices, con apelaciones de carácter

legal. ¡Qué pérdida de memoria! Hasta hace unos pocos años, por razones similares los nacionales de estos países tuvieron que emigrar de manera forzada a Estados como Venezuela, sobre todo ante el creciente número de dictaduras militares que asolaron América Latina y desde otras naciones a nivel mundial. En el que la guerra y regímenes despóticos no han sido la excepción.

Entre las acciones más relevantes a nivel internacional se encuentran, la creación del Grupo de Lima, para el análisis de la estabilidad institucional venezolana, «el lanzamiento del Plan de Acción Regional de la Organización Internacional para la Migración (OIM), y el Centro de Información ‘Venezuela Situation, VenSit’ del ACNUR². Además, se propició una cumbre ministerial en la ciudad de Quito que contó con el concurso de UNASUR³ y MERCOSUR⁴ y se ha tenido un amplio periodo de sesiones en el marco de la asamblea general de la OEA⁵» (Castro, 2019). Desafortunadamente estas declaraciones no son vinculantes. Por lo tanto, es fundamental que haya voluntad política y programas de cooperación técnica financiados y sostenibles que puedan dar una respuesta planificada a la situación de la población inmigrante en los Estados de recepción.

Por último, en perspectiva, el «Banco Mundial elaboró un estudio sobre las consecuencias socioeconómicas – que pueden suponer un gasto de alrededor de 1.100 millones de dólares – y alertó de que la crisis puede afectar a las franjas más vulnerables de la población. Más de 90 organizaciones ya trabajan en 16 países latinoamericanos para paliar los efectos de esta emergencia y la ONU acaba de lanzar el llamado Plan Regional de Respuesta para Refugiados y

² Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR.

³ Unión de Naciones Suramericanas, UNASUR.

⁴ Mercado Común del Sur, MERCOSUR, del que hacen parte Argentina, Brasil, Uruguay, Paraguay y en procesos de verificación Venezuela y de adhesión Bolivia.

⁵ Organización de Estados Americanos, OEA.

Migrantes» (Manetto, 2018). Lo que equivaldría a una política coordinada de atención por parte de OIM y ACNUR. Pero mientras no se recauden estos fondos, será la entereza de la población y la voluntad política de las autoridades locales de los diferentes Estados, en donde se de un tratamiento humanitario o sea esta migración el germen de nuevas problemáticas producto de no aplicar una gobernanza migratoria acorde al reto que representa en materia de movilidad humana.

CONCLUSIONES

La evolución de la emigración venezolana ha tomado como espectadores perplejos a la mayoría de los Estados que les acogen. No ha habido una verdadera coordinación a nivel Estatal y ningún organismo internacional o multilateral ha propuesto un plan de acción efectivo para dar respuesta a esta crisis humanitaria, con excepción de los llamados a la cooperación internacional emitidos por ACNUR y OIM, sin que sean atendidos a plenitud. De manera separada cada Estado en América Latina y el Caribe ha aprendido sobre la marcha la gestión migratoria y con aciertos y fallos ha intentado dar respuesta, en una gama amplia de acciones que van desde su perspectiva de derechos humanos hasta bajo criterios de seguridad nacional. Acciones diferentes han tomado países con una mayor trayectoria migratoria como es el caso de España, Estados Unidos o Canadá.

En medio de esta falta de gobernanza migratoria está la población venezolana intentando sobrevivir, enfrentando la percepción de la población nativa que les acoge o discrimina. Ante unas instituciones que difícilmente logran coordinarse para cualquier gestión social en la mayoría de los Estados receptores, en donde la atención migratoria no es la excepción. Circunstancia que dificulta la atención de las personas inmigrantes de bajos o nulos ingresos y/o en situación irregular.

La falta de recursos económicos y técnicos, la variedad de problemáticas que van desde la atención sanitaria hasta la búsqueda de empleo o de lograr encontrar un lugar donde vivir, dan muestra de la vulnerabilidad de amplios sectores al interior de la emigración venezolana. Situación que el presidente Maduro intenta negar mediante propaganda y su opositor, también reconocido como presidente de Venezuela por más de la cuarta parte de los Estados a nivel mundial, Juan Guaidó, tampoco ha podido poner en evidencia o proponer acciones multilaterales en tal sentido. Además, quien difícilmente ha podido mantener su estrategia opositora, mucho menos va a poder proponer o gestionar e incluso dirigir un discurso de denuncia ante la comunidad internacional, en favor de sus connacionales en el exterior.

Hay que tener en cuenta, de los últimos flujos migratorios, en particular los de las personas de origen más humilde, es población que ha salido caminando de Venezuela, en pleno siglo XXI; que ha tardado meses para ir de una ciudad capital a otra o años para ir de un país limítrofe a otro. No pocos han muerto de hipotermia al cruzar montañas, en donde la población más frágil es la población infantil y las madres en estado de gestación. Ya en muchas ciudades son víctimas de injusticias, violaciones de derechos humanos, estigmatización, xenofobia o falsos prejuicios, en donde la respuesta ha sido la comiseración y no programas de atención especializada. No obstante, las personas con mayor cualificación y recursos han logrado más fácilmente insertarse en las sociedades de arriba, en donde el emprendimiento y el ánimo de progresar de la mayoría de la población venezolana, es un rasgo característico común de su personalidad.

Por lo tanto, una mala gestión derivada de las fallas en la atención institucional puede ser muy nociva para la convivencia, como es el caso de pensar o suponer que es una problemática que se va a resolver en el corto plazo o se va a lograr en un tiempo muy pronto un cambio de gobierno en Venezuela y se va a promover un retorno masivo. Por lo que una

de las ventajas del análisis histórico que aquí se muestra, es que la evidencia sustentada en hechos puede llegar a demostrar, que van a pasar muchos años antes que las condiciones del país cambien, por lo que los flujos migratorios continuaran siendo una constante. Por lo tanto, las políticas a implementar deben ser de largo plazo e incluir como objetivo fundamental la integración de la población inmigrante y la concientización de la sociedad nativa de una respuesta humanitaria y luego de normalización como parte integral de las comunidades, puede garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de la población venezolana y su inserción en la dinámica económica, cultural y demás esferas de la sociedad, porque ya son parte de nosotros.

BIBLIOGRAFÍA

ACNUR (2019). Situación en Venezuela. ACNUR España. En: <https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html>

- (2017). Proyecto de caracterización de población proveniente de Venezuela en Colombia. Recuperado de: <http://www.refworld.org.es/pdfid/5ac7f0534.pdf>.
- (2012) Directrices sobre la Apatridia No. 4: Garantizar el derecho de todo niño a adquirir una nacionalidad mediante los artículos 1-4 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961.

ACOSTA, Diego (2018) The National vs The Foreigner in South America, 200 years of migration and citizenship law. Cambridge University Press.

ADVOCACY FOR HUMAN RIGHTS IN THE AMERICAS. (2018). La Crisis de Migrantes y Refugiados de Venezuela Vista desde las Fronteras con Colombia y Brasil. Recuperado de: <https://www.wola.org/wp-content/uploads/2018/07/VZ-Informe-Espanol.pdf>

BARTH, Fredrik, (Ed), (1969). Ethnic groups and boundaries: The social Organization of Culture Difference, BERGE-OSLO, Universitets Forlaget, London, Allen & Unwin.

BELTRÁND, Diego. (2004). «Derechos de los Migrantes Reconocidos por la Comunidad Internacional», en: ANDENBENG ALINGUÉ, Madeleine (Ed.): Migraciones Internacionales: Un mundo en movimiento. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, OIM, pp. 391-400.

BERMUDEZ, Ángel (2018). Por qué en América Latina no ha habido una integración regional como en la Unión Europea. En: BBC Mundo. 30 de abril de 2018. En: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43916189>

BOLAÑOS, Elizabeth (2009). Country Migration Profiles in Selected Countries in Latin America: Tool for Strategic Policy Development. IOM Colombia.

- y KHOUDOUR – CASTERAS, David (2008). Unexpected Effects of the Washington Consensus: Trade Liberalization and Migration Flows in Latin America, 1981-2002. En: Es posible pensar una nueva política social para América Latina. Publicado por FLACSO – Ecuador.

CASTELLS, Manuel. (2000). El poder de la identidad, en Alianza Editorial, Madrid.

CASTRES, Stephen, «Migración internacional a comienzos del siglo XXI: Tendencias y problemas mundiales», en: www.unesco.org/issj/rics165/fulltextspa.165.pdf, p17-32. En: Revista Internacional de Ciencias Sociales, septiembre 2000, No. 165. Las migraciones internacionales 2000.

CASTRO, Alexandra (2019). Venezuela migra: aspectos sensibles del éxodo hacia Colombia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

CORPORACIÓN SCALABRINI – CORPOSCAL & ACNUR (2015). Perfil y situación actual de los colombianos deportados. Frontera Colombo – venezolana, Cúcuta. 2014-2015.

D'ELIA, Yolanda y CABEZAS, Luis Francisco (2008). Las Misiones Sociales en Venezuela. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, ILDIS, mayo de 2008. Caracas, Venezuela.

DEUTSCHE WELLE (2019). Cuba retirará a cientos de médicos cooperantes y funcionarios de Bolivia. En: <https://www.dw.com/es/cuba-retirar-%C3%A1-a-cientos-de-m%C3%A9dicos-cooperantes-y-funcionarios-de-bolivia/a-51271497>

GÓMEZ, Alcides y RENGIFO, Flerida. (1999). Dinámica de la migración colombiana a Venezuela en las últimas décadas. En: RAMÍREZ, Socorro y CADENAS, José María. Colombia –Venezuela. Agenda común para el Siglo XXI. Bogotá, IEPRI Universidad Nacional de Colombia-Universidad Central de Venezuela-SECABCAF– Tercer Mundo Editores. pp. 319-361.

HERNÁNDEZ, Clodovaldo (2007). 45 cooperantes cubanos huyen de Venezuela y piden asilo en Colombia. En: El País. 7 de febrero de 2007. En: http://elpais.com/diario/2007/02/07/internacional/1170802813_850215.html

IDMC, Internal Displacement Monitoring CenteR (2014). Global Overview 2014: people internally displaced by conflict and violence. Norwegian Refugee Council. May 2014. In: <http://www.internal-displacement.org/assets/publications/2014/201405-global-overview-2014-en.pdf>

JARAMILLO, Ana María (2010). Tras pagar sobornos en Venezuela, médicos cubanos huyen a Miami. En: *El Tiempo*, 8 de enero de 2010. En: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-6916289>

MANETTO, Francesco (2018). La migración venezolana cambia la agenda de América Latina. En: *El País*. 30 de diciembre de 2018. Bogotá, Colombia. En: https://elpais.com/internacional/2018/12/21/colombia/1545366881_919046.html

MÁRTIL, Ignacio (2016). La historia del precio del petróleo: subidos a una montaña rusa. Econo-Nuestra. 13 de febrero de 2016. En: <https://blogs.publico.es/econonuestra/2016/02/13/la-historia-del-precio-del-petroleo-subidos-a-una-montana-rusa/>

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (2017). Memorias al Congreso 2016-2017. Bogotá, Colombia. En: http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/docs/memorias_al_congreso_2016-2017.pdf

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (2018). Decreto 1288 de 2018. Bogotá, Colombia.

OIM, International Organization for Migration., UN Migration Agency. (2018). Migration Trends in The Americas: Bolivarian Republic of Venezuela. In: <https://reliefweb.int/report/venezuela-bolivarian-republic/migration-trends-americas-bolivarian-republic-venezuela-april>

ROBAYO, María Clara (2013). Venezolanos en Colombia: un eslabón más de una historia compartida. Universidad del Rosario. En: http://www.urosario.edu.co/urosario_files/2e/2ee3361e-eec6-4230-925b-3e6d91c83ab0.pdf

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MIGRACIÓN COLOMBIA (13 de junio de 2018). Comunicado Oficial. Adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores. En: <http://www.migracioncolombia.gov.co/index.php/es/prensa/comunicados/comunicados-2018/junio-2018/7584-442-462-venezolanos-identificados-en-registro-ramv-recibiran-regularizacion-temporal>

RESUMEN

La emigración venezolana da cuenta de la vulnerabilidad de la naturaleza humana, de como se puede transformar en un corto plazo las condiciones de vida de la población de un Estado por razones geopolíticas e ideológicas y la facilidad en que los flujos migratorios pueden cambiar en una dirección u otra, en donde la memoria histórica pese a su virtud para el análisis de la coyuntura y la planificación de políticas de largo plazo poco se usa en la interpretación de los hechos internacionales. Elementos que deben servir para ver la inmigración más allá de una problemática hasta lograr determinar su potencial para cualquier sociedad. Espectro que debe ser administrado desde la gobernanza mundial de las migraciones y gestionado siempre desde el respeto a los derechos humanos.

La emigración venezolana es producto del rápido deterioro de las condiciones económicas e institucionales en el país. Este artículo muestra con datos históricos, especialmente de carácter económico y político como el empobrecimiento de Venezuela de manera directamente proporcional ha incrementado la emigración hacia el exterior. Por lo tanto, la metodología de análisis que se utiliza es histórico descriptiva, que consiste primero, en mostrar una línea del tiempo de la situación de Venezuela y como esta corresponde con el incremento de la emigración y sus diferentes características. Segundo, en caracterizar los diferentes flujos migratorios en el tiempo, tercero, en analizar la respuesta institucional a nivel estatal y multilateral. Y por último, mostrar las dificultades a nivel local que es donde se presta la atención. En conjunto para demostrar la necesidad de crear un modelo de gobernanza migratoria a todos los niveles, en particular, enfatizando en la coordinación de las instituciones locales, en la labor de las organizaciones no gubernamentales, y muy importante, en la concientización de la población nativa para favorecer la integración y evitar la xenofobia o la discriminación.

En este orden de ideas, la evolución de la emigración inicia con la salida del país de las personas con mayores recursos económicos e intelectuales, de manera posterior las clases medias y, a medida que la situación de Venezuela adquirió la característica de crisis humanitaria, fueron saliendo las personas de más pocos recursos. Lo que se ha convertido en una de las mayores migraciones a nivel mundial. La descripción de la situación política en Venezuela y su relación geopolítica a nivel mundial, en la que participan actores tan relevantes como Cuba, la Federación Rusa o China, van a hacer que no exista un cambio de régimen en el corto plazo, por lo que la emigración seguirá aumentando.

En cuanto a la atención internacional de la población inmigrante de origen venezolano, su rápida evolución ha tomado como espectadores perplejos a la mayoría de los Estados que les acogen. De manera separada cada Estado en América Latina y el Caribe ha aprendido sobre la marcha la gestión migratoria, con aciertos y fallos ha intentado dar una respuesta. Estas acciones desde el Estado por una parte buscan proteger a la población inmigrante bajo la perspectiva de los derechos humanos. Otro Estados por presión de la ciudadanía que tiene una percepción negativa de la inmigración venezolana, más las deficiencias en los canales de atención o la falta de recursos económicos para su atención, han llevado a que sus gobiernos tomen decisiones desde la seguridad nacional. Otro tratamiento ha dado países como España, Estados Unidos o Canadá, Estados que tienen una mayor trayectoria migratoria. Ha nivel multilateral ha sido difícil la coordinación. Tanto a nivel Estatal como desde las agencias internacionales o los organismos multilaterales, que no logran proponer un plan de acción efectivo para dar respuesta a esta crisis humanitaria, aunque existe una meritaria labor de muchas organizaciones no gubernamentales. Así como, los llamados a la cooperación internacional y a las donaciones emitidos por ACNUR y OIM, sin que sean atendidos a plenitud.

Igualmente, la falta de recursos económicos y técnicos, la variedad de problemáticas que van desde la atención sanitaria hasta la búsqueda de empleo o de lograr encontrar un lugar donde vivir, dan muestra de la vulnerabilidad de amplios sectores al interior de la inmigración venezolana. Por lo tanto, se presenta una alerta para evitar una mala gestión de la inmigración por parte de los gobiernos, derivada de las fallas en la atención institucional y que puede resultar muy nociva para la convivencia. Tal es el error de pensar o suponer que es una problemática que se va a resolver en el corto plazo, se va a generar un cambio de gobierno pronto en Venezuela y se va a promover un retorno masivo de la inmigración venezolana a su país de origen. Lo anterior, demuestra una falta de la gobernanza migratoria respecto a la atención de la población venezolana, que intenta sobrevivir a nivel local en los países que les acogen, enfrentando la percepción negativa de la población nativa que en muchos casos les discrimina. Lo preocupante es la falta de coordinación a nivel institucional y la carencia de recursos financieros y humanos para su atención en la mayoría de los Estados receptores. Circunstancia que dificulta la situación de las personas inmigrantes de bajos o nulos ingresos y/o en estatus irregular. Por lo que debería haber un mayor compromiso a nivel internacional e investigar acerca de medios más afectivos para la atención de la población inmigrante.

Por lo tanto, una de las ventajas del análisis histórico, que aquí se presenta, es que la evidencia sustentada en hechos puede llegar a demostrar, que van a pasar muchos años antes que las actuales condiciones de Venezuela cambien, por lo que los flujos migratorios de población venezolana hacia el exterior continuaran siendo una constante. Por lo tanto, las políticas a implementar deben ser de largo plazo e incluir como objetivo fundamental la integración de la población inmigrante y la concientización de la sociedad nativa para dar una respuesta humanitaria. Para que se garantice el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de la población venezolana y se pueda insertar en la dinámica económica, cultural y demás esferas de la sociedad, porque ya son parte de nosotros.

Palabras clave: Gobernanza de las migraciones; inmigración; crisis humanitaria; derechos humanos y memoria histórica.

ABSTRACT

Venezuelan emigration gives an account of the vulnerability of human nature, how the living conditions of the population of a State can be transformed in a short term due to geopolitical and ideological reasons and the ease in which migratory flows can change in one direction or another, where historical memory despite its virtue for the analysis of the situation and the planning of long-term policies is rarely used in the interpretation of international events. Elements that should serve to see immigration beyond a problem until it is possible to determine its potential for any society. Spectrum that must be managed from the global governance of migration and always resolved from respect for human rights.

Venezuelan emigration is a product of the rapid deterioration of economic and institutional conditions in the country. This article shows historical data, especially of an economic and political nature, as the impoverishment of Venezuela directly proportionally has increased emigration abroad. Therefore, the analysis methodology used is historical descriptive, which consists first of showing a timeline of the situation in Venezuela and how it corresponds to the increase in emigration and its different characteristics. Second, to characterize the different migratory flows over time, third, to analyze the institutional response at the state and multilateral levels. And finally, show the difficulties at the local level that is where attention is paid. Together to demonstrate the need to create a model of migration governance at all levels, in particular, emphasizing the coordination of local institutions, the work of non-governmental organizations, and very importantly, in raising awareness of the native population to promote integration and avoid xenophobia or discrimination.

In this order of ideas, the evolution of emigration begins with the exit of the country of people with greater economic and intellectual resources, later the middle classes and, as the situation in Venezuela acquired the characteristic of humanitarian crisis, they were leaving people with fewer resources. What has become one of the largest migrations worldwide. The description of the political situation in Venezuela and its geopolitical relationship worldwide, in which relevant actors such as Cuba, the Russian Federation or China participate, will mean that there will be no regime change in the short term, so Emigration will continue to increase.

As for the international attention of the immigrant population of Venezuelan origin, its rapid evolution has taken as perplexed spectators the majority of the States that host them. Separately each State in Latin America and the Caribbean has learned on the march the migratory management, with successes and failures it has tried to give an answer. These actions from the State on the one hand seek to protect the immigrant population from the perspective of human rights. Other states due to pressure from citizens who have a negative perception of Venezuelan immigration, plus deficiencies in the service channels or lack of financial resources for their attention, have led their governments to make decisions from national security. Another treatment has given countries such as Spain, the United States or Canada, states that have a greater migratory trajectory. Multilateral coordination has been difficult. Both at the State level and from international agencies or multilateral organizations, which fail to propose an effective action plan to respond to this humanitarian crisis, although there is a meritorious work of many non-governmental organizations. As well as, calls for international cooperation and donations issued by UNHCR and IOM, without being fully addressed.

Likewise, the lack of economic and technical resources, the variety of problems ranging from health care to job search or finding a place to live, show the vulnerability of large sectors within Venezuelan immigration. Therefore, an alert is presented to prevent poor management of immigration by governments, derived from failures in institutional care and that can be very harmful to coexistence. Such is the mistake of thinking or assuming that it is a problem that will be solved in the short term, a change of government will be generated soon in Venezuela and a massive return of Venezuelan immigration to

its country of origin will be promoted. The foregoing demonstrates a lack of migration governance regarding the attention of the Venezuelan population, which tries to survive locally in the countries that host them, facing the negative perception of the native population that in many cases discriminates against them. The worrying thing is the lack of coordination at the institutional level and the lack of financial and human resources for its attention in most of the receiving States. Circumstance that hinders the situation of immigrants with low or no income and / or irregular status. Therefore, there should be a greater commitment at the international level and research about more affective means for the attention of the immigrant population.

Therefore, one of the advantages of the historical analysis, presented here, is that the evidence based on facts can prove, that it will be many years before the current conditions in Venezuela change, so that migratory flows Venezuelan population abroad will continue to be a constant. Therefore, the policies to be implemented must be long-term and include as a fundamental objective the integration of the immigrant population and the awareness of the native society to give a humanitarian response. So that the full exercise of the fundamental rights of the Venezuelan population is guaranteed and can be inserted in the economic, cultural and other spheres of society, because they are already part of us.

Keywords: Governance of migration; immigration; humanitarian crisis; human rights and historical memory.

Las autorizaciones de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales para víctimas de trata de seres humanos. Análisis jurisprudencial

Residence and work permit by exceptional circumstances for victims of trafficking in human beings. Jurisprudential analysis

MARCOS CRESPO FERNÁNDEZ*

1. INTRODUCCIÓN

La inmigración, en otros períodos históricos era analizada positivamente como fuente de oportunidades, tanto en el ámbito económico como cultural, no obstante en la actualidad es apreciada en Europa y, especialmente en España, debido a su situación geográfica, como un problema. Desde finales del siglo XX se ha creado un conjunto normativo en el que, para la profesora Ramos Quintana, se niega la propia realidad ya que «la inmigración resultaría un mal inevitable que sería necesario asumir por razones derivadas del funcionamiento y correspondientes demandas del mercado de trabajo. Consecuentemente las puertas de entrada se proveen de celosos guardianes que vigilan quién debe y no debe atravesarlas para preservar el espacio de bienestar interior reservado, principal y preferentemente a los nacionales del propio Estado»¹.

El modelo de inmigración adoptado en España «se debate entre el control y la acogida».

* Titulado superior cualificado en la Dirección de Asesoría Jurídica de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, entidad de derecho público adscrita al Ministerio de Hacienda y Funcionario del Cuerpo Nacional de Policía en excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público.

¹ RAMOS QUINTANA, M. I. Comentarios al Reglamento de Extranjería, Valladolid: Lex Nova, 2007, pp. 22-23.

La regularidad de la permanencia en España de un ciudadano extranjero se sustenta en la necesidad de una autorización administrativa previa², la cual contribuye a alcanzar un estatuto jurídico determinado que proporciona una serie de derechos sociales y económicos a su titular.

En el caso de estudio del presente artículo, en lo que atañe a las víctimas de trata de seres humanos, uno de los derechos que ostentan sería la posibilidad de residir de forma legal en nuestro país mediante la correspondiente autorización de residencia y trabajo.

La trata de seres humanos es una lacra que afecta a todos los países del globo terráqueo. El primer mundo no escapa a este fenómeno delincuencial que supone un gravísimo ataque a los derechos fundamentales de las víctimas, en especial a la dignidad humana, de ahí que exista una especial vinculación entre los derechos humanos y la lucha contra la trata de seres humanos.

Como afirma la magistrada Inmaculada Montalbán «la trata de seres humanos con fines de explotación sexual ha sido caracterizada por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos como una forma de servidumbre y es-

² *Ibid.*

clavitud prohibida expresamente en el artículo 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales. Esta prohibición internacional obliga a que los Estados actúen de acuerdo con el principio de «debida diligencia» para prevenir y sancionar estos actos, así como para proteger y reparar a sus víctimas».

Por su parte, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en un informe fechado en el año 2010 señala que *«el enfoque de derechos humanos en la trata de personas significa que todas las personas que participan en las actividades encaminadas a combatirla deben integrar los derechos humanos en su análisis del problema y en las respuestas correspondientes. Ese enfoque exige examinar, en todas y cada una de las etapas, las repercusiones que una ley, una política, una práctica o una medida pueden tener en las personas que han sido objeto de trata o son vulnerables a ella. Significa también descartar todas aquellas respuestas que pongan en peligro los derechos y libertades fundamentales. El único modo de mantener la labor debidamente centrada en las víctimas es garantizar que la trata de personas no se reduzca meramente a un problema de migración, de orden público o de delincuencia organizada»*³.

Y es en este punto, donde el derecho administrativo de extranjería debe aparecer para proteger a las víctimas de un delito tan grave como es la trata de seres humanos. Por todo ello, en el presente artículo se tratará de analizar, después de realizar una aproximación a la trata de seres humanos, la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales que pueden obtener aquellas víctimas de trata, siempre y cuando se hayan acogido a ese derecho del que poseen.

³ NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Principios y Directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas, Nueva York y Ginebra: Publicación de las Naciones Unidas, 2010. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_sp.pdf [Consulta: 03.12.2018], pp. 3-4.

2. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE TRATA DE SERES HUMANOS

En el Derecho Internacional nos encontramos con diferentes textos normativos que tratan de delimitar el concepto de trata de seres humanos. El origen de todos ellos lo podemos encontrar en el año 1927. La Sociedad de Naciones constituyó en 1924 un Comité especial de expertos con el objeto de realizar una investigación para averiguar la dimensión real que la trata de mujeres y niños tenía en Europa y América⁴. Este Comité publicó sus resultados en el año 1927.

El informe trabajado por el Comité ha proporcionado las marcas conceptuales desde las cuales el fenómeno de la trata de seres humanos ha sido aprehendido y caracterizado. Puede ser considerado como la verdadera matriz de los discursos y las políticas sobre la trata de seres humanos⁵.

En una de las sesiones, un miembro del Comité, el sr. Hennequin, experto en la materia desde el año 1901, cuestiona la existencia de la trata de seres humanos entre Europa y América. Señala que, en el caso de las mujeres mayores de edad, para que se pudiese hablar de trata debía existir coerción, forzamiento; si las mujeres son incitadas a dedicarse a la prostitución, sin sufrir coerción alguna, y consienten en ello, no se trataría de trata. Además, señala que el hecho de ofrecer ocupación en la prostitución es una acción que en muchos estados no está prohibida; lo que las leyes prohíben es la coacción, la violencia y el secuestro. Por otro lado, otro experto, Maus señala que el Comité no puede limitarse a barajar una definición estricta de trata y que debe considerarse también como trata los desplazamientos de mujeres ha-

⁴ SOLANA RUIZ, J. «La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: análisis conceptual e histórico» en GARCÍA CASTAÑO, F. J. y KRESOVA, N. (coords.) Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía, pp. 915-923, Granada: Instituto de Migraciones de la Universidad de Granada, 2012.

⁵ CHAUMONT, J. M. Le mythe de la traite des blanches. Enquête sur la fabrication d'un fléau, París: La Découverte, 2009, p. 7.

cia la prostitución sin que exista dolo o violencia⁶. Hennequin terminó por asumir esta tesis.

Luc, por su parte afirma que quien «coloca a una prostituta en una casa de tolerancia o la lleva de un país a otro, con su consentimiento, no es, en el sentido en que en mi opinión deberíamos entenderlo, un traficante (...). Coloca a las prostitutas como las oficinas de colocación honorables colocarían empleados o domésticos. De hecho, no trafica, en el sentido legal del término y, en el sentido ruin del término, no trafica mujeres, las coloca»⁷.

En los albores del siglo XX, las posturas que sostenían los intelectuales de la época en torno a la definición de trata de seres humanos, tal y como hemos visto en los párrafos precedentes, resultan anacrónicas si las analizamos con el prisma del siglo en el que nos encontramos.

No es hasta finales de los años 90 del pasado siglo cuando los diferentes Estados intentan conformar una definición de trata de seres humanos desligada del concepto de facilitación de la inmigración irregular.

Para localizar una noción de trata de seres humanos en la regulación derivada de organismos internacionales, debemos retroceder hasta el año 2000, año en el que se celebra la 62a. sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas con el objeto de aprobar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y dos

⁶ CHAUMONT, J. M. *Le mythe de la traite des blanches. Enquête sur la fabrication d'un fléau*, París: La Découverte, 2009, p. 90 en SOLANA RUIZ, J. «La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: análisis conceptual e histórico» en GARCÍA CASTAÑO, F. J. y KRESSOVA, N. (coords.) *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, pp. 915-923, Granada: Instituto de Migraciones de la Universidad de Granada, 2012, pp. 917-918.

⁷ CHAUMONT, J. M. *Le mythe de la traite des blanches. Enquête sur la fabrication d'un fléau*, París: La Découverte, 2009, p. 90 en SOLANA RUIZ, J. «La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: análisis conceptual e histórico» en GARCÍA CASTAÑO, F. J. y KRESSOVA, N. (coords.) *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, pp. 915-923, Granada: Instituto de Migraciones de la Universidad de Granada, 2012, p. 918.

protocolos de actuación; el primero de ellos denominado Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire⁸.

A la vista de esta Convención, el Derecho Internacional ha distinguido claramente entre dos entes perfectamente diferenciados. Por un lado estaría la trata de seres humanos (*trafficking in human beings*) y por otro lado el contrabando de migrantes (*smuggling of migrants*). Tanto un fenómeno como el otro se encuentran perfectamente delimitados.

De acuerdo con el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, se entiende por «tráfico ilícito de migrantes» 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 material⁹. Para el derecho penal regulado en esta ocasión por las Naciones Unidas, este delito no exige que concurra ningún elemento objetivo, solamente atiende al ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo. El traficante no induce a la víctima a que tome la decisión de migrar; simplemente le ofrece los medios para poder conseguirlo ilegalmente, desentendiéndose de ella una vez haya concluido su trabajo¹⁰.

⁸ Resolución 55/25 de la Asamblea General «Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional» A/RES/55/25 (15 de noviembre de 2000). Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525s.pdf [Consulta: 24.07.2018].

⁹ Art. 3 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. Resolución 55/25 de la Asamblea General «Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional» A/RES/55/25 (15 de noviembre de 2000). Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525s.pdf [Consulta: 24.07.2018].

¹⁰ Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración. Disponible en:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_05.pdf?idFile=f899b5a5-3799-4389-a0c7-9530996f9829 [Consulta: 24.07.2018].

Por su parte, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños define la «trata de personas» como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. El consentimiento que pudiera dar la víctima de trata de personas a toda forma de explotación intencional no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a los medios descritos con anterioridad. La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará «trata de personas» incluso cuando no se recorra a ninguno de los medios enunciados¹¹.

De acuerdo con esta nueva manera de entender la trata de seres humanos por la comunidad internacional, se pueden extraer de su definición los siguientes rasgos¹²:

1. La trata de seres humanos afecta a hombres, mujeres, niños y niñas, englobando toda una serie de prácticas de explotación. En el pasado, solamente se asociaba el traslado

¹¹ Art. 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo). Resolución 55/25 de la Asamblea General «Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional» A/RES/55/25 (15 de noviembre de 2000). Disponible en:

https://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525s.pdf [Consulta: 24.07.2018].

¹² NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Los Derechos Humanos y la Trata de Personas, Folleto Informativo nº 36, Nueva York y Ginebra: 2014, pp. 3-4. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_sp.pdf [Consulta: 07.08.2018].

de mujeres y niñas para su explotación sexual.

2. Para que nos encontramos ante el fenómeno de la trata de personas no es preciso que la víctima cruce una frontera de un país a otro, ya que la definición abarca tanto la trata que se pueda producir dentro de un país como aquella que sea entre dos o más Estados.

3. Como ya hemos visto en los párrafos precedentes, el tráfico ilícito de migrantes y la trata no son sinónimos. La finalidad del tráfico ilícito de migrantes es obtener un lucro por el traslado ilegal a través de una frontera internacional, mientras que en la trata de seres humanos la finalidad es la explotación de un ser humano.

4. La trata de seres humanos no precisa de un traslado. La trata no sólo abarca el proceso del traslado de un sujeto a una situación de explotación sino el mantenimiento de esa persona en el tiempo en esa situación.

5. La trata de seres humanos «consentida» no existe. «Una vez acreditada la utilización del engaño, la coacción, la fuerza u otros medios prohibidos, el consentimiento no se tendrá en cuenta y no podrá utilizarse como defensa»¹³.

En lo concerniente al ámbito comunitario, desde la primera definición recogida en la Acción Común de 24 de febrero de 1997 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, hasta la actualidad, el concepto de trata de seres humanos ha sufrido una evolución compleja, al amparo de

¹³ Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.05V.2), p. 272, en NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Los Derechos Humanos y la Trata de Personas, Folleto Informativo nº 36, Nueva York y Ginebra: 2014, pp. 4. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_sp.pdf [Consulta: 07.08.2018].

incuestionables complicaciones y deficiencias. Esta Acción Común define la trata como «cualquier conducta que facilite la entrada, tránsito, residencia o salida del territorio de un Estado miembro para los fines siguientes fines: a) explotación sexual de una persona que no sea un niño, con fines lucrativos, en la que se recurra a la coacción, en particular mediante violencia o amenazas; se recurra al engaño; o haya abuso de autoridad u otras formas de presión, de modo tal que la persona carezca de una opción real y aceptable que no sea la de someterse a la presión o abuso de que es objeto; b) trata de personas que no sean niños con fines lucrativos para la explotación sexual de aquéllas en las condiciones descritas en la letra a); c) trata de niños con fines de explotación sexual o abuso de éstos»¹⁴.

En el año 2011 se aprueba la Directiva que regula la lucha contra la trata de seres humanos a nivel comunitario, denominándose Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. De su artículo 2 podemos extraer la misma definición recogida por el Protocolo de Palermo y la Convención de Varsovia. Así, entendemos por trata de seres humanos «la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad¹⁵, o mediante la entrega o recepción

de pagos o beneficios para lograr el consentimiento¹⁶ de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla¹⁷», siempre y cuando dichas conductas fueran realizadas intencionadamente¹⁸.

Como podemos apreciar, el legislador comunitario traslada el texto de la norma, clarificándolo con las diversas interpretaciones recogidas en los trabajos preparatorios elaborados por los expertos del Protocolo de Palermo¹⁹.

Por otra parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos conceptualiza la trata de seres humanos como el «reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación

¹⁶ El consentimiento de una víctima de la trata de seres humanos para su explotación, prevista o consumada, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios contemplados en el apartado 1 (art. 2.4 Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011).

¹⁷ La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos (art. 2.3 Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011).

¹⁸ Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea L 101, de 15 de abril de 2011, pp. 1 a 11. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32011L0036> [Consulta: 30.05.2018].

¹⁹ Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración. Disponible en:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_05.pdf?idFile=f899b5a5-3799-4389-a0c7-9530996f9829 [Consulta: 24.07.2018].

¹⁴ 97/154/JAI: Acción común de 24 de febrero de 1997 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A31997F0154> [Consulta: 27.07.2018].

¹⁵ Existe situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso (art. 2.2 Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011).

sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos»²⁰.

Del mismo modo, el derecho interno de nuestro país también trata de acotar la definición para referirse a la «trata de seres humanos», aunque con unos comienzos poco afortunados. En el año 2003 ve la luz la Ley Orgánica (LO) 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Esta ley realizó una reforma del artículo 318 bis del Código Penal (CP) «al margen no solo de los instrumentos internacionales de Naciones Unidas vinculantes para España sino también de la normativa comunitaria europea sobre la materia entonces en vigor (Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo)»²¹.

Así, el delito de tráfico ilegal regulado en el artículo 318 bis CP²² no es el contrabando

²⁰ Art. 4 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Boletín Oficial del Estado núm. 219, de 10 de septiembre de 2009, pp. 76453 a 76471. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-14405> [Consulta: 20.04.2018].Art. 2.1 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea L 101, de 15 de abril de 2011, pp. 1 a 11. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32011L0036> [Consulta: 30.05.2018].

²¹ Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración. Disponible en:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_05.pdf?idFile=f899b5a5-3799-4389-a0c7-9530996f9829 [Consulta: 24.07.2018].

²² Art. 318 de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Boletín Oficial del Estado núm. 234, de 30 de septiembre de 2003, pp. 35398 a 35404. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18088> [Consulta: 06.08.2018]. «1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde,

de personas tal y como aparece definido en el Protocolo de Palermo, ya que el ánimo de lucro, como elemento subjetivo caracterizador de este tipo de conductas, aparece tipificado como una circunstancia cualificadora de un subtipo agravado en el 318 bis.3 CP.

Por otro lado, tampoco aparece definido con claridad el delito de trata de seres humanos. El artículo 318 bis.2 tipifica un subtipo agravado común del tráfico ilegal de personas y de la inmigración clandestina, sin que aparezcan en él los medios comisivos típicos del delito de trata de seres humanos, que son trasladados a otro subtipo cualificado, el 318 bis.3.

Para intentar solucionar este gran problema es aprobada en el año 2010 la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del

en tránsito o con destino a España, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a 10 años de prisión.

3. Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior.

4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos previéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase 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.

En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada».

Código Penal²³. En ella se agrega un nuevo Título VII bis que pretende tipificar el delito de trata de seres humanos tal y como exigen los convenios internacionales que el Gobierno de España ha firmado y ratificado. Así, del artículo 177 bis CP podemos extraer la siguiente definición: sería «*reto de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:*

- a) *La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.*
- b) *La explotación sexual, incluida la pornografía.*
- c) *La extracción de sus órganos corporales.*

Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se lleve a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo».

Por lo que hemos visto en este capítulo, ha sido difícil por parte de la comunidad internacional el establecimiento de una definición que recoja todas las características que engloba la trata de seres humanos, pero parece que por fin se han puesto de acuerdo y se ha conseguido. Y lo que aún es más importante, ya aparece recogida en nuestra legislación

²³ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado núm. 152, de 23 de junio de 2010, pp. 54811 a 54883. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953> [Consulta: 06.08.2018].

interna como acabamos de ver en el párrafo anterior.

3. LAS AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES

De acuerdo con la normativa española de extranjería, los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia y residencia²⁴. La situación de estancia es la permanencia en España por un período no superior a 90 días, sin perjuicio de lo regulado por el régimen de admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado. Transcurrido este tiempo, para permanecer en territorio español es necesario obtener una prórroga de estancia o un permiso de residencia²⁵. Son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir, pudiéndose encontrar en la situación de residencia temporal o residencia de larga duración²⁶.

La residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a cinco años. Las autorizaciones de duración inferior a cinco años podrán renovarse, a petición del interesado, atendiendo a las circunstancias que motivaron su concesión²⁷.

En el caso que nos ocupa y en atención a las circunstancias excepcionales que concurren, se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España en los supuestos de arraigo, protección internacional, razones humanitarias

²⁴ 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 núm. 10, de 12.01.2000, pp. 1139 a 1150. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544&ttn=1&tp=20170628&tacc=Elegir> [Consulta: 10.04.2018], art. 29.

²⁵ *Ibid.*, art. 30.

²⁶ *Ibid.*, art. 30 bis.

²⁷ *Ibid.*, art. 31 y 31 bis.

rias, colaboración con autoridades públicas o razones de seguridad nacional o interés público, a mujeres víctimas de violencia de género y a extranjeros víctimas de trata de seres humanos²⁸.

Veamos los orígenes de esta figura. El artículo 53 del Reglamento de ejecución de la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, aprobado por RD 155/1996, de 2 de febrero²⁹, estableció el régimen de un nuevo tipo de permiso de residencia, el denominado permiso de residencia por circunstancias excepcionales, con el objeto de dar cobertura a aquellos ciudadanos extranjeros desplazados, a aquellos protegidos por la Ley de Asilo y a las personas en las que concurran otras razones humanitarias, distintas de las anteriores, de interés nacional o de seguridad nacional.

Debido a la necesidad urgente que existía, tras la aprobación de este RD 155/1996, de 2 de febrero, de clarificar la documentación que debía concederse a los sujetos recogidos en el párrafo precedente, se dictaron la Circular 3/1996, de 5 de junio, de la Dirección General de Política Interior, sobre permisos de residen-

cia por circunstancias excepcionales, y la Instrucción de 5 de junio de la Dirección General de Trabajo y Migraciones.

Con posterioridad, un año más tarde se aprueba una disposición de carácter general para regular este tipo de autorizaciones de residencia, la Orden de 19 de noviembre de 1997 por la que se concreta el régimen de los permisos de residencia de extranjeros en España, por circunstancias excepcionales. En ella concreta su ámbito de aplicación. Así, se consideraba en aquel entonces que eran merecedores de un permiso de residencia por circunstancias excepcionales «las personas consideradas como desplazadas, según establece el apartado 1 de la disposición adicional primera del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero; aquellas personas a las que, habiéndoles sido denegada o inadmitida a trámite su solicitud de asilo, el Ministro del Interior haya autorizado su permanencia en España a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, al concurrir alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo; las personas en las que concurran razones humanitarias, en particular haber sido víctimas de conductas tipificadas como delitos racistas o xenófobas, o de interés nacional, las cuales justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en nuestro país; y las personas en las que concurran razones de seguridad nacional, las cuales justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en nuestro país»³⁰.

La renovación del permiso de residencia por circunstancias excepcionales, al amparo de esta legislación ya derogada, tendría un carácter anual durante los tres primeros años, pudiéndose conceder, pasado este plazo, un permiso de residencia ordinario, válido por

²⁸ *Op. cit.*, art. 29.

²⁹ Artículo 53 Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero. Permiso de residencia por circunstancias excepcionales. «1. Podrá otorgarse un permiso de residencia por circunstancias excepcionales en los supuestos previstos en la disposición adicional primera del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, así como cuando concurran razones humanitarias, en particular haber sido víctima de conductas, tipificadas como delitos, racistas o xenófobas, de interés nacional o de seguridad nacional que así lo justifiquen. 2. La validez del permiso de residencia por circunstancias excepcionales será de un año, prorrogable por períodos de idéntica duración los tres primeros años, pudiendo prorrogarse por períodos más amplios posteriormente. 3. La concesión y renovación de estos permisos no está sujeta a los requisitos previstos en los artículos 56 y 59». (Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, Boletín Oficial del Estado núm. 47, de 23 de febrero de 1996, pp. 6949 a 6977. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1996-4138> [Consulta: 12.11.2018]).

³⁰ Art. 1 de la Orden de 19 de noviembre de 1997 por la que se concreta el régimen de los permisos de residencia de extranjeros en España, por circunstancias excepcionales, Boletín Oficial del Estado núm. 280, de 22 de noviembre de 1997, pp. 34372 a 34375. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1997-24937> [Consulta: 12.11.2018].

tres años. Al término de la vigencia de éste se podrá conceder un permiso de residencia permanente.

Pues bien, este fue el origen de la vigente autorización de residencia por circunstancias excepcionales, a la que en la actualidad se le han sumado supuestos que entiende el legislador que deben ser protegidos, como son el caso objeto de estudio, las víctimas de trata de seres humanos, la violencia de género y los diferentes supuestos de arraigo, tanto familiar, como social o laboral.

4. LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA Y TRABAJO POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES A EXTRANJEROS VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS

Art. 59 bis. LO 4/2000. «Las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para la identificación de las víctimas de la trata de personas conforme a lo previsto en el artículo 10 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005.

Los órganos administrativos competentes, cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, informarán a la persona interesada sobre las previsiones del artículo 59 bis de la LO 4/2000 y elevarán a la autoridad competente para su resolución la oportuna propuesta sobre la concesión de un período de restablecimiento y reflexión, de acuerdo con el procedimiento previsto reglamentariamente.

Dicho período de restablecimiento y reflexión tendrá una duración de, al menos, noventa días, y deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Tanto durante la fase de identificación de las víctimas, como durante el período de restablecimiento y reflexión, no se incoará un expediente

sancionador por infracción del artículo 53.1.a) y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiere incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas. Asimismo, durante el período de restablecimiento y reflexión, se le autorizará la estancia temporal y las administraciones competentes velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la víctima y de sus hijos menores de edad o con discapacidad, que se encuentren en España en el momento de la identificación, a quienes se harán extensivas las previsiones del apartado 4 del presente artículo en relación con el retorno asistido o la autorización de residencia, y en su caso trabajo, si fueren mayores de 16 años, por circunstancias excepcionales. Finalizado el período de reflexión las administraciones públicas competentes realizarán una evaluación de la situación personal de la víctima a efectos de determinar una posible ampliación del citado período.

Con carácter extraordinario la Administración Pública competente velará por la seguridad y protección de aquellas otras personas, que se encuentren en España, con las que la víctima tenga vínculos familiares o de cualquier otra naturaleza, cuando se acredite que la situación de desprotección en que quedarían frente a los presuntos traficantes constituye un obstáculo insuperable para que la víctima acceda a cooperar.

El período de restablecimiento y reflexión podrá denegarse o ser revocado por motivos de orden público o cuando se tenga conocimiento de que la condición de víctima se ha invocado de forma indebida. La denegación o revocación deberán estar motivadas y podrán ser recurridas según lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actual Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

La autoridad competente podrá declarar a la víctima exenta de responsabilidad admi-

nistrativa y podrá facilitarle, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, o en atención a su situación personal, y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley. Asimismo, en tanto se resuelva el procedimiento de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, se le podrá facilitar una autorización provisional de residencia y trabajo en los términos que se determinen reglamentariamente.

En la tramitación de las autorizaciones referidas en el párrafo anterior se podrá eximir de la aportación de aquellos documentos cuya obtención suponga un riesgo para la víctima.

Las previsiones del presente artículo serán igualmente de aplicación a personas extranjeras menores de edad, debiendo tenerse en cuenta la edad y madurez de éstas y, en todo caso, la prevalencia del interés superior del menor»³¹.

He querido comenzar este epígrafe plasmando las directrices recogidas en el artículo 59 bis. de la LO 4/2000, en torno a aquellas medidas que se deben llevar a cabo para garantizar la protección de ciudadanos extranjeros víctimas de trata de seres humanos recogidas en la vigente Ley de Extranjería. Este artículo, introducido por la reforma acaecida en el año 2009 mediante la LO 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, establece una regulación específica, recogiendo las directrices emanadas de la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativas a la expedición de permisos de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de

ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, así como las obligaciones que adquirimos con la ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (Convenio núm. 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005³².

La Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo regula la necesidad de adoptar por parte de los Estados miembros de las medidas necesarias para garantizar la asistencia y el apoyo a las víctimas antes, durante y por un período de tiempo adecuado después de la conclusión del proceso penal, sin que tales medidas se supediten a la voluntad de esta de cooperar en la investigación penal, la instrucción o el juicio. Las medidas de asistencia y apoyo deberán proporcionar a la víctima un nivel de vida capaz de asegurar su subsistencia mediante medidas tales como la prestación de un alojamiento apropiado y seguro, la asistencia material, el tratamiento médico necesario, incluida la asistencia psicológica, asesoramiento e información y servicios de traducción e interpretación, en su caso³³. Sin embargo, si no se han

³² Instrucción 1/2010, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre aplicación transitoria, a las víctimas de la trata de seres humanos, del artículo 59 bis. de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Disponible en: https://www.policia.es/actualidad/pdf/nota_1_2010.pdf [Consulta: 18.04.2018]. *Vid.* Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. Diario Oficial de la Unión Europea L 261, de 6 de agosto de 2004, pp. 19 a 23. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32004L0081> [Consulta: 20.04.2018].

³³ Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea L 101, de 15 de abril de 2011, pp. 1 a 11. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu>.

³¹ LO 4/2000, art. 59 bis.

contemplado procedimientos contra los traficantes o la víctima no ha cooperado en ninguna investigación, no existe una exigencia clara de que un Estado miembro de la UE conceda un permiso de residencia³⁴.

Por lo que respecta a la regulación establecida en el *ius puniendi* del Estado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 177 bis del Código Penal se considera trata de seres humanos la captación, el transporte, traslado, acogida, recepción o el alojamiento de sujetos, cuando se emplee violencia, intimidación o engaño, o se abuse de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de una víctima, ya sea nacional o extranjera con la finalidad de imponerle trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares, la servidumbre o la mendicidad; la explotación sexual, incluida la pornografía o la extracción de sus órganos corporales.

Para el Protocolo Marco de Protección de las víctimas de trata de seres humanos el consentimiento de la propia víctima será irrelevante. Asimismo, se entenderá por víctima de trata de seres humanos cualquier persona en la que existan indicios razonables de que haya

eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32011L0036 [Consulta: 30.05.2018].

³⁴ El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) obliga a los Estados a investigar sospechas de trata de seres humanos y a adoptar medidas para proteger a las víctimas o a víctimas potenciales, tal y como se desprende del artículo 4 mencionado Convenio (nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre ni constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio). En este sentido la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de enero de 2010, en el asunto Rantsev c. Chipre y Rusia, sostiene que Chipre no había cumplido las obligaciones positivas que le imponía en el artículo 4 del CEDH, declarando que ha habido violación del artículo 4 del Convenio sobre las obligaciones de las autoridades chipriotas de proteger de forma práctica y eficaz a la señorita Rantsev contra la trata y la explotación de personas en general y de tomar medidas concretas para protegerla y que ha habido violación del artículo 4 del Convenio sobre las obligaciones procesales de Rusia de investigar la presunta trata y explotación de personas. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng%22languageisocode%22:\[%22SPA%22\],%22appno%22:\[%2225965/04%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-139059%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng%22languageisocode%22:[%22SPA%22],%22appno%22:[%2225965/04%22],%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-139059%22]}) [Consulta: 31.05.2018].

sido objeto de la conducta relatada en el párrafo anterior, aun cuando la explotación no se haya consumado y con independencia de que haya denuncia por parte de la víctima³⁵.

La mayoría de la detección de posibles víctimas de trata se produce por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, aunque también pueden producirse como consecuencia de una inspección de trabajo, cuando entre en el país, o bien cuando entra en contacto con una organización pública o privada.

Cuando los cuerpos de policía encargados de una investigación de trata de seres humanos o de control de la inmigración tuvieren conocimiento de la existencia de una víctima lo pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal y deberán procurar que ésta sea asistida y protegida inmediatamente. Para ello, las Unidades de Extranjería competentes, con formación específica en la prevención y lucha contra la trata y en la identificación y asistencia de las víctimas, mantendrán con ella una entrevista con el objeto de conocer su situación y determinar la existencia de indicios de su condición de víctima de trata.

En el supuesto de que la persona identificada como víctima sea extranjera y se encuentre en situación irregular, se le informará de la posibilidad de concederle una período de establecimiento y reflexión, momento en el que se le facilitarán los medios necesarios para su recuperación física, psicológica y emocional, de manera que pueda tomar una decisión de colaborar o no con las autoridades en la investigación y persecución de los autores del hecho delictivo. En el plazo más breve posible y en todo caso no superior a cuarenta y ocho horas y previa conformidad de la víctima, las Brigadas

³⁵ Acuerdo entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo e Inmigración, el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio Fiscal para la implantación del Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, de 28 de octubre de 2011. Disponible en: https://www.policia.es/trata/pdf/protocolo_marco_trata.pdf [Consulta: 21.04.2018].

de Extranjería que la hayan identificado realizarán propuesta motivada sobre la concesión de un período de restablecimiento y reflexión³⁶. Si la propuesta es favorable, concretarán su duración, que será de, al menos, noventa días, plazo que deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal³⁷.

La documentación que acompañará esta propuesta para su remisión a la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente deberá contener:

1. Copia de toda la documentación obrante en el expediente, en especial la aportada por organizaciones o entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata de seres humanos.
2. Información sobre las manifestaciones realizadas por la víctima.
3. Información sobre la situación administrativa de la víctima en España.
4. Información sobre las circunstancias personales de la víctima.
5. Cualquier información relevante para la resolución.

Una vez examinada la propuesta por el Delegado o Subdelegado del Gobierno decidirá, en el plazo máximo de cinco días (transcurrido este plazo el período se entenderá concedido por la duración que figure en la propuesta)³⁸ y

³⁶ En este sentido el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos señala que las autoridades de los Estados que son parte del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos deben conceder a la presunta víctima un período de recuperación y reflexión durante el cual no puede ser expulsada. Continúa el artículo 10.2 afirmando que si las autoridades competentes tienen motivos razonables para creer que esa persona ha sido víctima de trata de seres humanos no podrá ser expulsada del país hasta que se haya determinado si ha sido víctima de un delito de trata de seres humanos.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Si la víctima se encontrase en un Centro de Internamiento de Extranjeros, la resolución deberá realizarse en un plazo de veinticuatro horas.

mediante resolución motivada, si procede o no la concesión del período de reflexión así como su duración. También acordará:

1. La suspensión temporal de los expedientes sancionadores sobre los que tenga competencia para resolver. Si la competencia la ostenta otra Delegación o Subdelegación del Gobierno, lo comunicará junto con la resolución concediendo el período de reflexión para que ésta acuerde la suspensión temporal del procedimiento sancionador.

2. La suspensión temporal de la ejecución de las órdenes de devolución o expulsión que ese órgano hubiera dictado. De constar una orden de expulsión dictada por otra Delegación o Subdelegación del Gobierno, lo comunicará a la misma, adjuntando la resolución de concesión del período de reflexión, para que esa Delegación o Subdelegación competente acuerde la suspensión temporal de la ejecución.

3. La puesta en libertad de la víctima si se encuentra en un Centro de Internamiento de Extranjeros.

El Delegado o Subdelegado del Gobierno podrá denegar o revocar el período de restablecimiento y reflexión por motivos de orden público o cuando la condición de víctima se hubiera invocado de forma indebida.

Una vez que ha concluido el período de restablecimiento y reflexión, la Unidad policial que identificó a la víctima contactará con ella para conocer su decisión de colaborar o no en la investigación del delito. En el supuesto de que decida colaborar, se comunicará al Ministerio Fiscal y al órgano judicial competente. Si lo que ha decidido es no colaborar, se le informará de la posibilidad de solicitar ante la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente, la exención de responsabilidad administrativa en atención a su situación personal.

En el caso de que la víctima manifieste la necesidad de contar con un plazo adicional, o la Unidad que la identificó así lo apreciara, se le ofrecerá la posibilidad de concederle una ampliación del plazo inicialmente concedido por una sola vez. Esta propuesta deberá ser remiti-

da a la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente para que resuelva sobre la concesión de la ampliación del período, teniendo en cuenta para resolver, la situación personal de la víctima y la información procedente de las entidades y organizaciones especializadas en la trata así como de la información proporcionada por las diferentes Administraciones Públicas.

En el supuesto de que la víctima desee colaborar finalmente la autoridad con la que la víctima estuviera colaborando en la investigación del delito podrá proponer al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente la exención de responsabilidad de la misma en relación con la infracción del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Por otra parte, el Delegado o Subdelegado del Gobierno podrá determinar de oficio dicha exención de responsabilidad en atención a la situación personal víctima.

Si el Delegado o Subdelegado del Gobierno determina la exención de responsabilidad, informará a la víctima de la posibilidad que tiene de presentar una solicitud de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, dirigida al titular de la Secretaría de Estado de Seguridad si la motivación reside en la colaboración de la víctima en la investigación del delito, o dirigida a la Secretaría General de Inmigración y Emigración en atención a su situación personal³⁹.

4.1. Procedimiento

El procedimiento que regula la solicitud de este tipo de autorización de residencia aparece regulado tanto en el artículo 59.bis de la LO 4/2000, de 11 de enero como en los artículos 140 a 146 del RD 557/2011, de 20 de abril.

El ciudadano extranjero víctima de trata de seres humanos podrá solicitar personal-

mente o a través de representante una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales para él, y en su caso, para sus hijos, ante la Delegación o Subdelegación del Gobierno que determinó la exención de responsabilidad.

El extranjero deberá adjuntar a la solicitud que cumplimentará en el modelo oficial EX-10, la copia del pasaporte completo, el documento de viaje o cédula de inscripción en vigor y, en su caso, el documento público por el que se otorgue la representación legal a favor de la persona física que formule la solicitud.

La tasa correspondiente se devengará por el solicitante en el momento de admisión a trámite de la solicitud de autorización de residencia y trabajo, y se deberá abonar en el plazo de diez días hábiles en el modelo 790, código 052, epígrafe 3, «autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales».

La Delegación o Subdelegación del Gobierno dará traslado inmediato de la solicitud a la Secretaría de Estado de Seguridad si la solicitud lo es por colaboración con autoridades policiales, fiscales o judiciales y a la Secretaría General de Inmigración y Emigración si lo es en atención a su situación personal, adjuntando informe sobre la situación administrativa y personal del extranjero sobre el sentido de la resolución.

La remisión de la solicitud de autorización de residencia y trabajo, en caso de incluir informe favorable a la concesión de ésta, supondrá la concesión de la autorización provisional de residencia y trabajo por el Delegado o Subdelegado del Gobierno, para lo cual no será necesario que el interesado presente una nueva solicitud. La autorización provisional implicará la posibilidad de trabajar, por cuenta ajena o por cuenta propia, en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial, y tendrá eficacia desde el momento de la notificación de su concesión y hasta que se dicte resolución sobre la solicitud de autorización realizada.

En el plazo de un mes desde su concesión, el titular de la autorización provisional habrá

³⁹ El art. 14.1 del CEDH señala que la autoridad competente puede expedir permisos de residencia renovables a las víctimas si cree que su presencia es necesaria por su situación personal o a los fines de las investigaciones penales.

de solicitar, personalmente y ante la Oficina de Extranjería o la Comisaría de Policía donde se haya tramitado la autorización, la Tarjeta de Identidad de Extranjero. Dicha tarjeta hará constar que su titular está autorizado a residir y trabajar en España, pero no su carácter provisional ni su condición de víctima de trata de seres humanos.

El ciudadano extranjero víctima de trata de seres humanos, se presentará en la Oficina o Comisaría de Policía correspondiente exhibiendo en el momento del trámite de huella su pasaporte, título de viaje o cédula de inscripción para acreditar su identidad. Asimismo deberá aportar el modelo oficial de solicitud de tarjeta de identidad de extranjero EX-17, el abono de la tasa correspondiente en el modelo 790, código 012, epígrafe 3.3 «TIE que documenta la autorización de residencia y trabajo de mujeres víctimas de la violencia de género y víctimas de trata de seres humanos» y tres fotografías recientes en color, con el fondo blanco, tamaño carnet.

La tarjeta de identidad de extranjero será renovable con carácter anual hasta que el Secretario de Estado de Seguridad o la Secretaría General de Inmigración y Emigración dicten resolución sobre la autorización definitiva, en atención a su colaboración o situación personal, respectivamente.

La resolución favorable, en su caso, de la autorización definitiva de residencia y trabajo tendrá una vigencia de cinco años e implicará la posibilidad de trabajar por cuenta ajena o propia en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial y exige la necesidad de tramitar, en un mes desde la concesión, una nueva Tarjeta de Identidad de Extranjero.

La resolución denegatoria, en su caso, de la autorización definitiva, supondrá la pérdida de vigencia de la autorización provisional que se hubiere podido conceder sin necesidad de pronunciamiento administrativo expreso. En este caso, la titularidad de la autorización provisional no podrá ser alegada de cara a la obtención de la condición de residente de larga duración.

4.2. Autorización de residencia y trabajo definitiva en atención a la colaboración de la víctima. Prueba anticipada, prueba preconstituida o certificación judicial

La resolución de la autorización de residencia y trabajo definitiva en atención a la colaboración de la víctima de trata de seres humanos, con autoridades policiales, fiscales o judiciales, plantea diversas dudas en cuanto al momento en el que deberá ser concedida. ¿Debemos entender que debe concluir el procedimiento judicial penal para resolver la autorización de residencia definitiva o por el contrario podemos conceder la autorización de residencia definitiva siempre que se hubiera producido prueba preconstituida o anticipada? ¿Sería suficiente una certificación judicial en la que refleje los extremos de la colaboración de la víctima durante la tramitación del proceso? Para dar respuesta a estas cuestiones debemos analizar la eficacia que tiene la declaración de la víctima de trata de seres humanos como prueba plena en sede judicial.

En primer lugar debemos estudiar la STS 220/2013⁴⁰, de 21 de marzo, la cual recoge la doctrina del Tribunal Constitucional que se refiere a la exclusiva validez a los efectos de enervar la presunción de inocencia de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, la cual admite determinadas excepciones. La STC 53/2013, de 28 de febrero⁴¹ recoge esta doctrina de la siguiente forma:

«a) No está de más recordar que, como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribu-

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 21.03.2013, número de recurso 837/2012, STS 1279/2013 – ES:TS:2013:1279.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 53/2013, de 28 de febrero. Boletín Oficial del Estado núm. 73, de 26 de marzo de 2013, ES:TC:2013:53.

nal que ha de dictar Sentencia; de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes (por todas, SSTC 182/1989, de 3 de noviembre, FJ 2; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2; 1/2006, de 16 de enero, FJ 4; 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3). Ahora bien, junto a ello, también hemos reiterado «que esa idea no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias judiciales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatarse en el acto de la vista y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción» (SSTC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; 1/2006, FJ 4; 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 b). En este sentido, ya desde la STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, nuestra doctrina ha admitido, también expresamente, que dicha regla general permite determinadas excepciones a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción.

En concreto, hemos condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos que hemos clasificado como: a) materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción; c) objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo⁴²; y

d) formales: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr.), o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral– (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; y 1/2006, de 16 de enero).

asegure «en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes», pero no establece para ello la necesidad de presencia del imputado. En todo caso la doctrina de esta Sala no estima que sea la ausencia del imputado invalidante de la prueba cuando estando presente su letrado tiene éste la oportunidad de intervenir en la práctica de la diligencia. En este sentido la Sentencia 1177/2005 de 19 de octubre señala que la omisión formal de la presencia del imputado, estando presente su letrado y el Ministerio Fiscal no produce indefensión cuando el testigo es un menor de edad pues no es imaginable que le permitieran a aquél hacerle preguntas de forma directa, tras la modificación del art. 448 con el añadido de su párrafo último, entendiéndose que para asegurar la contradicción exigida para la validez de la exploración como prueba anticipada es suficiente la presencia en el acto de los abogados de los acusados. Por su parte la Sentencia de 16 de enero de 2008 declara que «no hay razones objetivas que permitan afirmar que siempre y en todo caso, la ausencia del procesado, hallándose presente su Abogado defensor, implique la quiebra de esa contradicción. No existen argumentos que permitan avalar la tesis de que la presencia del procesado, como impone la corrección procesal, se convierta en un presupuesto de validez de la práctica de esa diligencia. No es eso –añade la Sentencia citada– lo que parece desprenderse por ejemplo del art. 777.2 de la LECr. que, en el ámbito del procedimiento abreviado, en los mismos supuestos, sin mención alguna a esa presencia, impone al Juez de Instrucción el deber de practicar inmediatamente la prueba asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes». Criterio que ya mantuvo esta Sala incluso antes de la reforma que introdujo la norma del actual art. 777.2 por Ley 38/2002 de 24 de octubre: así la Sentencia 263/1998 de 5 de octubre, con relación al art. 448 declaró que la no presencia del acusado mismo en el acto de los interrogatorios no es defecto procesal determinante de la nulidad cuando no se omiten los requisitos condicionantes del fin del acto procesal, ni se produce indefensión, si intervino el Abogado del imputado porque pudo preparar los interrogatorios escuchando previamente la versión de su patrocinado [...]».

⁴² En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 10.03.2009, número de recurso 10808/2008, STS 1804/2009 – ES:TS:2009:1804, cuando afirma que «[...] el art. 777 exige que en la prueba practicada en la fase instructora el Juez

ro, *FFJJ 3 y 4; 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 c.*

Como recuerda la citada STC 345/2006, *FJ 3*, en aplicación de esta doctrina hemos admitido expresamente en anteriores pronunciamientos «la legitimidad constitucional de las previsiones legales recogidas en los artículos 714 y 730 LECr, siempre que ‘el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios (STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 7), pues de esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECr.), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECr.), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción» (SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10, y 187/2003, de 27 de septiembre, FJ 4). De esta forma se posibilita que el contenido de la diligencia se someta a confrontación con las demás declaraciones de los intervenientes en el juicio oral.

En este contexto, «el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, § 41; 15 de junio de 1992, caso Lüdi, § 47; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, § 51). Como el Tribunal Europeo ha declarado (Sentencia de 27 de febrero de 2001, caso Lucà, § 40), los

derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario (STC 344/2006, FJ 4 d)».

En la STS 640/96, de 4 de octubre⁴³, decíamos que las diligencias practicadas en la instrucción no constituyen, en sí mismas, pruebas de cargo (SSTC 101/1985, 137/1988, 161/1.990 o SSTS Sala Segunda de 31 de Enero, 2 de Marzo o 15 de Junio de 1992), sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica no es propiamente la fijación definitiva de los hechos, sino la de preparar el juicio (art. 299 LECr.) proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y para la defensa. Pero esta doctrina no debe entenderse en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias instructoras, constituyendo también doctrina consolidada (SSTC 80/1986, 82/1988, 201/1989, 217/1989, 217/1989, 161/1990, 80/1991, 282/1994 y 328/1994 y de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de Junio y 6 de Noviembre de 1992, o 3 de Marzo de 1.993), que puede otorgarse valor probatorio a dichas diligencias sumariales siempre que se hayan practicado con todas las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen y que sean efectivamente reproducidas en el juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción».

En segundo lugar debemos considerar las similitudes y diferencias que podemos extraer de las definiciones recogidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo tanto de prueba anticipada como de prueba preconstituida. En este sentido, la STS 1804/2009, de 10 de

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 04.10.1996, número de recurso 357/1995, STS 5281/1996 – ES:TS:1996:5281.

marzo⁴⁴, señala que «cuando se dan razones de imposibilidad del testigo, la LECr. permite prescindir de su personal comparecencia en el propio Juicio Oral, sustituyéndola por otras soluciones. En ellas existen diferencias por su mayor o menor observancia de los principios que presiden la práctica de la prueba y especialmente del principio de inmediación ante el Tribunal juzgador:

A) Así sucede, salvándose plenamente la inmediación, con la llamada «prueba anticipada en sentido propio». Se admite en el Procedimiento Ordinario por el art. 657 apartado tercero, que al regular los escritos de conclusiones provisionales faculta a las partes para pedir que se practiquen «desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el Juicio Oral, o que pudieran motivar su suspensión». Norma que tiene en el Procedimiento Abreviado su correspondencia en los arts. 781-1 apartado tercero y 784-2, que permiten a la acusación y a la defensa, respectivamente, solicitar «la práctica anticipada de aquellas pruebas que no pueden llevarse a cabo durante las sesiones del Juicio Oral». En uno y otro procedimiento la excepcionalidad se limita a la anticipación de la práctica probatoria que se desarrolla en un momento anterior al comienzo del juicio oral. En lo demás se han de observar las reglas propias de la prueba, con sometimiento a los mismos principios de publicidad, contradicción e inmediación ante el Tribunal juzgador que prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada (art. 785-1º de la LECr.).

B) Un segundo supuesto muy diferente, porque ya supone un sacrificio de la inmediación, es el denominado por algunos como «prueba preconstituida». Su diferencia con la anticipada está en que en la preconstituida la práctica de la prueba no tiene lugar ante el Tribunal Juzgador sino ante el Juez de Instrucción, con lo cual la inmediación des-

aparece al menos como inmediación espacio temporal, y queda reducida a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje. A veces se le denomina prueba «anticipada en sentido impropio» para reservar el término de «preconstituida» a las diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio Oral por razón de su intrínseca naturaleza y cuya práctica –como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias –es forzosamente única e irrepetible. Se llame de una o de otra forma este supuesto es el de las pruebas testificales que ya en la fase sumarial se prevén como de reproducción imposible o difícil por razones que, aún ajena a la propia naturaleza de la prueba, sobrevienen en términos que permiten anticipar la imposibilidad de practicarla en el juicio Oral. Estos supuestos se dan en el procedimiento abreviado y en el ordinario: 1) En el abreviado se rigen por lo dispuesto en el art. 777 de la LECr. según el cual «cuando por razón de lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el Juicio Oral o pudiera motivar su suspensión, el Juez de instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes». Como es obvio que ante el Juez de Instrucción no se satisface debidamente la inmediación, el precepto busca garantizar al menos una inmediación de segundo grado o menor al exigir que esa diligencia ante el instructor se documente «en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, o bien– previendo quizás la secular falta de medios de la Justicia española– por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial con expresión de los intervenientes; 2) En el procedimiento ordinario los preceptos correspondientes se encuentran en el art. 448 y 449 de la LECr. cuyas exigencias son: a) en cuanto al presupuesto condicionante: que haya motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del Juicio Oral, o bien que el testigo al hacerle la prevención referida en el art. 446 acerca de

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 10.03.2009, número de recurso 10808/2008, STS 1804/2009 – ES:TS:2009:1804.

su obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, manifieste la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península; b) en cuanto al modo de practicarse: que se provea de Abogado al reo por su designación o de oficio para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo; que se le examine «a presencia del procesado» y de su Abogado defensor- salvo el supuesto del art. 449- y a presencia del Fiscal y del querellante si quisieran asistir al acto, permitiéndoles las preguntas convenientes; y que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada por los asistentes; c) en cuánto a su introducción en el Juicio Oral: que en el acto de la vista se proceda a la lectura de esta diligencia de prueba, preconstituida o anticipada; exigencia que, sin estar expresada en el art. 448, es de cumplimiento necesario por elemental observancia de los principios de inmediación, publicidad, y contradicción. Así lo evidencia además que lo exija el art. 777 en el Procedimiento Abreviado, sin que tenga justificación alguna prescindir de lo mismo en el ordinario, cuando está referido a delitos de mayor gravedad; y d) que además la imposibilidad anticipadamente prevista durante el sumario para comparecer al Juicio Oral, legitimante de su práctica anticipada ante el Juez de Instrucción, subsista después, puesto que si por cualquier razón desapareciera luego la imposibilidad de acudir al Juicio Oral, no puede prescindirse del testimonio directo en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada al amparo del art. 448 de la LECr. [...].

En tercer lugar, la STS 53/2014, de 4 de febrero⁴⁵, por su parte, ya analiza el caso

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 04.02.2014, número de recurso 10576/2013, STS 487/2014 – ES: TS:2014:487. La STS 1553/2016, de 5 de abril, otorga pleno valor a la prueba realizada anticipadamente en los casos de trata de seres humanos cuando afirma que «No puede atribuirse a mala práctica o negligencia del Juzgado instructor o del Tribunal sentenciador el que no se haya podido interrogar a las hermanas Marcu con efectiva contradicción de las defensas de todos los imputados, al contrario el Juez instructor, como consta a los folios 65 y 67

concreto de la declaración como prueba preconstituida de una víctima de trata de seres humanos. Así, afirma sin ningún género de dudas que «la declaración de la víctima, prestada a través de prueba preconstituida, constituye en el caso actual una prueba contundente».

«En el caso actual concurren todos los requisitos necesarios para la validez probatoria de la prueba preconstituida, consistente en la declaración de la víctima.

Concurre el requisito material, dada la imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral de la declaración de la testigo, al encontrarse en ignorado paradero, tratándose de una ciudadana extranjera que había abandonado el territorio español, no siendo posible su localización. Consta en las actuaciones que la testigo se marchó a su país de origen con fecha 23 de noviembre de 2012, con billete de retorno para el 10 de diciembre de 2012, pero no regresó, resultando fallidas todas las gestiones realizadas para averiguar su paradero y ponerse en contacto con ella, por lo que no resultó posible obtener su comparecencia al juicio señalado para el 24 de enero de 2013. Constituye una norma de experiencia que en los delitos de trata de seres humanos la presión sobre los testigos-victima sometidos a la trata y explotación, es muy intensa, por lo que el recurso a la prueba preconstituida debe ser habitual ante la muy probable incidencia de su desaparición, huida al extranjero e in-

realizó como prueba anticipada, con intervención de la defensa de quien en ese momento era la única imputada, una prueba anticipada de conformidad con el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, declaraciones que, ante la incomparecencia de las dos hermanas al acto del juicio oral, se introdujeron en el plenario por la vía del artículo 730 de la misma ley procesal, al estar dichas testigos en ignorado paradero, después de haberse agotado las diligencias de averiguación y localización de las dos hermanas.

Como se han dejado antes expresado, han existido otras pruebas, al margen de las declaraciones de las dos hermanas, que acreditan la conducta delictiva del ahora recurrente y que viene a completar y corroborar la declaración de las dos hermanas, introducidas mediante su lectura en el juicio oral».

comparecencia al juicio oral, motivada ordinariamente por el temor a las eventuales consecuencias de una declaración contra sus victimarios.

Concurre el requisito subjetivo, pues la declaración a la que se dio lectura fue prestada en el sumario, en presencia y con intervención del Juez de Instrucción, como consta en los folios correspondientes de las actuaciones.

Concurre el requisito objetivo, pues consta que en la declaración sumarial estuvieron presentes los abogados de los imputados, garantizándose la posibilidad de contradicción y el derecho fundamental a la asistencia letrada de los imputados, a fin de que pueda interrogar al testigo. Por ello la incomparecencia al juicio no causó indefensión alguna a los acusados, pues en ese momento anterior, con todas las garantías, tuvieron la oportunidad de someter la declaración a contradicción, planteando las preguntas que tuvieron por conveniente. Tampoco el hecho de que en la prueba preconstituida se hubiesen limitado las preguntas relativas al procedimiento anterior seguido en Italia contra Serafina, ha podido ocasionar indefensión alguna, pues los detalles de dicho procedimiento anterior son irrelevantes para el enjuiciamiento del hecho objeto de acusación y condena en esta causa. El hecho objeto de enjuiciamiento se inicia y se consuma con posterioridad, cuando se convence a la menor para trasladarse a España, se le proporciona documentación falsa para ello, se la acompaña en el propio autobús, y se la recibe, acoge y aloja en Barcelona, dedicándola a la prostitución, hechos debidamente acreditados, en los que no ejercen una influencia determinante para la subsunción los hechos antecedentes ocurridos en Italia.

Y concurre el requisito formal, pues se procedió formalmente en el juicio a la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo previsto en el art. 730 LECr, y según consta debidamente documentado en el acta del juicio.

En consecuencia, la garantía y certeza del testimonio, proviene de haberse realizado a presencia del Juez de Instrucción y bajo la fe pública del Secretario judicial. La contradicción y el derecho de defensa se han garantizado mediante la intervención de los letrados en la declaración sumarial y asimismo a través de la lectura de la declaración en el acto del juicio, con posibilidad de la defensa de cuestionar su contenido en relación con el conjunto de las pruebas practicadas en el propio juicio.

Cumpliéndose los requisitos de validez de la prueba de cargo, es el Tribunal sentenciador el que debe valorar su credibilidad, atendiendo a la coherencia interna y externa de la declaración, a los elementos periféricos que puedan reforzarla y al contraste con el resto de las pruebas practicadas. Y, en el caso enjuiciado, puede afirmarse que difícilmente pueden concurrir en una declaración más elementos periféricos de corroboración, pues todos los datos fácticos de la denuncia han sido constatados por otras vías, y, en sus rasgos esenciales, incluso admitidos por los acusados, como se ha razonado al analizar el motivo casacional por presunción de inocencia».

Analizando la jurisprudencia recogida en los párrafos precedentes podemos concluir que en los casos de pruebas preconstituidas y anticipadas se deben cumplir una serie de requisitos para que esa prueba sea válida, garantizando eso sí, en todo caso el principio de contradicción entre las partes, como principio fundamental del proceso en nuestro país. Así, el sr. Jaén Vallejo, letrado del Tribunal Supremo, afirma a este respecto que «la prueba preconstituida (preexistente al proceso), que tiene más bien su ámbito natural en el proceso civil, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional desde sus primeros pronunciamientos sobre las pruebas de alcoholémia, aunque exigiéndose la ratificación de los agentes en el juicio. En realidad, esta llamada 'prueba preconstituida' no alcanza su efectividad hasta que se produce esta última circunstancia, que evidentemente faci-

lita la contradicción en el juicio oral, luego, en realidad, es este acto cuando culmina su producción, no siendo, pues, muy afortunado, el término de ‘prueba preconstituida’. A mi juicio, la única excepción a la regla general de la práctica de la prueba en el juicio oral está representada por las hipótesis de prueba anticipada, reguladas muy restrictivamente en la ley, y en las que también se debe garantizar la contradicción, primero en su ejecución, permitiendo a la defensa su comparecencia durante el interrogatorio, para que pueda preguntar al testigo, y, más tarde, en el juicio oral, cuando se proceda a su lectura, permitiendo a la defensa la posibilidad de confrontar su contenido con las otras declaraciones testificiales en el juicio oral»⁴⁶.

Debido a las especiales circunstancias que giran en torno a las víctimas de trata de seres humanos, podemos afirmar que de cara a la obtención de la autorización de residencia y trabajo definitiva por circunstancias excepcionales como víctima de trata de seres humanos, sería suficiente valorar que la víctima ha colaborado cuando fue requerida para ello, tanto con las autoridades policiales encargadas de la investigación del caso como con las autoridades fiscal y judicial en el proceso penal instruido con motivo de aquella.

5. LA FIGURA DEL INTERLOCUTOR SOCIAL

El Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos de 28 de octubre de 2011 establece las bases de coordinación y actuación entre los Ministerios de Justicia, Interior, Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo del Poder Judicial y recoge el ámbito y forma de participación de las organizaciones no guber-

namentales, fundaciones u otras asociaciones de carácter no lucrativo que, por su objeto, están especializadas en los programas desarrollados por las administraciones públicas para la asistencia y protección de las víctimas de trata de seres humanos⁴⁷.

No es hasta el año 2016 cuando se aprueba la Instrucción 6/2016, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra la trata de seres humanos y en la colaboración con las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas. Esta Instrucción incide en la necesidad de incluir a las organizaciones y entidades especializadas de la sociedad civil en los procesos de detección e identificación de las víctimas de trata de seres humanos, tal y como lo expresa el Defensor del Pueblo en su Informe publicado en 2012 «La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles» (Recomendación «d», a la Secretaría de Estado de Seguridad), el Grupo de Expertos para la lucha contra la trata de seres humanos (GRETA) en la recomendación 19 de su informe sobre España del año 2013 y la Subcomisión en el Congreso para el Análisis y el Estudio de la trata de seres humanos en su informe de julio de 2015 (Recomendación 4.5 párrafo 7)⁴⁸.

De este modo se establece la figura del «Interlocutor Social en la Trata de Seres Humanos». Las Direcciones Generales de la Policía y de la Guardia Civil nombrarán a un «Interlocutor Social a nivel nacional en la lucha contra la Trata de Seres Humanos», quien llevará a cabo la cooperación y coordinación de los distintos «Interlocutores Sociales Territoriales», garantizando la difusión de toda la información relativa a la trata de seres humanos.

⁴⁶ JAEN VALLEJO, M. «Los principios de la prueba en el proceso penal español», vLex-104917, 2018. Disponible en: <http://vlex.com/vid/principios-prueba-proceso-penal-104917> [Consulta: 13.09.2018].

⁴⁷ Instrucción 6/2016, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra la trata de seres humanos y en la colaboración con las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas. Disponible en: <http://www.adoratrius.cat/wp-content/uploads/2016/06/INSTRUCCION-6-2016-sobre-actuaciones-FCS-en-lucha-contra-TSH.pdf> [Consulta: 17.04.2018].

⁴⁸ *Ibid.*

Los Interlocutores Sociales Territoriales en la lucha contra la Trata de Seres Humanos, serán expertos designados por las diferentes Unidades de las Direcciones Generales de la Policía y de la Guardia Civil, con el objeto de asumir la responsabilidad de la coordinación, cooperación y desarrollo de las actuaciones relacionadas con los delitos vinculados a la trata de seres humanos. Asimismo, serán el punto de contacto permanente con las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata, para fomentar la colaboración con las mismas, garantizar el intercambio mutuo de información, tendencias, estadísticas y promover los protocolos de coordinación que resulten necesarios para la asistencia a las víctimas y el apoyo policial especializado en la materia.

A través de los interlocutores sociales establecidos y, tan pronto como se detecte que un sujeto pueda ser potencial víctima de trata, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado solicitarán el apoyo de las entidades especializadas, a fin de que ésta pueda recibir información sobre sus derechos y de las posibilidades asistenciales, entre las que se encuentran la posibilidad de solicitar una autorización de residencia y trabajo para residir en nuestro país, para aquellas personas extranjeras que se encuentren en situación irregular.

Por lo tanto, la figura del Interlocutor Social se convierte en un pilar fundamental para la protección de las víctimas de trata de seres humanos. Deberá asesorar a la víctima de trata de seres humanos en sus derechos y prestar apoyo en colaboración con las organizaciones no gubernamentales especializadas en la materia, de cara a la tramitación de la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, con el objeto de su completa inserción e integración en nuestro país.

En caso de que exista un proceso penal abierto para la persecución del delito, cuando las entidades especializadas tengan conocimiento o sospecha de que la víctima pueda abandonar el recurso asistencial o hallarse en situación de riesgo procedente de la actuación

del o los tratantes, lo comunicarán por el medio más rápido y eficaz al Interlocutor Social, quien lo pondrá en conocimiento del Fiscal Delegado de Extranjería provincial y de la autoridad judicial.

6. CONCLUSIONES

Con el presente artículo de investigación se ha intentado contribuir de manera significativa, a intentar identificar y resaltar aquellos contenidos que aparecen recogidos en nuestro ordenamiento jurídico así como aquella jurisprudencia emanada recientemente del Tribunal Supremo en relación con las concepciones de autorización de residencia y trabajo a víctimas de trata de seres humanos.

En concreto, se ha tratado de arrojar luz a la problemática de la concesión de las respectivas autorizaciones de residencia y trabajo a víctimas de trata de seres humanos, tanto desde una óptica jurídica, analizando sus carencias y virtudes, como desde una óptica puramente narrativa, con el objeto de acercar al lector este tipo de derecho del que disfrutan las víctimas de trata de seres humanos que opten por residir legalmente en nuestro país.

Por lo que respecta a la legislación que regula el ámbito de la extranjería en la actualidad, si bien es cierto que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, es del año 2000 y su Reglamento de desarrollo, 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 su reforma por Ley Orgánica 2/2009, del año 2011, en su regulación se articulan diferentes mecanismos para regularizar a las víctimas de trata de seres humanos, tanto en atención a la colaboración que la víctima efectúe con las autoridades judiciales, fiscales o policiales en la averiguación y esclarecimiento del hecho delictivo, como en atención a su situación personal.

Me gustaría señalar que tanto el legislador español como el comunitario, establecen una serie de normas de carácter protector con el objeto de intentar paliar los efectos negativos, tanto físicos como psicológicos, que sufren aquellas personas que son víctimas de trata de seres humanos.

A la luz de las sentencias emitidas por el Alto Tribunal español y analizadas a lo largo de este artículo, las víctimas de trata deben gozar de una protección total y se les garantizará su residencia legal en nuestro país con el fin de lograr que sus vidas gocen de una prosperidad futura.

Para concluir, tenemos que reconocer que todavía queda mucho por hacer en esta materia pero el camino está iniciado y los resultados que se han producido hasta el día de la fecha son buenos, aunque siempre mejorables.

BIBLIOGRAFÍA

Monografías y artículos científicos

AZPARREN JOVER, E. *Las situaciones de los extranjeros en España*, Pamplona: DAPP, 2010.

CHAUMONT, J. M. *Le mythe de la traite des blanches. Enquête sur la fabrication d'un fléau*, París: La Découverte, 2009.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, vol. 30 de informes, estudios y documentos, Madrid: Defensor del Pueblo, 2012.

FERNÁNDEZ VILLARINO, R. «El alterne y la prostitución. La legítima asociación de sus protagonistas y los efectos de su consideración laboral», Temas Laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social, nº 74/2004, pp. 235-248, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales: 2004.

GARCÍA CASTAÑO, F. J. y KRESSOVA, N. (coords.) *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Granada: Instituto de Migraciones de la Universidad de Granada, 2012.

GÓMEZ-FERRER, R. J.; ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOLL CARULLA, S. *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Valladolid: Lex Nova, 2010.

HURTADO, M. e IRANZO, A. (ed.) *Miradas críticas sobre la trata de seres humanos. Diálogos académicos en construcción*, Bogotá: Ed. Uniandes, 2015.

JAEN VALLEJO, M. «Los principios de la prueba en el proceso penal español», vLex-104917, 2018. Disponible en: <http://vlex.com/vid/principios-prueba-proceso-penal-104917> [Consulta: 13.09.2018].

MAQUEDA ABREU, M. L. *El tráfico sexual de personas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

MONTALBÁN HUERTAS, I. «Trata sexual de mujeres: nuevas claves para el derecho de asilo». Disponible en línea:

<http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/FOR-MACI%C3%93N%20CONTINUA/PLAN%20ESTATAL/MATERIALES%20DOCENTES/FICHERO/CU17083%2001%20Montalban%20Huertas%20I.pdf> [Consulta: 06.09.2018].

NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Los Derechos Humanos y la Trata de Personas*, Folleto Informativo nº 36, Nueva York y Ginebra: Publicación de las Naciones Unidas, 2014. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_sp.pdf [Consulta: 07.08.2018].

- *Principios y Directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas*, Nueva York y Ginebra: Publicación de las Naciones Unidas, 2010. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_sp.pdf [Consulta: 03.12.2018].

ORTEGA MARTÍN, E. *Manual práctico de derecho de extranjería*, Madrid: La Ley, 2010.

RAMOS QUINTANA, M. I. *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Valladolid: Lex Nova, 2007.

SAGARRA TRIAS, E. *La legislación sobre extranjería e inmigración. Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Barcelona: Publicacions de la Universitat de Barcelona, 2002.

Legislación e informes

Instrucción 6/2016, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra la trata de seres humanos y en la colaboración con las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas. Disponible en: <http://www.adoratrius.cat/wp-content/uploads/2016/06/IES-6-2016-sobre-actuaciones-FCS-en-lucha-contra-TSH.pdf> [Consulta: 17.04.2018].

España. Defensor del Pueblo, *La Trata de Seres Humanos en España: víctimas invisibles*, Madrid: Defensor del Pueblo, 2012. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2012-09-Trata-de-seres-humanos-en-Espa%C3%B1a-v%C3%ADctimas-invisibles-ESP.pdf> [Consulta: 08.08.2018].

Acuerdo entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo e Inmigración, el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio Fiscal para la implantación del Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, de 28 de octubre de 2011. Disponible en: https://www.policia.es/trata/pdf/protocolo_marco_trata.pdf [Consulta: 21.04.2018].

Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_05.pdf?idFile=f899b5a5-3799-4389-a0c7-9530996f9829 [Consulta: 24.07.2018].

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 su reforma por Ley Orgánica 2/2009, Boletín Oficial del Estado núm. 103, de 30.04.2011, pp. 43821 a 44006. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-7703&tn=1&p=20151109&acc=Elegir> [Consulta: 10.04.2018].

Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea L 101, de 15 de abril de 2011, pp. 1 a 11. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32011L0036> [Consulta: 30.05.2018].

Instrucción 1/2010, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre aplicación transitoria, a las víctimas de la trata de seres humanos, del artículo 59 bis. de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Disponible en: https://www.policia.es/actualidad/pdf/nota_1_2010.pdf [Consulta: 18.04.2018].

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado núm. 152, de 23 de junio de 2010, pp. 54811 a 54883. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953> [Consulta: 06.08.2018].

Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Boletín Oficial del Estado núm. 219, de 10 de septiembre de 2009, pp. 76453 a 76471. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-14405> [Consulta: 20.04.2018].

Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. Diario Oficial de la Unión Europea L 261, de 6 de agosto de 2004, pp. 19 a 23. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32004L0081> [Consulta: 20.04.2018].

Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, Boletín Oficial del Estado núm. 16, de 23 de enero de 2004, pp. 44 a 53. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-80112> [Consulta: 11.12.2018].

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Boletín Oficial del Estado núm. 234, de 30 de septiembre de 2003, pp. 35398 a 35404. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18088> [Consulta: 06.08.2018].

Decisión 2001/87/CE del Consejo, de 8 de diciembre de 2000, referente a la firma del Convenio de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y de los Protocolos adjuntos sobre la lucha contra la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y contra el tráfico de emigrantes por tierra, aire y mar, en nombre de la Comunidad Europea. Diario Oficial de la Unión Europea L 030, de 1 de febrero de 2001, p. 44. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/AL/?uri=CELEX:32001D0087> [Consulta: 11.11.2018].

Convenio Europeo de Derechos Humanos, modificado por los Protocolos nos. 11 y 14 y completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nos. 4, 6, 7, 12 y 13. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf [Consulta: 29.05.2018].

Resolución 55/25 de la Asamblea General «Convenio de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional» A/RES/55/25 (15 de noviembre de 2000). Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525s.pdf [Consulta: 24.07.2018].

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 núm. 10, de 12.01.2000, pp. 1139 a 1150. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-544&tn=1&p=20170628&acc=Elegir> [Consulta: 10.04.2018].

Orden de 19 de noviembre de 1997 por la que se concreta el régimen de los permisos de residencia de extranjeros en España, por circunstancias excepcionales, Boletín Oficial del Estado núm. 280, de 22 de noviembre de 1997, pp. 34372 a 34375. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1997-24937> [Consulta: 12.11.2018].

Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, Boletín Oficial del Estado núm. 47, de 23 de febrero de 1996, pp. 6949 a 6977. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1996-4138> [Consulta: 12.11.2018].

Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, Boletín Oficial del Estado núm. 158, de 3 de julio de 1985, pp. 20824 a 20829. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-12767> [Consulta: 11.11.2018].

RESUMEN

El punto de partida de la investigación que ha dado origen al presente artículo, fue la detección de un problema jurídico concreto que surgió en su día con la práctica profesional, y que guarda relación con la concesión de las autorizaciones de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales para víctimas de trata de seres humanos. En concreto, con la elaboración de trabajo se pretende desentrañar la dificultad surgida acerca del momento procesal oportuno que debe ser tenido en cuenta para conceder ese tipo de autorización de residencia con carácter definitivo.

Con todo ello se ha intentado contribuir de manera significativa, a intentar identificar y resaltar aquellos contenidos que aparecen recogidos en nuestro ordenamiento jurídico así como aquella jurisprudencia emanada recientemente del Tribunal Supremo en relación con las concesiones de autorización de residencia y trabajo a víctimas de trata de seres humanos.

En primer lugar se ha realizado una aproximación al concepto de trata de seres humanos, ya que hasta no hace mucho tiempo era considerado una cuestión bastante controvertida. Afortunadamente, en la actualidad ya disponemos de una definición más o menos completa, que comprende todas las características de esta grave violación de los derechos humanos, proporcionada por el Consejo de Europa. Así, el artículo cuarto del Convenio del Consejo de Europa, de 16 de mayo de 2005, define la trata de seres humanos como el *«reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos»*^{*}.

En segundo lugar, con la elaboración de este artículo, se ha intentado arrojar luz a la problemática existente en el ámbito de la concesión de las respectivas autorizaciones de residencia y trabajo a víctimas de trata de seres humanos, tanto desde una óptica jurídica, analizando sus carencias y virtudes, como desde una óptica puramente descriptiva, con el objeto de acercar al lector este tipo de derecho del que disfrutan las víctimas de trata de seres humanos que opten por residir legalmente en nuestro país.

Por lo que respecta a la legislación que regula el ámbito de la extranjería en la actualidad, si bien es cierto que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, es del año 2000 y su Reglamento de desarrollo, 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 su reforma por Ley Orgánica 2/2009, del año 2011, en su regulación se articulan diferentes mecanismos para regularizar a las víctimas de trata de seres humanos, tanto en atención a la colaboración que la víctima efectúe con las autoridades judiciales, fiscales o policiales en la averiguación y esclarecimiento del hecho delictivo, como en atención a su situación personal.

* Art. 4 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Boletín Oficial del Estado núm. 219, de 10 de septiembre de 2009, pp. 76453 a 76471. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-14405> [Consulta: 20.04.2018]. Art. 2.1 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea L 101, de 15 de abril de 2011, pp. 1 a 11. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CE-LEX:32011L0036> [Consulta: 30.05.2018].

Para poder llegar al supuesto en el que se le facilite a las víctimas de trata de seres humanos la posibilidad de residencia legal en nuestro país, quizás el paso más importante, es el que realizan, tanto las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado como los diferentes agentes que pueden estar en contacto con las posibles víctimas de trata de seres humanos (personal de inmigración, fiscalía, judicatura, agencias de protección de menores, ONG que prestan servicios a las víctimas, servicios sociales, inspección de trabajo, sindicatos): la detección de la posible víctima.

La detección de la víctima es solo el primer paso de un marco establecido para ofrecer protección a corto y a largo plazo a las víctimas. Tanto el legislador español como el comunitario, establecen una serie de normas de carácter protector con el objeto de intentar paliar los efectos negativos, tanto físicos como psicológicos, que sufren aquellas personas que son víctimas de trata de seres humanos.

Las víctimas de trata deben ser detectadas cuanto antes para ser rescatadas de su situación de explotación y recibir la protección adecuada establecida en las normas comunitarias y españolas. Cuando una posible víctima es detectada, debe derivarse a órganos especializados, encargados de su identificación formal como víctima de trata y coordinar todas las acciones dedicadas a las víctimas. La identificación es muy importante porque a partir de ese momento la víctima es titular de una serie de derechos específicos de protección, entre los que se encuentra la posibilidad de residencia legal en España.

A lo largo de este artículo se analizarán una serie de sentencias emitidas por el Tribunal Supremo de España, con el objeto de resolver la problemática jurídica de cuál sería el momento procesal oportuno que debe ser tenido en cuenta para conceder la autorización de residencia y trabajo definitiva en atención a la colaboración de la víctima. ¿Debemos entender que debe concluir el procedimiento judicial penal para resolver la autorización de residencia definitiva o por el contrario podemos conceder la autorización de residencia definitiva siempre que se hubiera producido prueba preconstituida o anticipada? ¿Sería suficiente una certificación judicial en la que refleje los extremos de la colaboración de la víctima durante la tramitación del proceso? Para dar respuesta a estas cuestiones tratamos de analizar en el presente trabajo la eficacia que tiene la declaración de la víctima de trata de seres humanos como prueba plena en sede judicial.

Palabras clave: Víctimas; Trata de seres humanos; Derecho de extranjería; Sentencia; Tribunal Supremo.

SUMMARY

The starting point of the research that has given rise to this article, was the detection of a specific legal problem that arose at the time with professional practice, and related to the granting of residence and work permits for victims of human trafficking in exceptional circumstances. In particular, the aim of the work is to identify the difficulties that have arisen with regard to the appropriate procedural time to be taken into account in order to grant this type of permanent residence permit.

All this has been done in an attempt to make a significant contribution, to try to identify and highlight those contents that appear in our legal system as well as that jurisprudence recently issued by the Supreme Court regarding the granting of residence permits and work for victims of human trafficking.

In the first place, an approximation has been made to the concept of trafficking in human beings, since until not long ago it was considered a rather controversial issue. Fortunately, we now have a more or less complete definition, which covers all the characteristics of this serious violation of human rights, provided by the Council of Europe. So, Article 4th of the Council of Europe Convention of 2005 16th May defines trafficking in human beings. Trafficking in human beings shall mean *«the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs»*^{*}.

Secondly, with the drafting of this article, an attempt has been made to shed light on the problem of granting residence and work permits to victims of trafficking in human beings, both from a legal point of view, analysing its shortcomings and virtues, and from a purely descriptive point of view, with the aim of bringing to the reader this type of right enjoyed by victims of trafficking in human beings who choose to reside legally in our country.

According to the legislation governing the field of foreign affairs today, although it is true that Organic Law 4/2000, of January 11th, on the rights and freedoms of foreigners in Spain and their social integration, is from the year 2000 and its Implementing Regulations, Royal Decree 557/2011, of April 20th, approving the Regulations of Organic Law 4/2000, of January 11th, on the rights and freedoms of foreigners in Spain and their social integration, in its regulation articulates different mechanisms to regularize victims of trafficking in human beings, both in view of the victim's collaboration with the judicial, prosecutorial or police authorities in the investigation and clarification of the criminal act, as in view of their personal situation.

In order to arrive at the situation in which victims of human trafficking are given the possibility of legal residence in our country, perhaps the most important step, is carried out by both the State Security Forces and the different actors who may be in contact with potential victims of human trafficking (immigration personnel, prosecution, judiciary, child protection agencies, NGO providing services to victims, social services, labour inspectorate, trade unions): identification of the potential victim.

* Article 4 of the Council of Europe Convention on Combating Trafficking in Human Beings (Council of Europe Convención No. 197), done at Warsaw on 16 May 2005. Official State Gazette No. 219, 10 September 2009, pp. 76453-76471. Available at: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-14405> [Consulted: 20.04.2018]. Article 2.1 of Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on the prevention and combating of trafficking in human beings and on the protection of victims and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA. Official Journal of the European Union L 101 of 15 April 2011, pp. 1-11. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32011L0036> [Consulted: 30.05.2018].

Victim identification is only the first step in an established framework to provide short- and long-term protection to victims. Both the Spanish and the Community legislators lay down a series of protective rules in order to try to mitigate the negative effects, both physical and psychological, suffering those who are victims of human trafficking.

Victims of trafficking must be identified as soon as possible in order to be rescued from their exploitative situation and to receive the appropriate protection laid down in Community and Spanish legislation. When a potential victim is identified, he or she must be referred to specialized bodies responsible for his or her formal identification as a victim of trafficking and for coordinating all victim-specific actions. Identification is very important because from that moment on the victim is the holder of a series of specific rights of protection, among which is the possibility of legal residence in Spain.

Throughout this article we will analyze a series of judgments issued by the Supreme Court of Spain, in order to resolve the legal problem of what would be the appropriate procedural moment to be taken into account in granting the residence and final work permit in view of the victim's cooperation. Are we to understand that the criminal court procedure must be completed in order to decide on a permanent residence permit or, on the contrary, can we grant a permanent residence permit provided that proof has been produced preconstituted or anticipated? Would a judicial certification reflecting the extremes of the victim's collaboration during the process be sufficient? In order to answer these questions we try to analyze in the present work the effectiveness of the declaration of the victim of human trafficking as full evidence in court.

Keywords: Victims; Trafficking in human beings; Foreign Law; Judgement; Supreme Court.

La odisea migratoria transatlántica a través de las memorias de viaje de los Inspectores de Emigración*

The transatlantic migration odyssey through the travel memories of Emigration Inspectors

BLANCA AZCÁRATE^a y JOSÉ JULIO RODRÍGUEZ^b

El nomadismo es una constante en la historia de la especie humana: desde los desplazamientos prehistóricos que diseminaron al *homo sapiens* por todo el planeta a los actuales movimientos migratorios que llevan a las personas fuera de sus lugares de origen, sea por causas económicas, bélicas, étnicas o medioambientales.

En este marco general de *perpetuum mobile*, el continuo proceso de trasvase de población española a América entre finales del siglo XV y principios del XX constituye quizás el fenómeno migratorio, entendido como desplazamiento pacífico de un país a otro, más antiguo de la era moderna y uno de los más prolongados de la historia.

* Este artículo condensa parte del contenido del libro *Pa-sajeros de tercera clase*, de los mismos autores, publicado por el entonces Ministerio de Empleo y Seguridad Social en 2017 y del que en 2019 se ha realizado una segunda edición, corregida y ampliada.

^a Doctora en Ciencias de la Naturaleza (Doktor der Naturwissenschaften) por la Philipps-Universität de Marburg (Alemania), y en Geografía por la Universidad Complutense de Madrid, tras haber realizado estudios en la especialidad de Geografía y Sociología en ambas universidades. Ha trabajado como Colaboradora científica en la Facultad de Geografía/ Instituto de Estudios Geográficos (Wissenschaftliche Hilfskraft mit Abschluss BAT-IIa) de la Universidad de Marburgo y como Profesora Titular en la Universidad de Extremadura. Actualmente es Profesora Titular de Análisis Geográfico Regional en el Departamento de Geografía de la UNED.

^b Licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca, pertenece al Cuerpo Superior de Técnicos de la Seguridad Social. Ha desempeñado diversos puestos en los ámbitos de Seguridad Social y Migraciones. Estudió Periodismo y Comunicación Pública, ejerciendo durante varios años como director y coordinador editorial de la revista *Carta de España*. Fue Consejero de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social en México, Cuba y Centroamérica entre los años 2017 y 2018, y en la actualidad es Consejero Técnico en el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

La gran migración transoceánica no tuvo lugar sin embargo durante la época colonial (menos de 800.000 españoles peninsulares se establecieron en los virreinatos americanos) ni tampoco inmediatamente después de la ruptura con la metrópoli (entre 1825 y 1880 llegaron apenas 500.000 españoles a las recién independizadas repúblicas). Es a partir de la década de 1880 cuando se desata la llamada «emigración en masa» a ultramar, que se prolongará con altibajos hasta la depresión iniciada en 1929 y alcanzará su cota más alta de salidas en los años inmediatamente anteriores a la Gran Guerra de 1914.

Aunque el epicentro de la odisea migratoria se sitúa en las largas y duras jornadas de travesía marítima, «los abusos, vejaciones, injusticias, atropellos y depredaciones que padecen los desheredados emigrantes»¹ comienzan

¹ D'OZOUVILLE, L: *La tutela del emigrante español*, 1915.

antes de partir, en su propio pueblo o esperando el embarque, y no acaban al atracar en el puerto de destino.

Tras cumplir el cúmulo de requisitos exigidos para poder salir del país, dirigidos a impedir la partida de los varones jóvenes en edad de ser llamados a filas o a controlar la salida de mujeres solteras (o de casadas sin autorización del marido), el inesperado desembolso de dinero que suponían los días de espera en puerto hasta que un barco partiera significaba un mazazo para las economías de personas, en su inmensa mayoría de recursos limitados y a las que ya había costado reunir el dinero suficiente para comprar unos pasajes nada baratos: «los billetes los traían en el pecho, junto a la misma piel morena y rugosa. Olían a sudor, al sudor con que habían sido logrados, bajo el sol y la lluvia, sobre los surcos de la tierra aldeana»².

En cada uno de los quince puertos autorizados para el embarque de emigrantes (con Vigo y Coruña a la cabeza, seguidos de los de Barcelona, Almería, Cádiz, Santander y Canarias), entre los llegados desde remotas tierras y los buques que habrían de llevarlos hasta el otro lado del mar, pululaba toda una trama de intermediarios y estafadores: falsificadores de documentos, estraperlistas, funcionarios corruptos, descuidados del equipaje ajeno, posaderos desaprensivos, revendedores de billetes, reclutadores oficiales y reclutadores clandestinos o «ganchos», presuntos agentes de viajes que se aprovechaban de la ingenuidad y la desesperación de los emigrantes. Todo ello sin olvidar el lucro estatal a costa de las tasas e impuestos, cuyo importe se calcula en más de 6 millones de pesetas entre 1911 y 1915, frente a las magras 150.000 dedicadas a su protección en ese período, como denuncia el Consejo Superior de Emigración.

Cuando lograban embarcar, los padecimientos en tierra se antojaban pequeños, comparados con el calvario que para la mayoría de

los viajeros suponían las dos o tres semanas de unas travesías caracterizadas por las condiciones infrahumanas de los buques, la suciedad y el hedor de las bodegas, la humedad de las literas, cuando las había, el ruido continuo e infernal de los motores, el frío en el invierno y el calor asfixiante en cualquier estación al cruzar el Ecuador, el alimento insalubre y los chantajes de oficiales desaprensivos, marineros chispos y cocineros aprovechados.

Aunque los paquebotes y transatlánticos en que viajan los emigrantes tutelados por los inspectores no son ya «ataúdes flotantes de gentes vivas», como llamó Castelar a los navíos negreros, en ocasiones el trato dado por compañías, consignatarios, tripulación y personal de los barcos a los pasajeros de tercera recordaba al que apenas unos años atrás se dispensaba a los esclavos africanos.

Las peripecias del desembarque y el desconcierto inicial ante una tierra extraña no ponían siempre fin a las congojas del emigrante: la explotación en condiciones casi esclavistas en estancias, ingenios o *fazendas*, las enfermedades tropicales, la indigencia y la prostitución (o trata de blancas en los términos al uso en los informes de los inspectores) eran algunos de los riesgos que acechaban al emigrado en el lugar de destino.

La evidencia de todos esos abusos, fraudes e inconvenientes introdujo la «cuestión migratoria» como un aspecto más de la «cuestión social»³ y llevó al legislador a la convicción de la necesidad de dictar normas de protección a los emigrantes y de vigilar el cumplimiento de sus disposiciones.

El marco normativo de la emigración

Desde la Real Pragmática sobre licencia para emigrar del Reino de Felipe IV de 1623 hasta el Estatuto de la ciudadanía española en el exterior de 14 de diciembre de 2006,

² FERNÁNDEZ FLÓREZ, W.: *Luz de luna*, 1915.

³ CAÑABATE PÉREZ, 2014.

la cantidad de normas reguladoras del fenómeno migratorio es ingente, sea para prohibirlo, sea para ordenarlo, sea para asistirlo o para dignificarlo.

Durante la primera mitad del siglo XIX, casi todos los lazos entre España y sus antiguas colonias fueron de carácter comercial y los únicos emigrantes los dueños, dependientes o contables de las casas comerciales que articulaban el tráfico de mercancías entre uno y otro lado del océano.

Hasta 1848 no existe apenas legislación que ampare al emigrante en su viaje a bordo de los buques de vela. En marzo de ese año se dicta la Real Orden que obliga a incluir capellán y cirujano en los buques y en las Reales Órdenes de 1853 y 1856 se dictan una serie de normas sobre la atención que debe prestarse al emigrante a bordo, relativas a la alimentación, atención sanitaria o acomodo.

Una vez tolerada la emigración trasatlántica, se promulgan multitud de normas con finalidades diversas: contener la emigración de jóvenes al extranjero y a ultramar sin haber sufrido su suerte en las quintas (1861), establecer reglas respecto a la nacionalidad (1864), limitar los permisos de embarque y proteger a los emigrantes al Brasil (1865), suprimir el depósito de 320 reales (1873) o impedir las emigraciones clandestinas (1882).

En 1881, dentro del Ministerio de Fomento, se pone en marcha la Comisión para estudiar las formas de contener en lo posible la emigración por medio del desarrollo del trabajo. Apenas un año más tarde se crea el Negociado de Emigraciones, adscrito al Instituto Geográfico, a fin de elaborar estadísticas de flujos y movimientos migratorios «en las provincias del Reino y poder en su caso prever y remediar sus efectos». Unos años más tarde, en 1888, se crean las Juntas de Emigración en los puntos de embarque.

Por fin, el 21 de diciembre de 1907 se promulga la Ley de Emigración, en la que se contiene la definición legal de emigrante:

«Serán considerados emigrantes a los efectos de esta Ley, los españoles que se propongan abandonar el territorio patrio, con pasaje retribuido o gratuito de tercera clase, o de otra que el Consejo Superior de Emigración declare equivalente, y con destino a cualquier punto de América, Asia u Oceanía, ...».

Además de crear un Consejo Superior y un Negociado de Emigración dentro del Ministerio de Gobernación, con objeto de regular los cauces de esa salida de emigrantes y velar por el cumplimiento de sus disposiciones, la Ley establece la figura de los Inspectores de Emigración, con sus cuatro tipos (en interior, en puerto, en viaje y en el exterior) y se crea la Caja de Emigración, para gestionar los ingresos y gastos derivados de la aplicación de la Ley.

Un aspecto fundamental de su contenido son las disposiciones referentes a las condiciones del contrato de transporte, los requisitos para actuar como naviero, armador o consignatario y las condiciones que habían de reunir los barcos destinados al transporte de emigrantes.

A partir de este momento y en desarrollo de la Ley se dictan numerosas normas que afectan a diferentes aspectos de la emigración y en concreto a la inspección de los buques de transporte de emigrantes y de las condiciones en que se desenvuelve el viaje para éstos:

- Reglamento provisional para la aplicación de la Ley de Emigración (30 de abril de 1908).
- Consejo Superior de Emigración. Concurso para proveer 20 plazas de Inspectores en puerto y en viaje (Gaceta de Madrid núm. 163, de 11/06/1908, página 1208).
- Real Orden sobre agencias de emigración (6 de noviembre de 1908).
- Real Orden sobre transporte de animales vivos y carnes en buques de emigrantes (10 de noviembre de 1908).

- Real Orden sobre documentos de emigración (22 de enero de 1909).
- Real Orden del Ministerio de Marina, dictando reglas sobre los buques que hayan de conducir emigrantes (26 de enero de 1909).
- Real Orden sobre repatriación de polizones (24 de abril de 1909).
- Instrucciones provisionales para Inspectores en viaje 6 de abril de 1910).
- Circular sobre la conducción de emigrantes desde los muelles a bordo (8 de abril de 1910).
- Real Orden del Ministerio de Gobernación sobre emigraciones colectivas (29 de noviembre de 1910).
- Circular del Consejo de Emigración relativa a la preferencia que debe darse a los médicos de la Marina civil para su embarque en vapores que transporten emigrantes (31 de julio de 1911).
- Circular sobre recogida de armas a los emigrantes (28 de febrero de 1913).
- Circular dictando medidas para impedir el embarque como emigrantes de mujeres destinadas a la prostitución (12 de mayo de 1913).
- Circular a los Inspectores de Emigración para que se cercioren de si los utensilios que llevan los barcos que conduzcan emigrantes son los suficientes para la preparación de las raciones que han de suministrar (17 de septiembre de 1913).
- Acuerdo sobre documentación de solteras (14 de noviembre de 1913).
- Real Decreto modificando, en el sentido que se publican, los artículos que se mencionan del Reglamento de 30 de Abril de 1908, para la aplicación de la Ley de emigración, al objeto de dotar las

inspecciones con el personal auxiliar necesario; producir positivos beneficios al emigrante al evitarle costosas explotaciones por parte de los ganchos; informar a aquellos respecto de los trámites que deben cumplirse para emigrar a ciertos países, donde exigen requisitos especiales; suprimir las molestias que antes existían, producidas en su mayor parte por la complicada tramitación del billete, y someter al emigrante a un solo criterio y a una sola jurisdicción, para determinar si puede o no embarcar (6 de noviembre de 1914).

- Real Decreto disponiendo que cuando se suspenda el viaje por causas ajenas al emigrante, el consignatario del barco en el puerto respectivo abone a aquél, por vía de indemnización, tres pesetas 50 céntimos por cada día de retraso, elevándose a cuatro pesetas mientras dure el conflicto europeo (10 de octubre de 1917).
- Real Orden Circular, disponiendo que los Presidentes de las Audiencias Territoriales recuerden a todos los Juzgados municipales de su territorio la obligación en que están de expedir gratuitamente los documentos que se exigen al emigrante para salir del territorio español (17 de noviembre de 1917).
- Real Orden de Fomento limitando, por razones sanitarias, el embarque de emigrantes (29 de marzo de 1920).
- Real Decreto por el que se crea el Ministerio de Trabajo y se le asigna el Consejo de Emigración (8 de mayo de 1920).
- Real Orden disponiendo que con arreglo a las condiciones que se publican se proceda a la implantación del Seguro del emigrante (11 de diciembre de 1920).
- Real Orden dictando reglas para cubrir los alojamientos de emigrantes (8 de enero de 1921).

- Real Orden reconociendo a los Inspectores de Emigración la condición de médicos de la Marina Civil (9 de febrero de 1924).
- Real Decreto relativo a la institución del Tesoro del Emigrante con los fondos que se indican; y a la acción tutelar del Estado sobre los españoles que emigren (Gaceta de 20 de septiembre de 1924).

Esta ingente producción normativa obliga de nuevo al legislador a realizar una tarea recopilatoria que se plasma en la Ley de Emigración de 20 de diciembre de 1924.

Esta nueva ley mantiene la vinculación de emigrante, destino ultramarino y clase de pasaje y considera emigrantes a «los españoles o sus familias que, por causa de trabajo, abandonen el territorio nacional para establecerse fuera de él, definitiva o temporalmente. Los españoles o sus familias que se dirijan a ultramar se reputarán siempre de emigrantes si viajan con pasaje de tercera u otra clase a ésta equiparada».

La Ley encomienda la acción tutelar y fiscalizadora del Estado sobre los emigrantes a la recién creada Dirección General de Emigración (Real Decreto de 16 de septiembre de 1924) y a los Inspectores de Emigración la vigilancia del cumplimiento de sus preceptos.

Regula también el recién creado Tesoro del Emigrante, destinado a socorrer a los emigrantes sin recursos, a mantener los lazos de los emigrados con España y sostener sus sanatorios y sociedades en los países de acogida y atenderles en caso de repatriación. Del mismo modo que sucedió a partir de la Ley de 1907, en los años siguientes a la de 1924, se dictan numerosas normas en desarrollo de su contenido:

- Reglamento para la aplicación de la Ley de Emigración (20 de diciembre de 1924). Se aprueba simultáneamente con la Ley a la que desarrolla y por este

motivo se habla normalmente de Ley y Reglamento de Emigración de 1924.

- Instrucciones para Inspectores en viaje y Médicos de Emigración (6 de febrero de 1925).
- Real Orden comunicada sobre persecución de agentes clandestinos de emigración (26 de abril de 1926). Hay otras Reales Órdenes similares de 1925 y 1927.
- Circular sobre remisión de itinerarios de buques (20 de septiembre de 1927).
- Circular sobre polizones desembarcados en puertos extranjeros y abono de los gastos que ocasione su repatriación (4 de agosto de 1928).
- Circular que se recomienda a todas las personas que se propongan salir de España cuiden mucho al escoger los bancos donde ingresen sus ahorros (9 de noviembre de 1929).
- Real Orden disponiendo que el canon de 25 pesetas sobre cada billete de pasaje de emigrante que estableció el Real Decreto de 5 de Septiembre pasado, se entienda reducido a 12,50 pesetas por cada medio pasaje y a 6,25 por cada cuarto de pasaje, manteniéndose el de 25 pesetas para los pasajes enteros (Gaceta de 12 de marzo de 1930).
- Orden del Ministerio de Estado sobre precios máximos de pasajes de tercera (6 de julio de 1932).

Esta larga relación de normas, sin ser exhaustiva, es representativa de la amplia producción normativa derivada del fenómeno de la emigración masiva de españoles a América y conforman el principio de protección del emigrante, eje legal en torno al que giran tanto la actividad como las memorias de viaje de los Inspectores de Emigración en el período durante el que existió dicho cuerpo administrativo.

El marco social

El mundo en 1907, año de la primera Ley de emigración, es todavía «el mundo de la seguridad» del que habla Stefan Zweig en sus *Memorias de un europeo* (publicadas en 1942). El bienestar y el optimismo vital de los bendecidos por el auge industrial y la consolidación del modelo capitalista conviven con las dificultades que soportan la clase trabajadora y la población rural y los conflictos sociales que emanan de esta desigualdad. Las guerras genocidas y la explotación sistemática padecidas en estos años por muchos nativos de las colonias coexisten (en una relación no del todo casual) con la paz y los avances sociales de la metrópoli.

En 1907 el progreso técnico y científico parece imparable (automóviles, aviones, primeras fotos en color, ondas de radio, electricidad) y los cambios en los hábitos sociales (reducción de la jornada laboral, descanso dominical, «sábado inglés») han dado origen a la aparición del tiempo libre y del ocio. Entre los acontecimientos más destacados por la prensa del año están el pánico desatado por la crisis financiera en Estados Unidos y la carrera de coches Pekín – París. 1907 fue también el año en que Picasso pintó *Las señoritas de Avignon*.

En España, el mecanismo de alternancia en el poder entre liberales y conservadores no está ya tan bien engrasado como cuando vivían Cánovas y Sagasta, aunque el caciquismo sigue en todo su vigor y el final de la Restauración tardará aún años en llegar. Desde enero, Antonio Maura es jefe del Gobierno, y desde abril, Benito Pérez Galdós es diputado republicano. El fútbol empieza a ganar espectadores y en los escenarios triunfa el género chico, la zarzuela. En agosto muere en la sierra de Alcaraz *Pernales*, alias de Francisco Ríos, el último bandolero andaluz, y el 10 de diciembre Jacinto Benavente estrena *Los intereses creados*. Unos días más tarde se promulga la primera Ley de Emigración.

En 6 de julio de 1909 fecha, uno de los Inspectores de Emigración creados por esa norma, Leopoldo D’Ozouville, sus *Enseñanzas de*

viaje en el buque italiano Tomaso de Savoia. Apenas unos días más tarde estallará la protesta contra el embarque de tropas reservistas para luchar en la región marroquí del Rif, que desató lo que los libros de historia van a conocer como la Semana Trágica de Barcelona y provocó en último término el ajusticiamiento del pedagogo anarquista Ferrer y Guardia. 1909 es también el año en que se reconoce el derecho de huelga de obreros y patronos y se impone la enseñanza infantil obligatoria desde seis a doce años. Sorolla y Zuloaga exponen ese año en la *Hispanic Society* de Washington.

Entre este primer informe de inspección, fechado en 1909, y el último, la memoria del viaje realizado a Cuba en 1931 a bordo del vapor *Orcoma* y de regreso en el *Orbita* por el inspector Joaquín Cabronero, el mundo ha cambiado bastante y España también.

La que entonces todavía no era Primera sino sólo Gran Guerra Mundial había acabado con la esperanza de una bella época de progreso y bienestar sin fin y la quiebra de la Bolsa de Nueva York en 1929 arrastró a países enteros y a millones de personas a sufrir lo que se llamó la Gran Depresión. En medio quedaron unos cuantos «años locos» de mundana diversión y sobresaliente creatividad artística, musical, literaria y cinematográfica; aunque ya se barruntaban tiempos oscuros para la paz y para los derechos de los seres humanos.

En España, 1931 es sobre todo el año de la proclamación de la Segunda República y el fin de la monarquía con el exilio de Alfonso XIII, bajo cuyo reinado efectivo, que había comenzado en 1902, se escribieron todas las memorias de viaje que sustentan este trabajo. Para entonces, las cifras de la diáspora migratoria habían disminuido de forma radical y ya no tenía sentido la figura de los Inspectores de Emigración.

Las cifras de la diáspora

Si bien el período histórico que abarcan las memorias de viaje se extiende de 1909 a 1931, el mundo de emigrantes, puertos, embarques,

travesías, zozobra, explotación, esperanza y muerte que reflejan sus páginas, manuscritas o a máquina, se había iniciado años antes.

Por lo que respecta a Europa en su conjunto, según diversas fuentes, unos 60 millones de europeos emigraron a América entre 1820 y 1930. En concreto, entre 1870 y 1900 emigraron desde Europa en torno a 17 millones de personas procedentes sobre todo de Gran Bretaña (6 millones), Italia (3,5), Alemania (2,3) y Austria-Hungría (1,3), seguidos por España, con 1.295.800 emigrantes, a razón de un promedio anual de 4.000 personas.

En el caso español, aunque el deficiente recuento de los flujos y la emigración ilegal o clandestina hacen difícil dar datos exactos, entre tres y cinco millones de personas (incluida la emigración clandestina) se embarcaron en el sueño de «hacer la América» en el período de 1880 (año en que el Instituto Geográfico y Estadístico comienza a registrar las salidas y entradas de pasajeros a través de los puertos españoles) a 1932.

Destaca la gran proporción de hombres, sobre todo entre los 15 y los 19 años, ya que las mujeres no se podían emancipar hasta los 25 años y no podían viajar solas. Según datos del Consejo Superior de Emigración, «entre 1882 y 1930 dos terceras partes de los que declaraban profesión eran agricultores, seguidos de lejos por trabajadores del comercio y del transporte. Niveles de alfabetización estaban por encima de la media de España en esas fechas, lo que les permitía ocupar trabajos en el comercio y en las industrias de ultramar»⁴.

Es en los años inmediatamente anteriores a la Primera Guerra Mundial cuando la emigración transoceánica se dispara: en 1910 salen unas 160.000 personas, en 1911 fueron casi 140.000 personas, más de 200.000 en 1912 y 165.000 en 1913. Iniciada la guerra, las cifras descienden pero se mantiene una

fuerte corriente migratoria (80.000 en 1914, 60.000 en 1915), en contraste con la abrupta caída en los países europeos involucrados en la contienda, y las cifras vuelven a elevarse hacia 1920.

En una conferencia pronunciada por D. Alfonso Sala en el Círculo del Ejército y de la Armada de Barcelona y recogida en la revista *Nuestra Emigración*, se constata que en 1920 la emigración sigue siendo un hecho: «...después de haber estudiado o considerado el problema bajo todos esos aspectos, nos ocuparemos de cómo aún, por desgracia, se emigra en España y analizaremos, aunque sólo sea someramente, la legislación que rige sobre la materia, pasando después a tratar del remedio que, a mi entender, creo convendría proponer a los Poderes públicos para llegar, debida y patrióticamente a organizar y encauzar este trascendentalísimo problema nacional, ya que, la emigración, jamás será posible llegar a evitarla en absoluto»⁵.

Por el contrario, en un artículo de uno de los últimos números ya se habla de la emigración en pasado (hasta el punto de que la revista se deja de editar en diciembre de 1928): «La emigración –dice Eugenio López– fue en algún momento uno de los problemas que reclamó la intervención de todos los países, pero muy especialmente de los más jóvenes, de los nuevos, de aquellos cuyo acoplamiento todavía se hallaba en embrión»⁶.

Los Inspectores y sus memorias

Los informes de los Inspectores de Emigración depositados en la Biblioteca del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social fueron escritos entre 1909 y 1931, época de auge de los grandes buques trasatlánticos y de gran intensidad migratoria, y pueden cla-

⁴ Consejo Superior de Emigración: Estadística de pasajeros por mar, 1912-1939.

⁵ Nuestra Emigración. Boletín de la Asociación Española de San Rafael para la Protección de los Emigrantes. Madrid-Noviembre, 1920, núm. 47.

⁶ Nuestra Emigración. Julio, 1927.

sificarse en dos períodos claramente diferenciados: uno que abarca de 1909 a 1914 y otro de 1920 a 1932. El primer informe, fechado en 6 de julio de 1909, da testimonio del viaje de Leopoldo D’Ozouville en el buque *Tomaso de Savoia* con destino a Buenos Aires y escala en Río de Janeiro y Montevideo; el último lo firma Joaquín Cabronero en 1931 y relata las vivencias de las travesías en los vapores *Orco-ma* y *Orbita* hacia y desde La Habana.

La Primera Guerra Mundial marca el corte entre ambos períodos, pues los informes publicados entre 1914 y 1918 o bien corresponden a viajes efectuados con anterioridad (como *Un viaje a Brasil*, de D’Ozouville, que relata el viaje efectuado en 1912-13) o bien contienen reflexiones generales (caso de *La tutela del emigrante español* del propio D’Ozouville de 1915) o recomendaciones sobre la inspección en el interior de la península.

Mientras algunos inspectores ejercieron su función durante ambos períodos (caso de D’Ozouville), otros trabajaron solamente durante los años previos a la guerra (como Díaz Barea o Gamboa) y los más durante la década posterior (Fernández Flórez o Cabronero, por ejemplo).

Los informes son, en general, memorias ricas en detalles y acompañadas de documentación muy valiosa, y constituyen un testimonio de primera mano de los avatares del embarque, las condiciones de la travesía, la llegada a los puertos americanos y, en muchos casos, la vida en los lugares de acogida; y no se limitan a realizar una mera descripción, sino que incluyen también opiniones particulares y recomendaciones para solucionar y evitar los desmanes hacia los emigrantes, así como la denuncia expresa de las normas no cumplidas por las grandes navieras autorizadas para el transporte de emigrantes: así lo disponía el artículo 43 de las Instrucciones para Inspectores en viaje al exigir al Inspector proponer «las mejoras y modificaciones que la práctica enseñe que deben introducirse para el mejor cumplimiento de la Ley y Reglamento de Emigración».

De esta forma, los testimonios, por parciales y «administrativos» que sean, constituyen una forma de dar voz a aquellos emigrantes, en tantos casos iletrados, carentes de recursos expresivos para explicar en primera persona su feliz o amarga experiencia migratoria, los abusos y engaños a los que se veían sometidos desde la salida de sus tierras, las tribulaciones en los puertos de embarque, las peripecias para conseguir los permisos de embarque y los billetes y las calamidades de las travesías, las dificultades para incorporarse a una nueva vida en América o la solidaridad de los emigrantes ya instalados en los países de destino.

Inspectores de Emigración como Joaquín Cabronero Uribe, Francisco Cano, Luis Curiel, Ramón Díaz Barea, Antonio Luis Fernández Flórez, Francisco Fernández Vila, Ángel Gamboa Navarro, Anselmo García Valcárcel, Julio Lissarrague, Juan de los Mártires, Andrés Morales, Melchor Ordóñez, Leopoldo D’Ozouville de Bardou y Cruz Álvarez y Guillermo Summers, autores de las memorias en viaje objeto de análisis, junto a otros de los que apenas se conocen los apellidos, como Gámez, Bullón, Blanco, López Tomasetti, Pastor, Berenguer, Estela, Barreiro, Castro, León, Úbeda o Halia, pondrán voz a cientos de miles de personas que no pudieron dejar testimonio escrito de sus vivencias⁷.

A través de la Ley de Emigración de 21 de diciembre de 1907, publicada en la *Gaceta de Madrid* del domingo 22, y el Reglamento provisional para la ejecución de la Ley, de 30 de abril de 1908, se articulan las funciones de la Inspección en materia de emigración y se crea el Cuerpo de Inspectores de Emigración, encargado de elaborar memorias e informes para el Consejo Superior de Emigración y de velar por el cumplimiento de sus disposiciones en lo referente a los flujos migratorios, en el interior, en los puertos de embarque, durante el viaje y a la llegada al país de destino. Comienza también la edición del *Boletín de Emi-*

⁷ Consejo Superior de Emigración: La emigración española transoceánica, 1911-1915, 1916, p. 236.

gración, que recogerá todos aquellos aspectos legales, novedades y noticias relevantes sobre el proceso migratorio.

La Instrucción Provisional dada por el Consejo Superior de Emigración en 6 de abril de 1910 ordena a los Inspectores en viaje «que con los datos obtenidos en los diarios y los demás que puedan adquirir, redacten Memorias detalladas de los viajes realizados, procurando además hacer referencia a las condiciones en que se encuentran los emigrantes en los puertos de desembarco y a las mejoras o modificaciones que la práctica enseñe que deben introducirse para el mejor cumplimiento de la Ley y Reglamento de emigración (...)»⁸.

Las citadas normas distinguen cuatro clases diferentes de inspectores (artículos 47 de la Ley y 159 del Reglamento):

- Los Inspectores en el interior, que prestarán sus servicios en las regiones de donde suelen salir los emigrantes españoles.
- Los Inspectores en puerto, que ejercerán sus funciones en los puertos de embarque de emigrantes, desde que estos lleguen al puerto hasta la salida de los buques que les conduzcan.
- Los Inspectores en viaje, que se embarcarán con los emigrantes en los barcos y les acompañarán durante la travesía, vigilando que «se cumpla lo contratado en cuanto a duración de viaje, escalas, alimentación y entrega de sus equipajes a los emigrantes.
- Y los Inspectores en el exterior, que desempeñarán sus funciones en los puertos y regiones de llegada.

El artículo 48 de la Ley por su parte otorga al Consejo Superior de Emigración la función de «proponer el nombramiento de Inspectores

al Ministro de Gobernación» y remite al futuro Reglamento⁹ la regulación de «las condiciones que hayan de exigirse para ser nombrado y el sueldo o gratificaciones que han de disfrutar» y pone en marcha el concurso para dotar de 20 plazas al Cuerpo de Inspectores en viaje.

Para poder acceder al Cuerpo de Inspectores se exigía experiencia marítima y formación militar. Así, era requisito indispensable haber tenido una experiencia como médico de la Armada, de la Marina Civil o de Sanidad exterior, con más de un año de embarco; o bien haber sido médico del Ejército o de la Armada o jefe u oficial del Ejército general, habiéndose ejercido todos ellos en ultramar. Por último, también podían tomar parte en el concurso los capitanes de buques mercantes que hubiesen transportado tropas o emigrantes a Oceanía o América al menos en cuatro viajes. La clara preferencia hacia quienes hubieran ejercido la profesión militar obviamente limita al género masculino el acceso a la función inspectora.

Por Real Orden de 10 de noviembre de 1908 se nombran «Inspectores de Emigración en puerto y en viaje, con el haber anual de 5.000 pesetas, a los señores que a continuación se expresan:

D. Anselmo García Valcárcel, Médico de la Marina civil.

D. Ramón Díaz Barea, primer Médico del Cuerpo de Sanidad de la Armada.

D. Guillermo Summers Cavada, primer Médico de Sanidad de la Armada.

D. Lisardo Rodríguez Barreiro, Médico de Sanidad exterior, ex Director de Sanidad marítima de los puertos de Villagarcía y Mahón.

D. Ángel Gamboa y Navarro, Teniente de navío de la Armada.

D. Francisco Cano y Wais, Teniente de navío de la Armada.

⁸ D'OZOUVILLE, L: Memoria presentada con motivo del viaje en el vapor Paraná en febrero de 1911.

⁹ El Reglamento provisional para la aplicación de la ley, de 30 de abril de 1908, dedica su capítulo VI, artículos 157 a 171, a la Inspección.

D. Emilio Manuel Butrón y Linares, Teniente de navío de la Armada.

D. Enrique de Guzmán y Fernández, Teniente de navío de la Armada.

D. Ramón Bullón y Fernández, Teniente de navío de la Armada.

D. Demetrio López y Tomasetti, Teniente de navío de la Armada.

D. Ángel Blanco y Serrano, Teniente de navío de la Armada.

D. Juan de los Mártires Tudela, Teniente de navío de la Armada.

D. José María Gámez, Teniente de navío de la Armada.

D. Juan Osuna y Pineda, Comandante de Artillería.

D. Leopoldo D’Ozouville y Cruz, Comandante de Artillería.

D. Antonio Pastor Clemente, Capitán de Artillería.

D. José de Castro y Ramón, Capitán de Estado Mayor.

D. Graciano Quesada y Pérez, Capitán de Artillería.

D. Félix León y Núñez, Capitán de Artillería.

D. José Estela y Thomas, Capitán de la Marina mercante».

Tras estos primeros veinte nombramientos, las plazas vacantes se fueron cubriendo de forma paulatina, pero el número de inspectores fue a lo largo del tiempo siempre reducido. Esta escasez de efectivos dificulta el cumplimiento de la ley, como detalla de forma har-
to matemática el inspector Díaz Barea: «(...) durante 13 meses (desde 1º de Septiembre de 1910 en que comienzo la inspección a bordo el *Beacon Grang*, hasta el 6 de Octubre del año actual que comenzó la hecha a bordo del *Potaro*, han salido de los puertos de Norte y Noroeste de España, donde radican dos Inspectores en viaje, unas 425 expediciones de buques dedicados al tráfico de emigración con más de

9.000 emigrantes; de aquellas expediciones unas cuarenta y pico en las condiciones expresadas en el Reglamento artículo 163 punto 2º que imponen inspección en viaje sin que ésta se haya cumplido. Estimo que si se pretende mejorar la condición de los emigrantes en los buques autorizados para este tráfico hay que vigilar con más frecuencia como se cumple en ellos la Ley y Reglamento de Emigración»¹⁰.

Un interesante artículo de 1916 del inspector A. Pastor¹¹ detalla las variadas formas en que se desenvuelve esta protección y tutela, tanto de carácter preventivo como reformador: persecución de reclutadores y ganchos, denuncia de la oferta clandestina de pasajes, obligación de indemnización diaria por el retraso en la salida del buque respecto a la fecha fijada en el billete, vigilancia de las hospederías y alojamientos de emigrantes en los puertos de embarque, restricción de embarques nocturnos, condiciones de la travesía, información sobre salarios y circunstancias económicas en los países de destino y cumplimiento de la normativa por parte de las grandes compañías navieras.

Es indudable el importante papel jugado por estos inspectores, reflejado en las continuas referencias sobre la necesidad de que las inspecciones en viaje se realicen de forma frecuente, ya que, como denuncia el inspector Fernández Flórez en el viaje realizado a Brasil en el vapor *Formose*: «Si bien es verdad que durante su viaje el emigrante fue inmejorablemente tratado, también lo es que el Inspector de Emigración se entera, sin grandes esfuerzos, de cuanto se dejó de hacer en viajes anteriores a su presencia a bordo, y de lo mucho que se ha de dejar de realizar en los sucesivos»¹².

¹⁰ DÍAZ BAREA, R.: Memoria del viaje de inspección verificado desde el puerto de Vigo a Buenos Aires, del 25 Octubre de 1911 a 18 de Noviembre del mismo año, a bordo del vapor *Amiral Troude*, 1911.

¹¹ Publicado en el Boletín del Consejo Superior de Emigración (Tomo VIII, 1916).

¹² FERNÁNDEZ FLÓREZ, A. L.: El *Formose*, el Cap Norte y la emigración al Brasil. Memoria de un viaje de inspección, 1925.

Del recelo, cuando no de la abierta hostilidad, con que los inspectores son habitualmente recibidos a bordo da cuenta a sus superiores el inspector Fernández Flórez en la memoria final de uno de sus viajes en estos términos: «La hostilidad es a veces inaguantable, resultando violentísimo para nosotros el tener que actuar a bordo, empezando desde los primeros instantes por reclamar nuestros desatendidos derechos. Se procura además enemistar al inspector con los emigrantes; y todo cuantos medios hay para hacerle desagradable la estancia a bordo es puesto en práctica si el inspector toma interés en el cumplimiento de su misión. La hostilidad en el trato social llega a veces a un grado intolerable»¹³.

El mayor escollo a la función tutelar de la inspección provenía en ocasiones de los propios emigrantes, como desvela el Inspector D’Ozouville en relación con los inspectores en puerto, a quienes los que esperan embarcar para América no pueden por menos de ver como enemigos y un obstáculo a sus planes, toda vez que son los encargados de fiscalizar la documentación personal que a cada emigrante exige la reglamentación migratoria: «El inspector en puerto es odioso para el emigrante porque no lo percibe como alguien que le protege y le ayuda frente a los abusos de que es objeto. En cambio, el emigrante ve en el gancho a su verdadero salvador, pues gracias a él consigue lo que sin su concurso no conseguiría nunca»¹⁴.

Si bien es indudable que estos informes y memorias sirvieron para introducir significativas mejoras en el trato a los emigrantes, como se refleja en los sucesivos cambios legislativos mediante decretos y otras disposiciones normativas, también lo es que en muchas ocasiones las multas impuestas a las navieras por no cumplir la ley eran ignoradas, como se recoge en la revista *La Emigración española*: «Es una verdadera vergüenza que en la ac-

tualidad no se pueda imponer –legalmente al menos– multa alguna a los infractores de la ley... De nada han servido las brillantes memorias e informes que sobre esta materia han aportado, durante los nueve años últimos, los Inspectores de Emigración»¹⁵.

Así, de los informes se desprende que el inspector de emigración en viaje debía solventar dificultades y obstáculos, no sólo provenientes de las navieras y agentes, a quien veían como es lógico como un «enemigo» que limitaba su negocio, sino de otros varios frentes: el Consejo Superior de Emigración (donde sus propuestas fueron frenadas por los representantes de armadores y consignatarios y sus denuncias desoídas por el poder de las compañías navieras)¹⁶, los reclutadores, ganchos y posaderos, la tripulación de los buques, e incluso los propios emigrantes objeto de su protección.

En este último sentido, el inspector D’Ozouville hace una observación que bien vale para todos los viajes y para todos los informes: «Hay que convencerse que en emigración, como en todo, la característica del pueblo español es la resistencia activa o pasiva al cumplimiento de lo mandado; hay indiscutiblemente una cierta irresistible inclinación a la indisciplina y a la desobediencia»¹⁷.

Las tribulaciones en tierra

Aunque las lágrimas vertidas por los pasajeros en las largas travesías oceánicas representan el ícono más emblemático de la dureza de la emigración americana, lo cierto es que la sal del llanto comenzaba a correr por los rostros de los emigrantes antes de subir a bordo e incluso antes de llegar a puerto.

Los pasajeros de estos barcos eran, por lo general, jornaleros o campesinos de tierra

¹³ FERNÁNDEZ FLÓREZ, A.L.: Memoria de los viajes en el Cap Norte y Antonio Delfino, 1925.

¹⁴ D’OZOUVILLE, L.: La tutela del emigrante español, 1915.

¹⁵ La Emigración española, 15 de julio de 1917, año V, número 13.

¹⁶ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, 2001.

¹⁷ D’OZOUVILLE, L.: Un viaje al Brasil: información acerca de la situación de los emigrados españoles, 1916.

adentro, que por primera vez pisaban un buque y veían el mar, acobardados por lo desconocido sentíanse más torpes aún de lo que su rusticidad e ignorancia presagiaban: «Como borregos subían las escalas, y conducidos no muy amablemente por el personal del buque a través de las encrucijadas, pasadizos y estrecheces del barco, descendían a los soldados hasta llegar, rendidos e inconscientes, al sitio que les indicaban para su acomodo»¹⁸.

Las dificultades para conseguir el dinero del traslado al puerto, del alojamiento antes de embarcar y del propio pasaje se sumaban a los quebraderos de cabeza y dispendios económicos precisos para reunir la documentación exigida para emigrar, todo ello adobado por la tristeza de la despedida de la tierra y de los seres queridos.

Alfonso Rodríguez Castelao lo expresó así en *Sempre en Galiza*, ensayo publicado de forma clandestina en Buenos Aires en 1944: «Los gallegos sabemos arreglar los papeles y pedir un pasaje de tercera; sabemos agacharnos en las bodegas de un transatlántico cuando no tenemos dinero; sabemos tomar la carretera con la chaqueta al hombro o empujando la rueda de afilar; sabemos abrir fronteras cerradas y pedir trabajo en todas las lenguas; sabemos, en fin, cuanto debe saber un buen caminante, aunque el viaje sea el primero de nuestra vida».

Además de la trama de ganchos y falsificadores de documentos, el transporte de los emigrantes supuso una importante fuente de ingresos no sólo para las grandes Compañías navieras sino para un ingente cúmulo de intermediarios de distinto signo y condición. Se teje una densa red de negocios y de personas particulares que hacen del viaje de los emigrantes un negocio rentable, asegurado por la necesidad de una población acuciada a emigrar, como única vía de escape ante una situación de extrema precariedad en las zonas rurales, muy bien reflejada por Wenceslao Fernández Flórez en su

novela de 1915 *Luz de Luna* (llevada al cine en 1957 en la película *Camarote de lujo* por Rafael Gil): «Ernesto sabía ir a la estación y esperar la llegada de las diligencias para recoger el rebaño de emigrantes desorientados y confusos, y guiarlos, y acomodarlos, y exprimirlos. Sabía hacer que a cada uno de ellos le faltase un requisito complementario de los documentos, por muy escrupulosos que éstos fuesen, y sabía, naturalmente, subsanarlo con un pingüe provecho para sus bolsillo y los de don Fabián. No había emigrante que no dejase un vellón entre las garras ávidas de Ernesto y que no tuviese que marchar agradecido a sus oficios».

Los informes de los inspectores reflejan en sus páginas todo este entrampado de explotación y abuso sobre los emigrantes: «Tan repugnante personal que, como ya queda dicho, está constituido en formidable legión, ... entre el que el posadero de puerto tiene preeminente lugar, está en relación íntima con los Ayuntamientos rurales y Juzgados municipales, y dispone de un verdadero arsenal de documentos con que proveer a los emigrantes que carecen de todos o de algunos de ellos. Es verdaderamente inconcebible lo que en esta parte se abusa del emigrante, pues son muchos los que, no obstante tener su documentación en regla, se ven precisados a adquirir en alto precio la que les proporcionan los ganchos.

La propaganda oral sobre emigración se llegó a facilitar en tal grado, que se dio el caso de anunciar por medio de pregones en algunos municipios rurales la presencia de los reclutadores; y en cuanto a la propaganda escrita, casi huelga decir que todavía actualmente se abusa de manifiestos, circulares, opúsculos y guías que contienen indicaciones y noticias falsas o tendenciosas, cuando no halagadoras promesas que siempre quedan incumplidas.

... Y no hay tampoco para qué decir que las Compañías que dan más fuerte comisión son las que consiguen mayor número de emigrantes»¹⁹.

¹⁸ Consejo Superior de Emigración: La emigración española transoceánica 1911-1915, 1916, p. 240.

¹⁹ D'OZOUVILLE, L.: La tutela del emigrante español, 1915.

En ocasiones, los consignatarios no dudan en conceder pasaje a emigrantes cuya documentación no está de acuerdo con las exigencias de los países hacia donde se dirigen, lo que puede impedir su desembarque cuando lleguen al país de destino: «Es lamentable que ocurra este caso y que nuestra legislación deje desamparado al emigrante –que ignora lo que necesita para desembarcar en el país de destino– contra la avaricia de esos señores que no dudan, para ganar treinta o cuarenta pesetas, en sacrificar al emigrante haciéndole gastar seiscientas pesetas en un viaje, para realizar el cual tal vez ha tenido que vender o hipotecar sus vacas o su casita»²⁰.

Los historiadores de la emigración, como los novelistas y los inspectores, se han hecho también eco del asunto. Así se pronuncia Llorca Baus al historiar el período: «... trampas, trampas por todas partes, impunidad de los ganchos, aislamiento de los inspectores y escasez de recursos para la persecución de aque-llos, y sobre todo ausencia de una política de asistencia al emigrante. Todo un circuito de penalidades se erigía ante el emigrante, previamente a poner la mar por medio, e iniciar una nueva vida, o al menos a intentarlo»²¹.

Tal era la situación que, en septiembre de 1909, el Congreso de Emigración solicitó al gobierno incorporar a la redacción del articulado del Reglamento provisional de emigración la prohibición de agencias, reclutadores e información engañosa²². Sin embargo, en 1912 el problema no se ha resuelto, como señala en su memoria del viaje en el vapor *Córdoba* el inspector Guillermo Summers: una práctica habitual consistía en el reclutamiento de los emigrantes «descaradamente en forma de leva, mediante el antiguo y lucrativo género de agentes llamados ganchos, prometiéndoles una vida mejor y captándoles con el engaño

y en beneficio propio, a través de una red de explotadores, que se extiende en el interior del país y que vive a su costa, «que los estrujan desde que salen de sus casas hasta que pisan la cubierta de un barco, haciendo de ellos la más inicua explotación».

Con el fin de conseguir emigrantes, estos ganchos se trasladaban hasta los «pueblos y caseríos más recónditos... Solo así se explica que vengan de un mismo pueblo, y a lo mejor de una aldea insignificante, grupos de 6 u 8 familias, que forman un total de 25 o 30 personas, que reunidos, y para salir en un mismo vapor, se dirigen a un país, que no conocen en absoluto y en el que no tienen tampoco familia ni otro aliciente que el porvenir que con brillante color les han pintado».

Esto era posible por la connivencia entre las casas consignatarias que participan en su mantenimiento y las hospederías de los pueblos donde «explotan además al emigrante con engaños y trapacerías de todo género, haciendo además de ellas el centro de enganche de polizones, en inteligencia o no con tripulantes de los barcos, y desde luego en la mayoría de los casos con los mismos cocineros y bodegueros que embarcan por ministerio de la Ley; en una palabra, parece que no hubiese una Ley de Emigración». Tropelías, que podían evitarse con una adecuada información a los emigrantes, como ya señalaba el inspector Summers: «Es de toda urgencia necesario organizar la información para los emigrantes, en el interior de España, para sustraerles de la red de explotadores»²³.

Esta necesidad de información real y fidedigna al emigrante es una cuestión que se plantea de forma reiterada en numerosos informes. Entre las medidas propuestas figuran la constitución de patronatos protectores de los emigrantes españoles en América, la edición de guías y folletos actualizados, la creación de un patronato en cada pueblo como un servicio de información y

²⁰ FERNÁNDEZ FLÓREZ, A. L.: La Inspección en los buques Arlanza, Sierra Morena, Zeelandia y Andes. Los emigrados españoles en el Brasil, 1928.

²¹ LLORCA BAUS: Los barcos de la emigración, 1992, p. 92.

²² VÁZQUEZ GONZÁLEZ, 2002.

²³ SUMMERS, G.: Memoria del viaje realizado a Montevideo y Buenos Aires en el vapor *Córdoba*, 1912.

asesoramiento al emigrante, una enseñanza especializada, en sustitución de las escuelas para emigrantes, y por último la nacionalización del tráfico, «que vengan menos buques extranjeros por emigrantes y más para carga; que, cerrando sus escotillas para ésta, no busquen en el transporte de aquéllos lucros enriquecedores; que no menudee, como hasta la fecha, el caso de que nuestras mercancías tengan que ir buscando fletes más baratos a puertos extranjeros y a los mismos buques que días después recalcarán en puerto español para hacer un lucrativo soborno a costa de nuestros desdichados»²⁴.

En 1916, la Real Orden de 6 de abril, dictando reglas para evitar ciertos abusos de que vienen siendo objeto los emigrantes, comenzaba diciendo «ante las denuncias formuladas por los Inspectores de Emigración al Consejo Superior... sobre repetidos abusos de que vienen siendo objeto los emigrantes que, debidamente autorizados para embarcar previa revisión de sus documentos, son arbitrariamente pospuestos a otros que después se presentan a título de tener reservados billetes, implicando este contratiempo, artificialmente provocado por ilícita industria, manifiesto agravio al derecho y al interés de los primeros, forzados a permanecer y consumir en el puerto sus limitados recursos mientras sale otro buque; odiosa práctica que brinda margen a la corruptela de reservar pasaje a personas carentes de las condiciones legales para emigrar..., obligados a protegerles contra las artimañas explotadoras de ganchos y agentes clandestinos aca paradores de las plazas disponibles en cada barco».

En 1917, la revista *La Emigración española* (año V, núm. 13) constata sin embargo que «la información al emigrante es cosa muerta: dos años planteando el asunto... y vengan largas. Parece como si hubiese gran interés en que el emigrante camine siempre a ciegas, para poder ser explotado por todo aquel que se le antoje».

²⁴ Consejo Superior de Emigración: La emigración transoceánica española, 1911-1915, 1916, p. 554.

Documentos y más documentos

Otro de los inconvenientes más denunciados en prensa e informes es la ingente cantidad de documentos de los que era necesario proveerse para embarcar, cuya recopilación se convertía, en muchos casos, en una aventura cara, larga y tediosa.

Antes de la promulgación de la Ley de 1907, los emigrantes debían recabar una amplia documentación para embarcar. Los requisitos para la obtención del pasaporte que exigía la Real Orden de 1853 a quienes deseaban emigrar a las colonias españolas o a los estados de México y América del Sur eran casi imposibles de cumplir para la mayoría de los potenciales emigrantes, en especial el depósito de 6.000 reales o la fianza obligada para los varones en edad de servicio militar.

Esta es la relación de documentos a presentar ante el Gobernador civil a partir de 1883²⁵:

- Los varones mayores de 35 años y mujeres mayores de 25, la cédula personal, que debía contener sus datos y sello de la oficina correspondiente.
- Las mujeres solteras y los menores de 25 años, autorización de padres o tutores, que debían ser concedidas ante notario o ante el alcalde del lugar de donde procedían.
- Menores de quince años, partida de bautismo legalizada «si procedieran de otra provincia o, visada por la alcaldía correspondiente, si son de la misma en que efectúan el embarque».
- Los varones de 15 a 35 años, certificado de «hallarse libres de toda responsabilidad de quintas, o de haber asegurado que están a las resultas, consignando el depósito de 2.000 ptas. en metálico».
- Aquellos varones que se encuentren en reserva activa, una licencia del Capitán

²⁵ Regla 1^a de la Real Orden de Gobernación de 10 de noviembre de 1883.

General del distrito respectivo, que «les autorice para efectuar su embarque o ausentarse de la Península, con arreglo a lo dispuesto en el R.O. del Ministerio de la Guerra de 23 de Octubre de 1883».

- Las mujeres casadas, permiso de sus maridos, visado por el alcalde del pueblo de su vecindad.
- Certificación de no estar «procesados ni sufriendo condena, expedida por la misma alcaldía y visada por el Gobernador de la provincia respectiva».

Aunque estos requisitos fueron variando en función de las distintas normas (apenas unos años más tarde, en 1888, aumentaron las trabas para varones menores y mujeres solteras), en líneas generales, solían ser exhaustivos y costosos en tiempo y recursos, amén de tener una característica común: «intentaban controlar la salida de las mujeres solteras (o de las casadas que no tuvieran autorización del marido) e impedir la partida de los varones jóvenes en edades próximas a su llamada a filas»²⁶.

Como suele suceder en estos casos, a fin de soslayar este cúmulo de requisitos para poder salir del país, junto a las salidas por puertos extranjeros y los embarques de altura, surgió toda una red de especialistas en el engaño, falsificadores de documentos e intermediarios de todo tipo.

La Ley de 1907, tras proclamar *ab initio* su carácter tutelar y el concepto legal de emigrante, dice de forma explícita que «todo documento que deba exigirse al emigrante para salir del territorio español se extenderá en papel común y será expedido gratuitamente y en el plazo máximo de tercero día».

Unos años más tarde entra en vigor la Cartera de Identidad para los emigrantes, que simplificaba los trámites y documentos que debía poseer y presentar el emigrante. Por su

parte, el Decreto Ley de 24 de marzo de 1926, sobre control de los emigrantes en edad militar, exigía en su artículo 6 a los mozos de 16 a 20 años que quisieran dirigirse a América abonar «una cuota progresiva, basada en relación a la proximidad del año de su alistamiento, al importe del pasaje y a las rentas que poseyera su familia».

Las mujeres tenían además que cumplir una serie de requisitos y condiciones añadidas. Según el Decreto de 9 de diciembre de 1927 «las mujeres solteras, menores de 25 años que no hayan de emigrar en compañía de sus padres, abuelos o tutores, o que no marchen a reunirse con sus respectivos guardadores legales, si éstos se hallasen emigrados, necesitarán para que se les autorice la expatriación, justificar por medio de documento fehaciente, que en el país a que se dirigen quedarán bajo la vigilancia y amparo de personas de su familia o de otras de reconocido arraigo que ofrezcan solvencia moral bastante, para permitir que junto a ellas no habrán de caer en corrupción de costumbres».

Por último, el Real Decreto de 24 de enero de 1930 sustituye la Cartera de Identidad por el Pasaporte para Emigrantes, con el fin de simplificar los trámites y «el requerimiento del pasaporte en numerosos países». El nuevo pasaporte debía adecuarse al modelo internacional y para solicitarlo, el aspirante a emigrante debía dirigirse a la Junta local de emigración, que «tras comprobar la exactitud de los datos y la situación legal de la persona, remitía la propuesta a la Inspección de Emigración de su zona, que finalmente expedía el pasaporte».

Conseguir toda esta diversa y prolífica documentación supuso siempre una ardua tarea y un desembolso importante de gastos de los que, gran parte, eran destinados al enriquecimiento de los ganchos y de todos aquellos que vivían a costa de la explotación de los emigrantes, como podía ser el caso de los hosteleros: «Casi todos los posaderos tienen convertidas sus posadas en verdaderos arsenales de documentos, con los que proveían a los emigrantes

²⁶ SALLÉ ALONSO, 2009, p. 46.

que carecían de todos o de alguno de ellos. En las posadas se falsifican también varios de los documentos de presentación forzosa, pues disponían de sellos de juzgados municipales, ayuntamientos, feligresías, zonas militares, etc.; en ellas se encontraba solución para todo, incluso para problemas que no la tenían»²⁷.

A bordo también hay clases

Conseguidos estos documentos, las condiciones de los pasajeros en los buques variaban enormemente según el tipo de pasaje, y reflejaba las diferencias de clases sociales. Mientras que en primera clase, la travesía se realizaba entre el lujo y las comodidades, el pasaje de tercera reservado para los emigrantes, sufría la travesía en unas condiciones deplorables, caracterizada por las incomodidades, el hacinamiento, la falta de higiene, calor y abusos generalizados.

La clase de los emigrantes, considerando emigrante a quien realice la travesía en clase tercera, «no disponía, naturalmente, de ninguna comodidad, menos aún de camarotes. Consistía en la distribución de centenares de literas –por llamarlas de algún modo– en los entrepuentes de las bodegas. Oscuridad, hedor, humedad y un ruido infernal es a lo que daba derecho un pasaje en clase emigrante. O, como alternativa, un viaje a la cruda intemperie, opción preferida por no pocos viajeros»²⁸.

En la *Memoria sobre la emigración española transoceánica entre 1911-1915*, redactada por la Sección tercera del Consejo Superior de Emigración, se detallan las precarias condiciones de los viajes realizados con pasajes de tercera: «la falta de ventilación natural, el riesgo de escape de los tubos de vapor ubicados en las bodegas; precarias enfermerías; escalas de acceso peligrosas; promiscuidad (turcos, sirios, hebreos...) e incluso la desinfección peligrosa

y maloliente (resultante del uso del ácido sulfuroso o fénico que producían casos de asfixia».

En una carta enviada por León Trotski durante uno de sus viajes hacia Argentina, se describe la situación de los pasajeros de tercera del buque: «Duermen apretados, muévense poco, casi no hablan, pues comen muy mal. Taciturnos, peregrinando de unas necesidades y fatigas a otras, veladas por lo desconocido. América trabaja para Europa que lucha y necesita mano de obra fresca pero sin tracoma, sin anarquismo y otras enfermedades»²⁹.

Además, los precios de los pasajes podían ser diferentes según los puertos de embarque. Los de tercera tenían un precio inferior en los puertos del Mediterráneo español, «lo cual motivó –señala Llorca Baus– que una parte de la emigración castellana, desenfilara de los puertos gallegos para encaminarse a los de Levante y el Sur, especialmente en los momentos en que los pasajes costaban la mitad, agregándose la ventaja de que los medios billetes se concedían hasta edades más avanzadas que en el Norte, e incluso se expedían hasta cuartos de pasaje, figura desconocida en el puerto de Vigo».

No solo se detectaban anomalías en cuanto al precio de los billetes, sino que era costumbre más habitual de lo normal, la venta de mayor número de billetes de la que podía soportar la capacidad del buque, que se realizaba aprovechando las escalas en los puertos extranjeros, despachándose billetes «sin derecho a cama» o «montando literas en las escotillas» como denuncia el inspector Fernández Flórez en la memoria de inspección realizada a bordo del vapor *Sierra Ventana*, en 1922³⁰.

Al precio del billete, que oscilaba según la clase de pasaje, y al que había que sumar el importe de los derechos consulares y de la necesaria documentación, se añadían todos aquellos gastos que tenía que realizar el emi-

²⁷ AZCONA, 1992, p. 79-80.

²⁸ SALLÉ ALONSO, 2009, p. 49.

²⁹ TROTSKI, 1975, p. 138.

³⁰ FERNÁNDEZ FLÓREZ, A. L.: Memoria de un viaje de inspección en el vapor Sierra Ventana, 1922.

grante en las etapas previas a la llegada a la costa, la estancia en el puerto de embarque, que podía prolongarse varios días, los gastos invertidos en la preparación del viaje y los necesarios para la travesía, así como los gastos de vida iniciales en un mundo desconocido, lejos de casa. Tamaños gastos suponían para muchos no sólo despojarse de todas sus pertenencias sino endeudarse para sí o para sus familiares durante bastante tiempo.

Para atender la demanda viajera de tantos emigrantes de los años de éxodo masivo, quince fueron los puertos autorizados para el embarque de emigrantes en las costas españolas: Almería, Barcelona, Bilbao, Cádiz, Coruña, Gijón, Las Palmas, Málaga, Palma de Mallorca, Santa Cruz de la Palma, Santa Cruz de Tenerife, Santander, Valencia, Vigo y Villagarcía. Los de Vigo y Coruña fueron con mucho los más importantes, seguidos de los de Barcelona, de los puertos andaluces, de Santander y de Canarias.

Durante los primeros años del siglo XX eran otros muchos los puertos desde los que se partía hacia América, no sólo desde España. Con el fin de evitar los múltiples trámites burocráticos, o bien para eludir el servicio militar, un número importante de personas embarcaba en puertos extranjeros, como Lisboa, Oporto, Le Havre, Burdeos o Gibraltar. En uno y otro caso, había cierta especialización en los trayectos: Canarias, Asturias, Cantabria y Coruña a Cuba; Pontevedra, Portugal y Gibraltar a Brasil; y el resto al Río de la Plata.

La elección de uno u otro puerto estaba determinada por la cercanía al lugar de origen y el precio de los pasajes, que podía variar según el puerto de embarque. Sin olvidar la gran influencia que ejercía la propaganda y la de los llamados ganchos o la existencia de líneas marítimas con ruta directa al lugar de destino.

La estancia en el puerto muchas veces se alargaba varios días, tanto por la necesidad de solucionar trámites como para esperar la llegada del barco en el que habían de partir. En un territorio que las personas procedentes del

interior desconocen por completo, la explotación iniciada por los ganchos continúa por parte de los consignatarios que hacen caso omiso de los derechos de los emigrantes.

El fraude comienza en la propia designación de los consignatarios, pues era habitual que figurases como tales empleados de la compañía, para cumplir con la exigencia de nacionalidad española del artículo 91.2 del Reglamento de 1908, aunque en la práctica los consignatarios fuesen extranjeros, y continúa con la práctica habitual de ocultar al emigrante las restricciones impuestas por los países de destino para no perder su comisión.

Tan o más grave que estas triquiñuelas de los consignatarios eran, como ya se ha indicado, los engaños derivados de la actuación de los dueños de los alojamientos desde posadas, casas de huéspedes o viviendas de alquiler a «tugurios de a 25 céntimos la noche» o incluso descampados al aire libre en las afueras de la población, en que los emigrantes esperaban la llegada de los buques.

Estos hospederos actuaban como verdaderos agentes de enganche, pues enviaban ganchos a recorrer los pueblos «con casi total impunidad, debido a las limitaciones de personal del cuerpo de inspectores» para reclutar emigrantes a los que explotar antes de embarcar para América.

«Los dueños de estos albergues –dirá el Consejo Superior de Emigración–, en general, ejercían funciones de agentes de embarque. A veces, se llegaba a extremos de usura tales que quedaban los objetos personales como prenda, al no poder pagar el aldeano tan elevados precios, o bien ante cualquier retraso de los buques que dilataba su estancia (...) este personal provisional de la sección de Fonda se encontraba asociado y establecía sus propios turnos de embarque. No eran hombres de mar, ni siquiera profesionales de hostelería y ya desde tierra comenzaban a «arranchar» a los pasajeros de tercera.

En determinadas fechas del mes, solían aglomerarse (...) centenares e incluso milla-

res de emigrantes, esperando la arribada de los buques, por lo que el alojamiento se convertía en un gravísimo problema. Se cometían entonces numerosos abusos en precios, hacinamiento de personas en las habitaciones y toda suerte de atropellos. Además, muchos de los propietarios de estas casas de huéspedes, eran al propio tiempo agentes ante las casas consignatarias, que ofrecían al mejor postor al grupo de emigrantes que hubieran recluido en sus propias fondas».

Como señala D’Ozouville, «desde que el emigrante se alojaba en casa del posadero, más que un huésped era un verdadero secuestrado». Los medios empleados por los posaderos para apoderarse de los documentos personales y los cuartos de los emigrantes eran variados. En las posadas se falsificaban documentos, se explotaba al emigrante y eran «los lugares de reunión preferidos por los celestinos y celestinas dedicados a la trata de blancas». Y concluye: «de todos los elementos que perturban el régimen de la emigración, seguro que no hay ninguno tan perjudicial como el actual posadero, precisando por tanto reforzarle o procurar su desaparición».

¡A la mar!...

Sin desdeñar la loable intención de las abundantes normas dictadas a partir de 1853 en orden a proteger al emigrante de los abusos y fraudes de reclutadores, ganchos, consignatarios, posaderos, hospederos o navieras, no es menos cierto que, a pesar de desarrollarse en un breve lapso de tiempo, las circunstancias del embarque podían convertirlo en un nuevo tormento para quienes habían logrado reunir toda la documentación requerida para viajar, llegar a puerto y sobrevivir a esa ingente red de explotadores: la lluvia, el viento, la oscuridad, el oleaje, la suciedad de los botes y la desidia o la procacidad de quienes los manejaban convertían en ocasiones el embarque en un suplementario suplicio.

El acto del embarque de los emigrantes en el buque que había de transportarlos a América era hasta 1907 el último eslabón

de la cadena protectora del Estado. Hasta la promulgación de la primera Ley de Emigración, la tutela legal y administrativa finalizaba en cuanto el emigrante subía a bordo. Sólo después de esta norma, con la creación de las Juntas Locales de Emigración y de la figura de los Inspectores de Emigración, la acción tutelar se amplía a los requisitos de los buques de transporte y a las condiciones mismas de la travesía marítima.

El embarque realizado al vapor *Amiral Troude* en el puerto de Vigo en octubre de 1911 y descrito por el inspector en viaje Díaz Barea, habla por sí solo de las condiciones en que éste se realizaba habitualmente:

«En la noche del 25 de Octubre la cubierta del *Troude* ofrecía un espectáculo bien triste y poco en armonía con las disposiciones protectoras y tutelares de la Ley de Emigración, las muy pocas bombillas de incandescencia de que el buque dispone en cubierta se colocaron de modo que culminaran las maniobras de carga durante gran parte de la noche; en la parte de cubierta en que podría estar el pasaje reinaba la mayor obscuridad y aquella masa grande de emigrantes entre que no sabía cual era su alojamiento, ni tenía número, ni noción de lo que era una litera pasó la noche tendida en los callejones donde encontraba protección entre la lluvia y viento del temporal; mojados, sin comer desde el medio día pasaron la noche última que pasaron en puerto esperando comenzar su viaje de emigración»³¹.

Los inspectores Lissarrague a propósito del embarque en el vapor *Highland Brae*³² o Ángel Gamboa³³, entre otros, se detienen en

³¹ DÍAZ BAREA, R.: Memoria del viaje de inspección verificada desde el puerto de Vigo a Buenos Aires, 25 Octubre de 1911 a 18 de Noviembre del mismo año, a bordo del vapor *Amiral Troude* (Chargeurs Reunis).

³² LISARRAGUE, J.: Memoria del viaje realizado en el vapor *Highland Brae*. Madrid, 1913.

³³ GAMBOA NAVARRO, A.: Memoria del viaje a Buenos Aires a bordo del vapor *Columbia* de la compañía austro-americana de Trieste, 1913.

sus memorias de forma detallada en la descripción de los embarques e indican igualmente las grandes dificultades surgidas por el crecido número de emigrantes conducidos casi siempre a bordo en lanchas a la vela y remo, lo cual viene a dificultar más la operación y efectuarse con muy mal tiempo y de noche:

«A medida que entraban a bordo se les asignaba a cada uno su litera, distribuyéndolos en ranchos para las comidas, vacunando también a los que no lo estaban, que eran los menos (...) esta operación de vacunar al propio tiempo de verificar el embarque es muy penosa en los casos de gran número de emigrantes pues aquel se hace sumamente lento, esperando en las lanchas o remolcadores atracados al costado mucho tiempo y perjudicando así, sobre todo a las familias que llevan niños, que a todo trance desean verse pronto instalados de una vez a bordo y si a esto se añade que esté lloviendo, se comprenderá lo poco práctico y sobre todo poco humano que resulta la vacunación en la forma que previene el art. 7º de las *Instrucciones provisionales para Inspectores en viaje*, siendo mucho mejor, en bien de los emigrantes y del servicio, que la vacuna se haga pocos días antes de la llegada al puerto de destino, siempre que no haya temor de epidemia, pues otro inconveniente, y no pequeño, es el gran número de enfermos, aunque no de importancia, a que da lugar dicha operación por la fiebre más o menos alta que produce en la mayoría de los vacunados, sobre todo en los niños»³⁴.

Una penosa y larga travesía

En los años de las memorias inspectoras (de 1909 a 1932), el tiempo que llevaba cruzar el Atlántico se había reducido a menos de la mitad desde la época de la navegación a vela de principios del siglo XIX.

³⁴ GAMBOA NAVARRO, Á.: Memoria del viaje realizado a Buenos Aires en el vapor Manchester City de la compañía Argentina Cargo Line, 1912.

La mayoría de las veces los inspectores realizan de forma minuciosa en las memorias de viaje una descripción de las características generales de los buques y el examen del cumplimiento de las condiciones que las sucesivas normas y sus modificaciones establecen para los barcos de las grandes navieras dedicadas al transporte de emigrantes.

Eran los pasajeros de tercera clase, es decir los emigrantes, quienes garantizaban el beneficio económico de estas navieras y aunque lejanos ya los tiempos en que el cómitre «espantaba moscas» de las espaldas de los galeotes con su azote, las tres semanas habituales de travesía oceánica todavía podían suponer serias inconveniencias, cuando no contrariedades más dramáticas, para los pasajeros de tercera, al tiempo que constituyan un lucrativo negocio para otros, en tierra y a bordo. Sin embargo, el transporte de emigrantes se seguía realizando en el primer tercio del siglo XX, la mayoría de las veces, en condiciones lamentables de hacinamiento, falta de higiene, explotación y maltrato por parte del personal del barco.

El negocio se rentabilizaba aún más con el comercio de mercancías (conservas de pescado, harinas, herramientas...) y la importación de productos coloniales, como el azúcar o el cacao, en los mismos buques en que se transportaban las personas y, en ocasiones, en los mismos espacios. Los explotados en tierra firme seguían siendo desvalijados en la mar.

Aunque los coloridos carteles publicitarios, los reportajes en las revistas, los catálogos para los pasajeros de las navieras o incluso los libros actuales que abordan la gloriosa época de las grandes navegaciones intercontinentales dedican la mayor parte de sus páginas y, desde luego, la inmensa mayoría de las ilustraciones a documentar el lujo de las instalaciones de primera clase y el relajado disfrute que sus distinguidos pasajeros hacían de ellas, lo cierto una vez más es que el negocio estaba en la venta de billetes de tercera clase y el transporte de emigrantes.

Factores como el embarque de pasajeros enfermos, el amontonamiento de los sanos, la falta de higiene de personas, ropa e instalaciones, las epidemias a bordo, la precariedad de la alimentación, la insuficiencia de los servicios sanitarios y la incomodidad de los alojamientos contribuían a que fuesen frecuentes la enfermedad y la muerte de viajeros durante la travesía.

Las impresiones y vivencias de los inspectores a bordo de los grandes vapores transatlánticos reflejan un viaje desagradable y realizado, por regla general, en condiciones de gran precariedad para los infelices emigrantes.

El transporte de ganado vivo en los buques agravaba aún más las penalidades de las travesías y hacía aún más difícil e insalubre la travesía y la vida a bordo del pasaje de tercera, como relata el inspector Cabronero: «La cubierta de popa del buque iba casi totalmente ocupada con establos en que se encerraban ejemplares de reproductores de raza bovina y lanar destinados a la Argentina; lo que disminuía en casi la mitad de su totalidad la superficie libre en cubierta»³⁵.

Además los animales dificultaban en ocasiones la circulación por la cubierta del buque, «pues a la jaula para 12 equinos a proa y para 6 más a popa se unían un corral para los 10 bueyes, cuya carne se destinaba a consumo del pasaje y el buen montón de metros cúbicos ocupados por las balas de heno destinadas a cama y comida durante la travesía de esta cabaña de 28 cuadrúpedos»³⁶.

En general, el espacio destinado a alojamiento para los emigrantes se encontraba en los soddados o bodegas, situados bajo la cubierta del barco, donde se colocaban colchonetas de lana o de paja o en literas de dos o tres literas³⁷.

³⁵ CABRONERO, J.: Memoria del viaje realizado a Brasil a bordo del vapor *Highland Hope*, 1930.

³⁶ DÍAZ BAREA, R.: Inspección en viaje. Memoria de la practicada a bordo de los vapores *Amiral Jaureguiberry* y retorno en el *Malta* de la compañía *Chargeus-Réunis*, 1912.

³⁷ DE LA MADRID ÁLVAREZ, 1990, p. 968.

Entre los detallados requisitos establecidos por la ley, se exigía que los alojamientos para los emigrantes fueran cerrados, sobre cubierta y en dos entrepuentes bajo cubierta con un puntal mínimo de 1,90 metros. Esto suponía que cada emigrante tenía un espacio de 2,75 metros cúbicos, y un espacio mínimo en cubierta de 0,45 metros cuadrados. Asimismo se establecía que los alojamientos debían disponer de escotillas, un aparato de desinfección a vapor, luz eléctrica, ventiladores, literas de hierro de 1,80 a 1,83 x 0,50 metros con colchón, almohada y un cubrecama o una lona estirada en vez de colchón cuando la temperatura permanente en el alojamiento fuera superior a 25 grados. Y se precisaba que los niños mayores de 7 años debían alojarse con los hombres, y las «niñas, sea cualquiera su edad, con las mujeres»³⁸.

Debido a las altas temperaturas habituales y al usual exceso de pasaje, el abastecimiento de agua dulce devendría cuestión fundamental durante la travesía.

La ley fijaba la ración de agua por persona y día en cinco litros. Esta debía ser almacenada en aljibes de hierro, limpios y bien conservados, y que pudieran mantener el agua a una temperatura inferior a los 15º, pero estas condiciones no siempre se cumplían. Sin embargo, por ejemplo, el inspector Fernández Flórez denuncia que la temperatura del agua en el vapor *Formose* llegó a alcanzar los veintiocho grados «y hubiera alcanzado más si yo no esperase este acontecimiento para evitarlo rápidamente»³⁹.

Del mismo modo, las memorias de viaje denuncian de forma reiterada la insuficiente capacidad de los aljibes, la incapacidad del aparato de destilación para producir agua dulce en la cantidad marcada por la normativa, así como el escaso número de grifos o su incorrecta instalación y funcionamiento,

³⁸ LLORCA BAUS, 1992, p. 110.

³⁹ FERNÁNDEZ FLÓREZ, A. L.: *El Formose, el Cap Norte y la emigración al Brasil. Memoria de un viaje de inspección*, 1925.

que pudiesen proporcionar un correcto servicio del agua:

«Desde hace seis años –dice Fernández Flórez del Alfonso XIII– los emigrantes que hayan viajado en este buque han tenido que sufrir la desagradabilísima molestia de no disponer más que de agua caliente para aplacar su sed»⁴⁰.

Junto al agua, otro aspecto de vital importancia durante la travesía era la ventilación de los buques, tanto en el dormitorio del emigrante como en los espacios destinados a comedores. La necesidad de determinar la aireación mínima para evitar un ambiente insano durante el viaje es un aspecto en el que también insisten las memorias de los inspectores de forma constante, ya que «el aire se enrarece en los alojamientos y el olor a cuerpos hacinados y a pintura expulsan a los emigrantes sobre cubierta. En los alojamientos el calor les aniquila; en la cubierta les esperan las pneumonías, pleuresias [sic], etc.»⁴¹.

Sobre la higiene y la comida

Según el Capítulo V del Reglamento para la aplicación de la ley de 1907, donde se fijaban las condiciones de los buques dedicados al transporte de emigrantes, era requisito que fueran instalados a bordo cuatro lavaderos con entrada y salida de agua independiente y con servicio de agua dulce de una hora al día, si el buque transportaba hasta 300 emigrantes y de dos o tres, si transportaba de 300 a 600 o más de 600 respectivamente. Además de estos cuatro lavaderos, los barcos debían tener a disposición de los emigrantes un local para duchas de hombres y mujeres. En cuanto al número de retretes, deberían existir (artículo 147) dos locales uno para mujeres y otro para hombres, en proporción al número de emigrantes que trans-

portara el buque: desde un total de tres (dos para hombres y uno para mujeres) si transporta menos de 100 emigrantes, hasta un total de doce, ocho para hombres y cuatro para mujeres, si el buque transporta entre 700 y 1.000 pasajeros de tercera. Las normas dictaban que todos estos locales debían estar debidamente divididos por mamparos o planchas de hierro y disponer de servicio de agua corriente y alumbrado, eléctrico o de faroles de aceite.

Sin embargo, de los informes de los inspectores se desprende que esta normativa era incumplida de forma reiterada y las condiciones higiénicas de lavabos, lavaderos, retretes y urinarios de los buques presentan un panorama desolador y escasas veces resultan aceptables:

El *Spaerndam*, por ejemplo, no disponía de baños sino de duchas, ubicadas en el departamento de los lavaderos sin separación alguna entre ellos, obligando a quien las utilizaba –hombre o mujer– a desnudarse y vestirse «entre las gentes que estén en el lavadero»⁴².

En otros buques, como el *Caroline*, los urinarios para emigrantes, consistían simplemente en «una larga media caña de hierro de unos 2,50 metros» por lo que era frecuente que se atascaran y desbordaran. En este barco, el agua sucia alcanzaba más de un palmo en los sitios de mayor profundidad, salía por un pasadizo hasta los dormitorios, se estancaba, se desbordaba sobre cubierta, caía por las escaleras «y era llevada en los pies de los emigrantes a todas partes»⁴³.

En ocasiones no sólo estaban sucios sino que ni siquiera se podía acceder a ellos. Lavabos y lavaderos quedan inutilizables durante la travesía, bien por estar ocupados para otros fines: en el *Caroline* estos espacios «servían de almacén de efectos destinados a otros servicios y presentaban el mismo grado de sucie-

⁴⁰ FERNÁNDEZ FLÓREZ, A. L.: Memoria de un viaje realizado a bordo del vapor Alfonso XIII de la Compañía Trasatlántica, el 24 de octubre de 1922.

⁴¹ FERNÁNDEZ FLÓREZ, A. L.: Memoria de un viaje de inspección a bordo del vapor Sierra Ventana, 1922.

⁴² FERNÁNDEZ FLÓREZ, A. L.: Un viaje a Nueva Orleans a bordo del vapor Spaerndam, 1928.

⁴³ FERNÁNDEZ FLÓREZ, L. A.: Memoria de un viaje en el vapor Caroline, 1926.

dad que el resto del buque»; bien por realizarse negocios por parte de la tripulación con este servicio: en el *Formose*, el inspector comprueba que se cierran los baños con el objeto de recibir propina de los emigrantes que desean utilizarlos; en el *Spaanrdam* los lavaderos se abren con llaves de tuerca, por lo que los emigrantes no han de poder servirse de ellos sin la intervención de personal de a bordo.

En cuanto a alimentación, los buques debían llevar suficientes víveres, con la variedad y cantidad consignadas en la Ley de emigración y supervisadas por los Inspectores de Emigración en puerto, con arreglo al criterio previamente fijado por el Consejo Superior.

Pero, durante algún tiempo parecía pensarse que el pasajero de tercera no necesitaba alimentarse, ya que la ley no exigía ofrecer al pasaje de tercera un servicio de comidas y en la mayoría de los buques destinados al transporte de emigrantes no existía un espacio habilitado para comedor.

Los informes de los inspectores expresaban la necesidad de exigir la instalación de mesas y bancos desmontables «con el laudable propósito de evitar el repugnante espectáculo que ofrece ver a los emigrantes comiendo en el suelo, sobre la cubierta del barco, en pugna con los más elementales preceptos higiénicos», así como «prohibir que las vasijas que se utilizan para la comida se limpian en los recipientes destinados a lavar las ropas sucias», en palabras de Díaz Barea en 1910, en su viaje de inspección a bordo del vapor *Giessen*⁴⁴.

Doce años más tarde las cosas no habían cambiado demasiado, pues en 1922 Fernández Flórez describe la hora de la comida en el *Flandre* de esta forma:

«Los emigrantes comen sobre cubierta, sentados en el suelo, sosteniendo el plato en sus manos, haciendo de los cuarteles de las escotillas las mesas de que carecen. Cuando estos buques llevan el completo de pasaje, la comida en tales condiciones debe de ser una

terrible incomodidad. En los días de temporal, estas condiciones se hacen mucho más penosas, porque entonces la comida se efectúa en el sollado cuyo aire se satura del olor de los alimentos, y cuyo suelo se ensucia con los desperdicios. Entonces son las literas las que hacen veces de mesas y el hacinamiento de los emigrantes en aquel local es singularmente desagradable y molesto»⁴⁵.

Las compañías navieras, reticentes a la instalación de comedores, argumentaban que esta innovación podría repercutir en el alza del precio del pasaje. En este sentido, los inspectores constatan como algunas cuentan con magníficas instalaciones y cobran el mismo precio que las que nada sacrifican a la comodidad del pobre emigrante.

Solo cuando fueron obligadas por las leyes de algunos países, las navieras se prestaron a incorporar a sus barcos más modernos espacios destinados específicamente para comedor de los emigrantes. Sin embargo, las normas de acondicionamiento seguían siendo totalmente insuficientes y el lugar destinado para comedor no era, en muchos de los casos, el más idóneo.

Además, hay que añadir que las escasas dimensiones de los comedores y las condiciones en que se instalan son, por regla general, tan precarias que su capacidad no permite dar de comer a todos los emigrantes que transporta el buque, no obstante «el evidente derecho del emigrante a una mesa donde comer», y dificulta hasta tal punto el reparto de raciones que el tiempo para cada comida dura más de hora y media⁴⁶. Por otro lado, estos nuevos comedores de emigrantes, debido al poco espacio y al hacinamiento registrado durante las comidas, se convierten en lugares donde la convivencia se hace difícil y se constituyen en «centro de protesta por la fácil comunicación entre los comensales»⁴⁷.

⁴⁴ DÍAZ BAREA, R.: Viaje de inspección a bordo del vapor *Giessen*, de la Norddeutscher Lloyd, 1910.

⁴⁵ FERNÁNDEZ FLÓREZ, A. L.: En el *Flandre*. Memoria de un viaje. 1922.

⁴⁶ DÍAZ BAREA, R.: Memoria del viaje de inspección verificado desde el puerto de Vigo a Buenos Aires, 25 Octubre de 1911 a 18 de Noviembre del mismo año, a bordo del vapor *Amiral Troude*, 1911.

⁴⁷ FERNÁNDEZ FLÓREZ, A. L.: Memoria de un viaje en el vapor *Caroline*, 1926.

La descripción de las instalaciones de cocinas y demás elementos relacionados con la alimentación del pasaje de tercera, como cantinas, neveras, calderas y utensilios de cocina, ocupa también abundante espacio en las memorias de viaje.

El tipo de comidas servidas a los emigrantes merece especial atención. Según el artículo 111 del Reglamento de Emigración, al dorso del billete debía especificarse el horario y composición de las comidas bajo tres epígrafes: almuerzo, comida y cena. Los inspectores debían cuidar de que se cumpliera lo allí consignado, según el punto 1º del artículo 14 de las *Instrucciones de los Inspectores de Emigración*. Sin embargo, el Reglamento era constantemente incumplido, como relata el inspector Díaz Barea sobre su viaje en el *Amiral Troude*.

En el apetito del emigrante durante las travesías influían factores como el calor o la falta de actividad a bordo, pero hay un elemento común no sólo al emigrante español sino a todo el pasaje del buque, cualquiera que sea la clase en que viaje, y es la relativa a la comida en las navieras extranjeras, es decir, las de bandera diferente a la de nacionalidad del pasajero⁴⁸.

La recomendación sobre la «imperiosa necesidad de que la ley declare obligatorio el que los buques lleven para servicio de nuestros emigrantes, cocinero español que cocine a la española», formulada en la memoria del viaje en el vapor *Flandre* por el inspector Fernández Flórez, refleja las dificultades y las penalidades constantes sufridas, a cuenta del tipo de comida, por los emigrantes que viajaban en compañías extranjeras y como señala el inspector Summers, «se comprenderá que reuniéndose en un mismo barco viajeros que tienen procedencias distintas y por tanto menús desiguales, han de originarse enseguida cuestiones y protestas; y se comprenderá también que estas tendrán más difícil arreglo cuando

el menú que tiene el capitán en sus instrucciones está precisamente en contra de lo que se exige por los reclamantes»⁴⁹.

Un factor determinante de la calidad de la comida de los emigrantes era, por lo tanto, la figura del cocinero, el cargo más importante de los del personal de servicio y cuya designación corresponde a las compañías. En algunas de las memorias, los inspectores señalan la conveniencia de que, si bien las compañías de navegación no tienen en muchos casos obligación de embarcar cocinero, cuando lo embarquen, ya sea obligatoriamente o por voluntad, sea personal recomendado por el Consejo de Emigración, para evitar los pillajes y la explotación del emigrante durante la travesía.

Instalaciones y servicios sanitarios

Las páginas que las memorias de viaje dedican a las instalaciones y servicios sanitarios para el emigrante y al personal que las atiende son muy abundantes, reflejo de la importancia que el legislador concede al cuidado de la salud del emigrante y su familia durante las travesías.

Antes incluso de la Ley de 1907, el primer Reglamento de Sanidad exterior, de 27 de octubre de 1899, establecía las medidas a adoptar, la organización de los servicios y del personal con objeto de «impedir la importación en la Península e islas adyacentes de las enfermedades contagiosas, y especialmente de las epidemias pestilenciales y de las epizootías».

El Artículo 145 del Reglamento de Emigración de 1908 remite a lo dispuesto en el Reglamento de Sanidad exterior, en el cual se establece que «los buques para transporte de gran número de pasajeros dispondrán de un local para enfermerías», que se situará «en el lugar más apartado posible de los camarotes». La norma exige además que las enfermerías

⁴⁸ FERNÁNDEZ FLÓREZ, A. L.: *El Formose, el Cap Norte y la emigración al Brasil. Memoria de un viaje de inspección, 1925.*

⁴⁹ SUMMERS, G.: *Memoria correspondiente a mi viaje a Montevideo y Buenos Aires en el vapor Córdoba, 1912.*

estén bien acondicionadas y ventiladas y tener capacidad bastante para alojar el 4 por 100 del pasaje de tercera, destinando a cada persona 3,50 metros cúbicos, y a ser posible que dispongan de «sala comedor de convalecientes, otra de operaciones, cuarto de baño y letrina».

En las *Instrucciones para Inspectores en viaje y Médicos de emigración* de 1925 se dispone la gratuitud de la asistencia facultativa de médicos para los emigrantes españoles, así como del servicio de medicinas y del material sanitario. Y aunque la ley exige la presencia de un médico si el número a bordo supera la cifra de 100 emigrantes, la dificultad para cubrir esa plaza en muchos viajes determina que la reglamentación no se cumpla o se supla con la figura de un practicante, en realidad una figura carente de toda formación médica.

Con las enfermerías sucede algo similar a lo que pasa con los médicos: aunque la ley impone su existencia, es frecuente que no existan o que no dispongan de capacidad suficiente para el número de emigrantes embarcados. Una de las descripciones más detalladas de las deficiencias en materia de instalaciones sanitarias se encuentra en la memoria del viaje a bordo del vapor *Amiral Troude*, realizado entre Vigo a Buenos Aires, del 25 de octubre al 18 de noviembre de 1911, por el inspector Ramón Díaz Barea.

Exhaustiva es también la relación de incidencias descritas por el inspector Fernández Flórez sobre el vapor *Caroline*: «carencia de comedor de convalecientes, una sala de operaciones que no puede ser considerada como tal sala por carecer de material, colchonetas de paja en el departamento de infecciosos que va sobre cubierta, un solo baño y dos retretes para todas las enfermerías»⁵⁰.

Un inconveniente añadido era la costumbre de los barcos de nacionalidad extranjera de tener la nomenclatura de las sustancias

medicinales en el botiquín con arreglo a la farmacopea de su país, de forma que los medicamentos no iban rotulados en castellano, como disponía el Consejo de Emigración, sino que llevaban el nombre algunas veces en latín, pero por lo general en la lengua nacional, y «cuando esta es el francés o el italiano no puede haber dificultad, pero cuando es alemán o inglés, la hay, y a veces puede ser grande».

En el *Córdoba*, según relata el inspector Guillermo Summers, el médico de a bordo, alemán, no podía entenderse con el español en ninguna forma, y este se encontraba a menudo imposibilitado para el empleo de algunas sustancias que tenía a la mano y creía no figuraban en el botiquín, empleando a la vez otras, en cuya naturaleza verdadera acaso no tenía completa seguridad. Por esta razón, el inspector propone la inclusión, en el artículo 171 del Reglamento, de un párrafo que exija expresamente que los frascos y demás envases del botiquín tengan siempre la nomenclatura en castellano, además de en el idioma nacional del buque.

El embarque de practicantes y enfermeros, aun considerándolo un personal necesario, dada la cantidad de pasajeros que transportaban los buques en cada travesía, es dejado sin embargo por el Reglamento al arbitrio de las Juntas locales y las propias compañías, de lo que resulta como consecuencia inmediata «que no embarcan nunca o casi nunca», como relata el inspector Guillermo Summers, en su viaje en el *Córdoba* con 800 pasajeros de tercera y dos médicos y que partió sin practicante, circunstancia que no constituye en principio una infracción, «porque es cosa que no está dispuesta taxativamente por el Reglamento... quedando el médico sin más asistentes que el marinero o el bodeguero, cuando no se echa mano de los polizones para realizar el servicio»⁵¹.

⁵⁰ FERNÁNDEZ FLÓREZ, A. L.: Memoria de un viaje en el vapor *Caroline*, 1926.

⁵¹ SUMMERS, G.: Memoria correspondiente a mi viaje a Montevideo y Buenos Aires en el vapor *Córdoba*, 1912.

Continúa el inspector Summers advirtiendo del peligro que entraña para la salud de los emigrantes la inexistencia de los servicios tanto de practicante como de enfermeros: la peor desgracia que puede sobrevenir a un pasajero emigrante es ponerse enfermo y tener que guardar cama por unos días, siendo así muy fundada la voz que se oye en algunos puertos de «en esos barcos los enfermos son tratados como perros y como perros se curan o se mueren».

La vida a bordo

A las variadas molestias provocadas por las deficiencias en las instalaciones del barco o debidas a la falta de atención de la tripulación, se añadían los inconvenientes inherentes a las largas travesías marítimas, durante las que eran frecuentes los mareos provocados por el calor y por los propios movimientos del buque, así como otros trastornos corporales derivados de la humedad, la suciedad o los malos olores.

El mareo, según describe el inspector D’Ozouville, reviste una gran variedad de formas: «a unos les desgarra las vísceras y les deja como muertos, a otros, más afortunados, no sólo les libra de la bilis que tuvieran, sino que incluso les abre el apetito. En cualquier caso, cuando el estómago está vacío, los esfuerzos del vómito producen sufrimientos atroces»⁵².

Este malestar tan común en quienes navegan no es desde luego nuevo. Ya el Licenciado Vidriera cervantino decía que el pasatiempo favorito de los marineros era «ver mareados a los pasajeros». Y aun antes, el sufrido Obispo de Mondoñedo, Antonio de Guevara, ya detalló los numerosos privilegios de la vida en las galeras del siglo XVI con el expresivo título de *El arte de marear*.

Cuando el pasaje había dejado de sufrir este malestar, con apenas unos breves momen-

tos de descanso en los puertos de escala para reponer sus fuerzas y sólo tres días después de la máxima brusquedad en los movimientos del buque, otra molestia de consecuencias más graves arremete contra él: el calor.

En cubierta se podían registrar más de 30° de temperatura; los hierros abrasaban y los toldos filtraban el calor. Treinta grados de calor en una atmósfera cargada de humedad son verdaderamente insopportables. La memoria del viaje realizado a bordo del vapor *Spaarn-dam* en plena temporada calurosa pone de relieve las molestias que a causa del calor sufren los emigrantes en el mencionado buque:

«El departamento número 4, que está situado en el centro del buque, es, por hallarse las escotillas situadas fuera de sus extremos, el peor ventilado. Por el centro de este departamento pasan los mamparos que cierran la cámara de máquinas y calderas, y la falta de material refractario al calor hace que las planchas de hierro que limitan la mencionada cámara se recalienten en forma tal, que la mano no puede permanecer mucho tiempo apretada contra ellas sin notar la sensación de la quemadura.

El piso de este alojamiento padece igual defecto; y por si ello pareciese poco para hacer más imposible la permanencia del emigrante en el local, en el entrepuente inmediato superior, se han instalado las cocinas que se encargan de proporcionar al techo, en algunas partes, la misma calefacción. Hay además camarotes por cuyo centro pasan gruesos tubos conductores de vapor, sin defensa alguna.

Los mamparos que cierran los camarotes, van de cubierta a cubierta dejando una insignificante abertura en la parte superior. Por esto los camarotes que quedan hacia la parte interior del buque son inhabitables. Además al traer estos buques, en el viaje de regreso, un gran número de toneladas de carga, que los sumergen hasta la línea de máxima carga, impide abrir los portillos de luz, lo que empeora la situación.

⁵² D’OZOUVILLE, L.: La tutela del emigrante español, 1915.

Por todo ello en el viaje, de los quinientos pasajeros que transportaba el buque, puede de calcularse que unos doscientos dormían fuera de sus camarotes»⁵³.

Los informes, en fin, también dedican algunas páginas a describir los avatares de los emigrantes extranjeros, como hace el inspector Cano al reflejar en su memoria del viaje realizado en el *Irassim* en 1912, la defunción de un emigrante portugués, a consecuencia de fiebre biliosa, cuyo cadáver, «previas las formalidades de rigor, fue arrojado al mar»⁵⁴.

Los naufragios...

Las condiciones de las travesías eran duras y no eran infrecuentes a bordo la enfermedad y la muerte, pero en ocasiones el océano se llevaba a las profundidades la vida de todos los pasajeros y tripulantes de algún infortunado buque.

Aunque las memorias de los inspectores no mencionan incidentes de naufragios durante sus viajes, es ineludible aludir de forma somera a algunos de los episodios más luctuosos de las travesías migratorias de esos años.

En la madrugada del 5 de mayo de 1916, las calderas del *Príncipe de Asturias* estallaron al colisionar con un arrecife sumergido en Punta Pirabura, Ilha de São Sebastião (Brasil). En apenas diez minutos el barco naufragó, arrastrando al fondo del mar un número indeterminado de pasajeros. Los escasos cadáveres recuperados fueron enterrados en el cementerio de la ciudad de Santos⁵⁵. Para algunos investigadores sin embargo la cifra de fallecidos habría de elevarse hasta 600, la mayor parte de ellos poseedores de billetes baratos, es decir emigrantes, y polizones⁵⁶.

⁵³ FERNÁNDEZ FLÓREZ, A. L.: *Trípulantes y emigrantes españoles en los buques extranjeros. Memoria de un viaje en el Spaarn-dam, 1928*.

⁵⁴ CANO, F.: *Memoria relativa al viaje de inspección a bordo del vapor Irassim de la Compañía Koninklijke Hollandsche Lloyd. Madrid, 1913.*

⁵⁵ VILLARRUBIA, 2016.

⁵⁶ SILVARES/ARANHA MOURA, 2006.

Uno de los episodios más negros de la historia de la emigración por vía marítima es el naufragio del *Valbanera*, de la naviera Piniillos Izquierdo. El buque, así bautizado, aunque con una ligera errata, en honor de la riojana Virgen de Valvanera de la que era devota la familia armadora, tenía 122 metros de eslora y había sido construido en Glasgow, en los astilleros *Connel*, en 1906.

Una noche imprecisa de septiembre de 1919, el *Valbanera*, en ruta entre Santiago de Cuba y La Habana con casi 500 personas a bordo entre pasaje y tripulación, naufragó en los cayos de Florida, en el Bajo de la Media Luna, tras ser sorprendido por un temible huracán sin poder encontrar refugio en el puerto habanero. Los sueños de 488 humildes emigrantes (canarios en su mayoría) que buscaban en Cuba su particular tierra de promisión se hundieron para siempre en el fondo del mar. Quienes por miedo o por azar desembarcaron en Santiago y decidieron hacer el resto del viaje por tierra, salvaron la vida.

El misterio envuelve la suerte del llamado «*Titanic* de los pobres», pues nunca pudieron recuperarse los cuerpos de los náufragos. El caza-submarino de la marina estadounidense que primero inspeccionó el lugar del naufragio, cuarenta millas al oeste de Cayo Hueso, sólo encontró el casco vacío del buque, recostado sobre la arena del fondo y la cabeza suelta de un hombre, «único resto tangible de lo que pudo suceder con el *Valbanera*»⁵⁷.

Otros barcos consiguieron soportar los embates del mar, pero la resistencia de la nave no siempre significó la supervivencia del pasaje, convirtiéndose la bodega de alguno de ellos en un gigantesco cementerio para no pocos emigrantes: «En 1912 en el vapor francés *Italie* a la llegada al puerto de Santos (Brasil) se descubrió que varias decenas de españoles habían muerto en el trayecto y otros doscientos desembarcaron enfermos. En dicho flete viajaron 1.566 emigrantes españoles desde Gibralf-

⁵⁷ GARCÍA ECHEGOYEN, 2007.

tar totalmente hacinados y sin condiciones sanitarias⁵⁸.

Años más tarde, el naufragio del vapor de la compañía Navigazione Generale Italiana *Principessa Mafalda*, el 25 de octubre de 1927, acaecido en las costas del Brasil y en el que fallecieron 386 personas (107 tripulantes y 338 pasajeros, entre ellos varios españoles) hizo temblar la Bolsa de Seguros Marítimos de Londres y tuvo repercusión en la legislación migratoria española⁵⁹.

Recién llegados a la otra orilla

Las calamidades y las penalidades sufridas por los emigrantes durante la travesía no terminaban a la llegada al puerto de destino. Todas las esperanzas depositadas en una nueva vida comenzaban a desvanecerse, la mayoría de las veces, incluso antes de su entrada al interior del país. Como expresa el inspector Lisarrague: «El recuento, desembarco de su miserable equipaje, transbordo al tren, etc., impresiona dolorosamente, y todo conduce a pensar, viendo su falta de libertad a la llegada al puerto de destino, que desde el momento en que de ellos se hace cargo la agencia han pasado a la categoría de esclavos»⁶⁰.

Llegados al puerto de destino, el desembarque de los pasajeros de tercera era controlado por las autoridades de los respectivos Departamentos de Inspección de inmigración del país, por medio de un Delegación compuesta, por lo general, por un funcionario del Departamento de inmigración, otro de la Prefectura marítima y un empleado de Sanidad⁶¹. Tras la correspondiente inspección sanitaria y comprobación de los pasajeros a través de la lista que debía elaborar y entregarles el Capitán del barco, se procedía al sellado de los visados

de entrada y, en su caso, su inclusión previa en los campos de internamiento hasta su entrada definitiva al país. El tiempo de permanencia de los inmigrantes en estas instalaciones era variable según el caso, y, por regla general, no excedía de dos o tres días, pero podía prolongarse hasta ocho o diez.

Los campos de internamiento construidos para atender y filtrar las grandes oleadas de inmigrantes que llegaban casi diariamente al continente americano, como los de Triscornia en la Habana, la Hospedería de inmigrantes en Sao Paulo, la Hospedería de La Isla de las Flores en Río de Janeiro, la Hospedería de inmigrantes de Nueva Orleans, o el Hotel de emigrantes en Buenos Aires, eran casi siempre la primera imagen, no siempre halagüeña, que el recién llegado recibía de su soñado destino y constituían una parada obligatoria para todos aquellos que no llevaban consigo un contrato de trabajo o alguna credencial o carta de llamada de algún organismo que avalara su entrada al país. También eran recluidos todos aquellos a los que se les detectara alguna enfermedad contagiosa.

Las lamentables condiciones higiénicas, la escasez de la comida, la actitud del personal, el maltrato recibido por los emigrantes y en general el sistema carcelario de algunos de estos centros fueron objeto de denuncia en muchos de los informes de los Inspectores en viaje.

Es de destacar la labor que realizaron Asociaciones, Sociedades y Centros creados por inmigrantes españoles, como es el caso del Centro Gallego, que a través de la creación de secciones de inmigración atendieron a las nuevas oleadas migratorias y lograron rescatar y sacar del campo de internamiento a cientos de personas, proporcionarles un puesto de trabajo e integrarles en la sociedad. Pues como dice el inspector D’Ozouville, para el caso de la emigración hacia Argentina: «Es muy frecuente que algunos emigrantes (...) acudan a los presidentes de la Asociación Patriótica, Hospital Español, etc., o a uno de estos centros españoles en que con verdadero desinterés y altruismo se dedican a la nobilí-

⁵⁸ LLORCA BAUS, 1992.

⁵⁹ Nuestra Emigración, 1928, n.º 12.

⁶⁰ LISARRAGUE, H.: Memoria de un viaje en el vapor Samara. 1913.

⁶¹ AZCONA, 1992.

sima tarea de velar por la suerte de nuestros compatriotas»⁶².

Las mujeres inmigrantes padecían aún mayores dificultades. La situación de estas jóvenes mujeres y sin recursos era aprovechada por chulos y proxenetas para acceder al campamento y obligarlas a prostituirse. Sociedades como el de las «Hijas de Galicia» rescataron a muchas de estas mujeres, proporcionándoles trabajo y una forma de subsistencia.

Pero, el referente de estas instalaciones es el Hotel de Inmigrantes en Buenos Aires, y al que más páginas dedican los informes de los Inspectores en viaje.

El artículo 45 de la Ley 817 de Inmigración y colonización argentina de 1876 establecía que «los inmigrantes tendrán derecho a ser alojados y mantenidos convenientemente a expensas de la nación durante los cinco días siguientes a su desembarco» y regula las instalaciones que ya funcionaban desde 1857 pero que se vieron reemplazadas en 1888 por un nuevo edificio. Construido en madera y con tejado de zinc, estaba ubicado en la Dársena Norte.

Enseguida este nuevo edificio queda también pequeño y en 1911, tras la promulgación de la Ley 4572 de 1906 que recomendaba la construcción de un edificio de cemento «con capacidad para 150.000 personas por año se construye el nuevo Hotel de inmigrantes»⁶³, ante la imposibilidad de atender el gran contingente de personas que desembarcaban en Argentina, como narra el inspector Díaz Barea en ese mismo año, en su memoria del viaje realizado en el vapor *Amiral Troude*: «... cada día arribaban de dos a tres vapores con un total de inmigrantes que variaba de 4.500 a 5.800, creándose verdaderas dificultades para la primera acomodación; desde el Hotel de inmigrantes partían las expediciones al interior, según la información

que se facilitaba a los emigrantes sobre la necesidad de sus servicios»⁶⁴.

La nueva edificación, ubicada también en la Dársena Norte, formaba parte de las instalaciones de la Dirección Nacional de Migraciones y se componía de un gran complejo de edificios que albergaba la oficina de trabajo, enfermería, alojamiento y servicios.

En el periódico *La Razón* del 5 de abril de 1929 se recoge una favorable descripción del establecimiento:

«... un magnífico edificio de tres pisos frente al amplio parque... Su parte posterior da al dique seco. En la parte baja se halla ubicada la oficina de la dirección y, atravesando por una calle interior, se llega al comedor inmenso, con capacidad para mil comensales. Las paredes de esta dependencia están revestidas de mosaicos blancos, los techos altos y amplias ventanas que ventilan e iluminan la interminable serie de mesas de mármol, dan al conjunto una agradable sensación de limpieza... la cocina se halla contigua. En diez grandes marmitas el cocinero y sus pinches preparan la comida con el mayor aseo».

Entre 1921 y 1929, 526.638 inmigrantes fueron alojados en el Hotel y estuvo en funcionamiento hasta 1953. Declarado Monumento histórico nacional en 1995, pasó a convertirse en Museo de la Inmigración algunos años después.

En otras tierras

Ante el desamparo y la falta de información con la que el emigrante se dirigía a otras tierras y, por encargo expreso del Consejo Superior de Emigración, en algunas de las memorias informativas de los Inspectores en viaje se incluyen informes sobre la situación de los emigrantes españoles en el país de destino.

Según palabras del inspector D' Ozouville en su informe sobre su viaje a Brasil, en 1916:

⁶² D' OZOUVILLE, L.: Enseñanzas recogidas durante el viaje realizado a bordo del Tomaso de Savoia, 1909.

⁶³ KORN, F.: Los huéspedes del 20, Buenos Aires, 1974.

⁶⁴ DÍAZ BAREA, R.: Memoria del viaje de inspección a bordo del *Amiral Troude*, 1911.

«Cualquier cosa es preferible a que prosegua el desorden imperante y el punible abandono en que en la actualidad vive el emigrante, quien, por regla general, una vez que decide expatriarse, no puede, en su ignorancia, escoger con acierto el lugar más adecuado a las circunstancias que en él concurren, razón por la que, no haciendo hincapié en esta cuestión, le es indiferente ir a un sitio que a otro, pues para él, toda la América es igual.

La información evitaría que nadie marchase a una región determinada influido por la sola lectura de una carta que recibiera de un amigo o vecino, o, lo que es peor, por las nunca cumplidas promesas que, abusando de su credulidad e ignorancia, les hace, con más dolorosa frecuencia de la que fuera deseable, toda esa numerosa temible legión de vampiros de la emigración que han resuelto el problema de vivir sin trabajar (...) ni fomentaría la emigración, ni tampoco probablemente la restringiría; pero en cambio se tendría una emigración consciente, una emigración que iría con más probabilidades de éxito a la titánica lucha que va a sostener...

Ciertamente que al emigrante aventurero y arriesgado nada le arredra y todo lo subordina a la mayor retribución, sin parar mientras en la magnitud de los riesgos que se exponga a correr; ni las fiebres malarías, ni la peste, ni el beriberi, ni la viruela, ni la tuberculosis, ni el cólera, le detienen si está compensado por un lucro probable, pues él sólo ve la disyuntiva de morir o hacer fortuna.

Pero si a estas mismas personas temerarias se las dijera: «Ciento que os darán veinte o veinticinco pesetas de jornal; pero en cambio el kilogramo de pan os costará cinco pesetas, ocho el cuartillo de vino común, nueve el kilogramo de café, ocho, diez, y hasta en ocasiones veinte el kilogramo de carne, etc.; si les dijerais, de los treinta días del mes no podréis trabajar más que cinco o seis, pues los restantes, es decir, los más, habéis de pasarlo en malísimos hospitales, donde los servicios médico-farmacéuticos dejan mu-

cho que desear y de donde os echarán sin estar restablecidos, pues esto no lo conseguiréis jamás» ¿no es verdad que el propio instinto de conservación se sobrepondría y que abandonarían el propósito de expatriarse, o, que, cuando menos, se dirigirían a otras regiones de América más adecuadas a la consecución de sus fines?

El emigrante tiene derecho a que se le ilustre durante el periodo de la preparación de su viaje y se le libre de las garras de los ganchos de la emigración, que asimismo lo tiene mientras permanece en el puerto de embarque, mientras se halla a bordo del transatlántico y durante su residencia en América.

Yo no puedo creer que haya nadie que ponga en duda que cuando el español está más necesitado de protección es desde el momento en que, abandonando su casa, cambia el nombre de emigrante por el de emigrado»⁶⁵.

Argentina constituyó un destino prioritario para los emigrantes españoles entre finales del siglo XIX y comienzos del XX. La ley argentina (Ley 817/1876) en su artículo 12, entiende por inmigrante «a todo extranjero, jornalero, artesano, industrial, agricultor o profesional que, siendo menor de sesenta años y acreditando su moralidad y sus aptitudes, llegase a la República para establecerse en ella, en buques de vapor o de vela, pagando pasaje de segunda o de tercera clase». Asimismo, en esta misma ley (artículo 10) se estipula que las oficinas de trabajo dependientes del Departamento de Inmigración de Buenos Aires, son las encargadas de «atender los pedidos de profesores, artesanos, jornaleros o labradores con el fin de procurar condiciones ventajosas para la colocación de los inmigrantes y cuidar de que ésta se haga al lado de personas honorables».

⁶⁵ D'OUVILLE, L: Un viaje al Brasil : información acerca de la situación de los emigrados españoles en los estados de Pará y Amazonas y zona de trabajos del ferrocarril de Madeira-Mamoré. Madrid. Consejo Superior de Emigración, 1916.

Los inspectores Ramón Díaz Barea, en sus viajes de inspección en el *Amiral Troude* en 1911 y a bordo del vapor *Orcoma* y de retorno en el *Orita*, en 1913; Ángel Gamboa, en su memoria del viaje realizado a Buenos Aires en el vapor *Manchester City*; Antonio Fernández Flórez en el informe acerca de un viaje en el vapor *Brabantia*, en 1921; Rogelio Rodríguez, en un informe especial de 1927; o Guillermo Summers, en su viaje en el vapor *Córdoba* en 1912, incluyeron comentarios sobre la situación de los españoles en Argentina.

Otra fuerte corriente migratoria es la registrada desde finales del siglo XIX hacia el Estado de São Paulo (Brasil), impulsada por el desarrollo de una política inmigratoria que subvenciona los gastos del pasaje a aquellos que fueran a trabajar en las haciendas de café.

La magnitud de esta emigración denominada gratuita por estar compuesta por trabajadores emigrantes cuyos pasajes serán pagados por el gobierno brasileño es significativa: entre 1885 y 1914, un total de 575.847 españoles emigraron acogiéndose a esta política migratoria; en 1932, alrededor de 400.000 españoles residían en tierras paulistas, de los cuales 240.000 eran andaluces, la mayoría trabajadores en las plantaciones de café.

Entre 1908 y 1936 el 76,6 % de los españoles que llegaron a São Paulo figuraban como agricultores⁶⁶. Se trata de una inmigración formada por grupos familiares que, unido al hecho de ser agricultores, era una condición indispensable para conseguir el pasaje gratuito. La emigración de unidades familiares enteras supondrá un desarraigo mayor de sus lugares de procedencia.

En la captación de trabajadores vuelve a aparecer la figura de los ganchos. Esta labor de propaganda para la captación de trabajadores en el lugar de origen explica la gran corriente migratoria hacia las haciendas ca-

feteras. Periódicos como *O Inmigrante* eran utilizados para llevar a cabo campañas propagandísticas en Europa presentando las bondades de la llamada emigración gratuita.

En el informe realizado por el inspector Ángel Gamboa Navarro fechado el 25 de Agosto de 1910, se recogen las dificultades que sufren los emigrantes al incorporarse a las haciendas de café del Estado de São Paulo a la que tacha de situación «desesperada» por los constantes abusos de los fazendeiros, vejaciones y atropellos que tendrán que soportar en condiciones que considera de esclavitud⁶⁷.

Caso aparte dentro de la emigración a Brasil es el de quienes trabajaron en la construcción de la línea férrea Madeira-Mamoré, el llamado «ferrocarril de la muerte». En 1915, el inspector Leopoldo D’Ozouville recibió instrucciones del Consejo Superior de Emigración para investigar la situación de quienes trabajaban en las obras de la vía férrea de Madeira a Mamoré, cuya Compañía (denominada *Madeira_Mamoré Railway Company*) había sido denunciada ante el Consejo de Emigración por tratar con crueldad a los trabajadores españoles.

D’Ozouville recorrió la línea del ferrocarril, y presentó una extensa Memoria, recogida en el Boletín del Consejo Superior de Emigración (Año VII, núm. 77, de 1915) y dividida en 25 capítulos, en la que incluye sus vivencias e impresiones y donde recopila «una amplia y detenida información, que lejos de tener por finalidad el descrédito del Brasil como país receptor de emigración, sirviera para que, puestos de acuerdo ambos gobiernos, llegaran a soluciones prácticas que mejoraran las condiciones de vida de nuestros compatriotas».

En conclusión

La travesía de los emigrantes españoles con destino a América no fue sin duda un viaje amable, pero al menos los Inspectores de Emigración,

⁶⁶ BOLETIM DO SERVICO DO INMIGRAÇÃO E COLONIZAÇÃO. SÃO PAULO. Secretaria de Agricultura, Indústria e Comércio. Março de 1941, p. 11.

⁶⁷ GAMBOA, A.: Situación de los emigrados al Brasil, 1910.

con sus anteojeras burocráticas, sus prejuicios y sus, en ocasiones, escasas dotes literarias, pusieron su empeño en proteger al emigrante antes de embarcar, mejorar sus condiciones de vida a bordo y salvaguardar sus derechos antes, durante y después de las largas travesías oceánicas.

BIBLIOGRAFÍA

La memoria escrita sobre la emigración española es ingente. A título de ejemplo, el volumen *España fuera de España*, recopilación de textos y datos estadísticos llevada a cabo en 1988 por el Instituto Español de Emigración, con ocasión de la exposición del mismo título, contiene una amplia bibliografía (en torno a 1.500 entradas) sobre la emigración española «de los últimos 150 años», clasificada por comunidades de procedencia y países de destino.

La Biblioteca del antiguo Instituto Español de Emigración, hoy de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, reseña casi 3.000 referencias bibliográficas. A ello hay que sumar el contenido del Archivo Histórico Nacional y el Archivo General de la Administración. Entre las instituciones autonómicas es ineludible mencionar el Arquivo da Emigración Galega, integrado en el Centro de la Cultura Gallega, en cuanto a la emigración de los gallegos en particular y españoles en general.

A esta ya de por sí ingente documentación escrita o depositada en España hay que añadir el no menos voluminoso material escrito que obra en poder de las asociaciones, centros, casinos, sociedades de beneficencia, recreo o socorros mutuos, ateneos, hospitalares y entidades en general que constituyen el tejido asociativo de la ciudadanía española en el exterior o de las propias familias de emigrantes. En algunos casos esta documentación se encuentra perfectamente cuidada y ordenada, pero en otros corre un riesgo evidente de desaparición por la acción del tiempo o las malas condiciones de conservación.

En la relación que sigue se incluyen algunas de las obras más significativas de la historia migratoria, con objeto de contextualizar el contenido de los informes objeto de este artículo.

Junto a estos títulos, varias revistas han ofrecido también material de apoyo sobre el fenómeno migratorio del primer tercio del siglo XX: *Nuestra emigración*, *Boletín de la Asociación Española de San Rafael para la protección de emigrantes*; *La Emigración Española*; *Céltiga*; *El Álbum Ibero-americano*; *La Ilustración española y americana*; *Estampa* o *La Aventura de la Historia*.

AZCONA PASTOR, J. M. / GARCÍA, I./GIL DE BIEDMA, A. y MURU RONDA, F. (1992): Historia de la emigración vasca a Argentina en el siglo XX. Amerika eta Euskaldunak/América y los vascos. Servicio central de publicaciones del Gobierno vasco, Vitoria-Gasteiz.

BARNET, M. (1981): Gallego. Alfaguara, Madrid.

BULLÓN FERNÁNDEZ, R. (1914): El problema de la emigración y los crímenes de ella. Casa Provincial de la Caridad, Barcelona.

CAÑABATE PÉREZ, J. (2014): «La ley de emigración de 1907. Un ejemplo de intervencionismo científico». En: IUS Labor 2/2014.

CONSEJO SUPERIOR DE EMIGRACIÓN (1916): La emigración española transoceánica 1911-1915: (Memoria redactada por la Sección tercera en cumplimiento del artículo 19 de la ley de 21 de diciembre de 1917). Hijos de T. Minuesa de los Ríos, Madrid.

DE SOUZA MARTÍNS, J. (1979): «Del esclavo al asalariado en las haciendas de café, 1880-1914. La génesis del trabajador volante». En: SÁNCHEZ ALBORNOZ (comp.): Población y mano de obra en América latina. Alianza, Madrid.

DÍAZ CANO, J. A. (2018): Compañía Trasatlántica Española. 1881/2014. Luces y sombras de «La Compañía». Real Liga Naval Española. Madrid.

DONZEL, C. (2005): Paquebots, la vie à bord. Editions Solar, Paris.

FARIÑA, F. (1950): Historias de la navegación. Madrid.

FERNÁNDEZ FLÓREZ, W. (1915): Luz de luna. Biblioteca Patria, Madrid.

GARCÍA ECHEGOYEN, F.J. (1997): El misterio del Valbanera. Aguilar, Madrid.

GARCÍA NOVELL, F. (2009): Naufragio. La historia olvidada del vapor Príncipe de Asturias, hundido el 5 de Marzo de 1916 con más de 600 personas a bordo. La esfera de los libros, Madrid.

GONZÁLEZ ROTHVOSS y GIL, M. (1949): Los problemas actuales de la emigración española. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

KORN, F. (1974): Buenos Aires: los huéspedes del 20. Editorial Sudamericana, Buenos Aires.

LLORCA BAUS, C. (1992): Los barcos de la emigración 1880-1950. Alicante.

LUISI, P. (1918): «La trata de blancas». En: *Tribuna Libre*, 21 de agosto de 1918. Buenos Aires.

MADRID ÁLVAREZ, J.C. de la (1990): «El transporte de los emigrantes asturianos a Cuba (1840-1870)». En: *Actas del Congreso de jóvenes historiadores y geógrafos*, vol. 1, pp. 961-970.

MORENO CEBRIÁN, A. (1989): «La vida cotidiana en los viajes ultramarinos». En: *España y el Ultramar Hispánico hasta la Ilustración*. Cuadernos del Instituto de Historia y Cultura Naval, 1, Madrid.

MOREIRO, J. (2008): *Españoles excesivos*. EDAF, PAZOS, L.J. (2015). A rumbo. A. López- Cía. Trasatlántica. Damaré ediciones, Pontevedra.

MUSEO NAVAL DE MADRID (2007): *Barcos, barcos y barcos*. Colección José María Armero. Madrid.

NARANJO OROVIO, C. (2010): *Las migraciones de España a Iberoamérica*. CSIC, Los libros de la Carterata, Madrid.

NEIRA VILAS, X. (1968): *Historias de emigrantes*. Patronato da cultura galega de Montevideo.

RODRÍGUEZ CASTELAO, A. (1944): *Sempre en Galiza*. Buenos Aires.

RODRÍGUEZ, J. J. (Coord.) (2009): *Memoria Gráfica de la Emigración Española*. Ministerio de Trabajo y Emigración.

SÁNCHEZ-ALBORNOZ, N. (1988): *Españoles hacia América. La emigración en masa, 1880-1930*. Alianza, Madrid.

SÁNCHEZ ALONSO, B. (1995): *Las causas de la emigración española 1880-1930*. Alianza, Madrid.

SALLÉ ALONSO, M.A. (coord.) (2009): *La emigración española en América: historias y lecciones para el futuro*. Fundación Directa. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid.

SILVARES, J.C.; L. F. ARANHA MOURA (2006): *Príncipe de Asturias*. Ministerio de las profundidades. Magma, Editora cultural, Sao Paulo.

SORIANO, E. (1928): *La mujer y el niño en la emigración*. Boletín de la Subdirección General de Emigración. Madrid.

TROTSKY, L. (1975): *En España*. Akal, Madrid.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, A. (2001): «Los nuevos señores del entramado comercial de la emigración a América por puertos gallegos: los consignatarios de las grandes navieras transatlánticas, 1870-1939». En: *VII Congreso de la Asociación de Historia Económica*, Zaragoza.

VILLARRUBIA MAUSO, P. (2016): *1916: El «Titanic» español: la historia oculta del naufragio del Príncipe de Asturias*. Ed. Stella Maris, Barcelona.

VIVES, P.A., P. VEGA y J. OYAMBURU (coords.) (1992): *Historia General de la emigración española a Iberoamérica*. 2 vols. Historia 16, Madrid.

YÁÑEZ GALLARDO, A. C. (1994): *La emigración española a América (siglos XIX y XX). Dimensión y características cuantitativas*. Archivo de Indianos, Colombres.

ZAMBRANO, M. (2009): *Las palabras del regreso*. Cátedra, Madrid.

ZWEIG, S. (2012): *El mundo de ayer: Memorias de un europeo*. El Acantilado, Barcelona.

Anexo
INSPECTORES DE EMIGRACIÓN
Y MEMORIAS DE VIAJE

Los inspectores del cuerpo de Inspectores de la Emigración y las memorias de viaje que fundamentan el contenido de este artículo son las siguientes:

CABRONERO URIVE, Joaquín

- Memoria del viaje realizado / por el Inspector en viaje Don Joaquín Cabronero, a bordo de los vapores “General Artigas” y “Cap Arcona”. - Madrid: [s.n.], 1930, 114 p. Ejemplar mecanografiado.
- Memoria del viaje realizado a Cuba / por el Inspector Sr. Cabronero, a bordo del vapor Orcoma y regreso en el Orbita. - Madrid: [s.n.], 1931, 215 p. Ejemplar mecanografiado.
- Memoria del viaje realizado al Brasil por el Inspector en viaje Don Joaquín Cabronero, a bordo del vapor “Highland Hope”. - Madrid: [s.n.], 1930, 186 p. Ejemplar mecanografiado.
- Memoria del viaje realizado / por el Inspector de Emigración Don Joaquín Cabronero a bordo del vapor “Raul Soares”. - Madrid: [s.n.], 1929. Ejemplar mecanografiado.
- Memoria del viaje realizado por el Inspector de Emigración Joaquín Cabronero Urive a bordo del vapor “Alfonso XII” con salida del puerto de Coruña y destino al de La Habana. - Madrid: [s.n.], 1927, 47 p. Ejemplar mecanografiado.
- Memoria del viaje realizado / por el Inspector Sr. Cabronero a bordo de los vapores “Lafayette” y “Alfonso XIII”. - Madrid: [s.n.], 1928. Ejemplar mecanografiado.
- Memoria del viaje realizado a bordo del vapor “Asturias” / por el Inspector de Emigración en viaje Don Joaquín Cabronero. - Madrid: [s.n.], 1928, 10 p. Ejemplar mecanografiado.
- Memoria del viaje realizado a bordo del vapor “Cuba” / por el Inspector de Emigración en viaje Don Joaquín Cabronero. - Madrid: [s.n.], 1928, 36, 5 p. Ejemplar mecanografiado.

CANO, Francisco

- Memoria relativa al viaje de inspección realizado por el Inspector que suscribe a bordo del vapor “Irissim” de la compañía Korimklifke Holandische Lloyd. - Madrid: [s.n.], 1913, 25 p. Ejemplar manuscrito.

CURIEL, Luis

- Memoria del viaje / realizado por el Inspector de Emigración Don Luis Curiel en los buques “Monte Sarmiento” y “Orania” de las Compañías Hamburg Sudamerikanische y Lloyd Real Holandés, respectivamente. - Bilbao: [s.n.], 1929, 4, 11 p. Ejemplar mecanografiado.

DIAZ BAREA, Ramón

- Memorias de los informes que el autor eleva al Consejo General de Emigración. Relativos a sus viajes en los vapores “Orcoma”, “Orita”, “Gienssen”, “Amiral Jaureguiberry” y “Amiral Troude”, entre los años 1911 y 1913. Ejemplar manuscrito.
- Viaje de inspección a bordo del vapor “Giessen” / por el Inspector en viaje Ramón Díaz Barea. - Madrid: [s.n.], 1910, 85 p. Ejemplar manuscrito.
- Memoria del viaje de inspección verificado desde el puerto de Vigo a Buenos Aires, 25 octubre 2011 a 18 noviembre del mismo año a bordo del vapor “Amiral” Troude (Chargeurs reunis) / por el Inspector en viaje Ramón Díaz Barea. - Madrid: [s.n.], 1911, 121 p. Ejemplar manuscrito.

- Inspección en viaje: memoria de la practicada a bordo de los vapores “Amiral Jaureguiberry” y retorno en el “Malta” de la compañía Chargeurs-reunis / por el Inspector en viaje Ramón Diaz Barea. - Madrid: [s.n.], 1912, 90 p. Ejemplar manuscrito.

FERNÁNDEZ-FLÓREZ, Antonio Luis

- *De Santander a Coronel: memoria / por el drigración Don Antonio Luis Fernández Flórez.* Memoria del viaje en el vapor “Oroya”. - Madrid: [s.n.], 1930, 269 p. Ejemplar mecanografiado.
- El “Formose”, el “Cap Norte” y la emigración al Brasil: memoria de un viaje de inspección / por el Inspector Antonio Luis Fernández Flórez. - Madrid: [s.n.], 1925, 40 p. Ejemplar mecanografiado.
- La inspección en los buques “Arlanza”, “Sierra Morena”, “Zeelandia” y “Andes”. Los emigrados españoles en el Brasil / por Antonio Luis Fernández Flórez, Inspector de Emigración. - Madrid: [s.n.], 1925?, 148 p. Ejemplar mecanografiado.
- Los españoles en la Argentina: memoria del viaje realizado por orden de la Dirección General de Emigración en marzo de 1927 / por el Inspector Antonio Luis Fernández Flórez. - Madrid: [s.n.], 1927, 241 p. Ejemplar Mecanografiado.
- Informe acerca de un viaje en el vapor Brabantia / por el Inspector en prácticas Antonio Luis Fernández-Flórez. - Madrid: [s.n.], 1921, 84 p. Ejemplar mecanografiado.
- En el “Flandre”: memoria de un viaje / realizado por el Inspector Antonio Luis Fernández-Flórez. - Madrid: [s.n.], 1922, 19 p. Ejemplar mecanografiado.
- Memoria del viaje realizado por el Sr. Inspector de Emigración Don Antonio Luis Fernández-Flórez a bordo del vapor “Alfonso XIII” de la Compañía Transatlántica, en 24 de octubre de 1922. - Madrid: [s.n.], 1922, 19 p. Ejemplar mecanografiado.
- Memoria de un viaje de inspección a bordo del vapor “Sierra Ventana” / por el Inspector Antonio Luis Fernández-Flórez. - Madrid: [s.n.], 1922, 13 p. Ejemplar mecanografiado.
- Memoria presentada / del viaje en los vapores Cap Norte y Antonio Delfino /por el Inspector en viaje Don Antonio Luis Fernández-Flórez. - Madrid: [s.n.], 1925, 20 p. Ejemplar mecanografiado.
- Un viaje a New Orleans a bordo del vapor Spaarndam / por el Inspector Antonio Luis Fernández-Flórez. - Madrid: [s.n.], 1928, 11 p. Ejemplar mecanografiado.
- Tripulantes y emigrantes españoles en los buques: memoria de un viaje de inspección en el “Spaarndam” / por A. L. Fernández-Flórez]. - Madrid: [s.n.], 1928, 37 p. Ejemplar mecanografiado.
- Memoria de un viaje en el vapor “Caroline” / por el Inspector Antonio L. Fernández Flórez. Memoria del informe que el autor eleva al Inspector General de Emigración. - Madrid: [s.n.], 1926?, 77 p. Ejemplar mecanografiado.

FERNÁNDEZ VILA, Francisco F.

- Moción sobre oficinas de información en los puertos de embarque y creación del servicio de inspección en el interior: proyecto presentado a la consideración del Consejo Superior de Emigración por los consejeros representantes de la clase obrera señores Fernández Vila, Gutiérrez Andueza y Touceda. - Madrid: [s.n.], 1916 (Imprenta de Juan Pueyo), 30 p.

GAMBOA, Ángel

- Memoria del viaje a Buenos Aires a bordo del vapor “Sierra Nevada” / Inspector en viaje Ángel Balboa. - Memoria que eleva al Consejo Superior de Emigración. - Madrid: [s.n.], 1914, 25 p. Ejemplar manuscrito.
- Memoria del Inspector Don Ángel Gamboa en su viaje a Buenos Aires a bordo del vapor “Columbia” de la Cia. austro-americana de Trieste. - Madrid: [s.n.], 1913, 76 p. Ejemplar manuscrito.
- Memoria del viaje realizado a Buenos Aires por el Inspector Don Ángel Gamboa y Navarro en el vapor “Manchester City” de la compañía argentina Cargo Line. - Madrid: [s.n.], 1913, 69 p. Ejemplar manuscrito.
- Situación de los emigrados al Brasil, 1910.

GARCÍA VALCÁCEL, Anselmo

- Memoria del viaje realizado en el vapor “Almanzora” de la Mala Real inglesa / por el Inspector Don Anselmo García Valcárcel. - Madrid: [s.n.], 1920, 8. p. Ejemplar mecanografiado.
- Memoria del viaje realizado en el vapor Gothland de 1” Red Star Line / por el Inspector Don Anselmo García Valcárcel. - Madrid: [s.n.], 1924, 8. p. Ejemplar mecanografiado.
- Memoria del viaje realizado en el vapor Sierra Córdoba / por el Inspector Don Anselmo García Valcárcel. - Madrid: [s.n.], 1924, 12 p. Ejemplar mecanografiado.

LISARRAGUE, Julio

- Memoria de un viaje en el vapor “Highland Brigade”, de la compañía Nelson Lines nº 29, 1913.

MÁRTIRES, Juan DE LOS

- Viaje de inspección en el vapor “Reina Victoria Eugenia” / por el Inspector Don Juan de los Mártires. - Santa Cruz de Tenerife: [s.n.], 1926, 3 p. Ejemplar mecanografiado.
- Viaje de inspección realizado por el Inspector / Don Juan de los Mártires a bordo del vapor Zealandia. - Santa Cruz de Tenerife: [s.n.], 1926, 2 p. Ejemplar mecanografiado.

MORALES, Andrés

- Memoria del viaje realizado a bordo del vapor “Lutetia” de la compañía Sud-Atlantique nº 31 / por el Inspector especial Don Andrés Morales. - Madrid: [s.n.], 1925, 30 p. Ejemplar mecanografiado.
- Memoria del viaje realizado a bordo del vapor “Lutetia” por el Inspector que suscribe en cumplimiento de orden fecha 20 de agosto... / el Inspector de Emigración en viaje Andrés Morales. - Madrid: [s.n.]. Ejemplar mecanografiado.
- Memoria del viaje realizado a bordo del vapor “Monte Olivia” de la Compañía Hamburgo Sudamericana nº 5 / por el Inspector especial Don Andrés Morales. - Madrid: [s.n.], 1930?, 19 p. Ejemplar mecanografiado.

ORDÓÑEZ, Melchor

- Relación del viaje a bordo de los vapores “Brasile”, de la Compañía “La Veloce” y “Montevideo”, de la Compañía Transatlántica Española, a la ida y a la vuelta respectivamente, de la misión que llevó a Venezuela al Oficial Secretario de la Sección Tercera del Consejo / Don Melchor Ordóñez. - Madrid: [s.n.], 1913, 15 p. Ejemplar mecanografiado.

OZOUVILLE DE BARDOU y CRUZ ÁLVAREZ, Leopoldo D'

- Enseñanzas recogidas / por el Inspector de Emigración Don Leopoldo D’Ozouville de Bardou y Cruz-Álvarez durante su viaje realizado a bordo del “Tomaso de Savoia” del Lloyd a Buenos Aires con escala en Rio de Janeiro, Santos y Montevideo, de las que quizás convenga tomar nota para la modificación del reglamento para la aplicación de la vigente Ley de Emigración. - Madrid: [s.n.], 1909, 264 p. Ejemplar manuscrito.
- Información realizada en el Brasil por el Inspector de Emigración Don Leopoldo D’Ozouville de Bardou y Cruz Álvarez. - Barcelona: [s.n.], 1913, 5 p. Ejemplar mecanografiado.
- Dos inspecciones en viaje / por Leopoldo D’Ozouville, Inspector de Emigración. - Madrid: [s.n.], 1919, 198 p. Ejemplar mecanografiado.
- La tutela del emigrante español: primer periodo de la emigración, de la protección y guía de los emigrantes españoles en aldeas y ciudades / por el Inspector de Emigración Leopoldo D’Ozouville. - Madrid: [s.n.], 1921, 98 p. Ejemplar mecanografiado.

- Memoria / del Inspector en viaje Don Leopoldo D'Ozouville a bordo del vapor "Toledo". - Madrid: [s.n.], 1924, 5 p. Ejemplar mecanografiado.
- Memoria / presentada por el Inspector de Emigración Don Leopoldo D'Ozouville con motivo del viaje que realizó en el vapor "Paraná" en febrero de 1911. - Barcelona: [s.n.], 1911, 110 p. Ejemplar mecanografiado.
- Un viaje al Brasil: información acerca de la situación de los emigrados españoles en los estados de Pará y Amazonas y zona de trabajos del ferrocarril de Madeira-Mamoré / por Leopoldo D'Ozouville de Bardou y Cruz Álvarez. - Madrid: Consejo Superior de Emigración, 1916, 252 p.

SUMMERS, Guillermo

- Memoria del viaje realizado en el vapor "Córdoba" / Inspector en viaje Don Guillermo Summers. - Cádiz: [s.n.], 1912, 51 p. Ejemplar mecanografiado.

RESUMEN

La memoria escrita de la emigración española a América se nutre de un amplísimo abanico de documentos: listas de pasajeros embarcados, normas de todo rango y extensión, reglamentos de funcionamiento de organismos o entidades, memorandos de actuaciones, actas, acuerdos y boletines de centros y asociaciones, toda la amplia y variada gama de textos notariales, administrativos y burocráticos que puso en pie el fenómeno migratorio; testimonios personales de los propios protagonistas de la aventura migratoria en forma de memorias, autobiografías, cartas, libros de recuerdos, recopilación de experiencias, panorámica de vivencias; estudios de investigadores y docentes, tesis académicas, reportajes periodísticos, ensayos históricos, sociológicos y políticos, análisis estadísticos, biografías de figuras destacadas o de seres anónimos, de antepasados ilustres o de ajenos desconocidos, libros institucionales, recopilaciones de textos con motivo de aniversarios u homenajes, libros de fotografías, catálogos de exposiciones; y por último, novelas y ficciones inspiradas en las vivencias reales o verosímiles de los emigrantes...

Este texto se centra en una de estas fuentes escritas: los informes oficiales de los Inspectores de Emigración que viajaron en los buques de transporte de emigrantes entre los puertos de salida de España y Europa y los puertos de destino en América en el primer tercio del siglo XX.

La Ley de Emigración de 21 de diciembre de 1907, publicada en la Gaceta de Madrid del domingo 22, primera norma que regula el hecho migratorio de forma integral, encomienda a la Inspección de Emigración velar en especial «por el cumplimiento del contrato de emigración y de las disposiciones relativas al aprovisionamiento y condiciones de las naves», pudiendo llegar en su labor a «prohibir el embarque u ordenar el desembarque de los infractores de la ley».

Fruto de esta actividad tutelar del cuerpo de Inspectores de Emigración son los informes o memorias de viaje en que plasmaron sus experiencias y reflexiones sobre el fenómeno migratorio, dirigidas al Consejo Superior de Emigración y encaminadas a velar por el cumplimiento de sus disposiciones en lo referente a los flujos migratorios, en el interior, en los puertos de embarque, durante el viaje y a la llegada al país de destino.

Como quiera que la mayor parte de quienes acometían el viaje eran personas con nula o escasa instrucción, carentes de recursos para dejar constancia escrita de sus peripecias, son escasos los testimonios de primera mano de las penosas travesías en la tercera clase emigrante durante las primeras décadas del siglo XX. Esta parquedad dota de valor singular a las «memorias de viaje» de los Inspectores de Emigración, pues se constituyen en la voz y la memoria de los miles de emigrantes embarcados hacia América en pos de una nueva vida.

Los informes de los Inspectores de Emigración, depositados en la Biblioteca del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, fueron escritos entre 1909 y 1931, época de auge de los grandes buques trasatlánticos y de gran intensidad migratoria, y pueden clasificarse en dos períodos claramente diferenciados: uno que va de 1909 a 1914 y otro de 1920 a 1932. El primer informe, fechado en 6 de julio de 1909, da testimonio del viaje de Leopoldo D’Ozouville en el *Tomaso de Savoia* con destino a Buenos Aires y escala en Río de Janeiro y Montevideo; el último lo firma Joaquín Cabronero en 1931 y relata las vivencias de las travesías en los vapores *Orcoma* y *Orbita* hacia y desde La Habana.

La mayor parte describen las instalaciones de los buques de emigrantes en que viaja el inspector y recogen los avatares de la travesía a bordo; otros analizan la situación de la colectividad emigrada y sus asociaciones en los países de destino; y alguno, como *La tutela del emigrante español*, de Leopoldo D’Ozouville de Bardou y Cruz-Álvarez, ofrece recomendaciones de carácter general, no vinculadas a un viaje concreto.

Sin duda este puñado de memorias es una ventana estrecha para observar un fenómeno tan vasto, pero a través de ella se pueden observar aspectos tan diversos como la legislación migratoria y su organización administrativa, el entramado de rutas marítimas, consignatarios, buques y compañías navieras, las condiciones en los puertos de embarque y desembarque, el saqueo de los bolsillos del pasajero por posaderos y ganchos, por cocineros y tripulantes, la acogida en los centros para inmigrantes, los avatares laborales en destino, la solidaridad del soporte asociativo o las dificultades de la repatriación, toda vez que los inspectores y sus informes no se limitan, aun con ser éste su eje fundamental, a relatar las peripecias del viaje transatlántico.

Palabras clave: Inspectores de Emigración; emigración; emigrantes; barcos trasatlánticos; compañías navieras; puertos de embarque; puertos de destino; documentación migratoria; memorias de viaje.

ABSTRACT

The written report of Spanish emigration to the Americas takes into account a vast array of documents: lists of passengers on board, rules of any rank and size, regulations governing the operation of agencies or entities, memorandums of proceedings, minutes, agreements and bulletins of centres and associations, any kind of extended and varied range of notarial, administrative and bureaucratic texts that gave rise to the migratory phenomenon; personal statements of the own protagonists of the migratory adventure in the form of reports, autobiographies, letters, books of memories, collection of experiences, panorama of incidents; studies of researchers and teachers, academic dissertations, journalistic reports, historical, sociological and political essays, statistical analyses, biographies of prominent figures or anonymous beings, of distinguished ancestors or of unknown people, institutional books, collections of texts on the occasion of anniversaries or tributes, photo books, exhibition catalogues; and finally, novels and fiction books inspired by real or plausible experiences of migrants...

This text focuses on one of these written sources: the official reports of the Emigration Inspectors who travelled on the ships of transporting migrants between the departure ports of Spain and Europe and the ports of destination in the Americas in the first third of the 20th century.

The Emigration Act of 21 December 1907, published in the Madrid Gazette on Sunday, 22 December 1907, which was the first rule to regulate migration in a comprehensive manner, mandates the Emigration Inspectorate to particularly ensure "compliance with the migration contract and the provisions related to the supply and conditions of vessels", and may "prohibit the boarding or order the disembarkation of law offenders".

This mentoring activity by the body of Emigration Inspectors led to produce travel records or reports, in which they reflected their experiences and reflections on the migratory phenomenon, addressed to the Higher Council of Emigration, aimed at ensuring compliance with its provisions regarding migration flows, inland, in the ports of embarkation, during the journey and upon arrival at the country of destination.

Because most of the passengers on the journey were people with little or no education, lacking the resources to record their experiences in writing, there is little first-hand evidence of the painful journeys in the third migrant class during the early decades of the 20th century. This scarce information gives unique value to the "journey memories" of the Emigration Inspectors, as they represent the voice and memory of thousands of migrants who embarked to the Americas in search of a new life.

The reports of the Emigration Inspectors, deposited in the Library of the Ministry of Labour, Migration and Social Security, were written between 1909 and 1931, in the heyday of large transatlantic ships and a great number of migrations, and can be classified into two different periods: one from 1909 to 1914 and another from 1920 to 1932. The first report, dated 6 July 1909, testifies to the trip of Leopoldo D' Ozouville on the ship *Tomaso de Savoia* to Buenos Aires with a stopover in Rio de Janeiro and Montevideo; the last one was signed by Joaquín Cabronero in 1931 and relates the incidents of the voyages on the *Orcoma* and *Orbit* steamships to and from Havana.

Most of them describe the facilities of the migrant vessels on which the inspector travels and collect the ups and downs of the voyage on board; others analyse the situation of the emigrated community and its associations in the countries of destination; and some, such as *La tutela del emigrante español*, by Leopoldo D' Ozouville de Bardou and Cruz-Álvarez, offer general recommendations, not linked to a specific journey.

This handful of records is undoubtedly a narrow window to observe such a vast phenomenon, but it reveals aspects as diverse as immigration law and its administrative organization, the network of maritime routes, consignees, ships and shipping companies, the conditions in ports of embarkation and disembarkation, the looting of passengers' pockets by innkeepers and accomplices, by cooks and crew, the reception in the centres

for immigrants, labour vicissitudes on destinations, solidarity with associations or difficulties of repatriation, since inspectors and their reports are not limited, even if this is their fundamental axis, to the incidents of the transatlantic journey.

Keywords: Emigration Inspectors; emigration; migrants; transatlantic ships; shipping companies; ports of embarkation; ports of destination; migration documentation; travel memories.

II. Jurisprudencia

Comentarios a la Jurisprudencia en el Sistema Interamericano y Europeo de Derechos Humanos: debido proceso/tutela judicial efectiva/recurso efectivo y su correlación con las migraciones

Comments to the Inter-American System's Jurisprudence and the European Human Rights Jurisprudence: Due process/effective judicial protection/effective remedy and their correlation with migrations

MARIA L. MANTILLA JAIMES*

Con la intención de destacar la importancia del dialogo jurisprudencial en los sistemas de protección de derechos humanos, interamericano y europeo, el presente documento señala el protagonismo progresivo que, en materia migratoria, específicamente inmigración irregular, ha tomado a traves de las diversas sentencias de los tribunales. Evidenciando con ello la búsqueda de una posición humanista, pero todavía tímida.

A priori hacer los comentarios de jurisprudencia relevante de la inmigración irregular con respecto al derecho a un debido proceso/tutela judicial efectiva y a un juez imparcial/proceso equitativo – derecho a un recurso efectivo, en las Altas Cortes de derechos humanos europea (TEDH, TJUE) y la interamericana

(CorteIDH), consideramos importante señalar, grosso modo el funcionamiento de cada Corte, y del interés conjunto en pro de un mismo objetivo, en su dialogo por la defensa de los derechos humanos.

1. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (SIDH)

El SIDH es un sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos, construido por los Estados que hacen parte de la Organización de Estados Americanos (OEA). Son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (CADH) en vigor desde 1978, sus instrumentos internacionales más relevantes, que consagran derechos y definen obligaciones de los Estados para su respeto, promoción y garantía. Contando además con otros instrumentos, como Protocolos y Convenciones que se especializan en diferentes temas.

La Convención Americana como tratado internacional, reconoce a la Corte y a la Comisión para que conozcan de sus asuntos. Ac-

* Doctoranda del Programa de Doctorado en Migración Internacional de la Universidad Pontificia de Comillas ICADE. Investigadora en migración y derechos humanos, profesora del Máster en Derecho Público de la Universidad Sergio Arboleda de Colombia, abogada especializada en Conciliación en Derecho, Víctimas y Derechos Humanos, Máster en Derecho con Énfasis en Derechos Humanos, Máster en Relaciones Internacionales y Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid UCM, Máster en Cooperación Internacional al Desarrollo de la Universidad Pontificia Comillas ICADE.

tualmente ha sido ratificada por: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay. (CorteIDH 2019).

Estos dos órganos son los que velan por su cumplimiento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), es de naturaleza cuasi judicial, y su finalidad principal según art. 41 de la Convención, es promover los derechos humanos y su observancia, así como requerir a los gobiernos informes sobre las medidas que adopten en derechos humanos, realizar las visitas in loco a cada país, para lo cual observa la situación de derechos humanos y emite informes y recomendaciones. Su función política, es cuando recibe consultas de los Estados miembros a través de la secretaría de la OEA, es cuasi judicial, cuando recibe y procesa denuncias individuales o colectivas sobre violaciones de derechos humanos, para ello, la CIDH examina los casos y si cumple los requisitos de admisibilidad adjudica y remite a la CorteIDH.

Es necesario destacar la apreciación que hace la CADH, pues al igual que el CEDH, en su inicio recoge derechos civiles y políticos, y posteriormente con los protocolos ingresa derechos económicos y culturales, y otras disposiciones, como derechos contra la violencia contra la mujer y problemas presentados en la región. Los mecanismos de este sistema interamericano serían por una parte el convencional, que es aplicado a todos los Estados que hacen parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, y, de otra parte, los extras convencionales, para aquellos Estados que hacen parte de la Organización de Estados Americanos OEA, siendo la Comisión el órgano que da respuesta a sus diferencias o

dificultades. Lo anterior, se responde con los informes país sobre situación de derechos humanos, comunicaciones individuales, investigaciones *«in loca»*.

Según Ledesma Faúndez (2004, p. 230) Las denuncias que se refieren a la situación global de un país determinado, «casos generales» tienen cierta relevancia, «estos informe de país forman parte de las competencias que tiene la Comisión como órgano de la OEA, y han tenido una importancia crucial en la protección de los derechos humanos», y lo más importante es el seguimiento que posteriormente se hace por la CIDH de sus recomendaciones, como se puede ver en sus informes país 2017 y 2018 con respecto a Colombia y México.

Centrándonos en los derechos humanos de los migrantes, la CIDH tiene una relatoría específica, creada desde 1996, y que en su momento se dio como repuesta a la situación de los desplazados internos, y los trabajadores migrantes y sus familias en diferentes Estados del continente. De hecho, en 1999 publicó un informe sobre los trabajadores migrantes y sus familias. Su mandato actualmente «está enfocado en promover el respeto y garantía de los derechos de los migrantes y sus familias, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas, desplazados internos, así como otros grupos de personas vulnerables en el contexto de la movilidad humana.» (Relatoría CIDH). Se amplió precisamente por los desafíos que plantea la movilidad humana, que incluye la migración interna, internacional, forzada y voluntaria, y de los grupos vulnerables que de ella se generan, entendemos que estarían los inmigrantes irregulares.

A 2018, la CIDH ha publicado diversos informes con relación a los derechos humanos de los migrantes:

Año	Decision / Informe
Pendiente Publicación	Derecho a buscar y recibir asilo, derecho de no devolución y garantías de debido proceso en procedimientos para la determinación de la condición de refugiado. Compendio temático: Normas y estándares. (CIDH)
2018	Informe anual: Informe especial Cuba, Nicaragua, Venezuela
2016	Informe temático «Movilidad Humana, Estándares Interamericanos» (CIDH)
2015	Informe temático «Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados» (CIDH)
2013	Informe temático «Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México» (CIDH)
2010	Informe temático sobre Inmigración en EEUU: detenciones y debido proceso (CIDH)

Fuente: Adaptado del Cuadro 8. Principales decisiones sobre migraciones del SIDH. IPPDH del MERCOSUR (2016, p. 21).

La Comisión, ha manifestado que la falta de canales regulares y seguros para migrar ha sido una de las causas por las que se recurrían a canales clandestinos de inmigración irregular. Escenario que deja en situación de mayor vulnerabilidad a los inmigrantes, especialmente a niños, niñas y adolescentes, mujeres entre otros. Estas personas desconocen sus derechos como sujetos de protección internacional, los cuales deben tener un enfoque diferenciado.

Por su parte, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (CorteIDH), es uno de los tres tribunales regionales junto con la Corte Europea y la Corte africana en derechos humanos. De una parte, tiene una función consultiva, y es referente a la compatibilidad interna de las normas de la Convención, y de su interpretación, y de otra, tiene carácter judicial, y contencioso, que determina la responsabilidad internacional de los Estados mediante la aplicación e interpretación de la Convención Americana. Otra de sus funciones es la cautelar, que ordena las medidas provisionales cuando se presenta un caso de extrema urgencia probada, y, una función de supervisión para con sus sentencias, lo cual ve necesario para medir la eficacia del SIDH y porque, además, si su cumplimiento es efectivo, este es parte del derecho de acceso a la justicia.

Su competencia contenciosa la han aceptado, hasta el momento 20 Estados: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala,

Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay. Este control, de las peticiones individuales, art. 44 de la Convención y comunicaciones de los Estados, art. 45, como mecanismos de control, ha sido tomado del referente en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH).

En cuanto a *las peticiones individuales*, que consideramos son realmente denuncias y así deberían estar taxativamente expuestas, en cuanto a ellas, expresa que, «Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.» (CADH, art. 44). En cuanto a *las comunicaciones*, «Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención». (*Ibidem* art. 45).

Bien, al ser opcional, la Convención da la facultad al Estado aludido de reconocer la competencia de la comisión, sin embargo, esta última frente a los Estados que no son parte de la Convención, podrá dirigirse a

ellos en defensa de los derechos fundamentales, así lo dispone en su Estatuto «examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no partes en la Convención con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones, cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales» (Estatuto en el art. 20 b). En cuanto a las comunicaciones, si el Estado denunciado no acepta la competencia de la Comisión, el reglamento de la CIDH en su art. 50 expresa: «será transmitida al Estado parte aludido, sea que éste haya aceptado o no la competencia de la Comisión. En caso de no haberla aceptado, la comunicación será transmitida a los efectos de que dicho Estado pueda ejercer su opción bajo el artículo 45, párrafo 3, de la Convención, para reconocer esa comunicación en el caso específico».

A diferencia de la CEDH, en la cual se acepta su competencia automáticamente por el hecho de ser Estado parte.

Según Ledesma Faúndez (2004, p. 231) este procedimiento rompe con las reglas tradicionales, permite a los Estados parte del SIDH formular denuncias por violaciones de derechos humanos en contra de otros Estados, sin necesidad de existir vínculo entre el denunciante con la víctima de la violación. «En segundo lugar, al conferir al individuo capacidad procesal para recurrir directamente ante instancias internacionales, sin necesidad de la mediación de ningún Estado, el derecho de petición individual rompió definitivamente con la tesis imperante hasta el término de la Segunda Guerra Mundial, que negaba que el individuo fuera sujeto del Derecho Internacional».

En cuanto a la función consultiva, es importante mencionar que la CorteIDH ha logrado estándares necesarios para los migrantes, podríamos relacionar algunas:

Año	Opinion consultiva
2018	OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, solicitada por la República del Ecuador. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de protección.
2014	OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la república del Paraguay y la República Oriental del Uruguay Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Principio de no devolución
2003	OC-18/03 de 17 de septiembre, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.
1999	OC-16/99 de 1 de octubre, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

En cuanto a los inmigrantes irregulares, la OC-18/2003, resulta importante, en ella la CorteIDH, reconoce como *ius cogens* al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, en su párrafo 101, y lo justifica bajo el argumento de la evolución del Derecho Internacional, afirma:

(...) que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discri-

minatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (...) forma parte del derecho internacional general.

La CorteIDH, en cuanto a los efectos, de este principio, en el párrafo 104, «los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias». Y en su párrafo 118, en cuanto a los inmigrantes irregulares, recuerda que es esencial que los Estados al tomar medidas respeten los derechos humanos, y para ello garanticen su goce y ejercicio por parte de los inmigrantes, independiente de si su condición es irregular en su territorio, al igual que sin discriminación alguna por su raza, género, nacionalidad, o cualquier otra causa.

Esta garantía debe estar prevista en sus mecanismos de control de entrada y salida de inmigrantes irregulares, respetando el debido proceso y su derecho a la dignidad humana. (párrafo 119), y, por último, en el párrafo 172, la CorteIDH, afirma que el principio de igualdad ante la ley y no discriminación no puede ser subordinado a las políticas públicas, incluida la migratoria. Cualquier omisión y actuación es contraria e incompatible con los instrumentos internacionales de los derechos humanos.

La OC-21/2014, relevante en cuanto a la reaffirmación de la CorteIDH referente en materia migratoria a la primacía de los derechos de los niños(as) y adolescentes, sobre cualquier política migratoria de cualquier

Estado, por tanto, no debe darse la detención ni el rechazo en frontera. Igualmente, en esta ocasión, este Tribunal afirma en cuanto al principio de no devolución, que este tiene alcance a toda persona inmigrante y no solo a una categoría específica, como lo es el refugio o asilo, párrafo 215 «es posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre» Esta Opinión Consultiva, fija estándares en relación a la obligación de los Estados de desarrollar procedimientos de identificación para todas las necesidades que requieren la protección internacional, así como de adoptar las medidas para garantizarlas.

Según MERCOSUR (2016, p. 23), el trabajo de jurisprudencia del SIDH toma como referentes básicos, *primero*, que los Estados tienen la facultad de fijar sus políticas migratorias, *segundo*, que esta facultad es limitada por el deber de respetar los derechos humanos de las personas migrantes, y, *tercero*, el garantizar el principio de igualdad y no discriminación. Bajo este acuerdo citado, los órganos del SIDH pretenden que se avance sobre la no criminalización, por tanto, la detención no debe enfocarse penalmente, debe ser excepcional y que, en todo caso, sostienen, son arbitrarias las políticas migratorias cuya detención, en el caso de los inmigrantes irregulares sea obliatoria. Destacando que esta medida no debe incluir a los niños(as), adolescentes.

Lo anterior, ha sido reiterado por la CIDH mediante *Resolución 04/19*, «*Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas*». la Comisión, dado el contexto actual migratorio, consideró consolidar estándares y principios para la protección y promoción de los derechos de las personas migrantes, independiente de su condición.

Resulta interesante, ya que en su motivación afirman, que los movimientos migratorios deben tener de forma diferenciada e individualizada formas de protección en sus diferentes etapas, mencionando no solo aquellos por razones humanitarias, sino económicas, medioambientales, migrantes regulares, irregulares, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, protección complementaria, y, víctimas de trata de personas, supervivientes de tortura, niños y adolescentes acompañados o no acompañados o separados de sus familias, mujeres, personas LGTBI, indígenas, retornados y cualquier otra persona que requiera protección internacional. (Res. 04/2019, p. 2). Con ello la CIDH espera no dejar fuera ninguna condición que toda persona migrante tenga dentro del desplazamiento internacional, y recordando de forma significativa el beneficio de la migración, tanto a los Estados de origen, como a los de acogida.

Es de resaltar, en cuanto a la persona inmigrante irregular, afirman hacen parte del grupo de *personas con necesidades de protección especial, principio 16.* (*Ibidem* p. 9), y en cuanto al debido proceso, lo reafirman específicamente en el *principio 40, acceso a justicia y derecho a un recurso efectivo.* Con este principio la CIDH, considera que toda persona inmigrante, independiente de su condición, tiene derecho de acceso a justicia, real y efectiva, a unas garantías judiciales, y a un recurso, de forma gratuita, así como su derecho de reparación por los daños sufridos. Consecuente con el *principio 50 debido proceso legal en procesos migratorios*, donde se relaciona según en detalle las garantías mínimas.

2. EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

2.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Consejo de Europa, es una organización internacional que actúa como máxima autoridad en Europa, creado tras la segunda guerra mundial para vigilar los valores democráticos

del continente, para ello una de sus primeras medidas fue la composición del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y que se conoce como Convención Europea de Derechos Humanos CEDH (en adelante CEDH). Este tratado internacional y regional está inspirado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entrando en vigor en 1953.

Para Pastor Palomar, en Casadevante Romaní (2003, p 166), es «el mecanismo institucionalizado de protección internacional de derechos humanos más evolucionado y eficaz, se trata concretamente de una técnica de control de carácter jurisdiccional, pionera en el momento de su nacimiento» Sostiene, que este mecanismo refleja que la relación entre Estado e individuo ya no es solo jurisdicción interna del Estado, pues la presión por los ciudadanos sobre la democracia da relevancia a instituciones internacionales.

Este sistema en Europa se convirtió en el modelo para otros sistemas más recientes, precisamente por sus características. El Consejo de Europa con las medidas que dispuso, dio lugar a que los mecanismos de protección de derechos humanos, hoy vigentes, tengan un destacado desarrollo, basados en los valores y derechos comunes centrados en la protección, que, si bien es un sistema regional, su visión es global. Se destaca del CEDH, los valores compartidos entre los Estados europeos. Afirma el profesor Pastor, que, «estos rasgos axiológicos del continente europeo, esenciales en la cultura del respeto de los derechos humanos, no tienen parangón en otras áreas geográficas, más heterogéneas, que también disponen de sistemas jurisdiccionales de protección internacional de derechos humanos, a saber, América y África». (*Ibidem* p. 169) por ello es muy difícil que se pueda traspasar a otros grupos políticos, sociales, geográficos, dada la particularidad.

En general, el sistema está compuesto por tribunales, encargados de la protección de los derechos, y de otra parte están las Comisio-

nes, quienes tienen una función más consultiva siendo complementarios en el trabajo con el Tribunal, el cual es creado en 1959, se rige por la CEDH siendo la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en Europa.

En la UE, el TEDH tenía una actuación vinculada a la Comisión Europea de Derechos Humanos, donde está previamente conocía de los casos y luego sometía al Tribunal para su decisión y ejecución. Bien, para que esta sentencia se ejecute adecuadamente, el Comité de Ministros se encarga de la supervisión. Este Órgano intergubernamental es relevante, «Constituye éste un elemento decisivo, por cuanto viene a suplir el carácter eminentemente declarativo de las Sentencias del Tribunal, al establecer un mecanismo que asegure su ejecución; si bien ésta corresponde a los Estados, ello no se producirá según la voluntad discrecional de éstos, sino sometida a la supervisión y el control del Comité de Ministros». (*Ibidem* p. 167).

En esta estructura, esta también la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa la cual es formada por diputados y senadores de los Estados miembros, y remite recomendaciones y preguntas al Comité de Ministros. Para el profesor y jurista López Guerra, El sistema europeo, tendría diferentes evoluciones, «el período de creación (1950-1959) que culmina con la Constitución del Tribunal de Estrasburgo; el período de desarrollo que va de ese año hasta la entrada en vigor del Protocolo 11 en 1998, y la constitución del «nuevo Tribunal»; el período de funcionamiento de ese nuevo Tribunal, hasta la reforma llevada a cabo por el Protocolo 14, el año 2010; y finalmente, un último período, a partir de la entrada en vigor de ese Protocolo y puesta en marcha de novedades». López Guerra (2013, p. 165.). Con esta reforma introducida con el Protocolo 11, la Comisión deja de estar en esquema de protección, y es el Tribunal el que conoce de las demandas individuales presentadas por los particulares contra los Estados, y a su vez de demandas presentadas por Estados o interes-

tatales, dictando sentencias sobre las violaciones de derechos humanos que puedan existir.

Actualmente, el mecanismo es completamente jurisdiccional, por tanto, el TEDH dispone de una competencia general para examinar todos los asuntos de interpretación del CEDH y de sus protocolos, incluidas las cuestiones de admisibilidad y de conciliación, estando en un plano de igualdad con permitir el acceso directo. Los pronunciamientos de los órganos que lo ejercen, una vez en firme no pueden ser revocados, ni alterados, por tanto, tienen fuerza vinculante para todos los Estados Parte, y están obligados a su cumplimiento, art. 46 del Convenio, el cual reiteramos esta supervisado por el Comité de Ministros.

En cuanto al procedimiento, «Dada la escasez de normas, ha debido ser la jurisprudencia del Tribunal la que ha ido construyendo paulatinamente la mayor parte del procedimiento. En este aspecto, (...) se acerca más al sistema de los países del *common law*, frente a la práctica de los países de *civil law*, en que los trámites procesales se suelen encontrar exhaustivamente regulados en leyes de procedimiento, sea este civil, penal, administrativo o de otro tipo». (*Ibidem*, p. 169). En opinión de Pastor Palomar (2003, p. 171), está mucho más avanzado que el sistema americano, africano.

Es importante destacar la evolución en la interpretación que el TEDH hace del Convenio, si bien no es su función crear más derechos, si lo es interpretar su alcance y contenido, y este debe verse desde el contexto actual.

(...) debe entenderse como protección de derechos también en el contexto de circunstancias cambiantes o imprevistas respecto de la existentes en el momento de su aprobación; el Convenio sería un instrumento vivo, que aspira a mantener su vigencia y efectividad a través de cambios sociales de todo tipo. (...) en ocasiones el Tribunal ha venido a alterar su jurisprudencia en cuanto a la determinación del contenido de un derecho, teniendo en cuen-

ta la evolución de las condiciones existentes en el contexto europeo, y el desarrollo de un consenso o standard consolidado al respecto en el ámbito de los países miembros. López Guerra (2013, p. 179).

Bajo este escenario del sistema europeo, los Estados, si bien están vinculados al Convenio y por tanto a sus órganos, el TEDH como uno de los más importantes, tienen un margen de interpretación que es de valorar. Este se entiende porque precisamente como autoridades nacionales, judiciales tienen más cercanía a los hechos, a su legislación y a sus necesidades basadas en una realidad dentro de su contexto. Esto derivado de su función de garantes de los derechos del Convenio, obligados a respetarlos y garantizar su disfrute dentro de su territorio, y de crear un sistema que les permita acudir, si existiere una violación. Por ello la finalidad del art. 35 del Convenio. Así lo plantea en su análisis el jurista López Guerra, quien además considera que es una perspectiva reciente del Tribunal que aún no se ha consolidado.

En el caso de las medidas provisionales, no están taxativamente en el Convenio. (*Ibidem* p. 172), al plantearse una demanda ante el TEDH, donde existe una orden de expulsión o deportación, se dan las circunstancias de grave riesgo, si ante la eventual sentencia del Tribunal, esta sea tardía y por tanto inútil, si el demandante ya hubiera sido deportado. «Ello explica que, ante el silencio del Convenio, el reglamento interno del Tribunal (Rules of Court) haya previsto la adopción de estas medidas cautelares o provisionales en su artículo 39, que dispone en su apartado 1 que «la Sala, o en su caso su presidente, podrá, a instancia de parte de o de cualquier otra persona interesada, o de oficio, indicar a las partes cualquier medida cautelar que estime necesaria en interés de las partes o del buen desarrollo del proceso».

No obstante, la norma en el Convenio deja de manifiesto que no es de obligatoriedad, y que es solo indicativo, si lo puede llegar a ser desde la perspectiva de antecedentes jurispru-

denciales del Tribunal, y de otros Tribunales internacionales, el generar ese carácter vinculante. Teniendo en cuenta en esa interpretación, el art. 34 del Convenio en su inciso final, al recordar que las altas partes contratantes se comprometen a no poder tratar en el ejercicio de este derecho.

Para el jurista López, estas medidas provisionales se han consolidado en la jurisprudencia del Tribunal, con ciertos requisitos: «que exista un riesgo cierto de que la violación se convierta en irremediable, que la petición se haga en un momento que haga posible la intervención del Tribunal, y que se hayan agotado los recursos efectivos internos». (*Ibidem*, p. 173).

Finalmente, es de resaltar la labor interpretativa que ha venido evolucionando desde la creación de la Convención, por ello la jurisprudencia del Tribunal ha tenido en cuenta el contexto actual para interpretar los derechos y dar un mayor alcance, como el que ha supuesto el derecho a no sufrir tratos crueles e inhumanos, y su aplicación con relación al derecho a tutela judicial efectiva/ recurso efectivo, en casos de inmigración irregular, dado los constantes casos. Consideramos que este sistema europeo ha contribuido al sistema interamericano, ha tenido una influencia positiva no solo en su creación, y defensa de los derechos humanos, sino también en las últimas décadas, con el diálogo entre su jurisprudencia.

2.2. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

En este contexto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea TJUE (2019) tiene como principal misión la interpretación y aplicación de los Tratados, y por tanto garantizar su respeto, siendo la autoridad judicial de la UE.

Dentro de esa finalidad, encontramos:

1. Control de legalidad de los actos de las instituciones de la UE,
2. Velar por que los Estados miembros tengan presente las obligaciones de los Tratados,
3. Interpretar el Derecho

de la Unión a solicitud de los jueces nacionales. Está integrado por dos órganos jurisdiccionales, el Tribunal de Justicia y el Tribunal General, su objetivo, controlar la legalidad de los actos de la Unión y garantizar la interpretación y aplicación uniformes del Derecho de ésta. En ese sentido, su jurisprudencia reitera la obligación, de una parte, de los órganos jurisdiccionales nacionales y, de otra de las administraciones de aplicar el Derecho de la Unión, acorde a su competencia, y en la protección que se otorga a los ciudadanos. Bajo tal contexto, ninguna norma nacional de los actuales 28 Estados miembros puede ser contraria al Derecho de la Unión.

En ese orden, el TJUE reconoce el principio de responsabilidad, el cual aplica a los Estados miembros en caso de incumplimiento del Derecho de la Unión. Por tanto, cualquier infracción es sancionada por el TJUE, siendo dicho incumplimiento objeto de recurso ante el Tribunal de Justicia. Así como, en caso de no ejecutarse la sentencia por parte del Estado miembro, el TJUE tiene la facultad de imponer multa coercitiva o, el pago de una indemnización. «No obstante, en caso de que no se hayan comunicado a la Comisión las medidas tomadas para la adaptación del Derecho interno a una directiva, el Tribunal de Justicia, a propuesta de la Comisión, podrá imponer una sanción pecuniaria a un Estado miembro en la primera sentencia por incumplimiento». (Idem).

Finalmente, dentro de los diversos ámbitos de aplicación del TJUE, están los derechos fundamentales, los cuales resultan apropiados para el fin aquí tratado en cuestión de inmigración irregular. Los derechos fundamentales para el TJUE forman parte de los principios generales del derecho y, en esa medida eleva su nivel de protección. Igualmente, tiene en cuenta otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, con los que, o bien han cooperado o, se han adherido los Estados miembros, como con el Convenio Europeo de Derechos Humanos CEDH.

Bien, una vez presentado el TJUE, es de resaltar su jurisprudencia en los últimos

años, para la profesora Mangas Martín (2012, p. 632), se han desarrollado importantes sentencias del TJUE para la aplicación coherente y uniforme en materia de inmigración y asilo. Destaca, la importancia de estas normas con la inmigración irregular, y los derechos que tienen todas estas personas, los cuales no pueden ser comparados con los de quienes tienen autorizaciones necesarias. Sin embargo, en opinión de Mangas Martín, tienen derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, dignidad, derechos sociales y económicos (DESC), y en el caso que nos ocupa, a un juicio justo, a la defensa, haciendo alusión en el caso de inmigración irregular al caso Kadzoev, que posteriormente abordaremos.

3. DIALOGO ENTRE CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CADH), CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (CEDH) Y CARTA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES (CDFUE) COMO PROTECTORAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las altas Cortes con sus argumentos y conclusiones, son interlocutoras de sus respectivas convenciones respecto a la protección de los derechos humanos. En ese sentido, Úbeda Torres (2007, p. 350) afirma que las referencias mutuas entre esta jurisprudencia UE e Interamericana, así como de sus órganos a las comunicaciones al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, no se pueden evitar ya que los dos tratados internacionales responder a objetivos y a unos sistemas de control similares, lo cual es lógico su atracción. Esta situación es justificada dado el apoyo que presta a sus argumentos en sus decisiones, buscando siempre la norma más favorable para la persona.

En el caso de la CorteIDH, desde sus inicios ha recurrido sistemáticamente a citar sentencias del TEDH, así lo plantean Burgorgue-Larsen L. y Montoya Cespedes N. (2013, p. 190), y de forma similar, también las víctimas y los

Estados, quienes han citado los argumentos del TEDH para sus propias intervenciones, teniendo presente el buen recibo que estos tienen en la CorteIDH. Sin embargo, «el recurso a la jurisprudencia del TEDH como herramienta argumentativa ha llegado a tal punto que en ocasiones los argumentos extraídos de la jurisprudencia europea no son acompañados de una referencia específica a un fallo específico en el cual se sustenta la posición defendida por el juez.» Y en esa misma línea, Úbeda Torres (2007, p. 352) coincide, «Sin embargo, las referencias al TEDH no son siempre realizadas de la forma más ortodoxa: en ocasiones, la CorteIDH se inspira directamente en el TEDH sin citarlo, en otras las referencias a la jurisprudencia europea e internacional son parciales y no reflejan lo que esta había afirmado».

En América la influencia de la jurisprudencia TEDH ha sido desde el propio sistema, como lo hemos visto, sin embargo, en Europa, ha sido más influencia de terceros, ONG, academia, víctimas.

En opinión de Úbeda Torres (2013, p. 353), el TEDH ha citado a la CorteIDH, de forma más «tímidamente», sobre todo en cuestiones en las que ésta ha sido pionera. «El tribunal europeo no siente la necesidad de confirmar sus pronunciamientos apoyándose en otra jurisprudencia, sino que la utiliza principalmente si está aporta un elemento novedoso que demuestre una evolución en la materia».

En cuanto al derecho al debido proceso, en opinión de Grecci T, y Loppi Cocco, A. (2014, p. 219) «la CorteIDH ha inspirado sin mayor preámbulo la propia jurisprudencia europea, sobre todo en lo referente a la duración razonable del proceso, pero también a la imparcialidad de los jueces garantizada mediante oportunos procedimientos de nominación y al derecho del procesado a conocer los hechos por los cuales se encuentra vinculado a proceso»

Según Burgorgue-Larsen L. y Montoya Cespedes N. (2013, p. 195), los jueces del TEDH han empezado a utilizar argumentos de la jurisprudencia CADH en sus diferentes opiniones disidentes. Sostienen que los

jueces que han servido de vectores de la jurisprudencia interamericana en Europa son de culturas jurídicas disimiles a la cultura latinoamericana, a excepción del juez Pinto, con lo cual se demuestra que la utilización de este recurso no es por afinidad cultural, sino por la relevancia como órgano convencional de protección de derechos humanos. Este diálogo entre sistemas, por parte de la CADH es más heterogéneo y en el TEDH es en temas más puntuales. Consideramos que, si bien es cierto lo anterior, encontramos más cercano la CDFUE tratándose de derechos fundamentales que pueden ser vulnerados a personas inmigrantes, y que TJUE conoce de forma puntual.

En opinión de Garro Vargas (2009, p. 1178), en todo caso, lo que se puede constatar es que la influencia del TEDH trasciende las fronteras del sistema regional europeo, a tal grado que se puede decir que su jurisprudencia constituye una fuente material de destacada relevancia en el ámbito americano, pues al incorporarse a la jurisprudencia de la CorteIDH, configura formalmente los ordenamientos jurídicos de este continente. Se está entonces ante un fenómeno de la globalización jurídica que, probablemente, será cada vez más acusado, también porque es de esperar que la CorteIDH comience a conocer un número mayor de temas que ya han sido tratados en el TEDH.

Y en línea con Garro Vargas en cuanto a la globalización jurídica, «a pesar de las importantes diferencias –tanto normativas como sociales y políticas– entre los dos sistemas de protección, la toma en consideración por **cada Corte de la jurisprudencia de la otra participa, sin duda alguna, a la puesta en marcha al nivel universal, de un ius commune humanist**» Burgorgue-Larsen L. y Montoya Cespedes N. (2013, p. 207).

Estas son razones suficientes para apostar por la evolución y continuidad en el diálogo jurisprudencial, si tenemos presente que los derechos humanos son universales, y que las personas inmigrantes tienen derechos fundamentales que deben ser garantizados en cual-

quier lugar del mundo, con lo cual nos quedamos con la perspectiva optimista y abierta de seguir adelante en ello. Siendo el momento para dar paso a comentar y reflexionar con los casos relevantes en materia migratoria en los Tribunales CorteIDH, TEDH, TJUE sobre el derecho *a las garantías judiciales* art. 8 CADH, en el CEDH es, art. 6 *derecho a un proceso equitativo en concordancia con el art. 13 recurso efectivo*, y en la CEDF, art. 47 *derecho a la tutela efectiva y a un juez imparcial*, específicamente en materia de inmigración irregular.

Previo a ello, es conveniente analizar la relevancia de este derecho, y como lo conciben en los diferentes sistemas, iniciaremos con la interamericana, y seguidamente la europea.

3.1. El debido proceso/tutela judicial efectiva/recurso efectivo - Garantías judiciales/debido proceso CADH art. 8.1

Artículo 8.1 de la CADH «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter».

Bien, para Salmón E. (2012, p 23,24) «este derecho se entiende como puntal esencial de la obligación general de investigar las violaciones de los derechos humanos (artículo 1.1)», sostiene que es un derecho indispensable que actúa como prerequisito para la protección de cualquier otro derecho, dotado por tanto de un carácter democratizador al establecer un límite en cuanto a la regulación del poder estatal.

Siendo esta una de las primeras razones por las que nos hemos inclinado para su estudio, ya que es la base para garantizar los derechos fundamentales de los que son

inherentes todo inmigrante en situación de irregularidad. La segunda, es en atención a que no se limita a proceso judicial en sentido estricto, Konrad Adenauer (2014, p. 211), argumenta que en línea jurisprudencial, la CorteIDH ha confirmado que si bien el título del artículo 8 es garantías judiciales, su aplicación no está limitada a procesos judiciales, y se extiende en general a todos los requisitos que deben observarse ante una instancia procesal, y puedan las personas en este sentido, defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado, y que afecte o vulnere sus derechos. A ello, agregamos, que no hace distinción alguna, es para *toda persona*, y en relación a procesos, cualquier carácter.

Entendemos, en esa amplitud de instancia procesal, actos de cualquier autoridad, en inmigración irregular, las de tipo administrativo cuyas resoluciones determinen derechos u obligaciones, deben garantizar que sus decisiones no sean arbitrarias y por tanto no pueden ser contrarias a los derechos humanos de los inmigrantes irregulares.

Este derecho es previsto además por la propia Corte como el derecho de acceso a la justicia, siendo una norma imperativa de derecho internacional. (*Ibídem*, p. 213). Siendo oportuno aclarar, las garantías judiciales no garantizan el derecho a un recurso, el cual está contemplado en el art. 25 CADH, el debido proceso del art. 8, por su parte, regula que se observe en el proceso la máxima justicia posible, independiente de la condición de la persona.

Estas garantías judiciales del art. 8.1, como el derecho a ser oído, desde la perspectiva formal, que sea por un juez o tribunal, o autoridad competente, independiente e imparcial, y desde lo material, que la decisión se produzca dentro de un procedimiento justo. La competencia es un presupuesto del debido proceso, no es posible que se atribuya casos de civiles y de derechos humanos a la jurisdicción militar por cuanto su alcance es limitado y restrictivo, y su intervención vulneraria el

derecho al debido proceso. Un ejemplo, en inmigración, el caso Castillo Petruzzi Vs Perú, más adelante lo veremos.

En cuanto a la razonabilidad del plazo, en general se debe tener en cuenta, la complejidad del caso, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades, la afectación generada por la duración del procedimiento, y la legislación nacional sobre el asunto. Estos serían los elementos que la ex abogada de la CorteIDH Ibáñez Rivas, señala como lo establecido por la CorteIDH. KAS (2014, p. 227).

Otro de los elementos esenciales en las garantías judiciales, es el de la motivación en la decisión por parte de la autoridad, esta debe tener un análisis de las pruebas, de los alegatos, así como dar a conocer de forma clara y concisa, los hechos, motivos y normas en que justifica su decisión, garantizando con ello que la persona ha sido oída, y por tanto se ha respetado el debido proceso.

En cuanto a las garantías mínimas art. 8.2, estas deben ser garantizadas por el Estado a todas las personas, en igualdad de condiciones protegiendo su derecho al debido proceso. En relación con los arts. 8.1 y 8.2 de la CADH, Ibáñez Rivas (2014, p. 233) hace alusión al análisis del juez García Ramírez, voto razonando a la sentencia de la CorteIDH en el caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*.

Argumenta que si en un proceso se ha tenido en cuenta las garantías mínimas que cita el art. 8.2 CADH, pero no se ha observado el art. 8.1 en lo correspondiente a la competencia del juez, independiente e imparcial, se estaría vulnerando el debido proceso, entendiendo que las actuaciones se han realizado ante un órgano que no cumple con lo exigido por el art. 8.1, siendo un «defecto insubsanable» y se declara la invalidez del proceso. A este escenario, agrega que si en el proceso se aplica el art. 8.1, pero no se observa alguna de las garantías mínimas del art. 8.2, en este caso es admisible y se debe realizar la reposición de los actos o

etapas para cumplir con las condiciones de un debido proceso y satisfacer este derecho.

Como garantías mínimas, art. 8.2, la presunción de inocencia, en materia migratoria, es obligación del Estado no privar de su libertad a la persona más allá de lo estrictamente necesario, siendo una medida cautelar y no punitiva, extenderla sería ir en contra de la presunción de inocencia. En el caso de inmigrantes irregulares, es aún más importante que este tipo de medidas no se efectúen, pues no se está ante un delito, sino ante una sanción de tipo administrativo, lo contrario es criminalizar la inmigración.

El derecho a recibir asistencia gratuita de un intérprete, a una comunicación previa y detallada de la acusación, a defenderse, buscar un abogado libremente, y por tanto tener un defensor, siendo un derecho irrenunciable, así como del derecho a recurrir ante un juez o tribunal superior, y del *principio de ne bis idem*. Bien, en cuanto al derecho de defensa en materia migratoria, es necesario traer en alusión a la Opinión Consultiva OC-18/03, que trata de la «condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados» La CorteIDH, ha considerado en los casos administrativos o judiciales en los cuales puede decidirse sobre la deportación o expulsión o privar de libertad a un inmigrante, es necesario garantizar la asistencia jurídica gratuita y proteger el derecho al debido proceso.

El derecho a la asistencia consular es muy importante para todo inmigrante, reconocido en la Convención de Viena, este derecho protege a todas las personas inmigrantes que se encuentren detenidos, y que dado las diferencias sociales y jurídicas se encuentren en vulnerabilidad. Con esta garantía, tienen acceso a la justicia, al debido proceso en condiciones de igualdad, y respetando el derecho a la dignidad. En síntesis, se necesita, que se notifique del derecho a la asistencia consular al inmigrante, y que esta sea hecha antes que se haga declaración alguna. En esa medida, se le garantiza el derecho de defensa, acceso a la justicia, ya que el cónsul está en la obliga-

ción de asistir en diferentes actos de defensa al inmigrante, por tanto, sino se le notifica al inmigrante este derecho, se estaría violando el art. 8 CADH, al dejarlo en incertidumbre jurídica. Este derecho, es también obligación del Estado de origen del inmigrante, el cual debe proteger los derechos de sus nacionales en el extranjero.

El derecho de garantías judiciales tiene algunas consideraciones especiales con algunos derechos, entre ellos, el derecho a la vida, los derechos de los niños, y en materia de inmigración, el derecho de circulación y residencia art. 22 CADH. Es especial, en atención a que la CorteIDH ha expresado en diversas ocasiones que los inmigrantes irregulares por su situación tienen condición de vulnerabilidad, siendo expuestos a violaciones de sus derechos y a un nivel de desprotección considerable. Frente a este grupo vulnerable, el Estado, si bien puede iniciar acciones por no cumplir con la normativa de regulación migratoria, estas no deben estar en contra de sus derechos humanos ni limitando su ejercicio. Debe proporcionar lo necesario para garantizar sus derechos en igualdad de condiciones sin importar su situación de regular o irregular.

El debido proceso en una persona inmigrante que en su proceso se encuentre en situación de expulsión o deportación, según la CorteIDH debe observar algunos elementos esenciales, debe ser individualizado, teniendo que evaluar circunstancias personales, y no incurrir en expulsiones colectivas. Otro elemento, es no ser discriminado en razón a su nacionalidad, raza, color, sexo, lengua, opinión política, y origen social o económico.

Observando en lo anterior, principalmente, que sea informado de los cargos y motivo de la expulsión, así mismo de los derechos que tiene para su defensa, entre ellos asistencia consular, asistencia legal, traducción, ejercer su derecho de contradicción, y en caso de no ser resuelto favorablemente, poder interponer una revisión del asunto. Estos elementos son necesarios que se garanticen a toda persona inmigrante independiente de su

condición jurídica, respetando la prohibición de expulsiones colectivas, protegiendo así el debido proceso en materia migratoria y fundamentalmente a la persona como sujeto de derechos.

Finalmente, el debido proceso, al estar en casi todos los casos que llegan a la CorteIDH, resulta interesante, para Salmón E. (2012, p. 45), existe una relación específica entre los procesos nacionales y los del órgano internacional en la evaluación de si el Estado cumple con las garantías judiciales o debido proceso.

Sostiene, en sentido estricto, inclusive, los casos que llegan a conocimiento de la instancia internacional van a comprender en casi todos los supuestos un tema referido al debido proceso. Este es un signo inequívoco de la soberanía estatal que no impide, sino que fundamenta la existencia de un sistema internacional. En consecuencia, la Corte Interamericana no es una «cuarta instancia» que tenga la competencia para revisar las sentencias nacionales y eventualmente determinar responsabilidades, pero sí es el órgano que evalúa si el Estado ha cumplido o no sus obligaciones en materia de debido proceso. Para hacerlo, debe necesariamente analizar las actuaciones judiciales o administrativas nacionales porque es precisamente allí donde este derecho despliega sus efectos jurídicos.

Ahora bien, en materia migratoria, específicamente irregular en la CorteIDH son pocos los casos, siendo entendible dado que la tendencia era de migración y no de inmigración, y en su caso, irregular. Sin embargo, los que se comentaran son de trascendencia, dejando ver como de forma progresiva la inmigración irregular va siendo reconocida como población vulnerable, llegando el Tribunal a fijar un estándar, entendiendo por este, las pautas consistentes y consistentes sobre el debido proceso, entre otros derechos. Sin embargo, se aclara, que el contenido de ese estándar mínimo no es absoluto, es y debe ser un concepto en evolución dada la complejidad, heterogeneidad y dinámica de la actual inmigración.

3.2. Derecho a un proceso equitativo

art. 6.1. CEDH / TEDH, Derecho a la tutela judicial efectiva art. 47 CDFUE, TJUE

El art. 6.1 del CEDH, contempla el derecho a un proceso equitativo, la doctrina por su parte hace alusión a diferentes expresiones para citar este derecho, así lo sostienen López B y Fonseca L. (2017 p. 355) en sus reflexiones acerca de este derecho, y su aplicación en la jurisprudencia de Estrasburgo, «Se habla de derechos de «acceso a la justicia», «acceso a la jurisdicción», «tutela judicial efectiva», de «audiencia» (o a ser oído), «debido proceso» (o proceso debido), «juicio justo», «juicio equitativo», «proceso garantizado por la ley», o «derecho de defensa procesal», argumentan que, en principio, estos primeros conceptos hacen referencia al derecho de toda persona de asistir ante un órgano jurisdiccional y que se le resuelva su causa o litigio. Y, los segundos, debido proceso, proceso garantizado por la Ley, se refieren a las garantías mínimas que debe tener todo proceso y que por tanto sea equilibrado para ambas partes.

En ese sentido, López y Fonseca, consideran que el concepto que trata el art. 6, es un «concepto global» dada su diversidad de elementos, y a la interpretación que el TEDH tiene para el Convenio como instrumento vivo, y nada estático, teniendo en cuenta la dinámica actual. En esa línea coincidimos con la interpretación que debe darse al CEDH, como no podría ser de otra manera, el derecho debe ser progresivo y estar en evolución para poder cumplir con su finalidad de protección plena de los derechos humanos, y materia migratoria la dinámica es cambiante y heterogénea.

El art. 6.1, expresa que toda persona tiene derecho «(...) a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley (...), se comprende que la titularidad, en cuanto al acceso a la justicia, es para todas las personas, es universal. (*Ibidem* p. 358), y en ese escenario dentro de una interpretación extensiva, tendrían que estar

las personas inmigrantes que se encuentren dentro de la jurisdicción de cualquier Estado miembro de la UE.

Nuestra opinión está en línea con Morte Gómez, Letrada del TEDH, quien considera que «Bajo el artículo 1 del Convenio, los Estados se comprometen a garantizar los derechos y libertades de cualquier persona que se encuentre «bajo su jurisdicción», lo cual incluye por supuesto a los nacionales del Estado en cuestión, pero también a los extranjeros, a los desplazados, a los demandantes de asilo, a los emigrantes, etc». Agregaríamos a inmigrantes regulares e irregulares.

En ese orden, y en referencia a la formación y aplicación del CEDH, Jimena Quesada (2005, p 179), sostiene, que estas y también lo relacionado con el Derecho Europeo, le está sujeto en exclusiva a los órganos jurisdiccionales. «Nos hallamos confrontados a una problemática común a todos los agentes que intervienen en la acción de la justicia (...). Centra su argumento, en la interacción y la sinergia que deben tener los actores que estén implicados en la acción de la justicia. Este enriquecimiento mutuo, que tanto abogados como fiscales comparten con el juez en sus escritos, en referencia a la jurisprudencia del TEDH y al CEDH, resulta importante para garantizar un proceso más equitativo y por tanto un derecho fundamental. El Prof. Jimena, en coherencia con lo anterior, considera que el art. 6.1 del CEDH si bien alude al ámbito penal y civil en su contenido, es extensible a otras jurisdicciones, «ha sido interpretado ampliamente por los jueces europeos, superándose la redacción formal». (*Ibidem*, p. 186).

En ese sentido parece acorde, la opinión del Catedrático, con el carácter de «instrumento vivo» y no estático que alude el TEDH del Convenio, el cual a su vez reconoce en su título 1 que toda persona bajo su jurisdicción se le garantizan los derechos y libertades en el dispuestos, y esto implica indirectamente a todas las jurisdicciones y órganos de cada Estado miembro. En igual sentido, López Guerra (2013, p. 179), menciona que «el Tribunal ha

recalcado que, frente a una interpretación que pudiera llamarse «originalista» del Convenio, éste debe entenderse como protección de derechos también en el contexto de circunstancias cambiantes o imprevistas respecto de la existentes en el momento de su aprobación; el Convenio sería un instrumento vivo, que aspira a mantener su vigencia y efectividad a través de cambios sociales de todo tipo».

Dentro de esa extensión, y de su interpretación en atención al contexto, resulta oportuno mencionar el reconocimiento que hace el CEDH al derecho a no ser sometidos a tratos crueles e inhumanos art. 3 y art. 8, vida privada y familiar, con lo cual reconoce a su vez el derecho de los inmigrantes a no ser expulsados. Jimena Quesada (2005, p. 187).

En este sentido, dentro de un proceso justo estaría, no solo el derecho a un proceso equitativo art. 6.1 del CEDH, sino también, de forma individual o complementario, según el caso, el art. 13 derecho a un recurso efectivo. «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales». Así como el art. 47 derecho a tutela judicial efectiva, de la Carta Europea de Derechos Fundamentales (CDFUE), concordantes con la Declaración Universal de Derechos Humanos arts. 10 y 8, y del PIDCP art. 14, y en lo regional UE con los arts. 6.1 y 13 del CEDH. Este último, bajo la jurisprudencia del TEDH y, en opinión de Díaz Crego (2013, p. 277), es un recurso que debe ser efectivo, y lo importante que destaca en su análisis es que no es necesario que se ejecute ante un órgano jurisdiccional. Recordando que el TEDH exige por tanto que cumpla con determinadas exigencias, que son *accesibilidad, rapidez y eventual carácter suspensivo*.

Dada la extensión de jurisprudencia del TEDH, y, partiendo de la base que el CEDH no garantiza el entrar y salir de un Estado

miembro del que no se es nacional, el derecho a no ser expulsado, y el derecho de asilo, no obstante, si garantiza la prohibición de expulsión colectiva, en su art. 4 Protocolo 4, art. 1 Protocolo 7. Lo anterior deja claro que no comprende, y por tanto excluye a las personas en situación de irregularidad, siendo su protección del derecho de libre circulación para personas residentes regulares, así como de sus garantías procesales.

Por ello, tomaremos casos emblemáticos que sean relevantes, que, en todo caso se toman de referente desde una perspectiva transversal, teniendo en cuenta que en materia de inmigración irregular el proceso equitativo/tutela judicial efectiva, taxativamente por especialidad no es abordado desde el art. 6 CEDH, pero si se deriva de otros derechos reconocidos. En ese sentido, en parte si desde el art. 13 CEDH, cuando otros derechos, como el de prohibición a la tortura, tratos crueles y degradantes se ven afectados, y en coherencia desde la perspectiva de prohibición a expulsiones colectivas, art. 4 del Protocolo 4, y, más directamente desde la tutela judicial efectiva y juez imparcial art. 47 CDFUE, derecho aplicable en el Derecho de la Unión, y que independiente del carácter del litigio, defiende los derechos humanos, en atención al espíritu progresista de los dos Tribunales en su aplicación por uno, e interpretación por el otro, TJUE.

Bien, el debido proceso, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea CDFUE, y en opinión de López Escudero (2008, p. 743, 749), considera que el art. 47 derecho a tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, es más amplio, porque su aplicación comprende a toda persona que quiera hacer valer un derecho conferido por la UE, bien ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y sus instancias correspondientes, o ante jueces nacionales. Es acertado, si tenemos presente que la CDFUE tiene competencia en todo lo referente al Derecho de la Unión. En esa medida obliga tanto a instituciones y órganos de la Unión Europea como a sus Estados miembros.

Según López con relación al alcance de esta norma del CDFUE, que en «(...) en Derecho comunitario, el derecho a un tribunal no se aplica únicamente a litigios relativos a derechos y obligaciones de carácter civil. Es una de las consecuencias del hecho de que la Comunidad, sea una Comunidad de derecho», matiza afirmando que siempre dentro del ámbito de la CDFUE, entendiendo esa extensión al principio general del Derecho Comunitario, también conocido como derecho de la Unión Europea. (*Ibidem*).

La CDFUE si protege expresamente en su art. 18 derecho de asilo, y protege en caso de devolución art. 19, la prohibición de expulsiones de inmigrantes a un Estado donde pueda ser sometido a tratos y penas crueles y degradantes art. 19.2, y en el caso de expulsiones colectivas, el art. 19.1, en este caso, en opinión de Martín y Pérez de Nanclares (2008, p. 381), «el grado de protección que se le conceda en el ámbito comunitario en ningún caso podrá ser inferior al que se le conceda por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos TEDH». En igual opinión, Gómez-Reino y Carnota (2013, p. 192), quien invoca el principio de homogeneización, y argumenta que cuando la CDFUE contenga derechos garantizados por el CEDH el sentido y el alcance serán iguales a los del Convenio. Y, agrega, que se hace extensivo a los derechos reconocidos por los Protocolos del CEDH, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TEDH y TJUE. Con todo esto, es claro que la Carta ofrece una protección más amplia para los derechos de los inmigrantes irregulares, dejando en su art. 53, nivel de protección, un estándar mínimo de protección para los derechos humanos.

4. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS - SENTENCIAS

• **Sentencia TEDH 2008, asunto de Nassim Saadi c. Italia, nº 37201/06**

En este caso, el Sr. Saadi tunecino, inicialmente estuvo con residencia en Italia hasta el

2002, fecha en la cual es detenido, entre otros cargos por conspiración para el terrorismo, delito que la Corte en apelación recalifica por conspiración criminal y se condena a 4 años de cárcel. Asu vez en Túnez, es condenado a 20 años por pertenecer a una organización terrorista. El Ministro de Interior de Italia, una vez excarcelado el Sr. Saadi, ordena su deportación, bajo indicios de posibles vínculos con una célula islamista contra Italia. Ante este escenario el Sr. Saadi, recurre al TEDH por considerar que se le ha violado el *art. 3 prohibición de tortura, el derecho a un proceso equitativo art. 6, el derecho a su vida privada y familiar art. 8*, y del protocolo nº 7 art. 1, garantías relativas a la expulsión de extranjeros.

En esta sentencia el TEDH reafirma su línea de protección del *art. 3 CEDH prohibición de la tortura*, sobre cualquier persona e independiente del caso. El Tribunal considera que la responsabilidad internacional es del Estado receptor, el cual debe proteger los derechos de toda persona que este en su territorio, y esto incluye velar por la garantía de los derechos humanos de los inmigrantes, incluidos los casos de deportación o devolución al Estado de origen o tercer Estado, en especial, cuando dicha devolución/expulsión/deportación va a suponer para el inmigrante el ser sometido a tratos y penas crueles e inhumanos. Y, en todo caso, reafirmando el derecho fundamental a la prohibición de la tortura, siendo inderogable.

No puede, por tanto, aceptar una reinterpretación de dicha obligación en casos de terrorismo, como lo supone el Estado italiano y Reino Unido como Estado Interviniente.

En similar consideración, los casos *Chahal c. Reino Unido 15/11/199, Chamaïev y otros c. Georgia y Rusia 12/04/2005, N. c. Finlandia 26/07/05, Abdolkhani y Karimnia c. Turquía 22/09/2009, Baysakov y otros c. Ucrania 18/02/2010, Klein c. Rusia 01/04/2010, Khaydarov c. Rusia 20/05/2010, Y.P y L.P. c. Francia 01/09/2010, Iskandarov c. Rusia 23/09/2010, Omar Othman c. Reino Unido 17/01/2012, Mannai c. Italia*

27/03/2012, *Labsi c. Eslovaquia 15/05/2012, Zokhidov c. Rusia 05/02/2013, Mo.M. c. Francia (nº 18372/10), sentencia de 18/04/2013*. TEDH (2013). Por tanto, el Tribunal, afirma la violación del art. 3 CEDH de Italia, olvidando su responsabilidad como Estado de velar por los derechos de todas las personas que se encuentren en su jurisdicción, sean nacionales italianos, o no.

- **Sentencia TEDH 2007, asunto *Gebremedhin c. Francia nº 25389/05***

El solicitante es nacional de Eritrea, fue arrestado presuntamente por sus actividades realizadas en el periódico, junto con su jefe y amigo. Estuvo en la cárcel por seis meses donde sufrió malos tratos, y enfermo de tuberculosis, huyó a Sudán donde con documentos falsos viajó a Sudáfrica y luego a Francia, donde solicitó asilo porque temía por su vida. En el aeropuerto de Francia, es detenido, por su documentación falsa, ante esto el Sr. Gebremedhin solicita asilo, y la Oficina Francesa para la Protección de Refugiados y Apátridas OFPRA, lo niega, en su opinión por encontrar inconsistencias en su motivación y por tener documentación falsa, ordenado su traslado a Eritrea o cualquier país donde fuese admisible.

Ante esta decisión, solicitó al Tribunal Administrativo el permiso para entrar a Francia y poder así pedir asilo, siendo esta denegada, situación que fue presentada ante el TEDH, el cual ordenó la suspensión del traslado, y que se tomaran las medidas provisionales para que el Sr. Gebremedhin solicitara asilo, este se encontraba aún detenido en el aeropuerto. Con ello, pudo recibir permiso temporal de residencia y posteriormente el estatuto de refugiado. Por lo anterior, el Tribunal decide que Francia violó el art. 13 del CEDH, por no haber informado, y por tanto permitido de forma efectiva que el Sr. Gebremedhin presentara recurso contra la decisión de retorno a Eritrea, donde podría estar sometido a tortura y tratos crueles, siendo un daño irreversible.

- **Sentencia TEDH 2009, asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia, demanda nº 27765***

Once somalíes y trece eritreos formaban parte de un grupo de aproximadamente 200 personas que abandonaron Libia en embarcaciones para llegar a la costa italiana. Cuando los navíos se hallaban a 35 millas al sur de Lampedusa fueron interceptados por buques de policía italiana, quienes trasladaron a los inmigrantes y devueltos a Trípoli. Los inmigrantes durante dicha travesía no fueron informados por las autoridades italianas de su destino, no fueron identificados, y fueron entregados a las autoridades libias de forma forzosa (*Sentencia, p. 4*), de este grupo ACNUR le concedió el estatuto de refugiados a 14 de ellos.

En ese caso, el TEDH, constata que se violaron los arts. 3, al someter a los inmigrantes a un riesgo de malos tratos en Libia, y, de su deportación de forma arbitraria a Somalia o Eritrea, *art. 4 del Protocolo 4, prohibición de expulsiones colectivas*, ya que sus casos no fueron examinados individualmente, y, *art. 13 derecho a un recurso*, los inmigrantes en dicha situación, en el navío, no tuvieron acceso a ningún procedimiento, desconociendo no solo el derecho a un recurso efectivo, sino al procedimiento de solicitud de asilo y refugio. Por tanto, sin la información no hay accesibilidad al recurso y en ese orden no hay efectividad. Ahora, si bien el TEDH ha reiterado que en referencia a lo señalado en el art. 13, no necesariamente tiene que ser instancia judicial, sin embargo, cuando se violan derechos y libertades fundamentales, el *art. 47 del CDFUE* reconoce el *derecho de tutela judicial efectiva*, que su causa sea oída, en últimas que se garantice su debido proceso.

Solanes Corella (2017, p. 208) opina en referencia a este caso, «el Tribunal reafirma su tradicional noción de jurisdicción, según la cual la territorialidad admite excepciones siempre que el Estado controle y, ejerza autoridad sobre un individuo fuera de su territorio», y para Bollo Arocena (2016, p. 147,148), El TEDH, en

este asunto de Hirsi Jamaa, reconoce el derecho de los inmigrantes irregulares, incluyendo los que son rechazados en frontera, o en alta mar, a tener un *recurso efectivo*, art. 13 CEDH. El TEDH, enunció en esta sentencia los derechos de los inmigrantes que intentan acceder a un Estado europeo y las obligaciones para con ellos de parte de los Estados.

- **Sentencia TEDH 2011, asunto M.S.S. c. Bélgica y Grecia 30696/09**

El Sr. M.S.S. afgano, ingreso a la UE, vía Turquía, y a través de Grecia, ingresa a Bélgica y solicita asilo, las autoridades belgas lo envían nuevamente a Grecia para que este Estado hiciera el proceso de asilo. En ese contexto, Grecia detuvo al Sr. M.S.S. y luego lo dejó en libertad con una orden de abandonar el país. En ese lapso, no tuvo acceso a ningún recurso, siendo víctima de malos tratos por parte del Estado de Grecia. El Tribunal, considera por malos tratos «aquel que es infligido «con premeditación durante horas y que causa lesiones corporales, y gran sufrimiento físico o mental». Un trato es «degradante» si humilla o desprecia a un individuo, si es testigo de una falta de respeto hacia su dignidad humana, (...), o si suscita en el interesado sentimientos de miedo, angustia o inferioridad destinados a minar su resistencia moral y física», (p. 47, apartado 220).

En este sentido, la preocupación del Tribunal es, si existen garantías que protejan al Sr. M.S.S. frente a una expulsión arbitraria, con la cual se vean amenazados y vulnerados sus derechos como consecuencia de no tener acceso a un recurso, art. 13 CEDH. Decide, finalmente, que Grecia violó el *art. 13 derecho a un recurso efectivo y art. 3 prohibición de la tortura* del CEDH, por cuanto el procedimiento de asilo no cumplió con el examen individual, minucioso que debe tener, por el riesgo ante una posible devolución a su país de origen Afganistán y, a su vez por no tener acceso a un recurso efectivo. Y a Bélgica, por la devolución del Sr. M.S.S. a Grecia, Estado en el cual no se le garantizaba un procedimiento de asilo, ni sus derechos con-

templados en el CEDH, siendo un riesgo la vulneración de los arts. 3 y 13 del CEDH.

Este caso es importante, en atención a que el TEDH, se pronunció en relación con la responsabilidad del Estado por omisión, en cuanto que es su deber proteger los derechos humanos y satisfacer las necesidades básicas de todo inmigrante que este bajo su jurisdicción, en aras de garantizar el art. 3 prohibición a la tortura del CEDH, los estándares y, el derecho de asilo de la UE, derecho a recurso, antes de efectuar una devolución a otro Estado miembro.

- **Sentencia TEDH 2012, asunto G.R. contra Países Bajos del 10 de enero**

El Sr. G.R., llegó a Zoetermeer, Holanda, unos meses después de su esposa y tres hijos, a su llegada solicitó asilo, dada la situación de Afganistán, ésta le fue denegada y sólo se autorizó residencia temporal, a diferencia de su esposa e hijos que tuvieron permisos de residencia con fines de asilo. Teniendo en cuenta este precedente, el permiso temporal tras tenerlo por tres años, pasó a denominarse permiso de residencia indefinido, según la Ley de Extranjería del año 2001. En el 2004, el Ministerio de Inmigración, le retiró el permiso al Sr. G.R., sin embargo, a su hijos y esposa no, los cuales en ese mismo año les dieron la nacionalidad neerlandesa. En esta ocasión, 2005, el Sr. G.R. solicitó nuevamente asilo y le fue rechazada, ante esta situación, y teniendo en cuenta su vida familiar, solicitó la residencia y exoneración de la tasa administrativa, siendo esta en su situación económica, imposible de pagar, demostrando que ante la retirada del permiso de residencia no tenía acceso a la ayuda de asistencia social con la cual, al no tener un empleo era el único ingreso que sostenían su hogar.

Con todo el antecedente, el ministro negó la solicitud de residencia por el no pago de la tasa administrativa. El Sr. G.R. alegó violación a su *derecho y respeto a vida familiar* art. 8 CEDH. De oficio, el Tribunal de primera

instancia, planteo la cuestión de violación del *derecho a un recurso art. 13 del CEDH*.

El TEDH, afirma que «Para ser eficaz, el recurso exigido por el artículo 13 debe estar disponible tanto en la práctica como en la ley, en particular, en el sentido de que su ejercicio no debe verse obstaculizado injustificadamente por los actos u omisiones de las autoridades del Estado demandado» (apartado 44), recordando su jurisprudencia en el *asunto M.S.S. c. Bélgica y Grecia 2011*.

El Tribunal, sostiene, y de forma acertada, que el asunto presentado en dicho contexto ha sido desproporcionado en la carga administrativa a la que se exige al Sr. G.R, en atención a su nivel de ingresos, nulo, y su dependencia de los ingresos de su esposa que, en todo caso, eran producto de la asistencia social del Estado. (apartado 51), No obstante, el Tribunal no cuestiona la carga administrativa fijada, su preocupación es si impidió al Sr. G.R. solicitar el reconocimiento de su alegación en cuanto al art. 8 CEDH, y en ese sentido, no pudo hacer efectivo su derecho según el art. 13. Así mismo considera el TEDH la *relación que por conexión el art. 6 derecho a un proceso equitativo y el art. 13 del derecho a un recurso tienen*, señalando que se solapan, (apartado 49). Sin embargo, esta postura está en debate, siendo para algunos, el art. 6 especialista en civil y penal y, por tanto, no coincidir con temas de inmigración, y en este caso, de irregular. Agrega, el Tribunal, sin embargo, que, en términos de garantías procesales el art. 13 debe comprender en esencia el derecho a un procedimiento accesible. (Apartado 50).

Decide el Tribunal que se obstaculizo injustificadamente el derecho a un recurso de forma eficaz, y por tanto se ha violado el art. 13 derecho a un recurso efectivo del CEDH. Y no es necesario por ello examinar el art. 8 CEDH.

- **Sentencia TEDH 2012, asunto I.M. contra Francia**

El Sr. I.M nacional sudanés, siendo su familia originaria de Darfur. En el 2008 como

consecuencia de hechos violentos realizados por parte del grupo JEM, fue detenido e interrogado sobre su supuesta vinculación con este grupo. En el transcurso de una semana detenido, fue víctima de malos tratos y obligado a firmar un documento donde se comprometía a dar información sobre el grupo JEM y presentarse antes las autoridades dos veces por semana. Posteriormente, la información que reportaba fue considerada insuficiente, y nuevamente fue víctima de malos tratos.

Ante tal situación, el Sr. I.M obtuvo pasaporte, salió del país y viajó a Turquía y luego a Grecia, donde falsificó un pasaporte e intentó ingresar a territorio francés, siendo custodiado por 24 horas, por ingreso y estancia irregular, así como por falsedad en documento. Es llevado a la Fiscalía y puesto en prisión preventiva condenándolo a un mes de prisión por violar la Ley de Extranjeros. Dentro de prisión, hace la solicitud de asilo, y, a su vez impugna la decisión del Tribunal Administrativo de efectuar la devolución a su país de origen. Todo sin tener acceso a un abogado, traductor y al tiempo suficiente para poder defendarse.

Cumplida la condena, es puesto en detención administrativa y se le informa de su derecho a solicitar asilo, el cual deberá formular en un plazo de 5 días, en este caso, la asociación CIMADE que ayuda a extranjeros detenidos, presentó la solicitud de asilo. Esta solicitud fue rechazada en enero de 2009, por parte de la Oficina Francesa de Protección a las Personas Refugiadas y Apátridas OFPRA, decisión que realizó en el marco de un procedimiento de prioridad, en menos de 15 días, siendo reducido este plazo cuando el Sr. I.M. es sujeto a detención administrativa a 96 horas, siendo solicitante de asilo. Esta decisión fue declinada por el Tribunal Nacional de Asilo CNDA, quien decide en el 2010 otorgar el Estatuto de Refugiado al Sr. I.M.

El TEDH, afirma en este caso, sobre la importancia del *art. 13 derecho a un recurso efectivo y art. 3 prohibición de tortura del CEDH*,

siendo su interés principal que los derechos del solicitante sean protegidos y, en ese sentido, sean eficaces para la protección frente a un retorno arbitrario (apartado 127). El Tribunal recuerda sus jurisprudencias, *asunto M.S.S. c. Bélgica y Grecia 2011*, (apartado 286), en este caso, el TEDH, declara igualmente la violación del art. 13 por parte de Grecia y Bélgica, y, reconoce que «se trata de una evolución que va en el sentido de la sentencia *Conka c. Bélgica del 2002* (apartados 81-83). En este asunto, los demandantes Conka y otros, de origen Romání, huyeron de Eslovaquia y solicitaron asilo en Bélgica, Estado que les negó la solicitud y ordenó la expulsión. El Tribunal reconoce la violación del art. 13, por la cantidad de factores que obstaculizaron y no permitieron un acceso efectivo a un recurso, como puede ser la notificación en el idioma de los interesados y que esta sea clara y precisa, acceso a un intérprete, a un abogado, entre otras. (Apartado 44), confirmada por la sentencia ya mencionada *Gebremedhin*, apartados 66-67» (apartado 387, asunto M.S.S.).

Reiterando el Tribunal en este asunto I.M, como principio inherente que el acceso a un recurso debe ser eficaz en la práctica y en el derecho. (apartado 128). Sostiene el Tribunal, que «la eficacia dicta los requisitos de accesibilidad y realidad: «para ser eficaz, el recurso exigido por el artículo 13 debe estar disponible tanto en la ley como en la práctica, en el sentido de que su ejercicio no debe verse injustificadamente obstaculizado por los actos u omisiones de las autoridades del Estado demandado» (apartado 129). Y decide, por tanto, que se vulnera el art. 13 derecho a un recurso efectivo, en relación con el art. 3 prohibición de la tortura.

Bien, en el marco de Naciones Unidas, en este caso, consideran que los Estados deben velar por que a los inmigrantes irregulares y, solicitantes de asilo, se les garanticen sus derechos humanos, deben estar informados sobre su derechos, incluido el de solicitar asilo, tener asistencia legal y lingüística/traductor con el tiempo suficiente para preparar su solicitud, así como del derecho a un recurso y que

este tenga efecto suspensivo, evitando el riesgo de devolución, y que pueda ser torturado o ser víctima de tratos inhumanos.

• **Sentencia TEDH 2012, *asunto Kurić y otros c. Eslovenia* (Gran Sala)**

Los demandantes, los Señores. Kurić (residente Eslovenia) y Dabarić (residente Italia), apátridas, la Sra. Mezga, croata y residente en Eslovenia, la Sra. Ljubenka Ristanović, Serbia y residente en Serbia, su hijo el Sr. Ristanović de Bosnia y Herzegovina, el Sr. Berisha, serbio y reside en Alemania, el Sr. Ademi, macedonio y reside en Alemania, el Sr. Minić, serbio. Este antecedente para contextualizar los hechos, ya que en su momento la República Federativa Socialista Yugoslavia RFSY estaba compuesta por varias repúblicas, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Serbia, Eslovenia, Montenegro y Macedonia. En ese sentido, sus ciudadanos tenían doble nacionalidad a efectos internos, tanto de la Federal como de la Republica.

Posteriormente con el proceso de independencia de Eslovenia, y por la Ley de Extranjería eslovena, los ciudadanos de las repúblicas de la antigua RFSY, que o bien, no hubieran solicitado la nacionalidad durante el plazo comunicado, o sus solicitudes no fueron admitidas, pasarían a tener la condición de «extranjeros», sin embargo, se dio una espera de 3 meses, (Acuerdo Brioni/Comunidad Europea, hoy UE) durante los cuales no se les podía tratar como tal.

Pasado este tiempo, las autoridades municipales eliminaron del registro de residentes permanentes a todos aquellos que no habían solicitado la nacionalidad o les fue negada, y se trasladó a registro de residentes sin permiso. Situación que generó la condición de irregular para muchos, incluidos los demandantes, ya que sus documentos dejaron de tener validez por la nueva condición jurídica. Según los demandantes, no hubo notificación oficial, no se indicó el procedimiento que podían seguir para garantizar sus derechos, al

contrario, como resultado de la irregularidad se afectó sus trabajos, licencias, su derecho a la vida familiar, entre otros.

En este asunto, el Tribunal encontró que se vulneraron los artículos 8 derecho a una vida privada y familiar, *art. 13 derecho a un recurso efectivo y art. 14 prohibición de discriminación* del CEDH. Como resultado de la «inactividad prolongada de las autoridades eslovenas, a pesar de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, para la regularización de la condición de residentes de los demandantes después de su «borrado» y para proporcionarles una reparación adecuada.» (apartado 408). El TEDH, consideró en este asunto, además de la vulneración del art. 13 CEDH, la vulnerabilidad de los inmigrantes en situación de irregularidad. Y, abordó la discriminación desde su jurisprudencia «consiste en tratar de manera diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a las personas en situaciones similares», (apartado 386).

• **Sentencia TEDH 2012, asunto Othman c. Reino Unido (Demanda nº 8139/09)**

El demandante, el Sr. Omar Othman, ciudadano jordano, alega que su expulsión a Jordania lo expondría a malos tratos, con lo cual vulneraría, *el art. 3 prohibición de la tortura del CEDH* y, a su vez es una denegación de justicia, *art. 6 derecho a un proceso equitativo* CEDH. El Sr. Othman, como consecuencia de la detención y tortura de la que fue víctima en Jordania, solicitó asilo en el Reino Unido, estatus de refugiado que se le otorgó en 1994 y hasta 1998, fecha en la cual solicitó estancia de duración indeterminada. En el 2002, es detenido, sin tener respuesta de su solicitud de estancia, y le fue aplicada la Ley de seguridad y lucha contra la delincuencia y terrorismo, que fue derogada en el 2005 y beneficio para su libertad condicional, no obstante, al tener una orden de control judicial, interpuso un recurso. Es

notificado de su expulsión, sin tener resuelto su recurso.

Además de su riesgo a sufrir actos de tortura, alegaba, el Sr. Othman (apartado 25).

(...) corría el riesgo de ser condenado a muerte o entregado a terceros países, como por ejemplo los Estados Unidos de América. Sobre la base del artículo 6, alegaba que el nuevo juicio del que sería objeto sería manifiestamente injusto porque, por una parte, el Tribunal de Seguridad del Estado, jurisdicción militar, no era independiente del Poder Ejecutivo y, por otra parte, porque existía un riesgo real de que ese Tribunal admitiera, a título de prueba, testimonios obtenidos mediante actos de tortura practicados sobre él, sobre otros acusados u otros detenidos.

En opinión de Lord Philips (apartado 60), en este asunto, para que una expulsión de un inmigrante se presente como una violación del *art. 6 derecho a un proceso equitativo*, debe tener dos características: Existir motivos fundados de un riesgo real de vulneración de los principios de un juicio imparcial que se garantizan por el artículo 6 y, segundo, la existencia de un error judicial debido a la falta de equidad, lo que conlleva la vulneración de los derechos fundamentales del interesado. En este asunto, el TEDH (apartado 185) recuerda su jurisprudencia en relación con la responsabilidad del Estado, cuando por la expulsión el interesado es susceptible de sufrir tratos crueles e inhumanos previstos según el *art. 3 prohibición de la tortura* del CEDH, siendo esta prohibición absoluta. *Asunto Saadi c. Italia 2006, apartados, 125, 138.*

El TEDH, en casos como el del Sr. Othman, sostiene que de forma general se examina la situación general en materia de derechos humanos en dicho país, sumado a los elementos concretos del caso. En cuanto a las garantías diplomáticas, considera que no son suficientes para garantizar la protección contra los malos tratos de los que el art. 3 del CEDH prohíbe.

Detalla, además los factores que deberían tener para ser apreciadas, siendo una de tantas, la situación en materia de derechos humanos del Estado al que se expulsa el inmigrante. (apartado 188).

Siguiendo con la garantía del *art. 6 derecho a un proceso equitativo*, El Tribunal sostiene en la sentencia en cuestión, que se aprecia por denegación de justicia, y cita «Este principio fue enunciado por primera vez en la sentencia *Soering c. Reino Unido* (7 de julio de 1989, apartado 113, Serie A, núm. 161) y lo confirmó en otros asuntos (véase, por ejemplo, las sentencias *Mamatkulov y Askarov, apartados 90-91, y Alsaadoon y Mufdhi c. Reino Unido, núm. 61498/08, apartado 149, CEDH 2010*). (apartado 258). Agrega, que no se ha sentenciado una expulsión que conlleve a la vulneración del *art. 6 derecho a un proceso equitativo* del CEDH, recordando desde el *asunto Soering*. Afirmando el Tribunal, en atención al precedente, que los criterios van más allá de apreciar irregularidades, es necesario que exista violación del principio de equidad del proceso, que sea tan grave que implique la anulación del derecho que protege precisamente el artículo 6 del CEDH, (apartado 262).

Finalmente, en este caso el TEDH valoró el art. 6 CEDH en la medida que consideró que, sí existía un riesgo real de denegación de justicia para el demandante y, por tanto, de sufrir una vulneración al *art. 6 derecho a un proceso equitativo*. La expulsión del Sr. Othman a Jordania implicaba riesgo real que en el juicio nuevo se admitieran pruebas obtenidas mediante tortura a terceros.

Para Díaz Crego, la valoración que hace el TEDH, cuando tiene presente el *art. 3 prohibición de la tortura* del CEDH y su relación con el art. 6 CEDH, es que un proceso judicial que tenga en cuenta elementos probatorios que han sido obtenidos por medio de tortura, debe considerarse un proceso injusto, ya que su utilización vicia cualquier proceso. Entendiendo el TEDH que «esa dimensión del derecho era de aplicación extraterritorial, de modo que un

Estado parte del CEDH no podría expulsar o extraditar a una persona hacia un país cuando existiera un riesgo real de que esa persona fuera a ser juzgada teniendo en cuenta pruebas obtenidas mediante tortura». Diaz Crego (2013 p. 272). Es por ello por lo que el asunto Othman constituye un caso excepcional donde el TEDH reconoce la vulneración extraterritorial del *art. 6 derecho a un proceso equitativo* CEDH.

- **Sentencia TEDH 2015, asunto Sharifi et al c. Italia y Grecia, (Solicitud 16643/09)**

Los solicitantes, eran 32 afganos, 2 sudaneses y 1 un eritreo, llegaron a Grecia en diferentes fechas desde 2008 a 2009, donde fueron ingresados en centros de detención y posteriormente en campamentos. Ingresaron de forma irregular a través de varios puertos a Italia, donde la policía los interceptó y devolvió a Grecia de forma inmediata. En ninguno de los dos Estados miembros tuvieron acceso a un procedimiento de asilo, interprete, abogado, temiendo por sus vidas al llegar a Grecia, país que les devolvería a sus países de origen donde manifestaban, sufrirían tratos crueles e inhumanos y riesgo por su vida. El Tribunal considera que los argumentos son entendibles y defendibles, por la situación de sus países, y por sus propios argumentos. El Estado de Grecia por tanto vulneró el *art. 3 prohibición de la tortura del CEDH*.

El TEDH, recuerda para este asunto, su línea en los casos de *M.S.S. c. Bélgica y Grecia, Hirsi Jamaa y otros c. Italia; I.M. c. Francia*, de 2012. En cuanto a la finalidad del *art. 13 derecho a un recurso efectivo* CEDH, reitera que este para ser efectivo, debe ser accesible, real, disponible en la práctica y no tener obstáculo para su ejercicio pleno. El Tribunal sostiene que no se puede culpar a los solicitantes por no agotar recursos internos, ya que el sistema de Grecia parece ser deficiente, no se dieron los medios adecuados, ausencia de intérpretes y abogados, no tuvieron un acceso real y efectivo.

En cuanto al Estado italiano, el TEDH recuerda el *asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, al afirmar que el art. 4 del Protocolo 4 alegado por los solicitantes ha sido vulnerado, ya que los Estados no pueden expulsar a los extranjeros sin analizar el caso individualmente y, así mismo es su obligación darles acceso a que presenten sus argumentos, el derecho a defenderse, art. 13 del CEDH. El Tribunal cita su jurisprudencia en el *asunto M.S.S c. Bélgica*, recordando que el Estado que pretende hacer la expulsión debe asegurarse que el Estado al que envía al inmigrante le ofrece las garantías necesarias para que se respeten sus derechos humanos, y esto incluye que no tenga una devolución arbitraria, al contrario, se analice y evalúe de forma individual su caso. El TEDH decide que Grecia vulnera el *art. 3 prohibición de la tortura, art. 13 derecho a un recurso efectivo*, y que Italia, vulnera igualmente el *art. 3, art. 13 y art. 4 del Protocolo 4*, por considerar que existe una conexión de las expulsiones colectivas de los solicitantes y que no hayan tenido acceso a un recurso o acceder a un procedimiento que les permitiera defenderse.

• **Sentencia TEDH 2015, *asunto N.D. y N.T. c. España Demandas nº 8675 y nº 8697***

El demandante N.D. es ciudadano de Malí, ha inmigrado por causa del conflicto armado y el demandante N.T. es de la Costa de Marfil. Los demandantes llegaron a Marruecos y estuvieron en el Monte de Gurugú frontera española de Melilla. Los demandantes, junto con un grupo de Subsaharianos saltaron las vallas para ingresar en un primer intento a España, la guardia civil una vez en territorio español, los esposaron y devolvieron a marruecos, sin asistencia médica, jurídica, sin interprete y sin iniciar ningún procedimiento, junto a otros 80 inmigrantes de origen subsahariano. Posteriormente, los demandantes ingresan por frontera de Melilla donde las autoridades inician procedimientos de expulsión, y para N.D. deniegan solicitud de asilo, siendo expulsado a Malí. Y para N.T. objeto de orden de expulsión, se desconoció su paradero.

Los demandantes alegan, que se les vulnera el *art. 3 prohibición de la tortura, art. 13 derecho a un recurso efectivo* del CEDH, del *art. 4 del Protocolo 4 en relación art. 13 CEDH*. El TEDH, en este asunto, recuerda los principios generales, en cuanto a jurisdicción, donde el compromiso de los Estados contratantes es reconocer a las personas que se encuentren en su jurisdicción los derechos y libertades, según el CEDH, reiterando su decisión en el *asunto Hirsi Jamaa c. Italia*. En ese sentido, y en atención al asunto en cuestión, el Tribunal sostiene, que, desde que los señores N.D y N.T descendieron de las vallas de la frontera se encontraron bajo el control de las autoridades españolas (apartado 54).

El TEDH, en este asunto, no entra a discutir si los Sr. N.D y N.T, han sido expulsados después de haber entrado en España, o han sido rechazados antes de ingresar al territorio. Lo cierto es que el Tribunal, recuerda su jurisprudencia *asunto Hirsi Jamaa c. Italia, Sharifi y otros*, para argumentar que incluso una interceptación en altamar entra en el ámbito del art. 4 Protocolo 4, y, menciona que puede ocurrir lo mismo para las personas que llegan a territorio español de forma irregular, (apartado 104). Por tanto, decide que efectivamente hubo un control continuado y exclusivo del Estado español.

Para decidir si esta expulsión es colectiva, el TEDH recuerda el *asunto Conka, c. Bélgica*, para la evaluación de los factores que así lo indiquen. Consta que la expulsión se realizó sin tener en cuenta ningún procedimiento para una decisión administrativa judicial, los señores N.D y N.T no tuvieron ningún procedimiento, ni acceso a garantías suficientes donde de forma individual se les identificara y escuchara. Decide por tanto que la expulsión de los demandantes es colectiva vulnerando el *art. 4 del Protocolo 4 prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros*.

Con respecto al *art. 13 derecho a un recurso efectivo* del CEDH, el Tribunal reitera su jurisprudencia, *asunto Hirsi Jamaa c. Italia, asunto Khlaifia y otros*, para recordar que

para garantizar el art. 13, este debe ser efectivo en la práctica como en el derecho. Los señores N.D y N.T fueron rechazados de facto, sin tener acceso a un intérprete, un abogado, sin ofrecer garantías necesarias para que pudieran hacer uso del recurso, y del procedimiento de asilo. Por tanto, se les privó de tener todo procedimiento y de queja que les permitiera defenderse ante su devolución. Decide, el Tribunal, que se vulneró el art. 13 derecho a un recurso efectivo CEDH en relación con *el art. 4 del Protocolo 4 prohibición de las expulsiones colectivas*.

Los derechos de las personas inmigrantes, en particular, de los que están en condición de irregularidad, no están taxativamente garantizados en el CEDH, como no lo está el derecho de asilo. Sin embargo, la expulsión colectiva de extranjeros, si esta estipulada a través del art. 4 del Protocolo 4 del CEDH. La cuestión es que deberían estar expresamente los derechos de los inmigrantes irregulares, precisamente por su vulnerabilidad, y no dejar que estos adquieran visibilidad, en el caso que la lleguen a tener, si los relacionamos con los derechos que el CEDH si garantiza, como lo es, *art. 1 obligación de respetar los derechos humanos, art. 2 derecho a la vida, art. 3 prohibición a la tortura, art. 8 al derecho al respeto a una vida privada y familiar*. En este sentido, es pertinente la opinión de Solanes Corella (2017, p. 197) «(...) Sin embargo, no se hace una referencia expresa ni a la libertad de entrada, residencia y circulación, ni al derecho de asilo, aunque siempre es posible acudir a la técnica de la protección derivada de derechos y garantías reconocidos expresamente por el CEDH».

Es en este escenario, entendemos, que el TEDH ha orientado su jurisprudencia en temas migratorios, en asuntos de personas inmigrantes irregulares o solicitantes de asilo, influyendo en estos derechos citados y derivándolos, con relación al principio de *no devolución*, con el art. 13 CEDH derecho a un recurso efectivo, siendo este originario de un proceso equitativo, derecho que toda persona tiene y que es obligación de todo Estado miembro el garantizar, como lo expresa el art. 1 del

CEDH, y, por supuesto que estos sean realmente efectivos.

En este orden, en el caso de los inmigrantes irregulares, insistimos el *art. 13 del CEDH derecho a un recurso efectivo*, es una instancia para todas las personas cuyos derechos hayan sido vulnerados y estén reconocidos en el CEDH, siendo por tanto de importancia su aplicación, ya que las personas inmigrantes irregulares no son favorecidas por el beneficio del Protocolo 7 art. 1, limitado solo para las personas en situación regular.

Contrario a este, el *Protocolo nº 4 art. 4 prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros*, no distingue por condición.

La finalidad, en todo caso del art. 4 Protocolo 4, es evitar que los Estados expulsen de su territorio a determinados inmigrantes, si previamente no se les examinado individualmente sus circunstancias, se les ha escuchado, y de ser el caso se les haya dado la oportunidad de presentar argumentos ante la autoridad competente. (*Caso Hirsi Jamaa y otros, c. Italia 2009, caso Sharifi y otros v. Italia y Grecia [solicitud núm. 16643/09, 2014, TEDH, caso N.D. y N.T. c. España (Demandas N.º 8675/15 y 8697/15]*).

El TEDH, en opinión de Bollo Arocena (2016, p. 152), comprende que, en los casos de expulsión, el derecho a un recurso es efectivo en la medida en que se aplace la ejecución, es decir que tenga un efecto suspensivo. Sin embargo, consideramos que, al no ser esta decisión automática, sino al depender de cada Estado miembro, dicha ponderación genera un riesgo para el inmigrante afectado.

La prohibición de expulsión, como norma está dispuesta en otros tribunales, en el caso de la CorteIDH, en su CIDH art. 22 derecho de circulación y residencia, nº 9, Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros, siendo recurrida esta norma en casos emblemáticos, como el *caso personas dominicanas y haitianas contra Republica Dominicana*, y el *caso Nadege Dorzema contra Republica Dominicana*,

que serán comentados previamente en lo referente al Tribunal de CIDH. Y en el caso de la Carta Africana, en el art. 12.5. Así como Naciones Unidas, Pacto de Derechos Civiles y Políticos art. 13, y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares. Frente a esta última, Solanes Corella (2017, p. 198,199), apunta a la ironía, ya que, afirma, que, precisamente esta Convención no ha sido ratificada por ninguno de los Estados de la UE, que en su mayoría son receptores, contrario a los Estados que han ratificado, siendo emisores.

Que no haya sido ratificado es incomprensible, en nuestra opinión, en coincidencia con Bustamante J (2008) en el Informe del 2008, Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, considera que la prohibición de expulsión colectiva de no nacionales es un principio de Derecho Internacional consuetudinario, y destaca la función protectora para con los inmigrantes irregulares de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, recordando que el PIDCP solo es aplicable a los regulares. Consideramos por supuesto que, al ser aplicable a los inmigrantes debería no existir distinción ni categoría, que haga todavía aún más difícil el garantizar los derechos fundamentales para los más vulnerables.

Para Solanes Corella (2017, p. 200), el TEDH ha señalado que, como imprescindible, toda medida de expulsión colectiva se debe adoptar al final, sobre la situación individual de cada inmigrante, con un examen razonable y con objetividad. Por ello brindar el acceso a todas las garantías, es importante para la efectividad de la función del art. 13 de CEDH y su aplicación por parte de las autoridades nacionales, y de esta forma no atribuir al TEDH el carácter de Tribunal Supranacional.

Para Arlettaz (2013), si bien el CEDH no tiene taxativamente expuesto el principio de no devolución, este es reconocido por el TEDH como un principio consuetudinario con un es-

tatus de *Ius Cogens*. Coincidén en ello, Bustamante J (2008), Morte Gómez (2015), Solanes Corella (2017). En ese contexto, la prohibición de las expulsiones colectivas si bien no encuentra concordancia directa en el articulado del CEDH, si lo está en el Protocolo Nº 4 art. 4. Martín y Pérez de Nanclares (2008, p. 381), opinión que se suma a lo dicho anteriormente, destacando que bajo tal precepto se entienden incluidos los inmigrantes irregulares.

En opinión de Boza Martínez (2017, p. 285) el art. 3, *prohibición a la tortura* del CEDH, el Tribunal europeo entiende que «se extiende, independientemente de que el envío del individuo al Estado de destino se haga mediante extradición, expulsión, la simple entrega sin cobertura jurídica o siguiendo el procedimiento de asilo del Reglamento Dublín. (TEDH, asunto B. S. c. España (Demand nº 47159/08, asunto el-Masri c. exrepública yugoslava de Macedonia (Demand nº 39630/09), Sentencia I.K. contra Austria, de 28 de marzo de 2013, TEDH, asunto D.N.W. contra Suecia, de 6 de diciembre de 2012, TEDH, asunto Rafaai contra Francia mayo de 2013). Con este precedente breve, pero idóneo, citado por Boza Martínez, entendemos que el TEDH le da un margen claro a la extensión del citado art. 3, *prohibición de la tortura* del CEDH, considerando su aplicación independiente de las actividades del inmigrante, el espíritu del Convenio busca proteger a la persona, de cualquier acto de tortura, o penas o tratos inhumanos o degradantes, en casos de devolución, extradición y expulsión.

Agrega Martín y Pérez de Nanclares (2008 p. 385) que el TEDH no ha renunciado a que la expulsión de inmigrantes pueda ser objeto por otros derechos que están contemplados en el CEDH como sería, por ejemplo, el art. 5, libertad y seguridad, art. 8, vida privada y familiar, y el art. 6, derecho a un proceso equitativo, sostiene, el jurista y juez del Tribunal General de la Unión Europa.

Llegados a este punto, tiene sentido que exista una relación mutua entre el Derecho a un recurso efectivo y el papel del TEDH al proteger

en cierto modo con el art. 13 el desarrollo del debido proceso, cuando este no se ha realizado a nivel interno por los Estados Miembros. El Derecho a un debido proceso/Tutela Judicial efectiva/proceso equitativo, es de tal importancia que de su cumplimiento depende el funcionamiento del gobierno y por ende del respeto y garantía de un Estado para con los derechos humanos.

Reiteramos la relevancia del *art. 6 del CEDH derecho a un proceso equitativo*, el cual debiera ser extensivo a todos los derechos del CEDH y en el caso de inmigración irregular, junto con el *art. 13 derecho a un recurso efectivo CEDH, art. 4 del Protocolo 4 prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros*. Con ello, creemos que este derecho a un *debido proceso/juicio justo/ proceso equitativo/ tutela judicial efectiva*, está en evolución para el Tribunal Europeo, pues si bien de forma taxativa no está registrado, en su CEDH se deduce su aplicación cuando afecta derechos fundamentales inherentes en toda persona, para ser garantizado como derecho humano a todo inmigrante, especialmente los más vulnerables, como la persona en condición irregular.

Para Díaz Crego (2013, p. 271), y con relación a otro derecho del CEDH, art. 5 libertad y seguridad, el TEDH parece ver la posibilidad de que tenga alguna posible apariencia de aplicación extraterritorial y, por tanto, pueda actuar como límite a la eventual expulsión o extradición de un extranjero. Como lo puede ser en relación con el art. 8 respeto a la vida privada y familiar, citando, (*asunto Liu c. Rusia del 26 de julio de 2011, asunto G.R c. Países Bajos del 10 de enero de 2012, Mallah contra Francia 10 de noviembre de 2011, Shakurov c. Rusia del 5 de junio de 2012*).

5. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA - SENTENCIAS

• **Sentencia TJUE 2010, asunto kadzoev c. Bulgaria**

En este caso, un inmigrante es detenido por las autoridades búlgaras cerca de la fron-

tera de Turquía, no tenía documentos de identificación y dijo llamarse Shamilovich Huchbarov, nacional de Chechenia, esto en octubre de 2006. Ante la orden de expulsión, fue internado en noviembre mientras se ejecutaba la expulsión y la garantía de medios económicos para su traslado a Chechenia, en diciembre de 2006, informó a las autoridades de su verdadero nombre Kadzoev. La orden de expulsión adquirió el carácter ejecutivo en abril de 2008 al término de su control jurisdiccional (apartados 13,14,15).

Durante su estancia de internamiento, 2007, el Sr. Kadzoev presentó la primera solicitud de estatuto de refugiado, la cual fue negada por la autoridad administrativa búlgara, en el 2008 la segunda, la cual retiró, y a su vez solicitó sustitución de la medida de internamiento, negada por el hecho de no tener domicilio fijo en Bulgaria, y la tercera en el 2009, siendo negada mediante resolución y por la cual no tenía derecho a recurso. Finalmente, el Tribunal Superior, decidió que el Sr. Kadzoev al no tener como demostrar su identidad, ya que en Rusia no aceptaron los documentos como oficiales, fue considerado apátrida.

En este asunto, el TJUE, frente a las cuestiones prejudiciales en general, abordó la inmigración irregular desde la aplicación de la Directiva 2008/115 por parte del Estado de Bulgaria específicamente sobre el art. 15, apartados 4, 5, y 6 de la Directiva.

El TJUE, consideró que «(...) duración máxima del internamiento que prevé debe incluir el período de internamiento transcurrido en el marco de un procedimiento de expulsión iniciado antes de que el régimen de dicha Directiva fuera aplicable.» (apartado 39), y si se trata de solicitud de asilo, esta no debe considerarse como internamiento a efectos de expulsión. (apartado 48). Aclara el Tribunal que una perspectiva real es razonable cuando la expulsión puede llevarse a buen término, teniendo presente los plazos de los apartados 5 y 6 del art. 15, y esta no existe, cuando no es posible o probable que el inmigrante sea admitido en un tercer país, (apartado 67). Fi-

nalmente, el TJUE, sostiene que, si el periodo máximo de internamiento se ha cumplido, no puede permitirse que no se ponga inmediatamente en libertad, por cuestiones de no tener documento validos entre otros, (apartado 67).

- **Sentencia TJUE 2011, asunto *Hassen El Dridi c. Italia* (C-61/11)**

En este caso, un nacional de un tercer país, el Sr. Hassen El Dridi, ingreso a Italia de forma irregular, razón por la cual se dictó en mayo del 2010 resolución de expulsión, motivada, entre otros, por falta de medios (transporte, documentos), así como de no poder ingresar en un CIE por no tener disponibilidad. Posteriormente se comprobó que el Sr. Dridi no había dado cumplimiento a esa orden de expulsión, por ello, el Tribunal de Trento decide imponer una pena de prisión por un año, siendo un delito según la normativa nacional, ante esta condena, el Sr. El Dridi interpuso un recurso ante este Tribunal.

La cuestión prejudicial de forma general plantea, si la Directiva 2008/115 en sus arts 15 y 16 se deben interpretar en el sentido que se opone a la normativa de un Estado miembro, siendo el caso el asunto en cuestión, que dispone la pena de prisión para un nacional de tercer país en situación irregular, por el único motivo de encontrarse en el Estado miembro sin justificación y con orden de salida del territorio, (apartado 29).

En principio, en cuanto a la duración máxima de privación prevista en el art. 15 de la Directiva, y que tiene como objetivo limitar la privación de libertad de los nacionales de terceros países en situación de expulsión forzosa, el TJUE hace alusión a su jurisprudencia asunto *Kadzoev c. Bulgaria (2009)*, y del TEDH, *asunto Saadi c. Reino Unido del 2008*. En ese contexto, los altos tribunales se complementan en alusión al principio de proporcionalidad en cuanto a la privación de libertad.

Para el TJUE, los Estados no pueden aplicar una normativa, aún si esta es de na-

turaaleza penal, si contraviene los objetivos perseguidos por la Directiva y por tanto de su efecto útil. (apartado 55,56). Bajo tal contexto, el TJUE concluyó que los Estados no pueden imponer una pena de prisión a un inmigrante irregular por el único motivo de permanecer en el territorio de ese Estado sin justificación alguna, con infracción de orden de salida.

- **Sentencia TJUE 2011, asunto *Alexandre Achughbabian c. Francia* (C-329/11)**

En el 2011, mediante un control de identidad realizada por la policía de Francia de Maisons Alfort, el Sr. Achughbabian fue interrogado, y llevado bajo detención preventiva. En el examen de su situación, se verificó su ingreso en el 2008, su solicitud de residencia y su denegación en enero de 2009, siendo en febrero del mismo año notificado de la orden de salida de Francia, con un plazo de un mes. En junio del 2011, se le notifica la orden administrativa de salida.

En este caso, el TJUE, reitera, que los Estados no pueden aplicar una normativa que resulte contraria al Derecho de la Unión, en este asunto a la Directiva, y que por tanto su desconocimiento no tendría en cuenta su efecto útil, (*asunto El Dridi 2011*), (apartado 33).

En igual sentido, consideró el TJUE, que un Estado puede imponer sanciones penales, a los nacionales de terceros países a los que se les aplique el procedimiento de retorno previsto en la Directiva, y que se encuentren en condición irregular en un Estado miembro sin que haya motivo para el no retorno. No obstante, señala el Tribunal, estas medidas deben estar sujetas a la observancia de los derechos fundamentales, en particular lo previsto en el CEDH. (Apartado 48,49). Por ello el permitir la privación de la libertad de un inmigrante de un tercer Estado solo por su condición irregular, con anterioridad a la decisión de expulsión o durante el proceso de retorno, es contraria a la Directiva, y por tanto a la CDFUE. Puede a-

lo sumo, el internamiento en los plazos máximos contemplados en la Directiva y, solo para la preparación de su retorno o expulsión.

- **Sentencia TJUE 2011, asunto Mehmet Arslan c. Republica Checa (C-534/11)**

El Sr. Arslan, nacional turco, detenido e internado para su expulsión en Republica Checa, durante su internamiento solicitó protección internacional mediante asilo.

La petición de decisión prejudicial trata a nivel general respecto de la interpretación del art. 2, apartado 1, de la Directiva 2008/115/CE referente a las normas comunes en los Estados Miembros sobre el retorno de nacionales de terceros países en situación de irregularidad, (apartado 1).

En este asunto, se tiene en inicio una situación de irregularidad, por tanto, aplicable la Directiva 2008/115, donde proceden a la detención preventiva por riesgo de fuga.

No obstante, el Sr. Arslan solicita protección internacional, cambiando en principio su situación de persona en situación de irregularidad a solicitante de asilo, condición que se mantiene hasta tanto no exista una resolución definitiva que resuelva su situación. (apartados 44 y 48). El TJUE, sostuvo que, el internamiento al ser solicitante de asilo en alusión a la Directiva 2005/85, 2003/9, tienen regímenes jurídicos diferentes, *asunto Kadzoev 2009, apartado 49*). En principio pueden circular libremente por el territorio del Estado de acogida, sin embargo, no impide el internamiento por motivos jurídicos o de orden público, y debiendo darse un procedimiento de revisión judicial rápido. (apartado 53). Agrega el TJUE, en este asunto, que, dado el antecedente, existe riesgo de fuga, y que, dada las particularidades del caso, casuísticamente, pareciera que esta solicitud pretendiera obstaculizar la ejecución de retorno. En ese sentido, es necesario mantener el internamiento y evitar, en este caso que el Sr. Arslan evada el retor-

no según Directiva 2008/115. No oponiéndose dicha medida a las Directivas 2005/85 y 2003/9, (apartados 57 y 63).

Tiene en cuenta el Tribunal (apartado 60) las observaciones de los Estados alemán, francés, checo, eslovaco, en cuanto a la esencia del objetivo de la Directiva 2008/115 que es el retorno de nacionales de terceros países en irregularidad. Argumentan, (...) quedaría minado si a los Estados miembros les fuera imposible evitar, en circunstancias como las expuestas en el apartado 57 de la presente sentencia, que el interesado pueda obtener automáticamente su puesta en libertad mediante la presentación de una solicitud de asilo (véase, por analogía, (...), Achughbabian, C 329/11, (...) apartado 30»).

- **Sentencia TJUE 2011, asunto Sagor c. Italia (C-430/11)**

En agosto de 2009, en Italia, es interrogado por la policía el Sr. Md Sagor nacido en Bangladesh, se comprueba por parte de las autoridades que no tiene domicilio fijo, trabaja de vendedor ambulante, y no tiene residencia ni la ha tenido, y que según el Sr. Sagor entró a Italia en marzo de 2009. En el 2010, el Sr. Sagor comparece ante el Tribunal de Rovigo, para responder por el delito de entrada o situación irregular. Frente a esta situación de la normativa interna, donde la condición de irregularidad es calificada como delito y sancionada penalmente con la privación de libertad, o con la expulsión inmediata sin procedimiento previo, se plantea el asunto ante el TJUE.

Grosso modo las peticiones de cuestiones prejudiciales versan si la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido que se opone a la normativa de un Estado miembro, en el asunto en cuestión se sanciona la condición de irregularidad de nacionales de terceros países con una pena de multa, pudiendo ser sustituida por una expulsión o arresto domiciliario, (apartado 27).

El TJUE, consideró que un Estado miembro no puede aplicar una normativa penal que esté en contra de la finalidad de la Directiva 2008/115, ya que, de aplicarse una pena privativa de libertad, o *de arresto domiciliario* impuesto durante el proceso de retorno, podría retrasar las medidas para el retorno, y estaría desconociendo el efecto útil de la Directiva. Hace alusión a lo dicho en este sentido, en sentencias, como *El Dridi C-61/11, y Achughbabian, C-329/2011*. No obstante, en cuanto a la sanción pecuniaria, sostiene el Tribunal, «(...) no impide de modo alguno que se adopte y se ejecute una decisión de retorno con pleno cumplimiento de los requisitos enunciados en los artículos 6 a 8 de la Directiva 2008/115 y tampoco afecta a las normas comunes en materia de privación de libertad enunciadas en los artículos 15 y 16 de dicha Directiva». (Apartado 36).

- **Sentencia TJUE 2014, asunto Sophie Mukarubega (C-166/13)**

En el año 2009, la Sra. Mukarubega nacional de Ruanda ingreso a Francia con un visado, solicito refugio y mientras examinaron su solicitud estuvo con una autorización temporal de residencia. En el 2011 su petición fue denegada por la Oficina Francesa de Protección de los Refugiados y Apátridas OFPRA, razón por la cual la Sra. Mukarubega interpuso recurso ante el Tribunal Nacional del Derecho de Asilo CDNA, acompañada de un abogado e interprete. Su recurso fue desestimado en el 2012, con lo cual no se le otorgó protección como refugiada y se le ordenó abandonar el territorio francés en un plazo de 30 días. La Sra. Mukarubega no cumplió con la salida voluntaria y permaneció en condición irregular.

En el 2013, fue detenida intentando salir a Canadá con documentos falsos, hecho que es previsto con sanción penal en Francia. Fue interrogada sobre su situación personal, su residencia en Francia, familia, y de la posibilidad de regreso a Ruanda. Se ordenó por ello la salida de Francia sin plazo voluntario, infor-

mando a su vez su derecho a un recurso frente a tal decisión. Al no tener medios de transporte disponibles, y ante el riesgo de fuga, se envió por 5 días a un centro de internamiento. Frente a tal decisión la Sra. Mukarubega solicitó la anulación de las ordenes, tanto la del 2012, como la del 2013 y reiteró su petición de refugio.

En este asunto, la cuestión prejudicial trata sobre el derecho a ser oído en todo procedimiento según la Directiva 2008/115, art. 6. Debe interpretarse que se opone a que una autoridad nacional no oiga al nacional de un tercer país, específicamente en relación con una decisión de retorno, tras declarar el carácter irregular de su estancia al término de un procedimiento con audiencia, adopte una decisión de retorno sea denegada en esta o no, (apartado 38).

El Tribunal considera que, si bien la Directiva 2008/115 en el art. 6 precisa las garantías procedimentales en las decisiones, bien de retorno o de expulsión, en tanto deben ser por escrito, motivadas y con derecho a un recurso, no fue tan precisa en cuanto no se obliga cuando, y en qué condiciones, debe garantizarse el derecho a ser oído de los nacionales de tercer país, y por tanto sus consecuencias. *Asunto G.R. c. Países Bajos 2013 apartado 31*, (apartados 41 y 43). Afirma el TJUE que el derecho a ser oído está consagrado en la CDFUE arts. 47 y 48 dentro de un proceso equitativo en cualquier procedimiento jurisdiccional.

En este asunto, el Tribunal se pronuncia sobre el derecho a ser oído, como parte del derecho de defensa, siendo este principio fundamental del Derecho de la Unión, reiterando así su jurisprudencia, en sentencias como, *asunto Sopropé 2007 c. Portugal, apartados 33 y 34*, cuando el TJUE hace referencia a la observancia de los derechos fundamentales en la normativa nacional del Estado miembro, *Asunto Internacional Logistics Y WorldWide Logistic 2013 apartado 28, asunto Krombach 2000 c. Francia apartado 42*. Estas decisiones si bien son en materia civil y mercantil, de forma transversal se unen al fin estudiado, el

derecho de defensa en el Derecho de la Unión. *En cuanto al asunto M. c. Irlanda 2011, apartado 81, 82 y 87*, si bien es con relación al derecho de asilo y refugio, es directamente relacionada en materia migratoria y con el derecho de defensa y de ser oído. Afirmando que el ser oído, como derecho se debe garantizar a toda persona para que tenga la oportunidad y posibilidad de manifestarse en todo lo que considere durante un procedimiento administrativo y, antes que se tenga una decisión que le pueda resultar lesiva o contraria a sus intereses, (apartado 46).

Sostiene el TJUE, que el derecho a ser oído se debe imponer aun cuando la normativa aplicable no lo establezca expresamente, (apartado 49), reiterando lo ya afirmado en *asunto Sopropé 2008 c. Portugal, asunto M. 2012 c. Irlanda, y asunto G.R. 2013 c. Países bajos*.

El inmigrante irregular o *destinatario de una decisión lesiva* (apartado 47) como lo afirma el Tribunal, debe tener la oportunidad de manifestar sus observaciones frente a una decisión que le afecte, y antes de que se adopte. En ese sentido, la autoridad competente deberá tener en cuenta los detalles, la totalidad de elementos que pueda aportar el inmigrante irregular. El objetivo, que pueda subsanar posibles errores, o argumentar sobre su situación personal, familiar, que le permitan a la autoridad o administración examinar detalladamente el caso y tener en cuenta dichas observaciones al adoptar una decisión, la cual, a su vez, debe ser clara, concreta y comprensible para el interesado, ya que hace esta parte del derecho de defensa que tiene el inmigrante irregular. *Asunto Sopropé 2008 c. Portugal, apartado 49, 50 asunto M. 2012 c. Irlanda, apartado 88.*

Reitera el TJUE, que la Directiva 2008/115 está basada en normas comunes para todos los Estados Miembros, con ello pretende que todas las personas nacionales de un tercer país en situación de irregularidad sean retornadas respetando su dignidad y derechos fundamentales (apartado 39). Así lo considero en su jurisprudencia, *asunto El Dridi 2011 c.*

Italia, apartado 31 y 32, asunto Arslan 2011 c. Republica Checa, apartado 42, asunto Pham 2013 c. Alemania, apartado 20.

En cuanto a las garantías procedimentales, el TJUE afirma, (apartado 41), que en cuanto a las decisiones de retorno estas están detalladas, contrario a las decisiones de expulsión, prohibición de entrada, que no están precisas, y en ese sentido, no está claro en qué condiciones debe asegurarse el respeto a ser oído y de las consecuencias de su omisión, siendo esto ya considerado en anterior jurisprudencia.

El TJUE, considera que los Estados Miembros deben determinar esas condiciones, que ha de ser en todo caso en equivalencia al derecho de defensa de los nacionales, así como la regulación de su vulneración. *asunto G. y R 2013 c. Países Bajos, apartado 31,37.* En estas consideraciones el TJUE, deja claro lo fundamental que es el derecho de defensa y del derecho a ser oído en cualquier procedimiento jurisdiccional, en el procedimiento administrativo seguido en atención de la Directiva 2008/115. Sostiene que los Estados miembros deben asegurar «(...) la finalización de la situación irregular de nacionales de terceros países se lleve a cabo mediante un procedimiento justo y transparente (*asunto Mahdi, C-146/14, apartado 40*).» (apartado 61) Con ello, el Tribunal asegura que las personas inmigrantes irregulares nacionales de terceros Estados tengan un procedimiento transparente y justo, bajo el fundamento de la CDFUE y del CEDH.

En el caso en concreto de la Sra. Mukarubega, su decisión fue de interpretar el derecho de ser oído en todo procedimiento, ahora bien, en el caso de la Directiva 2008/115 art. 6, considera que no es contrario al fin de esta Directiva y se respeta el derecho de defensa, si, al declarar la irregularidad de la persona inmigrante, este haya tenido dentro del procedimiento, la oportunidad para manifestar sus observaciones y motivaciones y demás elementos necesarios. Por lo cual, al tomar la decisión de retorno la autoridad no necesariamente tiene que oír al nacional de un tercer país, precisamente por

que ya ha tenido la oportunidad de defensa, y de ser oído previo a dicha decisión sea esta denegada o no. Finalmente, afirma el Tribunal, esto conllevaría a dilatar inútilmente el proceso sin aumentar la protección jurídica de la interesada, (apartado 70).

• **Sentencia TJUE 2015, asunto *Skerdjan Celaj c. Italia* (C-290/14)**

El Sr. Celaj, nacional Albanés, fue condenado en marzo del 2012 por tentativa de robo con violencia a un año de cárcel y multa de 400 euros. En abril del mismo año, su sentencia fue suspendida y ordenado su expulsión del territorio italiano, con la prohibición de entrada por tres años. La expulsión no se ejecutó por imposibilidad en los medios de transporte y de internamiento en un CIE, por lo cual se le ordenó que saliera del país, advirtiendo de las consecuencias de su incumplimiento. El Sr. Celaj, sin embargo, continuó en Italia, y posteriormente en septiembre del 2012 se presentó voluntariamente para retorno. En el 2014, nuevamente ingresa a Italia de forma irregular y es detenido por las autoridades, llevado ante el Tribunal para que sea condenado a 8 meses de prisión, según legislación italiana.

La cuestión prejudicial se presenta bajo la Directiva 2008/115 y si esta debe interpretarse que se opone a la normativa de un Estado miembro que tiene previsto la pena privativa de libertad para el nacional de un tercer país en situación irregular, que haya retornado a su país, dentro de un procedimiento de retorno anterior y haya entrado nuevamente a dicho Estado en forma irregular, infringiendo la prohibición de entrada, (apartado 19).

El Tribunal, argumenta que en este asunto Celaj, al interesado se le han aplicado las normas y procedimientos comunes y que la Directiva menciona, con el objetivo de finalizar su primera situación irregular en el territorio de un Estado miembro, sin embargo, ha ingresado nuevamente de forma irregular infringiendo la norma de entrada. Por ello, en su opinión, considera que es un caso con

circunstancias distintas, de hecho, sostiene, contrarias a las citadas en su jurisprudencia, *asunto El Dridi 2011 c. Italia, Achughbabian 2011 c. Francia*, los cuales tuvieron un primer y único procedimiento de retorno. (apartado 28). En ese sentido, concluye el Tribunal, que la Directiva no es excluyente con la facultad de los Estados miembros de establecer sanciones penales contra los nacionales de terceros países en situación de irregularidad que hayan ingresado nuevamente de forma irregular infringiendo dicha prohibición de entrada, (apartado 30).

Parece ser que, en opinión del Tribunal, este asunto es relevante para aceptar criminalizar a un inmigrante y aceptar sanciones penales por su mera estancia irregular, el hecho que sea un segundo ingreso al Estado del que fue retornado. Siendo contrario, no solo a su propia jurisprudencia, sino a la del TEDH.

En ese orden, el TJUE estimó que los Estados pueden privar de libertad a un inmigrante en situación irregular cuando se haya aplicado el procedimiento de retorno y la persona afectada entre de nuevo en el territorio de este Estado miembro infringiendo una prohibición de entrada, sin que esto se oponga a la Directiva 2008/115.

La anterior decisión del TJUE, ciertamente contraria a su línea anterior, *asunto El Dridi 2011, asunto Achughbabian 2011, asunto Sagor 2011*, donde se afirmó que las penas privativas de la libertad eran contrarias y, por tanto, se oponían al fin útil de la Directiva. Este asunto Celaj, deja entrever el favorrecimiento para con los Estados Miembros, quienes, dentro de su discrecionalidad, tienen un margen amplio para lo que consideran el respeto a los derechos fundamentales de toda persona, y aceptando la criminalización de la inmigración.

• **Sentencia TJUE 2014, asunto *Khaled Boudjlida, (C-249/13)***

El Sr. Boudjlida, de nacionalidad argelina, ingresó en el 2007 con estancia estudiantil,

vigente al 2012. En el 2013, solicitó darse de alta como autónomo, al estar en situación de irregularidad, fue convocado inmediatamente por la policía de fronteras para explorar su situación migratoria, en dicha entrevista, el Sr. Boudjlida, informó de su estancia de estudiante, sus relaciones familiares, y las autoridades, por su parte le abordaron sobre si aceptase abandonar voluntariamente el territorio francés. En ese contexto, emitieron resolución con derecho a recurso, esta fue impugnada por el Sr. Boudjlida, alegando irregularidad en el procedimiento, al no ser oído.

La cuestión prejudicial inicial, versa sobre el derecho a ser oído en todo procedimiento y, en ese sentido, como debe interpretarse para un nacional de un tercer país en situación de irregularidad y contra quien se dicte una decisión de retorno, si este derecho le permite analizar lo que se dice en su contra la autoridad nacional, el de disponer del tiempo para presentar sus observaciones y ser asistido por un letrado.

El TJUE en sus consideraciones frente al caso del Sr. Boudjlida, previamente menciona que «la Directiva 2008/115 no precisa si y en qué condiciones, debe asegurarse el respeto de los nacionales de terceros países a ser oídos antes de la adopción de una decisión de retorno.» (apartado 29,30), así lo considero tratándose del derecho a ser oído en el *asunto Mukarubega 2014 apartado 41, y asunto G.R. 2013 c. Países Bajos apartado 31*. Sin embargo, hace referencia a jurisprudencia del TJUE, según la cual el respeto al derecho de defensa es considerado un principio fundamental del Derecho de la Unión, estando incluido el derecho a ser oído, estipulado en los artículos 47 y 48 de la CDFUE, garantizando el derecho de defensa y el derecho a un proceso equitativo dentro de cualquier procedimiento jurisdiccional.

Sostiene el TJUE que existe por tanto obligación de la administración de observar de forma específica e individual y, con detalle suficiente todos los elementos importantes del asunto, para con ello plantear una decisión motivada, siendo esta comprensible y concreta

para que el interesado tenga clara las razones de la denegación. Esto sería según el TJUE, el resultado del principio del derecho de defensa, (apartado 38).

Este derecho de defensa, en lo referente a las condiciones para su garantía frente a los nacionales de terceros países en situación irregular, si no está regulado por el Derecho de la Unión, le corresponde al Derecho Nacional regularlo, adaptarlo a su normativa interna y en condiciones comparables con las nacionales, en alusión al principio de equivalencia, por lo tanto los Estados Miembros tiene la obligación de garantizar la tutela judicial efectiva, y en ese sentido, recuerda el TJUE *asunto Mukarubega 2014*.

Para el TJUE, el Derecho a ser oído debe interpretarse en el sentido que, al inmigrante irregular debe dársele la oportunidad de presentar su punto de vista de forma efectiva, de dar sus motivos y poder justificar con todo lo anterior, que la autoridad competente no adopte una decisión de retorno. El Derecho de asistencia jurídica gratuita, sin embargo, según el TJUE en el marco de la Directiva, art. 13, apartado 4, solo lo contempla cuando exista la decisión de retorno y en el marco de un recurso contra esta decisión ante el órgano jurisdiccional, autoridad administrativa u órgano competente, con las garantías de imparcialidad. Así como el art. 6 de la Directiva, comprende que no es obligación del Estado prestar asistencia legal gratuita. (apartado 64,65 y 71). Lo anterior no es óbice para que la persona en condición irregular recurra a su costa a un abogado, dejando como condición que dicho ejercicio no perjudique la aplicación de la Directiva.

El Tribunal, igualmente sostiene, como lo ha referido en otra jurisprudencia, que, el derecho a ser oído según Directiva 2008/115 art. 6, no obliga a que la autoridad nacional tenga que avisar al nacional del tercer país sobre su decisión de retorno, los elementos por los que se basara. Siempre que el interesado tenga la oportunidad de presentar su opinión, observaciones, elementos que sirvan para su defensa

contra la decisión de retorno. (apartado 55), y en sentido recuerda el *asunto Mukarubenga 2014*.

Esta forma de regular un debido proceso, en lo referente a la no colaboración en la asistencia gratuita legal, y más aún cuando quien la necesita es por su condición de irregularidad vulnerable, nos parece alejada y contraria al verdadero espíritu del derecho de defensa que tanto en la CDFUE como en el CEDH aducen.

- **Sentencia TJUE 2015, *asunto Sélina Affum c. Bélgica* (C-47/15)**

Este asunto trata sobre Sra. Sélina Affum, ghanesa, nacional de un tercer Estado, la cual en marzo del 2013 entró de forma irregular a un Estado miembro dentro del espacio Schengen (Francia), a través de una frontera común con Bélgica, siendo interceptada antes de ingresar a territorio de Reino Unido, el cual no hace parte del espacio Schengen. Ante la ausencia de identificación, fue detenida provisionalmente para examinar su regularidad en Francia. Tras ser sometido al Tribunal competente este decide ordenar su internamiento preventivo por 5 días mientras concluye la expulsión y la readmisión al Estado belga con el cual existen Convenio sobre el tratamiento de personas en fronteras comunes. El Tribunal de primera instancia, solicita una prórroga hasta de 20 días, alegando la espera de respuesta del Estado belga. La Sra. Sélina Affum, se opone a la prórroga, alegando irregularidad en el procedimiento y en la detención preventiva, recuerda la decisión del Tribunal de Justicia, *caso Achughbabian del 2011*. Sin embargo, es desestimada por el Tribunal de apelación, por lo cual recurre al Tribunal de Casación de Francia.

La Cuestión Prejudicial principal, trata sobre la situación en la que se encuentra una persona, nacional de un tercer Estado miembro. El ingreso lo hizo irregular a través de un Estado miembro que hace parte del espacio Schengen, con una frontera común con otro

Estado miembro que hace parte del espacio, es interceptada cuando entraba en un tercer Estado miembro, que no hace parte del espacio Schengen.

El TJUE, encuentra frente a la situación de la Sra. Sélina Affum, nacional de un tercer Estado, que, al encontrarse en Francia, país miembro sin cumplir con las condiciones de entrada, estancia o residencia se encuentra en situación de irregularidad.

Advierte el Tribunal, que la condición de irregularidad se da sin que sea necesario una estancia mínima o interés en permanecer en dicho Estado, y, que la Directiva 2008/115 en ningún caso excluye de su aplicación a un nacional de un tercer Estado con presencia temporal o transitoria. En el caso en cuestión, la Sra. Sélina Affum viajaba en autobús por territorios de Estados miembros, esto es desde Bélgica ingresando en Francia, sin cumplir con las condiciones de entrada, estancia o residencia, y con destino Londres, Reino Unido, Estado no integrado en el espacio Schengen. En este contexto se considera inmigrante irregular de un tercer Estado, por lo cual le aplica la Directiva 2008/115. (Apartados 48 y 50).

En cuanto a si la Directiva 2008/115 se opone a la normativa de un Estado miembro que sanciona la entrada irregular, con pena de prisión a un nacional de un tercer Estado que aún no se le ha aplicado el procedimiento de retorno establecido en la Directiva, e incluso cuando por Convenio otro Estado miembro se hace cargo de dicho nacional, el TJUE, recuerda el *asunto Achughbabian 2011*, (apartados, 29 a 31, 50), en la que consideró que el sancionar penalmente la estancia irregular se opone a la Directiva.

En el asunto de la Sra. Sélina Affum, el TJUE, reitera, que se opone a la Directiva las normas de un Estado miembro que permita la cárcel de un nacional de un tercer Estado por entrar de forma irregular por la frontera interior, y de su consiguiente condición de irregularidad, así como cuando el proceso de retorno no ha finalizado. El Tribunal

a su vez, agrega que esta interpretación se entiende también para cuando otro Estado miembro se hace cargo, art. 6 apartado 3 de la Directiva, (apartado 51)

En el caso en cuestión, la condición de irregularidad de la Sra. Sélina Affum, está desde su entrada de forma irregular a un Estado miembro, así como al no tener los documentos correspondientes, sostiene el Tribunal, el Estado debe iniciar un procedimiento de retorno con todas las medidas necesarias para la ejecución, y de darse la necesidad de privar de libertad, como máximo, será de internamiento en un centro especializado, garantizando los derechos fundamentales, así el TJUE lo ha considerado en su jurisprudencia en el *caso El Dridi 2011, (apartados 41 y 42)*. En este asunto, el Tribunal, menciona la relación de los dos conceptos «situación irregular» y «entrada ilegal», considerando que una entrada en ese sentido constituye «uno de los supuestos de hecho desencadenante de la situación irregular», (apartado 60).

No obstante, el TJUE preciso, que la Directiva no se opone a que un Estado en su normativa permita la pena de prisión de un nacional de un tercer Estado que este en condición de irregularidad, se le haya aplicado el procedimiento de retorno y, sin embargo, sin motivo justificado no haya cumplido su obligación de retorno. (*Asunto Celaj 2014*). Situación que en el asunto en cuestión es claramente diferente, por tanto, el TJUE decide que, si se opone la Directiva 2008/115, a la normativa de un Estado miembro que disponga encarcelamiento a un nacional de un tercer país por el hecho de su entrada ilegal por una frontera interior y que sitúa una condición irregular, estando pendiente el procedimiento de retorno previsto.

Reiteramos nuestro desacuerdo con este tipo de sanciones de tipo penal y privación de libertad, como lo hemos indicado en otros apartados, es una contradicción al respeto y garantía de los derechos humanos de las personas inmigrantes irregulares. Ya que, en

cualquier caso, su incumplimiento es de tipo administrativo y como tal debe observarse.

- **Sentencia TJUE 2015, asunto Samir Zaizoune c. España (C-38/14)**

Zaizoune de nacionalidad marroquí, fue interceptado en el 2011 por las autoridades españolas, no presentó documentos y fue detenido por su situación de irregularidad, iniciando el proceso administrativo de expulsión del territorio español. Por lo anterior, el Sr. Zaizoune presenta recurso ante el Juzgado de lo Contencioso en San Sebastián, por la resolución de expulsión, siendo anulada por este juzgado y sustituida por una sanción pecuniaria correspondiente a multa. La subdelegación de Gobierno interpone recurso ante el Tribunal remitente, quien interpreta que la sanción es la impuesta para los inmigrantes irregulares de terceros Estados, según el Tribunal Supremo Español.

Bajo tal situación, el Tribunal de Justicia del País Vasco suspende el procedimiento y plantea la Cuestión Prejudicial al Tribunal de Justicia, sobre la aplicación de la normativa nacional, en cuanto a la sanción de multa y de expulsión para inmigrantes irregulares, con la Directiva, y su efecto útil.

El TJUE, en su motivación hace alusión a *sentencias, 2011, asunto Achughbabian (C-329/11), asunto Sagor (C-430/11)*, y en su fallo decide que las normas de la Directiva 2008/115/CE, en particular art. 6, apartados 1, 8 en relación con el art. 4 apartados 2, 3 son opuestas a la normativa del Estado español, en el sentido, que esta da, en el caso de situación irregular de nacionales de terceros Estados, la opción de imponer multa o expulsión, siendo para el TJUE excluyentes entre sí.

6. TRIBUNAL INTERAMERICANO, CORTEIDH

- **CorteIDH, caso «Vélez Loor» (2010)**

Uno de los primeros contenciosos en materia de inmigración irregular. El señor Vélez

lez Loor, de nacionalidad ecuatoriana, se encontraba residiendo en territorio panameño de forma irregular cuando fue detenido, fue enviado al centro penitenciario de la Palma, desde allí debió esperar la resolución sobre la decisión de devolución por incumplimiento de una orden de deportación. En su detención fueron vulnerados sus derechos humanos esenciales, su dignidad, su seguridad e integridad. La CorteIDH declaró responsable internacionalmente al Estado de Panamá, por la violación de los derechos a la libertad personal, *garantías judiciales/debido proceso*, principio de legalidad e integridad personal respecto de las condiciones de detención, por la omisión de investigar los actos de tortura y tratos degradantes, y no garantizar sin discriminación el *derecho de acceso a la justicia* del señor Vélez Loor.

En este asunto, la CorteIDH, recuerda a los Estados que, si bien tienen la facultad de fijar sus políticas migratorias, estas deben ser compatibles con la CADH. Afirmó que los inmigrantes irregulares se encuentran en situación de vulnerabilidad, y por tanto están más expuestos a la desprotección, y por tanto de sufrir violaciones de sus derechos, además de diferencia en el acceso a los recursos públicos del Estado. Sostuvo que, «las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido, inter alia, a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, a la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia». Por ello, la CorteIDH hace alusión a la evolución en el derecho internacional, señalando límites como el debido proceso y respeto a la dignidad humana, sin distinción por su condición jurídica del inmigrante, (p. 34).

La Corte, recordando la OC-18/03, en cuanto a los derechos de las personas inmigrantes, reitera que, con independencia de la situación migratoria en la que se encuentren, todas las personas tienen derecho a un debido proceso, en el cual se les reconozcan sus derechos. Des-

tacamos su relevancia en el caso de inmigrantes irregulares, por su condición vulnerable, criterio con el que el Tribunal de Estrasburgo coincide, y la CorteIDH, al reconocer que los inmigrantes irregulares se encuentran en una situación de vulnerabilidad, que lleva a un estado de inferioridad y desventaja frente al Estado al momento de hacer exigibles sus derechos.

En la Opinión Consultiva, la CorteIDH, considera que para respetar el art. 8 CADH, deben garantizarse un mínimo de garantías, como lo es la audiencia del inmigrante irregular, donde se entiende ha sido notificado, y ha tenido derecho a la información sobre el proceso, asistencia de un abogado y en el caso de necesitarlo, un traductor que le permita asistir a un proceso en condiciones de igualdad, y por tanto respetando su derecho a la no discriminación.

De los derechos vulnerados, la CorteIDH, interpreta el art. 7 derecho a la libertad personal del CADH como sin límites y sujeto al principio de *pro-persona*. Hace una referencia comparativa con el art. 5 del CEDH que, si bien tiene el mismo alcance, este si tiene limitaciones frente a las causas o circunstancias por la que una persona es retenida. Mencionamos este derecho porque entra en conexión con el art. 8.1 de las garantías judiciales, pues la CorteIDH extiende su alcance a órganos administrativos, entendiendo que les corresponde a los funcionarios el deber de prevenir y/o hacer cesar cualquier detención ilegal o arbitrarria, teniendo que estar facultados para estas medidas. Bien, el art. 8 de la CADH, ha sido violado, según la Corte, desde la falta de notificación, ya que se colocó al señor Vélez Loor en un estado de inseguridad jurídica frente a su situación, y a su vez, el art. 25, por haber imposibilitado su derecho a recurrir el fallo sancionatorio.

Se reconoce por la Corte, las garantías al debido proceso en toda su extensión, desde su notificación, el derecho de defensa, la asistencia de un abogado gratuito, de audiencia, y de recurrir el fallo. Y, en igual sentido, se precisa

sobre el acceso efectivo a la asistencia consular como componente del derecho de defensa en un debido proceso. Precisa la Corte, que el Estado debe adoptar un acceso en condiciones de igualdad y efectividad a las personas en situación grave de vulnerabilidad, como lo es el inmigrante irregular. En cuanto a las medidas privativas de la libertad con carácter punitivo, para el control de flujos migratorios, y en consideración a la compatibilidad de estas con la CADH y, en particular de aquellos de carácter irregular.

Y reitera, el Tribunal, toda política migratoria o medidas deben de ser compatibles con la CADH y los derechos humanos. Por tanto, el ingreso irregular, o el ingreso tras una orden de detención previa no legitima leyes migratorias con fines punitivos. Los estados deben tener medidas alternativas acordes a la situación migratoria de la persona inmigrante, respetando sus derechos, garantizando el goce, y no generando un riesgo para los derechos a la integridad y bienestar familiar. En el caso del señor Vélez Loor, la Corte consideró que el ingreso en centro penitenciario nacional, junto con personas sancionados por delitos, y bajo las condiciones en las que estuvo, todo en su conjunto constituyen tratos crueles y degradantes contrarios a la dignidad del ser humano.

La CorteIDH, en alusión a la Convención contra la Tortura, considera que el Estado el deber de investigar, no es una facultad discrecional sino una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional, y esta no puede ser condicionada a disposiciones o normativas internas. Por tanto, el Estado cumplió el deber de garantía del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana.

Por último, en cuanto a la criminalización de los inmigrantes, el Tribunal, considera que, el principio de igualdad ante la ley y no discriminación ha evolucionado en el derecho internacional, siendo ya considerado como *jus cogens*. En ese sentido, los estados no pueden discriminar y tampoco tolerar situaciones dis-

criminatorias en perjuicio de los inmigrantes. Sin prejuicio del trato diferencial, en todo caso, razonable, objetivo y proporcional, acorde a los derechos humanos, que pueda tener el Estado frente a los inmigrantes regulares, nacionales.

- **CorteIDH, caso «Nadege Dorzema» (2012)**

La CorteIDH, declaró que el Estado de República Dominicana era responsable internacionalmente por la violación de los derechos a la *integridad personal* art. 5.1. y art. 8, *garantías judiciales/debido proceso*, como por los derechos a la vida, libertad personal, de circulación y protección judicial. Así como, por incumplimiento a su deber de adecuar su derecho interno y de no discriminar.

Este caso, de inmigrantes haitianos, es relevante, ya que la Corte observa desde el contexto de la discriminación, el uso excesivo de la fuerza por parte de las fuerzas militares para con los inmigrantes irregulares haitianos, los cuales se encontraban transitando por territorio dominicano, cuando fueron descubiertos en un trayecto dentro de un camión. De las diversas alternativas sobre las medidas a manejar, las fuerzas militares utilizaron las más excesivas, en su persecución, realizaron disparos indiscriminadamente, con dicha actuación se dejó como resultado la muerte de varios haitianos y otros más heridos.

Estas razones llevaron a la violación del derecho a la vida, y del derecho a la integridad personal, ya que los sobrevivientes fueron sometidos a situaciones de tal magnitud que afectaron no solo física, sino psíquica y moralmente. Posteriormente, no fueron registrados con un ingreso y egreso del hospital, no recibieron adecuada atención médica, y no fueron diagnosticados ni medicados. Los fallecidos, fueron puestos en fosas comunes sin ser identificados por sus familiares, siendo un trato denigrante, según el Tribunal. El Estado, teniendo en conocimiento los hechos, no individualizó a los inmigrantes sobrevivientes, incumpliendo, además, su deber de garantía

para con el derecho a integridad personal. Por estas razones, la CorteIDH encuentra que se ha violado *el art. 5.1. Integridad Personal*, toda persona tiene derechos a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

En materia migratoria, en cuanto a la privación de la libertad, y como *garantías mínimas* del sujeto a expulsión o privación de libertad, la CorteIDH determina que los inmigrantes haitianos no fueron informados sobre la razón de su privación, ni de forma verbal, ni escrita, como de cargos en su contra. La forma arbitraria en que fueron detenidos, si bien no superaron las 48 horas límite en la norma interna, en ese lapso no se dio la intención de presentar a los inmigrantes ante un juez, o funcionario autorizado, para que se realizara el procedimiento migratorio formal adecuadamente para el trámite de expulsión o deportación. Siendo las razones por las que la Corte afirma que fueron detenciones ilegales y arbitrarias, y que, al ser trasladados por las fuerzas militares de forma unilateral, y dejados fuera de territorio dominicano, ejecutaron una sanción de expulsión, sin que una autoridad competente los atendiera y decidiera. Sostiene el Tribunal, «Por lo tanto, en virtud del principio pro-persona, esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e inmediación procesal» (p. 42), aquí la Corte hace alusión al *caso Vélez Loor-Panamá*, dejando clara su posición en casos similares. En ese sentido, la Corte afirma que dicha expulsión no se adecuo a los estándares internacionales, por cuanto no se respetó a los inmigrantes irregulares haitianos con las garantías mínimas de todo extranjero, siendo violado *el art. 8.1 de las garantías judiciales*.

Este derecho, en este caso, abordado por el Tribunal desde el contexto migratorio, reafirma las consideraciones que tuvo la Corte en el *caso Vélez Loor (2010)*, y a esta suma la opinión consultiva OC-18/03, la cual también recordó en dicho asunto. En cuanto al derecho de protección del inmigrante, considera «los mi-

grantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad, pues son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos» (p. 45), reiterando que la condición jurídica de un inmigrante no es lo que importa, si no su dignidad como ser humano, eso es lo que debe primar. Nuevamente la Corte, recuerda que el debido proceso, como garantía judicial, debe ser garantizado sin condición por estatus migratorio, sostiene que con ello todo inmigrante puede hacer valer sus derechos en condición de igualdad.

En el caso de los inmigrantes en situación de irregularidad, toda decisión de expulsión o deportación debe tener en cuenta el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). «ii) se debe facultar al extranjero la posibilidad de: a) exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión; b) someter su caso a revisión ante la autoridad competente, y c) hacerse representar con tal fin ante ellas» (p. 41), De acuerdo al PIDCP, y en concordancia, la CorteIDH, considera tres elementos básicos «i) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena, lo cual debe realizarse en conjunto con sus obligaciones bajo el artículo 7.4 de la Convención; ii) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y iii) el derecho a la asistencia misma» y reitera que, es imperativo la asistencia jurídica gratuita, como interés de la justicia, (p. 48)

En cuanto a las expulsiones colectivas, el Tribunal considera que, garantizar el derecho a la libre circulación y residencia, «es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona». Para la Corte en su interpretación de la CADH, considera que la expulsión colectiva al no tener un estudio individual tiene como resultado una decisión arbitraria. La CorteIDH para este argumento cita al, TEDH, teniendo presente los casos *Andric Vs. Suecia, n° 45917/99; caso Conka Vs. Bélgica, n° 51564/99*. «Cualquier [decisión] tomada por autoridad competente que obligue a los ex-

trajeros como grupo a abandonar el país, excepto cuando tal medida sea tomada luego de o en base a un examen razonable y objetivo de los casos particulares de cada extranjero del grupo.» (p. 49), matizando que el número de inmigrantes no es el principal criterio, entendemos es fundamental el estudio individual de la persona. TEDH, *asunto Hirsi Jamaa Vs. Italia. N° 27765/09. Gran Sala. Sentencia de 23 de febrero de 2012, párr. 184.*

La CorteIDH, tiene en cuenta las consideraciones del TEDH en cuanto a la caracterización de la expulsión, por ello, además, de la *violación a las garantías judiciales* y, derecho a la protección judicial. Afirma el Tribunal, que un proceso de este tipo, sea expulsión o deportación, debe evaluar las circunstancias individuales de la persona inmigrante, así cumple con la expulsión colectiva. Este proceso, no debe ser guiado por ningún acto de discriminación, sea por nacionalidad, raza, color, origen social u otro estatus, incluimos por supuesto, al inmigrante irregular. La Corte aduce, que se debe tener en cuenta, como mínimo, el ser informado de los cargos, notificado, ejercer su derecho para oponerse a la decisión, asistencia consular, así como asistencia jurídica y traductor de ser necesario. Así como, el derecho a recurrir la decisión y someter a revisión su caso, y presentarse ante un juez para tal fin. En ese orden, si se da la expulsión esta debe ser fundamentada en la ley y notificada, (p. 50).

La CorteIDH, sostiene que a los inmigrantes haitianos no se les aplicó los estándares internacionales en materia de expulsión, ni la normativa interna del Estado dominicano lo aplicó. No se les individualizó, se les trató como grupo, no tuvieron un trato diferenciado y, por tanto, no se les respetó como seres humanos, violando así el art. 22.9 de la CADH.

Como nuestro interés principal es la persona inmigrante irregular, en este caso, el Tribunal hace consideraciones interesantes, recordando que al Estado le es permitido hacer un trato distinto con los inmigrantes regulares en relación con los irregulares, o sus nacionales e

inmigrantes regulares. Sin embargo, reitera, que todo trato distintivo debe ser razonable, acorde a los derechos humanos, y, por tanto, respetando la dignidad humana independiente de su condición migratoria.

Con ello, la Corte no solo prohíbe prácticas discriminatorias, sino las que causen impacto contra ciertas personas, entendiéndose que hace referencia a las de condición irregular. (p. 64). En el caso Nadege Dorzema, existió discriminación tanto de facto como de juris, por su condición de inmigrantes irregulares, considerados especialmente vulnerables, y por su origen y nacionalidad haitiana, lo cual derivó en la transgresión de todos los derechos ya mencionados.

- **CorteIDH, caso Familia Pacheco Tineo (2013)**

La CorteIDH, en este asunto, declaró responsable internacionalmente al Estado Plurinacional de Bolivia, por violar el *artículo 8 garantías judiciales/debido proceso, concordante con art. 25, protección judicial*, art. 5.1 integridad personal, toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, art17, protección a la familia, art. 19 derechos del niño, art. 22 derecho de circulación y residencia, numeral 7 a buscar y recibir asilo, y numeral 8 a no ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, de la CADH. En este caso, la familia Pacheco Tineo de origen peruano, se encontraba en Bolivia en condición de inmigrantes irregulares y solicitantes de refugio y asilo, con menores, uno de ellos de nacionalidad chilena. El Estado y las autoridades de migración bolivianas, adelantaron un proceso sumario, sin escuchar previamente a las víctimas, y procedieron a su expulsión al Estado de Perú.

El *derecho a garantías judiciales/debido proceso*, y derecho a la protección judicial es analizado por la Corte, bajo tres referentes desde las garantías mínimas: en el debido proceso en procedimientos migratorios que terminen en expulsión o deportación, en procesos de

reconocimiento de estatuto de refugiado, tanto el derecho de buscar asilo, como de recibirla, y aplicación del principio de no devolución. Y, por último, breve referencia de las consideraciones referentes a la niñez migrante.

En ese contexto, de inmigración irregular, la Corte, recuerda los *casos de Vélez Loor, Nadege Dorzerma*, «los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad, pues son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos» así como la obligación de los estados de garantizar el uso y goce de los derechos de toda persona que este en su jurisdicción, sin discriminación, por nacionalidad, raza, color etc. «(...) en el ámbito del derecho internacional se han desarrollado ciertos límites a la aplicación de las políticas migratorias que imponen, en procedimientos de expulsión o deportación de extranjeros, un apego estricto a las garantías del debido proceso, la protección judicial y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica o estatus migratorio del migrante» (p. 43). La CorteIDH, nuevamente hace alusión a sus decisiones anteriores, fijando unos criterios comunes, en materia inmigración irregular.

Bien, la Corte menciona que los arts. 8 y 25 señalan el debido proceso que debe observarse en toda instancia procesal, al cual tiene derecho toda persona para poderse defender adecuadamente ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlo. Recuerda que la detención de personas por su condición migratoria, inmigrantes irregulares, nunca debe ser con fines punitivos, y de ser el caso, cada situación debe ser verificada de forma individual por una autoridad competente.

En cuanto a los mínimos contemplados, que deben tenerse presente en los casos de expulsión o deportación, reitera lo manifestado en el *caso Nadege Dorzerma*, ser informado de los cargos y los motivos de expulsión, y ser a su vez notificado, con ello, poder exponer su

defensa para la no expulsión y oponerse, tener asistencia legal gratuita, traducción de ser necesario y asistencia consular. Igualmente, derecho a someter su caso a revisión ante una autoridad competente, y que la expulsión, de ser fundamentada debe estar acorde a la ley y ser notificada. Este proceso no se realizó en el caso de la familia Pacheco Tineo.

El Tribunal sostiene, «De tal modo, si se complementan las normas anteriores con el *corpus juris* internacional aplicable a las personas migrantes, es posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre», (p. 47).

En cuanto al derecho a buscar y recibir asilo, la Corte hizo un análisis de la evolución de este derecho y de sus instrumentos, por tanto, para el caso de familia Pacheco Tineo, tomo en consideración las fuentes, principios y criterios del internacional de refugiados, dejando claro que las personas no pueden ser rechazadas en frontera, o expulsadas sin un análisis individualizado de sus peticiones. Los estados deben asegurarse antes de cualquier devolución que la persona que solicita asilo se encuentra en capacidad de acceder a la protección internacional en el país donde se le estaría expulsando, y de verificar que no sufrirá ningún riesgo, (p. 51). La CorteIDH, afirma, por tanto, que las reglas que se aplican a los casos de expulsión de extranjeros, mediante los arts. 8 y 25 de la CADH, se deben interpretar bajo los arts. 22.7 y 22.8 principio de no devolución, es decir, se beneficia a todos las personas inmigrantes independientes de su condición sean o no asilados, irregulares. Con ello, se garantiza que las personas solicitantes de asilo sean oídas por el Estado con las garantías mínimas.

La Corte considera que este mínimo seria, asesoría legal e interprete competente, orientación en el proceso, en un lenguaje comprensible, oportunidad de contactar con ACNUR.

La solicitud debe ser examinada por una autoridad u órgano competente, al igual que las decisiones, y fundamentadas de forma expresa para proteger los solicitantes que están en riesgo. Este proceso debe respetar la protección de datos, y de confidencialidad. Deben tener derecho a la información en caso de recurrir la decisión, la cual debe de ser dentro de un plazo razonable. El recurso de revisión o apelación debe de tener efectos suspensivos, permitiendo al solicitante permanecer en el país hasta que se tome una decisión e impugnación de ser necesaria, (p. 55).

Bajo este escenario, la Corte evidenció, que a la *familia Pacheco Tineo* no se le realizó el procedimiento adecuado, no se efectuó la notificación, que por sí sola es ya es violatoria del art. 8, no se les comunicó los cargos, ni su motivación, no se tuvo asesoría jurídica, ni se consideraron los riesgos que podría tener el ejecutar la devolución. Por ello se violaron los arts. 8, 25, 22.7 y 22.8 de la CADH. En este asunto, consideramos que el derecho a buscar y recibir asilo art. 22.7, fue violado por no cumplir con el debido proceso señalado para este procedimiento de solicitud de asilo. El principio de no devolución, por tanto, se viola, cuando el Estado ejecuta la expulsión al Estado de Perú donde evidentemente corrían riesgo la familia Pacheco Tineo. Si la expulsión se da al Estado de Chile, se violaría por el art. 8 del debido proceso, en nuestra opinión.

El art. 25 si bien es un derecho que también ha sido violado en conjunto con el art. 8, es analizado por la Corte, quien sostiene «aún si hipotéticamente tales recursos hubiesen podido ser idóneos, efectivos y adecuados para tales efectos, el hecho es que en la práctica su existencia resultó ilusoria y el derecho de los miembros de la familia Pacheco Tineo a utilizarlos resultó nugatorio para cuestionar tanto su expulsión como el rechazo de su solicitud de asilo», (p. 64).

Frente a este escenario, de expulsión, y en atención al art. 5.1 integridad personal, la Corte determinó, que la *familia Pacheco Tineo*, al ser expulsada en total incertidumbre

sobre el estado de solicitud de asilo, sin poder acceder a un recurso contra esta decisión, y habiendo perdido oportunidad alguna de ser trasladada a Chile, soporto temor, zozobra por la desprotección del Estado de Bolivia al ser regresada al Perú, país en el que corrían riesgo. Con lo cual se constituyó en una violación a su integridad física y psíquica contemplada en el art. 5.1 CADH.

Por último, en cuanto a la niñez migrante, la Corte, afirma que toda decisión en lo estatal, en lo social y familiar que incluya limitar los derechos de los niños (as) deben tener presente el interés superior del niño y ajustarse a sus disposiciones. Reitera el Tribunal, que los derechos del niño como principio regulador se basa en la dignidad del ser humano. (p. 71), es necesario siempre ponderar las necesidades, y lo que mejor le conviene al niño(a) en la situación en que se encuentre. La CorteIDH, reconoce los derechos de los niños en otros instrumentos internacionales, y destaca en la CADH los arts. 12 y 22, en cuanto su derecho a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que les afecte, así como su derecho a recibir del Estado la protección de sus derechos cuando intente obtener el estatuto como refugiado o cuando lo sea.

En ese sentido, la Corte afirma que esa protección especial del art. 19 CADH debe articularse junto con los arts. 8 y 25, así el Tribunal reitera la relación del derecho a ser oido con el interés superior de niño, así como reitera la relación del derecho de protección de la familia y los derechos del niño. Sostiene, que, en este caso, los niños debieron ser escuchados por el Estado, siendo evidente que la decisión les afectaría sus derechos. El Estado, en atención al interés superior del niño, a su condición migratoria, al principio de no devolución, y al principio de unidad familiar debió dar prioridad, y utilizar todos los medios disponibles para solucionar a su favor su situación migratoria. Por el contrario, encuentra la Corte, limitó los derechos de los niños a la condición de sus padres, no teniéndolos en cuenta como sujetos de derechos y vulnerando el art. 19 CADH.

- **CorteIDH, caso «Personas Dominicanas» (2014)**

La Corte para el análisis de este caso, tiene en cuenta el contexto de la población haitiana, encontrando que normalmente estaban en situación de pobreza y sufrían tratos discriminatorios, incluyendo en ellos a las autoridades dominicanas. Este escenario es el resultado de la vulnerabilidad en la que se encontraban los haitianos, y personas nacidas en República Dominicana con ascendencia haitiana, teniendo dificultades para tener documentos de identificación. El Tribunal, teniendo como referencia el contexto en general «(...) ha constatado, que muchas de las personas haitianas en República Dominicana «sufren condiciones de pobreza [y] marginalidad derivada de su estatus legal y falta de oportunidades». Asimismo, el Tribunal resalta lo señalado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en cuanto a las personas haitianas, y afirma, «viven en condiciones muy precarias y de extrema pobreza», (p. 53).

En ese mismo sentido, la Corte en anteriores decisiones sostiene que República Dominicana ha ordenado y ejecutado expulsiones de haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana independiente de su estatus migratorio, sin procedimiento previo y de forma forzada, por su color de piel, origen y condición. (p. 58). Sostiene, por tanto, que la práctica de expulsión es sistemática y es consecuencia de la discriminación.

En este caso, la *familia Medina*, si bien el padre e hijos tenían documentos dominicanos, fueron despojados de ellos en su casa y detenidos, al tiempo que fueron expulsados para Haití, además de posteriormente el Estado ordenar la anulación de sus documentos de identidad. La *familia Fils-Aimé*, en este caso, la madre con identidad haitiana, el padre no pudo determinar el lugar de nacimiento ni nacionalidad, murió en el 2009, sus hijos, al igual no pudieron determinar donde nacieron y su nacionalidad, fueron detenidos en su casa, y expulsados forzosamente a territorio haitiano. La *Familia Gelin*, El padre, fue detenido ca-

mino al trabajo, no pudo comprobar su lugar de nacimiento y nacionalidad, siendo llevado forzadamente a territorio haitiano, separándolo de su hijo menor. *Familia Sención*, el padre e hijas tenían documentación dominicana, su madre cédula de Haití, esta última y sus hijas fueron expulsadas a territorio de Haití y solo 8 años después, en el 2002, el Sr. Antonio Sensión las encontró. La *Familia Jean*, Víctor Jean nacido en República Dominicana, su esposa en Haití y con documentos de allí, sus hijos habían nacido en República Dominicana pero no había podido tener los documentos oficiales, fueron detenidos y expulsados forzadamente a territorio haitiano. Y, por último, *Rafaelito Pérez Charles*, quien tenía los documentos como dominicano, fue detenido al salir de su trabajo y expulsado forzosamente en territorio haitiano.

La Corte, respecto al derecho a la nacionalidad, arts. 20 y 27 de la CADH considera que este derecho, permite a la persona tener y ejercer derechos y responsabilidades como pertenencia a un Estado, este derecho es de carácter inderogable, y es un derecho fundamental de toda persona. Sostiene el Tribunal, que la CADH frente al derecho a la nacionalidad tiene dos aspectos por los cuales la determina, «desde la perspectiva de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, al establecer su vinculación con un Estado determinado, y el de proteger al individuo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo», (p. 90), si bien, el determinar quiénes son nacionales le corresponde al Estado, recuerda la Corte, que dicha atribución debe estar acorde al derecho internacional y demás instrumentos internacionales.

La Corte, en referencia al art. 20.2 CADH, hace alusión al caso *Niñas Yean y Bosico* «la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a

otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron». Insiste y reitera la Corte su posición en el caso Niñas Yean y Bosico, «el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos», para aplicarlo al de *personas dominicanas*.

Recuerda el Tribunal, al Estado de República Dominicana, el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley de no discriminación, por lo cual los estados no pueden tener regulaciones discriminatorias o con efectos en ese sentido para otorgar nacionalidad, que afecte a determinados grupos de población para ejercer sus derechos.

En cuanto al debido proceso, *art. 8 de garantías judiciales CADH*, la Corte afirma que es el conjunto de requisitos que deben ser observados por toda persona, en toda instancia procesal, para su adecuada defensa de derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlo. Recuerda su jurisprudencia constante, casos *Familia Pacheco Tineo, Nadège Dorzema, Vélez Loor*, y considera que su aplicación no se limita a un recurso judicial elemental, es todo un conjunto de garantías mínimas en lo que debe ser un debido proceso, de cualquier índole. (p. 122). Una vez más, la Corte en materia migratoria, reitera que, si bien los Estados tienen facultad de fijar sus políticas migratorias, estas tienen que ser acorde a las normas de protección de los derechos humanos, comprendiendo en ellas a todos los migrantes, establecidas en la CADH y en el derecho internacional. En ese sentido, el debido proceso debe ser garantizado a toda persona, sin importar su estatus migratorio. Bajo tal alcance los inmigrantes puedan ejercer efectivamente sus derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación, (p. 123).

El inmigrante debe tener unas garantías mínimas si es sujeto a expulsión o devolución, la Corte, insiste en los elementos esenciales, el proceso debe ser individual, teniendo en cuenta aspectos personales de la persona, sin discriminación por nacionalidad, raza, color, origen social, (...) estatus migratorio, este último acogiendo a los inmigrantes irregulares.

Este proceso y el sujeto de derechos, debe tener según la CorteIDH:

(...) las siguientes garantías mínimas: a) ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. (...) información sobre sus derechos, tales como: i) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y ii) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; b) en caso de decisión desfavorable, (...) someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y c) ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley», (p. 125).

En cuanto a la prohibición de la expulsión colectiva, asegura el Tribunal, es fundamental determinar que, el carácter colectivo, no es el número de inmigrantes que estén sujetos a expulsión, sino que no tengan un análisis objetivo dentro de las circunstancias subjetivas de cada persona inmigrante. En su dialogo con el TEDH, hacen alusión al concepto referente a expulsión colectiva «[c] cualquier [decisión] tomada por autoridad competente que obligue a los extranjeros como grupo a abandonar el país, excepto cuando tal medida sea tomada luego de o con base en un examen razonable y objetivo de los casos particulares de cada extranjero del grupo», (p. 127).

En ese escenario, otra de las consideraciones de la Corte, es que los perfiles raciales no constituyen un motivo para realizar una expulsión o detención. Recordando el derecho de garantía y respeto de sus derechos que tiene la población dominicana con ascendencia haitiana y haitianos. La Corte insiste en asegurar que los perfiles raciales no sean un motivo de detención, que se dé cumplimiento al debido proceso, no se realicen expulsiones de carácter colectivo, ni de personas con nacionalidad dominicana, con ascendencia haitiana, o cualquier persona sin estar acorde al derecho internacional.

En el caso de inmigrantes irregulares, la Corte alude lo ya sostenido en su jurisprudencia, *caso Vélez Loor*, donde menciona que son arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central sea la detención de inmigrantes irregulares. Es necesario que las autoridades verifiquen siempre cada caso de forma individual y tenga en cuenta sus características personales. En todo caso, el Tribunal considera que es incompatible la CADH con las medidas privativas de libertad con carácter punitivo para los flujos migratorios, y más aún para los inmigrantes irregulares, siendo estos vulnerables por su condición.

Con todo lo expuesto, la CorteIDH declara responsable internacionalmente al Estado de República Dominicana, por la violación de los derechos a la nacionalidad, reconocimiento personalidad jurídica, derecho a tener un nombre, y, por tanto, el derecho a una identidad; así como a la libre circulación y residencia, y protección a la familia. Este caso es de relevancia ya que en las víctimas también se encontraban menores, por lo que los derechos del niño también han sido violados. En materia de expulsiones colectivas, también se les violaron sus *derechos a garantías judiciales* y protección, derecho a la libertad, por ser detenidas de forma ilegal y arbitraria.

• **CorteIDH, caso «Niñas Yean y Bosico» (2005)**

La Corte declara responsable internacionalmente al Estado de República Dominicana, artículo 1.1, artículos 3, 5, 18,19,20,24 de la CADH, por haber negado la expedición de las actas de nacimiento a las niñas Yean y Bosico, de ascendencia haitiana, situación que les genera vulneración a sus derechos como niñas, como norma superior, y los derechos a la nacionalidad, personalidad jurídica, a un nombre, a la igualdad y no discriminación, integridad personal, y obligación de respetar sus derechos de parte del Estado.

En este caso, la CorteIDH, discute el derecho a la nacionalidad y de todos los derechos

que de ella se derivan. Señala, que al ser un caso en el que las víctimas son menores, es un asunto que tiene especial relevancia, dada la prevalencia del interés superior del niño, y en este caso por ser mujeres que pertenecen a un grupo en situación vulnerable. (p. 59, 60). Sostiene en este asunto el Tribunal, que la nacionalidad es un derecho fundamental de la persona humana consagrado en la CADH, y en otros instrumentos internacionales, y es por tanto un prerrequisito para poder ejercer y disfrutar de otros derechos.

Se reconoce límites a la discrecionalidad del Estado para otorgar la nacionalidad, el primero, la aplicación al principio de igualdad y no discriminación, y segundo, el deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia. En ese sentido, la Corte considera que es deber del Estado abstenerse de tener regulaciones discriminatorias, o que tengan efectos que produzcan situaciones discriminatorias en determinados grupos al ejercer sus derechos.

Por lo tanto, afirma que el derecho a la igualdad y no discriminación debe garantizarse independiente de la situación migratoria irregular, o por su color, nacionalidad, raza, de una persona en un Estado. (p. 64), destaca la Corte, que el concepto de migrante transeúnte o en tránsito, como categoría utilizada por el Estado dominicano para los haitianos que han vivido en su país, debe ser considerada bajo un límite temporal y coherente. Este límite debe estar dentro de la lógica en el contexto de los haitianos que llevan generaciones viviendo en dicho Estado sin ser reconocidos como nacionales dominicanos, los que los son, pero por tener ascendencia haitiana se les discrimina, no resulta por tanto a la luz de la CorteIDH aplicable la categoría de *tránsito*. Afirma igualmente, en el contexto de inmigrantes irregulares, y en alusión a la OC-18 /03:

a) el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejer-

cicio de sus derechos; b) el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos, y c) la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron. (*Ídem*).

El Tribunal, insiste en la extrema vulnerabilidad en la que el Estado colocó a las víctimas, al negar sus derechos por discriminación, a la nacionalidad, a la personalidad jurídica, vulnerando su dignidad humana al negar su condición de sujetos de derechos, y, por tanto, de acceder a los beneficios de sus derechos.

- **CorteIDH, caso «Petruzzi» (1999)**

Este asunto trata la responsabilidad internacional del Estado de Perú, frente a la falta de diligencia en el proceso seguido en el fuero militar, por traición a la patria, a los nacionales chilenos Petruzzi y otros, así como de las vulneraciones a sus derechos por la detención sin contar con asistencia legal. Desarrollándose en el contexto de conflicto armado en el año 1993 entre Fuerzas Armadas y grupos armados.

En este caso, la CorteIDH, tiene presentes sus argumentos presentados en la OC-4/84, en lo referente a la nacionalidad, si bien en este asunto no determina la violación del derecho a la nacionalidad art. 20 CADH, es importante, al ser contencioso, sus consideraciones. En ese sentido, considera que la nacionalidad es «el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática». (p. 36), el Tribunal, considera el derecho a la nacionalidad, un amparo jurídico para la protección de los derechos políticos y civiles de una persona. Y es precisamente por ello que insiste en recordar, que el derecho internacional impone al Estado un límite de discrecionalidad, donde si bien están comprendidas las competencias de los estados, deben a

su vez estar sujetas y acorde a la protección integral de los derechos humanos.

En este caso de Castillo Petruzzi, la Corte determinó que cualquiera de las consecuencias jurídicas inherentes a la nacionalidad, existen solo respecto a Chile y no a Perú «(...) y no se altera por el hecho de que se aplique un tipo penal denominado traición a la patria (...) sin que ello suponga que los inculpados adquieran deberes de nacionalidad propios de los peruanos» por tanto, el art. 20 de CADH, no se vulneró.

En cuanto a la detención, en el dialogo entre CorteIDH y TEDH, la Corte menciona que la CEDH con relación al art. 5 numeral 3, establece que toda persona sin dilación debe ser conducida ante un juez. En su argumento, la Corte, deduce que toda persona que ha sido privada de su libertad debe ser liberado, o puesto inmediatamente a disposición de un juez, siendo el objetivo de este artículo «la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado», y así mismo, el término *inmediatamente* debe ser interpretado acorde a las características de cada caso, sin estas exceder el periodo de detención y garantizar el art. 5.3 CEDH, (p. 39). En el caso de Petruzzi, se violaron el art. 7, numeral 5 ya que de los hechos comprobados, su detención se realizó desde el 15 de octubre al 20 de noviembre de 1993.

En cuanto al derecho a las *garantías judiciales* art. 8.1 CADH, el Tribunal ha señalado que es indispensable que toda persona sometida a proceso tenga las garantías necesarias, las cuales, además deben ser judiciales. En ese sentido, la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, es esencial, puntualmente, en este caso, los tribunales eran militares, con lo cual no existió independencia e imparcialidad, siendo elementos esenciales en un debido proceso. A esta vulneración del derecho a garantías judiciales, se suma, que los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos, además de la restricción a la labor de los abogados defensores que impidieron su eficaz desempeño, por

tanto, la Corte considera que no tuvieron una adecuada defensa. (p. 49). La Corte insiste, para proteger los derechos fundamentales, es esencial el derecho a un recurso ante un juez o tribunales, y afirma es «(...) uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática» y señala el art. 25 de la CADH en coherencia con el art. 8, (p. 57).

En cuanto a la privación de libertad debe estar sujeta al respeto a la dignidad humana, como garantía al derecho a la vida e integridad personal, es el Estado el garante de estos derechos en los detenidos, en ese sentido, el aislamiento y la incomunicación pueden producir sufrimiento físico y psíquico. Situación que se vio reflejada en el caso Petrucci, vulnerando el art. 5.1 CADH. En este asunto, la CorteIDH reafirma el derecho a la nacionalidad como un derecho humano, independiente de la discrecionalidad que le corresponde al Estado en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

ARLETTAZ F. (2013) «*Expulsión colectiva de extranjeros en la jurisprudencia del TEDH: Comentario a Hirsi Jamaa y otros v. Italia. (Gran Sala, Req. 27765/09, 23/02/2012)*» Observatorio Catedra Paz, Seguridad y Defensa, Observatorio PSyD. Recuperado <http://catedrapsyd.unizar.es/observatorio-psyd/opina/expulsion-colectiva-de-extranjeros-en-la-jurisprudencia-del-tedh-comentario-a-hirsi-jamaa-y-otros-v-italia-gran-sala-req-27765-09-23-02-2012.html>

ARANGÜENA F. C (2009) «*La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Primera aproximación al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el artículo 6.1 CEDH en particular el derecho de acceso a un tribunal (art. 6)*» coord. por García Roca F, Santolaya Machetti, P, ISBN 978-84-259-1464-5, págs. 259-275.

BOLLO AROCENA M. (2016) «*Expulsión de extranjeros, derecho internacional y derecho europeo*» Primera Edición, editorial Aranzandi, Navarra, p. 127-226.

BURGORGUE-LARSEN L. y MONTOYA CESPEDES N. (2013) «*El diálogo judicial entre la corte interamericana de derechos humanos y la corte europea de derechos humanos*» Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, p. 187-210. Recuperado de URI: <http://hdl.handle.net/10016/19770>.

BOZA MARTÍNEZ (2014) «Derecho de extranjería y Jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2012-2013). En *Revista CIDOB Inmigración y Emigración: mitos y realidades. Anuario de la Inmigración en España 2013*.p. 275-297, Recuperado de https://www.cidob.org/es/publicaciones/serie_de_publicacion/anuario_cidob_de_la_inmigracion/inmigracion_y_emigracion_mitos_y_realidades_anuario_de_la_inmigracion_en_espana_2013_edicion_2014

CASTRO SÁNCHEZ, C. (2013) TEDH –sentencia de 23.02.2012 (gran sala), Hirsi Jamaa E.A. C. Italia, 27765/09– «artículo 3 y 13 del CEDH artículo 4 del protocolo nº 4 –tortura y tratos inhumanos y degradantes– derecho a un recurso efectivo – prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros. el CEDH como límite de las políticas migratorias europeas. *Revista de Derecho Comunitario Europeo ISSN 1138-4026*, núm. 46, Madrid, septiembre/diciembre, págs. 1119-1135.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CIDH (2020) Resolución 04/19, «*Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas*» Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Principios%20DDHH%20migrantes%20-%20ES.pdf>

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2014) «*Proyecto de articulado sobre expulsión de extranjeros*» Asamblea General, Resolución A/RES/69/119 de 10 de diciembre de 2014.

DIAZ GREGO M. (2013) Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En *Revista CIDOB, Diputació de Barcelona, Fundació Ortega-Marañón y Fundació ACSAR*, Barcelona, p, Recuperado de: https://www.cidob.org/es/publicaciones/serie_de_publicacion/anuario_cidob_de_la_inmigracion/inmigracion_y_crisis_entre_la_continuidad_y_el_cambio_anuario_de_la_inmigracion_en_espana_2012_edicion_2013.

ESTRADA TANCK, D. (2017) Protección de las personas migrantes indocumentadas en España con arreglo al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos = Protection of undocumented migrant persons in Spain under international and European human rights law. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 9 (2), 255-277. doi: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2017.3873>.

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER STIFTUNG (KAS) (2014) Steiner C. y Uribe P. (Edit.) «*Garantías Judiciales art. 8.*» Ibáñez Rivas J. *En Convención Americana sobre Derechos Humanos*, p. 207-254.

FERNÁNDEZ ROJO, D. (2016) La detención de extranjeros en situación irregular: impacto de la Directiva 2008/115/CE y la jurisprudencia del TJUE en la legislación española. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 53, 233-258. doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.53.06>

GROPPi, T y LECIS COCCO-ORTU, A (2014) «Referencias recíprocas entre el Tribunal europeo y la Corte Interamericana de derechos humanos: ¿de la influencia al diálogo?» *Revista de Derechos Político UNED*, Núm. 91, p. 183-230. <https://doi.org/10.5944/rdp.91.2014>

GARCÍA B. y NOGUEIRA G. (Dir.) (2016) «*El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*». En *Lecciones de Jurisdicción Social*. Editorial Tírrant Lo Blanch, segunda edición, pp 903-932.

GARRO, A. (2009) La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Vol. 1(20). Recuperado de doi <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2009.20.5865>

HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA (2004) «*El sistema interamericano de protección de los derechos humanos Aspectos institucionales y procesales*» Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 3ª edición, San José de Costa Rica.

INSTITUTO DE DEMOCRACIA y DERECHOS HUMANOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ (IDEHPUCP) (2012) Salmón E, coord. «*El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*».

JIMENA QUESADA, L. (2005) «El Derecho a un proceso equitativo reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su proyección nacional: entre el tiempo para conocer Europa y el tiempo para hacer justicia conforme a los parámetros europeos» *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* nº 50/51, p. 177-191. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/183504>

LÓPEZ BETANCOURT, E. y FONSECA LUJÁN, R. (2017) Jurisprudencia de Estrasburgo sobre el derecho a un proceso equitativo: sentencias contra España de interés para México. *Revista de Derecho UNED*, núm. 21, p 353-378, Recuperado de <http://revistas.uned.es/>

LÓPEZ GUERRA (2013) *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*. Manual: Protección Multinivel de Derechos Humanos, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, p. 179. Recuperado de https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/manual_pmdh.html.

LÓPEZ GUERRA, (2018) «*Diez años de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos españoles: temas tratados, evolución, efectos*», en *Human Rights in a Global Word*, Liber amicorum, Wolf legal publishers, 2018, pp. 281-301.

MORTE GÓMEZ, C (2015) «Apuntes sobre jurisprudencia del TEDH en materia de expulsiones colectivas: el artículo 4 del Protocolo 4 al Convenio» Consejo General de la Abogacía. Recuperado de <https://www.abogacia.es/2015/09/25/apuntes-sobre-jurisprudencia-del-tedh-en-materia-de-expulsiones-colectivas-el-articulo-4-del-protocolo-4-al-convenio/>

MORTE GÓMEZ, C. (2005) «*La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de extranjeros*» En estudios sobre derecho de extranjería. Coord. Álvarez Conde, E, Pérez Martín, E, ISBN 84-608-0402-X, págs. 191-210.

MARABOTTO, L. (2003) «Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia». *Revista UNAM, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. p. 291-301.

NACIONES UNIDAS (2008) *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*. A/HRC/7/12 25 de febrero. Jorge Bustamante. Consejo de Derechos Humanos, séptimo período de sesiones, tema 3 de la agenda. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Párrafo 49.

ORTIZ AHLF, L. (2008) «Acceso a la justicia de los inmigrantes irregulares en la Unión Europea y en la Corte Europea de Derechos Humanos» *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(123.5). doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2008.123.5.4072>

PASQUALI, L. (2015) TJUE – Sentencia de 28 de abril de 2011, Hassen El Dridi, alias Soufi Karim. Asunto C-61/11 PPU – «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia – Directiva 2008/115/CE – Retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular – Artículos 15 y 16. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 0(39), 541-558. Recuperado de <https://recyt.fecyt.es/index.php/RDCE/article/view/39469>

SOLANES CORELLA, Á. (2017) Contra la normalización de la ilegalidad: la protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones «en caliente» *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° (36), p. 195-225. doi:<http://dx.doi.org/10.7203/CEFD.36.11269>

SOLANES CORELLA (2016) Una reflexión iusfilosófica y política sobre las fronteras. *Anuario de Filosofía del Derecho (ADF)*, ISSN 0518-0872, N° 32, p. 1545-184.

ÚBEDA TORRES (2007) Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Primera edición. Editorial REUS, ISBN:978-84-290-1453-2, p. 353 España.

Jurisprudencia Europea

Sentencia TEDH 2008, asunto de Nassim Saadi c. Italia, nº 37201/06.

Sentencia TEDH 2007, asunto Gebremedhin c. Francia nº 25389/05.

Sentencia TEDH 2009, asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia, demanda nº 27765.

Sentencia TEDH 2011, asunto M.S.S. c. Bélgica y Grecia 30696/09.

Sentencia del TEDH 2012, asunto G.R. contra Países Bajos del 10 de enero.

Sentencia del TEDH 2012, asunto I.M. contra Francia 2 de febrero.

Sentencia TEDH 2012, asunto Kurić y otros c. Eslovenia (Gran Sala).

Sentencia TEDH 2012, asunto Othman c. Reino Unido (Demanda nº 8139/09).

Sentencia TEDH 2015, asunto N.D. y N.T. c. España Demandas nº 8675 y 8697.

Sentencia TEDH 2015, asunto Sharifi et al c. Italia y Grecia, (Solicitud 16643/09).

Sentencia TJUE del 2010, asunto kadzoev c. Bulgaria.

Sentencia TJUE 2011, asunto Hassen El Dridi c. Italia (C-61/11).

Sentencia TJUE 2011, asunto Alexandre Achughbian c. Francia (C-329/11).

Sentencia TJUE 2011, asunto Mehmet Arslan c. República Checa C- 534/11.

Sentencia TJUE 2011, asunto Sagor c. Italia (C-430/11).

Sentencia TJUE 2014, caso Sophie Mukarubega, asunto C-166/13.

Sentencia TJUE 2015, asunto Skerdjan Celaj c. Italia (C-290/14).

Sentencia TJUE 2014, asunto Khaled Boudjlida, (C-249/13).

Sentencia TJUE 2015, asunto Sélina Affum c. Bélgica (C-47/15).

Sentencia TJUE 2015, asunto Samir Zaizoune c. España (C-38/14).

Jurisprudencia Interamericana

CorteIDH, caso «Vélez Loor» (2010).

CorteIDH, caso «Nadege Dorzema» (2012).

CorteIDH, caso «Familia Pacheco Tineo» (2013).

CorteIDH, caso «Personas Dominicanas» (2014).

CorteIDH, caso «Niñas Yean y Bosico» (2005).

CorteIDH, caso «Petruzzi» (1999).

Normas y procedimiento para la presentación de colaboraciones a la Revista del MTMSS

La Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (MTMSS) tiene carácter bimestral y pretende dar a conocer trabajos originales e inéditos en las materias propias de las funciones asignadas al Departamento. Además, publica números extraordinarios cuando surge un tema de actualidad que se considera importante y urgente su difusión.

La responsabilidad de las opiniones emitidas corresponde exclusivamente a sus autores.

Los autores ceden al MTMSS el derecho de explotación de las obras publicadas, que conlleva los derechos de edición, reproducción, distribución, traducción y comunicación pública de sus trabajos, por cualquier medio o soporte.

- **Título.** Deberá ser claro y conciso en castellano y en inglés. En caso necesario podrá ir acompañado de un subtítulo.
- **Nombre y apellidos de los autores.** Estos deberán figurar junto a la actividad, entidad o empresa donde el autor desarrolle su actividad laboral.
- **Texto.** La extensión aconsejable máxima es de 40 páginas tamaño DIN A4, en formato Word, con un tamaño de letra de 12. En esta extensión deberán estar incluidos los gráficos, cuadros y demás elementos gráficos que se incluyan.
- **Bibliografía.** Se aportarán las citas bibliográficas correspondientes, que se colocarán al final del texto.
- **Resumen.** Al texto del artículo o colaboración se acompañará un resumen, en castellano y en inglés, de al menos mil palabras, que describa en detalle la metodología, resultados y conclusiones del mismo; así como una relación de palabras clave en ambos idiomas.
- **Evaluación.** Los artículos serán evaluados por dos expertos externos al Departamento, mediante procedimiento abierto. Una vez realizada dicha evaluación se comunicará su resultado al autor del artículo enviado.
- **Normas éticas de publicación.** La Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social declara su compromiso por el respeto e integridad de los trabajos publicados y tiene como referencia el Código de conducta y buenas prácticas para editores de revistas científicas que define el Comité de Ética de Publicaciones (COPE: Committee on Publication Ethics). El plagio está estrictamente prohibido y los textos en los que se detecte plagio serán rechazados. Los autores deben asegurarse de que los trabajos presentados son completamente originales. Cuando los autores utilicen el trabajo y/o palabras de otros, deben ser debidamente citados.
- **Forma de envío y contacto.** El artículo o colaboración se enviará por correo electrónico a la siguiente dirección: propoeditorial@mitramiss.es

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Tf: 913632305 Fax: 913632349 Internet: <http://www.mitramiss.gob.es>

Guidelines for submitting collaborations to the MTMSS magazine

The magazine of the Ministry of Labour, Migration and Social Security (MTMSS) is published every two months and aims to present original and unpublished works in the areas of the functions assigned to the Department. In addition, it publishes special editions for emerging issues that are considered important and urgent so as to be widely known.

The opinions expressed in this magazine are the sole responsibility of the authors.

The authors grant MTMSS the operating right of the published works, which entails the rights of editing, reproduction, distribution, translation and public communication of their works, by any means or format.

- **Title.** It must be clear and concise in Spanish and English. If necessary, it may be accompanied by a subtitle.
- **Name and surname of the authors.** These must appear next to the activity, entity or company where the author develops his/her labour activity.
- **Text.** The maximum recommended length is 40 pages size DIN A4, in Word format, with a font size of 12. This length includes graphics, tables and other graphic elements.
- **Bibliography.** The corresponding references will be provided and will be placed at the end of the article.
- **Abstract.** The text of the article or collaboration will include a summary, in Spanish and English of, at least, a thousand words, describing in detail the methodology, results and conclusions thereof, as well as a list of keywords in both languages.
- **Assessment.** The articles will be evaluated by two external experts to the Department, through an open procedure. Once this evaluation is done, the result will be communicated to the author of the submitted article.
- **Ethical standards of publication.** The magazine of the Ministry of Labour, Migration and Social Security is committed to the respect and integrity of the published works and has as reference the Code of Conduct and Good Practices for editors of scientific journals that are defined by the Committee of Publication Ethics (COPE: Committee on Publication Ethics). Plagiarism is strictly prohibited and texts in which plagiarism is detected will be rejected. Authors must make sure that the submitted papers are completely original. When authors use the work and /or words of other authors, they should be duly quoted.
- **How to send the articles and contact.** The article or collaboration will be sent to the following email address: propropeditorial@mitramiss.es

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Phone number: 913632305 Fax number: 913632349 <http://www.mitramiss.gob.es>

Revista del Ministerio de Trabajo Migraciones y Seguridad Social

10 números
configurados en 5 series según materias específicas

REFERENCIA	MATERIA	PRECIO € (IVA incluido)
RTC <input type="checkbox"/>	10 Números (Todas las series)	165
RTD <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho del Trabajo)	35
RTS <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Seguridad Social)	35
RTL <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho social Internacional y Comunitario)	35
RTE <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Economía y Sociología)	35
RMI <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Migraciones Internacionales)	35
N. <input type="checkbox"/>	1 Número suelto o extraordinario	20
Importe Total		



BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

DATOS DEL SUSCRIPTOR:

Nombre..... Apellidos.....

Domicilio..... C.P. y Población

Provincia..... Teléfono..... Fax

RTC RTD RTS RTL RTE RMI N.º

MARQUE CON UNA X EL RECUADRO DE LO SOLICITADO

Importe total

..... €

FORMA DE PAGO:

- Giro postal
- Transferencia a Banco BBVA

c/c: ES75-0182-4828-6702-0001-3172

(Adjuntar justificante de la transferencia)

FIRMA:



Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Librería
Agustín de Bethencourt, 11
28003 Madrid

Tel.: 91 363 23 17

Fax: 91 363 23 49

Correo electrónico: sgpublic@mitramiss.es

Librería Virtual

<https://expinterweb.empleo.gob.es/libreriavirtual>

SUMARIO

EDITORIAL: *Emiliano García Coso* • I. ESTUDIOS: El fenómeno migratorio. Una historia interminable de retos para las administraciones públicas de todo lugar y tiempo. Del Reformismo social de Chicago a la Agenda Europea de Migración. ¿Hemos avanzado?. *Zulima Sánchez Sánchez* • O Pacto Global sobre Refugiados e a Gestão das Fonteiras na União Europeia: Uma análise sobre a Relação Migração-Segurança. *Emellin de Oliveira* • Una aproximación a la determinación del interés superior de los niños víctimas de trata. *Irene Claro Quintáns* • Evolución y perspectiva de la emigración venezolana. *Javier Ignacio Niño Cubillos* • Las autorizaciones de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales para víctimas de trata de seres humanos. Análisis jurisprudencial. *Marcos Crespo Fernández* • La odisea migratoria transatlántica a través de las memorias de viaje de los Inspectores de Emigración. *Blanca Azcárate y José Julio Rodríguez* • II. JURISPRUDENCIA: Comentarios a la Jurisprudencia en el Sistema Interamericano y Europeo de Derechos Humanos: debido proceso/tutela judicial efectiva/recurso efectivo y su correlación con las migraciones. *Maria L. Mantilla Jaimes*.

ISSN 2254-3295

00145



9 787225 4152950311