



DERECHO INMIGRACIÓN IRREGULAR Y DERECHO

 Cruz Roja Española
Cádiz

 UCA Universidad
de Cádiz

VIII JORNADAS AUTONÓMICAS DE DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO

Alejandro del Valle Gálvez
Miguel Ángel Acosta Sánchez
(Editores)

SERIE DE ESTUDIOS INTERNACIONALES Y EUROPEOS DE CÁDIZ



Cruz Roja Española
Cádiz



Universidad
de Cádiz

Dirección General de Servicios
y Acción Solidaria

Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales

Facultad de Derecho

INMIGRACIÓN IRREGULAR Y DERECHO

VIII JORNADAS AUTONÓMICAS DE DERECHO

INTERNACIONAL HUMANITARIO

Editores

ALEJANDRO DEL VALLE GÁLVEZ

MIGUEL ÁNGEL ACOSTA SÁNCHEZ

© Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz
Alejandro del Valle Gálvez
Miguel Ángel Acosta Sánchez

Edita: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz
Doctor Marañón, 3. 11002 Cádiz
www.uca.es/serv/publicaciones

I.S.B.N: 84-96274-90 X
Depósito Legal: CA-35/05
Maquetación e Impresión: Jiménez-Mena, S.L.

INMIGRACIÓN IRREGULAR Y DERECHO
VIII JORNADAS AUTONÓMICAS DE DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN	7
Alejandro del Valle, Miguel Ángel Acosta, Pedro Gallardo, Mercedes Dobarco.	
ACTO DE APERTURA DE LAS JORNADAS	9
José Mario Albacete Martínez	11
Diego Sales Márquez	13
José Antonio Gómez Perriñán	17
I- LA ENTRADA EN ESPAÑA DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES...	19
Juan Antonio Carrillo Salcedo	
<i>La entrada en España de los inmigrantes irregulares</i>	21
José Manuel Peláez Marón	
<i>La entrada en España de inmigrantes irregulares y el Derecho Internacional Humanitario</i>	27
Ignacio de la Cueva Aleu	
<i>Entrada de inmigrantes irregulares en España y Constitución Española</i>	41
Antonio Moreno Andrade	
<i>Entrada de inmigrantes irregulares y Ley de Extranjería</i>	53
II- LA ATENCIÓN EN FRONTERA A INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR	57
Alejo Trujillo Marrero	
<i>La atención en frontera a inmigrantes en situación irregular</i>	59
Antoni Bruel i Carrera-Susana Gende Feely	
<i>Las situaciones extremas que plantean los diversos sistemas de entrada en territorio español</i>	69
Juan José Téllez Rubio	
<i>El Estado, contra las bienaventuranzas</i>	83
Carlos Guervós Meillo	
<i>Los recursos requeridos para la prestación de una asistencia inmediata a los inmigrantes en el momento de su entrada irregular en territorio español: necesidades y carencias más destacables</i>	89

III- LA SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES IRREGULARES EN TERRITORIO ESPAÑOL	95
Gabriel Delgado Álvarez <i>La situación de los trabajadores irregulares en territorio español</i>	97
Manuel Borrero Arias <i>La situación de especial vulnerabilidad de los inmigrantes que han entrado irregularmente en territorio español</i>	115
Manuel Vera Borja Inmigrantes en la provincia de Cádiz	121
José de la Hera Oca <i>La asistencia jurídica a los inmigrantes irregulares</i>	129
IV- EL ESTATUTO JURÍDICO INTERNACIONAL, EUROPEO Y ESPAÑOL DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES	135
Alejandro del Valle Gálvez <i>El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular</i>	137
M ^a José Rodríguez Mesa <i>Derechos de los ciudadanos extranjeros en el Ordenamiento Jurídico Español</i>	151
Diego Blázquez Martín <i>La situación jurídica de los inmigrantes irregulares a la luz de los Derechos Humanos</i>	159
Juan Manuel López Ulla <i>En torno a la constitucionalidad de la Instrucción 3/2003 del Fiscal General del Estado sobre la procedencia de ordenar el retorno de extranjeros menores que pretendan entrar ilegalmente en España</i>	177
Juan Mellado Romero <i>La situación real de los inmigrantes irregulares</i>	187

PRESENTACIÓN

La inmigración irregular representa una de los mayores retos a los que se enfrenta Andalucía en los últimos años. En efecto, el aumento desorbitado de entradas en el territorio de la Unión Europea a través del Estrecho de Gibraltar, pone de manifiesto la urgente necesidad de establecer y desarrollar instrumentos sociales, humanitarios y materiales de primera necesidad para afrontar las muy diversas problemáticas que conlleva esta avalancha humana, profundamente motivada por las fracturas de desigualdad que atraviesan el planeta. Igualmente, el fenómeno de la inmigración irregular hace patente la perentoria necesidad de una mayor regulación de estas cuestiones en los ámbitos internacional, europeo y español.

Sin lugar a dudas, la cuestión de la inmigración irregular se sitúa entre los temas preferentes de preocupación para el ciudadano. Esta inquietud se intensifica en la provincia de Cádiz, tradicional puerta de entrada a Occidente de aquellas personas que desean una situación mejor y más estable más allá de su propio hogar; personas que buscan un “futuro”, o sencillamente, sobrevivir.

Desde hace muchos años, Cruz Roja Española ha aportado su desinteresada ayuda para ofrecer un mínimo trato humanitario a todos aquellos inmigrantes que llegaban a las costas andaluzas, independientemente del cumplimiento de los requisitos de regularidad en su entrada. La iniciativa de Cruz Roja de organizar unas Jornadas sobre *Inmigración irregular y Derecho* fue inmediatamente acogida por la Universidad de Cádiz, institución especialmente sensibilizada con el drama humano que vive cotidianamente la provincia. Las VIII JORNADAS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, que tuvieron como objeto las cuestiones de INMIGRACIÓN IRREGULAR Y DERECHO, se celebraron los días 19 y 20 de febrero de 2004 en Cádiz. La organización de tales Jornadas corrió a cargo de Cruz Roja-Cádiz y de la Universidad de Cádiz, en concreto la Dirección General de Servicios y Acción Solidaria, y el Área de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la UCA.

La presente obra recoge las distintas ponencias y comunicaciones que fueron presentadas en las Jornadas. Estas Jornadas y la consiguiente obra que el lector tiene en sus manos se han dividido en cuatro grandes apartados, los cuales tratan lo que entendemos son los principales temas de interés desde un punto de vista jurídico y humanitario: la entrada, la atención en frontera, la permanencia y el estatuto jurídico de los inmigrantes irregulares.

En el primer bloque, se analiza la entrada en España de inmigrantes irregulares, estando a cargo de Juan Antonio Carrillo la ponencia general. La misma es completada por las comunicaciones que fueron presentadas por José Manuel Peláez, Ignacio de la Cueva y Antonio Moreno.

El segundo bloque trata la atención en frontera a inmigrantes en situación irregular. Alejo Trujillo es el autor de la ponencia general, siendo Antoni Bruel y Gende Feely, José Téllez y Carlos Guervós, quienes han aportado sus comunicaciones en este apartado de cuestiones.

El tercer bloque se refiere a la situación de los trabajadores irregulares en territorio español, siendo la ponencia general a cargo de Gabriel Delgado. Las comunicaciones incluidas en la obra fueron presentadas por Manuel Borrero, Manuel Vera y José de la Hera.

Finalmente, el cuarto bloque presenta el estatuto jurídico internacional, europeo y español de los inmigrantes irregulares. Alejandro del Valle Gálvez fue responsable de la ponencia general, siendo M^a. José Rodríguez, Diego Blázquez, Juan Manuel López y Juan Mellado, los autores de las distintas comunicaciones.

Las Jornadas resultaron interesantísimas; los temas tratados, vivamente debatidos; la participación, extraordinaria, siendo muy elevado el número de asistentes a las distintas ponencias y jornadas, entre los que se encontraban no solamente estudiantes universitarios, sino, igualmente, miembros de Organizaciones no Gubernamentales, profesionales del Derecho y ciudadanos interesados en una materia de gran impacto a nivel social.

Finalmente, hay que felicitar de la colaboración llevada a cabo entre la Universidad de Cádiz y Cruz Roja Española. Y en particular reconocer la gran actividad desarrollada por la Dirección General de Acción Solidaria de la UCA, así como por Cruz Roja-Cádiz; sin el entusiasmo y plena dedicación a estos temas de su personal y colaboradores, no hubiera sido posible la presentación de esta obra.

Pedro Gallardo Izquierdo
Presidente de Cruz Roja – Cádiz

Alejandro del Valle Gálvez
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Cádiz

Mercedes Dobarco Roblas
Directora General de Servicios y Acción Solidaria
Universidad de Cádiz

Miguel Ángel Acosta Sánchez
Profesor del Área de
Derecho Internacional
Centro Universitario
de Algeciras - UCA

ACTO DE APERTURA

INMIGRACIÓN IRREGULAR Y DERECHO

VIII JORNADAS AUTONÓMICAS DE DERECHO

INTERNACIONAL HUMANITARIO

Excmo. Sr. D. José Mario Albacete Martínez
Presidente Autonómico de Cruz Roja de Andalucía

La difusión del Derecho Internacional Humanitario es, sin duda, una de las acciones más gratificantes que podemos realizar dentro de Cruz Roja. A lo largo de estos años he tenido el placer de contribuir a la organización de estas Jornadas divulgativas y de conocer a numerosas personas empeñadas en la defensa de los Derechos Humanos, algo que en el momento histórico que vivimos, se convierte en una labor absolutamente encomiable.

Nuestro compromiso ha sido dedicar las cuatro últimas jornadas a la defensa del colectivo humano probablemente más vulnerable de nuestra sociedad, cual es el de los inmigrantes. En un país como España, lleno de derechos, nos encontramos con personas que continuamente tienen que reivindicar y luchar por el reconocimiento de muchos de ellos. Las Jornadas de Jaén, Almería y Granada demostraron la implicación de la Cruz Roja Española en la defensa de los derechos de los inmigrantes y Cádiz no ha sido menos, al contrario, se ha seguido incidiendo en los aspectos más significativos de la situación de este colectivo y la respuesta que las diferentes administraciones y organizaciones ofrecen para atender a los derechos de estas personas. Las Jornadas sobre “Inmigración irregular y Derecho” han estado repletas de exposiciones sobresalientes, debates enriquecedores y una organización absolutamente entregada a atender a ponentes y asistentes.

Una vez más el interés de Cruz Roja coincide con el de la Universidad. Fomentar el debate, la información y la formación ha sido posibles gracias a la estrecha colaboración con la Universidad de Cádiz.

El reto es más complicado de cumplir cada año. Cada provincia se plantea como meta superar a la anterior en contenido, en calidad y en interés. Cádiz ha dejado el listón muy alto y a partir de ahora, la Cruz Roja Española en Andalucía va a hacer el máximo esfuerzo para que las siguientes Jornadas de Derecho Internacional Humanitario en Córdoba en 2005, sean capaces de lograr el punto más alto de nuestra acción en la defensa y difusión del Derecho Internacional Humanitario como parte fundamental del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y Media Luna Roja.

Como presidente de la Institución en Andalucía reafirmo mi compromiso con esta labor y, especialmente, el compromiso del Comité Autonómico de impulsar acciones que favorezcan la integración de los colectivos más vulnerables y de sensibilizar a la sociedad hacia la defensa de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Excmo. Sr. D. Diego Sales Márquez
Rector Magnífico de la Universidad de Cádiz

Estas palabras de introducción tienen que ser, ante todo, de felicitación a los organizadores, que han sabido proponer un tema de análisis tan relevante y tan necesitado de tratamiento como es el de *Inmigración y Derechos Humanos*.

La provincia de Cádiz tiene una especial relevancia en los procesos migratorios contemporáneos: frontera sur de Europa, es una zona de tránsito de flujos migratorios y testigo del trágico coste y final que para muchos tiene el intento de alcanzar el soñado Norte.

Nuestra Comunidad y nuestra provincia se ven afectadas por un fenómeno, el de la inmigración, que está adquiriendo, en el contexto de globalización en que estamos inmersos, unas repercusiones e implicaciones políticas, económicas y culturales cada vez mayores.

Teniendo en cuenta que estas Jornadas que hoy se inauguran tratan sobre *Derecho e Inmigración* y que la legislación debería tener como referencia y horizonte los Derechos Humanos, quiero hacer referencia al profesor Javier de Lucas (catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia), que en su artículo "*El negativo de los Derechos Humanos: la exclusión*" dice: "*el primero de los Derechos Humanos, como sugiere H. ARENDT, es el Derecho a tener derechos, es decir, el reconocimiento como persona, como miembro de la Comunidad Jurídica y política en realidad, si lo pensamos por un momento, el alcance de la tesis de la universalidad de los Derechos Humanos es precisamente éste, el que todos los seres humanos sean reconocidos como sujetos, y eso no porque se universalice un modelo homogéneo (de sujeto), sino precisamente desde su carácter insustituible, desde su diferencia, su otredad. Este es precisamente el derecho a la inclusión*".

Pero la injusta realidad permite que muchos de los inmigrantes estén excluidos de muchos de los Derechos Humanos y algunos, muchos también, incluso del Derecho a tener derechos.

Se trata, en efecto, de un tema que requiere una reflexión tan profunda y extensa como sea posible, por dos fundamentales razones.

La primera de ellas se identifica con el dato de que los fenómenos migratorios no tienen en nuestros días el carácter episódico o coyuntural que pudieron tener en otros tiempos. Hoy se emigra para huir de la guerra, para alejarse de catástrofes naturales, para evitar persecuciones políticas, etc. pero, fundamentalmente, se emigra por razones económicas, se emigra para salir de la miseria.

Por eso, la emigración se integra en la estructura de la economía globalizada con carácter permanente.

Todos los estudios elaborados por Organismos Internacionales reflejan como son precisamente las leyes propias del mercado globalizado las que determinan el flujo creciente de

inmigrantes hacia las metrópolis económicas. Más en concreto, hacia USA, Japón y la UE. Y esos mismos estudios ponen también de relieve cómo las economías más desarrolladas no podrían existir sin la mano de obra procedente de países más pobres.

La inmigración ha de abordarse, así, como fenómeno económico, pero fenómeno económico que implica a personas. Personas, por otra parte, a las que la miseria empuja a dejarlo todo en su lugar de origen para emprender la búsqueda de inexistentes paraísos.

Y aquí radica la segunda razón del acierto de estas jornadas de análisis y reflexión.

Porque las personas son, o deben ser, titulares de derechos, en principio reconocidos a todos de manera igualitaria, precisamente por ser personas.

Esta consideración obvia, sin embargo, parece desmentida por la realidad.

La UE, que se ha venido lucrando de los flujos migratorios y que los seguirá necesitando durante años, los afronta desde una óptica fundamentalmente defensiva, los acuerdos de Tampere y Schengen han plasmado una política migratoria de rechazo al extranjero que nuestro país ha potenciado con entusiasmo, hasta el punto de que hoy frente al inmigrante ilegal, la única respuesta es la expulsión.

A ello sirven unas reformas de la Ley de Extranjería y del Código Penal, que, en los últimos meses, han terminado por construir un sistema segregador, que traiciona elementales principios propios del Estado democrático e ignora Derechos fundamentales de la persona. El derecho de asociación, el derecho a la presunción de inocencia, a un proceso justo, a una ejecución penal rehabilitadora, el veto a las detenciones arbitrarias o a los tratos degradantes, el principio *non bis in idem*, etc., están significativamente ausentes del mundo del inmigrante ilegal, que ha pasado a ser el paradigma del marginal, del otro, del que, ante el sistema, no es nada.

Nada, sino mano de obra barata, más susceptible de explotación cuanto más débil, y más débil cuanto más clandestina. Para el mayor beneficio de explotadores sin escrúpulos. Y todo ello en el marco de una sociedad globalizada que proclama orgullosamente el principio de libre circulación de mercancías, pero que niega tal libertad a las personas.

Con secuelas tan llamativas como el interminable rosario de cadáveres que pateras criminales entierran cada día en ese tétrico cementerio en que se han venido a convertir las aguas del Estrecho.

No es preciso acudir a cifras, que por otra parte reflejarían sólo una ínfima parte del problema. Los hechos son evidentes. Aún queda mucho por analizar y mucho por decir en torno a Inmigración y Derechos Humanos. Esa es la tarea que les compete a ustedes.

Abordar este fenómeno requiere el esfuerzo y cooperación de diversas instituciones, entidades, colectivos y sectores sociales.

La Universidad de Cádiz está dispuesta a contribuir a esta labor, aportando elementos que ayuden al estudio, análisis y generación de propuestas y soluciones a esta compleja realidad social.

La Universidad, como la sociedad en general, debe situarlo -a ese fenómeno de la inmigración- entre sus principales retos a corto y medio plazo.

La Universidad de Cádiz, como ha sido consustancial a la tierra a la que sirve y a la forma de ser de todos los pueblos que han pasado por ella, piensa que la diversidad de cualquier tipo, raza, cultura, etc., es un valor, y posee la convicción de que la interculturalidad, el mestizaje enriquecen a la humanidad y por lo tanto a cada uno de nosotros.

Bienvenidos a todos a estas Jornadas y a esta vuestra Universidad.

Excmo. Sr. D. José Antonio Gómez Perrián
Delegado de Gobernación de la Junta de Andalucía

Estas palabras de apertura deben iniciarse con una felicitación a los organizadores de estas Jornadas, Universidad de Cádiz y Cruz Roja, particularmente por el contenido de las mismas, dando espacio a todos los agentes implicados, y siendo una oportunidad de profundizar en muchos aspectos de la inmigración.

Una de las razones por las que se celebran estas Jornadas es porque la Inmigración es un fenómeno que importa e interesa al conjunto de los ciudadanos.

La inmigración en la provincia de Cádiz tiene características propias, motivadas en gran medida por su cercanía a las costas africanas, lo que la convierte en puerta de entrada de la inmigración, no sólo hacia Andalucía y España sino hacia el resto de la UE. No obstante, no hay que olvidar que dicha vía y sistema de entrada son utilizados de manera muy minoritaria en comparación con las entradas que por vías menos traumáticas se producen en el territorio nacional (en pateras menos del 15% del total.)

Siendo Cádiz puerta de entrada de inmigrantes que se dirige a otros destinos, cada vez se dan mayores asentamientos de personas que conviven de forma más permanente entre nosotros. De forma que las actuaciones son diferentes.

Nos encontramos ante un asunto que requiere una respuesta sistemática, estructurada y organizada en el medio plazo, que permita afrontar el presente y prever el futuro, que proporcione a la sociedad andaluza un marco global de referencia para su cabal comprensión del fenómeno migratorio.

Estamos también ante un tema que afecta a la propia estructura social, a los hábitos de vida, a la expresión cultural y a la convivencia.

Existen diversas maneras de aproximarse al fenómeno de la inmigración:

Una, la menos ética en cuanto pervierte los valores democráticos al utilizar la inmigración como un espantajo que aviva algunas de las bajas pasiones en la población de acogida como la xenofobia y la intolerancia. Consiste en problematizar el hecho de la inmigración

Otra más pragmática, pero insuficiente desde el punto de vista de los Derechos humanos, es el enfoque economicista de la inmigración; abordar positivamente la inmigración como un factor de actividad y crecimiento económico puede ser un enfoque de “*egoísmo inteligente*”. Pero no resuelve el problema de la desigualdad con que la población inmigrante accede al ejercicio de sus derechos fundamentales.

Existe otra forma de encarar el fenómeno de la inmigración asimismo insuficiente, y es el de la perspectiva meramente humanitarista, porque pone el acento sólo en esa dimensión, no tiene en cuenta que la inmigración es un fenómeno de interacción entre población inmi-

grante y población de acogida, que genera unas contradicciones entre valores y prácticas a las que un enfoque unilateral no puede dar respuesta.

Por último, existe otro modo de abordar la política de inmigración: es el que arranca de una visión integral del fenómeno migratorio y se propone como fin último la plena integración económica, laboral y cultural de las personas inmigrantes. Es el modo más complejo de hacerlo, pero es el único que vale la pena, y es en fin, el único que permite diseñar y emprender políticas que contemplando al inmigrante como un todo, favorezca el ejercicio de sus derechos fundamentales en condiciones de igualdad.

Este es el único enfoque que puede hacer posible una auténtica integración que se basa en el “*criterio de reciprocidad*”, y que está tan lejos de la mera inserción pasiva que niega la identidad cultural del inmigrante, como de la segregación, aísla y empobrece el pluralismo cultural; este enfoque es el que, por medio de una integración voluntaria y racional, suma valores en lugar de fraccionar y fragmentarlos. Esta es la apuesta de la presente legislatura de la Junta de Andalucía, con el desarrollo del Plan Integral para la inmigración en Andalucía (2001 – 2004)

La inmigración debería ser asumida por todas las fuerzas políticas y sociales como un tema “*de interés general para Andalucía*”. Por ello sería deseable que se alcanzara el mayor grado posible de acuerdo político y consenso social.

Quiero aprovechar este foro para elogiar la labor que desarrollan las asociaciones humanitarias de la provincia, las cuales se han convertido en una red de apoyo a las personas inmigrantes, dando una respuesta eficaz en todo el territorio de nuestra provincia. Siendo una de estas entidades Cruz Roja, quiero expresamente citarla por ser quien, junto con la Universidad, organiza estas Jornadas.

Necesitamos de la Universidad para que sus pensadores, sus científicos, se dediquen al estudio del fenómeno migratorio para hacer aportaciones contrastadas que hagan posible el conocimiento de la realidad, para que así como decía al principio, entre todos actuemos, incluyendo a ese todo al conjunto de la sociedad.

Para finalizar, felicitar nuevamente a las entidades organizadoras por contribuir a abordar el tema del que se habla mucho pero que por su complejidad con frecuencia no se tienen las herramientas para hacer una valoración exhaustiva del fenómeno.

En la seguridad de que las Jornadas resultarán interesantes, transmitiros un hecho que conocéis; el interés de la Junta de Andalucía en colaborar con las entidades que día a día participan desde posiciones diferentes luchando por la igualdad de los DERECHOS HUMANOS, tema central de estas jornadas. Gracias.

I

LA ENTRADA EN ESPAÑA DE INMIGRANTES IRREGULARES

LA ENTRADA EN ESPAÑA DE INMIGRANTES IRREGULARES

Juan Antonio Carrillo Salcedo

*Catedrático de Derecho Internacional
Universidad de Sevilla*

Muchas gracias, ante todo, por esta oportunidad de colaborar una vez más con Cruz Roja Española, de la que soy socio.

España, como prueban los datos sobre la inmigración, ha experimentado en estas últimas décadas una profunda transformación ya que ha dejado de ser un país de emigración a convertirse en un país de inmigración.

Cuatro reformas legislativas no han conseguido frenar el continuo incremento de inmigrantes irregulares que ya han alcanzado una cifra cercana al millón de personas. La avalancha de extranjeros no ha sido frenada a pesar de la batería de diques legales puesta en marcha en España en los últimos ocho años, y en especial desde la Ley de Extranjería del año 2000, cuya tercera reforma entró en vigor el año 2003; las dos regularizaciones extraordinarias que permitieron salir a la luz a miles de extranjeros irregulares; el blindaje de Ceuta y Melilla; y el Sistema Integral de Vigilancia Electrónica instalado en el Estrecho y en Canarias.

En las calles de nuestras ciudades crece día a día una masa de *sin papeles* que, imposibilitados para trabajar legalmente, basculan entre la explotación laboral que sufren y la tentación de la delincuencia como modo de sobrevivir.

En el marco de la Unión Europea, las directivas sobre asilo en Europa y la reagrupación familiar de los inmigrantes, la Agencia de control de fronteras, y los acuerdos de readmisión con terceros países son iniciativas respecto de las que la Federación Internacional de Derechos Humanos ha señalado que giran en torno a un objetivo fundamental: *el cierre de fronteras*.

En materia de asilo, las condiciones para conseguir el estatuto de refugiado se han endurecido con medidas que, como el proyecto de establecer una lista de países seguros, son contrarias a la Convención de Ginebra de 1951. Como también lo es, el procedimiento acelerado para los casos no admisibles, entre los que se sitúa no sólo a los peticionarios procedentes de un país seguro sino, también, a los que hayan pasado previamente por uno de ellos.

Varios países (Alemania, Austria, Francia, Finlandia, Reino Unido) han puesto en marcha este procedimiento que recorta o niega el derecho de apelar la decisión de no concesión del estatuto de refugiado y acelera la expulsión.

Los Acuerdos de readmisión, tanto los concluidos como los que se encuentran en fase de negociación, son calificados por la Federación Internacional de Derechos Humanos como *acuerdos de expulsión*. De ahí que voces tan autorizadas como las de Kofi Annan y José

Chamizo hayan podido sostener fundadamente que falta una política europea de inmigración respetuosa con las exigencias del Derecho internacional de los derechos humanos.

Incluso respecto de ciudadanos de la Unión Europea, varios países han adoptado iniciativas que merman sus libertades: proyecto de pasaporte con datos biométricos; proyecto alemán de ley de control de comunicaciones; ley Sarkozy francesa, que abre las puertas a los registros de automóviles y controles de identidad por presunta amenaza terrorista.

Frente a estos datos, es preciso reaccionar en un ejercicio de madurez ciudadana y democrática, pues como han señalado Esteban Beltrán (director de Amnistía Internacional), Juan López de Uralde (director ejecutivo de Greenpeace) e Ignasi Carreras (director general de Intermón Oxfam) en un artículo publicado en *El País*, el 10 de febrero 2004, “contemplamos con enorme preocupación que en nuestro país subsistan graves limitaciones a los derechos fundamentales de los inmigrantes, refugiados y solicitantes de asilo, y que las políticas públicas no hayan logrado atajar el incremento de manifestaciones de xenofobia. Por ello consideramos imprescindible que se ponga en marcha un plan nacional contra el racismo que aborde la regulación de la inmigración y del asilo con un enfoque basado en los derechos humanos y no solo en el control y la seguridad”.

Estamos moralmente obligados a un ejercicio de madurez cívica que debería estar basado en un análisis de la realidad internacional y en una debida consideración de las obligaciones jurídicas que derivan del Derecho internacional de los derechos humanos.

El análisis de la realidad nos pone de manifiesto que vivimos en un mundo cada vez más transnacionalizado e interdependiente en el que, en estas últimas décadas, han tenido lugar cambios que se resumen en una palabra, globalización, cuyas características fundamentales son las siguientes: la liberalización del comercio internacional y el aumento de la competencia en los mercados globales, la expansión de las inversiones extranjeras directas, y la aparición de flujos financieros masivos transfronterizos.

Sin embargo, y a diferencia de etapas anteriores caracterizadas por movimientos transfronterizos masivos de personas, la globalización que ahora vivimos excluye en gran medida a estos últimos: los bienes, las empresas y el capital pueden circular libremente entre los países; las personas, no.

Muchos, en especial los neoconservadores partidarios de la *nueva economía* y adoradores del dios mercado, resaltan con entusiasmo los efectos positivos de la globalización y señalan el crecimiento económico experimentado en muchos países durante las últimas décadas y el aumento en dicho lapso de la renta *per capita* de unos mil quinientos millones de seres humanos.

Pero hay que distinguir los mitos de las realidades y tomar conciencia de los efectos la globalización ya que los hechos ponen de manifiesto que el foso entre riqueza ha agrandado; que el endeudamiento empobrece aún más a los pobres pues de cada tres dólares prestados por los bancos de los países ricos, dos han de ser dedicados al pago de los intereses de la deuda, con lo que resulta que los países pobres han financiado con el pago y los servicios de la deuda el equivalente de seis planes Marshall; que el 70% de los pobres son mujeres; que el 20% de los más pobres del planeta dispone sólo del 1,1% del producto mundial bruto; que el patrimonio neto de las diez fortunas más grandes del equivale a una vez y media la renta nacional total del conjunto de los países menos

desarrollados; que más de mil millones de personas no tienen acceso a la salud, la educación básica o el agua potable; que dos mil millones carecen de acceso a la electricidad; que el 80% de la humanidad no tiene medios de acceder a las nuevas tecnologías de la información; peor aún, muchos de estos pueblos -como los de África subsahariana, por ejemplo- apenas interesan. Vivimos, en suma, en un mundo en el que, por decirlo con palabras del antiguo Presidente de Colombia, Belisario Betancourt, *los globalizadores no oyen la quejumbre de los globalizados*, y de ahí que si se reacciona frente al proceso de globalización es por las disparidades que le acompañan, ya que las oportunidades que ofrece siguen muy concentradas en un número relativamente pequeño de países en cuyo interior, además, los beneficios se reparten de manera muy desigual.

En la Cumbre del Milenio, celebrada en septiembre de 2000, los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de las Naciones Unidas acordaron trabajar conjuntamente para construir un mundo más seguro, más próspero y más equitativo, y adoptaron ocho objetivos globales para el año 2015: 1) Erradicar la pobreza extrema y el hambre; 2) lograr una educación primaria universal; 3) promover la igualdad de género y la autonomía de la mujer; 4) reducir la mortalidad infantil; 5) mejorar la salud materna; 6) combatir el SIDA, el paludismo y otras enfermedades; 7) garantizar la sostenibilidad del medio ambiente; y 8) poner en práctica una alianza mundial para el desarrollo.

Con ello no hacían más que reiterar compromisos previamente asumidos en numerosas ocasiones, sobre todo en los Programas de acción adoptados en las Conferencias Mundiales que auspiciadas por las Naciones Unidas se habían celebrado en la década de los noventa, así como en numerosos instrumentos jurídicos para la protección internacional de los derechos humanos.

Pero no se están adoptando las medidas necesarias para que los objetivos propuestos puedan ser alcanzados. En efecto, sería preciso destinar al menos 50.000 millones de dólares anuales adicionales a la Ayuda Oficial al Desarrollo, pero los donantes únicamente se comprometieron en la Conferencia Internacional sobre la financiación para el desarrollo (celebrada en Monterrey en marzo de 2002) a aumentar dicha ayuda en 16.000 millones de dólares para el 2006.

Mientras esta injusta situación se mantenga, los flujos migratorios desde el Sur hacia el Norte, desde el mundo de la pobreza hacia el del bienestar, serán incontenibles.

En el mundo desarrollado, y en concreto en España, tenemos el deber moral de tomar conciencia de estas realidades y esforzarnos en dejar de ver la inmigración como un peligro y una amenaza, para considerarla desde otra perspectiva: *la de los derechos humanos y nuestros deberes de solidaridad para hacer efectivos los de las víctimas de la injusticia*.

A esta toma de conciencia debemos añadir la debida consideración de las obligaciones que el Derecho internacional impone a España respecto de los inmigrantes que llegan a nuestras fronteras y pretenden entrar de modo irregular. Como Estado parte en numerosos convenios de protección internacional de derechos humanos, España está obligada por los deberes que derivan de dichos tratados, entre los que destacan la Convención sobre el estatus de los refugiados, de 1951, y su Protocolo adicional de 1967; el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 1966; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1984; y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951, por ejemplo, en casos de expulsión o devolución, las autoridades españolas no podrán poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas.

En el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, las autoridades españolas están obligadas a adoptar las medidas positivas necesarias para que tanto las condiciones de detención como las de expulsión de extranjeros en situación irregular no violen el derecho que tiene toda persona que se halle bajo nuestra jurisdicción a no ser sometido a tortura ni a tratamiento inhumano o degradante, a no ser privado arbitrariamente de su libertad sin que un juez decida acerca de su detención, a un recurso efectivo ante una instancia imparcial que decida acerca de su petición, etc.

Bajo la jurisdicción de España, en la interpretación que del artículo 1 del Convenio ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se encuentran tanto los inmigrantes admitidos regularmente como los que se hallen en situación irregular, al menos en el trato que reciban a su llegada a las fronteras españolas.

En función de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, las disposiciones del Convenio y su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han de ser tenidas en cuenta por las autoridades españolas. En este orden de cosas, es preciso recordar que el Tribunal ha sostenido que la interpretación de los derechos reconocidos en el Convenio “debe conciliarse con el espíritu general del Convenio, destinado a salvaguardar y promover los ideales y valores de una sociedad democrática” (sentencia de 7 de julio de 1989 relativa al asunto Soering contra Reino Unido de Gran Bretaña).

En la misma sentencia, el Tribunal afirmó que el Convenio “debe ser interpretado en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales, y que el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos exigen comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias” (párrafo 87 de la sentencia).

En relación con la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes, y a fin de determinar si en un caso dado procedía o no calificar de tortura una forma particular de malos tratos, el Tribunal partió de la distinción entre ambos supuestos establecida en el artículo 3 del Convenio y tuvo en cuenta lo dispuesto en los artículos 1 y 16 del Convenio de las Naciones Unidas contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, para sostener que, “teniendo en cuenta que el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales ... determinados actos antes calificados de “*tratos inhumanos y degradantes*” y no de “*tortura*”, podrían recibir una calificación distinta en el futuro” (asunto Selmouni contra Francia, sentencia de 28 de julio de 1999).

El Tribunal consideró que el creciente nivel de exigencia en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales implicaba, paralela e inevitablemente, una mayor firmeza en la apreciación de los ataques a los valores fundamentales de las sociedades democráticas. Uno de estos valores fundamentales es la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, y de ahí que el artículo 3 del Convenio los prohiba en términos absolutos, incluso en las circunstancias más adversas como la lucha anti-

terrorista y el crimen organizado, sin prever restricciones o limitaciones y sin autorizar derogación alguna incluso en caso de peligro público que amenace la vida de la nación (párrafos 95, 96, 101 y 105 de la sentencia de 28 de julio de 1999).

Conclusiones

Estas exigencias de los derechos humanos inherentes a toda persona, incluso las que se encuentren en situación irregular, han de ser respetados y deberían inspirar la política en materia de inmigración, que no debe estar orientada casi exclusivamente por razones económicas o imperativos de mercado. Como Esteban Beltrán, Juan López de Uralde, e Ignasi Carreras me preocupa hondamente que en España subsistan graves limitaciones a los derechos fundamentales de los inmigrantes, refugiados y solicitantes de asilo, y que las políticas públicas no hayan logrado atajar el incremento de manifestaciones de xenofobia. Por ello, considero imprescindible que se ponga en marcha un plan nacional contra el racismo que aborde la regulación de la inmigración y del asilo con un enfoque basado en los derechos humanos y no sólo en el control y la seguridad, o en argumentos de mercado y economicistas.

El Gobierno, las instituciones públicas, los partidos políticos y los sindicatos tienen, como es obvio, una innegable responsabilidad en el tema; pero este deber nos incumbe a todos, como ciudadanos conscientes de las exigencias de una democracia solidaria en un mundo interdependiente.

LA ENTRADA EN ESPAÑA DE INMIGRANTES IRREGULARES Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

José Manuel Peláez Marón

*Catedrático de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales
Universidad de Sevilla*

I- INTRODUCCIÓN

Si se trata de hablar de la entrada, en España, de inmigrantes irregulares y ello a la luz del *Derecho Internacional Humanitario*, es preciso hacer dos observaciones previas. La primera de ellas ha de versar necesariamente sobre el ámbito de dicha rama del Derecho sobre el ámbito de lo Internacional Humanitario sin olvidar que, en la actualidad, una fuerte tendencia doctrinal mantiene que tanto el *Derecho Internacional Humanitario* como el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* constituyen una misma y única rama del Derecho Internacional. La segunda sobre los condicionamientos de España a la hora de afrontar el problema de la entrada de inmigrantes irregulares, de entre los cuales su pertenencia a la Unión Europea no es en absoluto el menor.

Por lo que respecta al ámbito del *Derecho Internacional Humanitario* lo abordaré tanto en su vertiente preliminar: el llamado *Derecho de La Haya* como en su parte sustantiva y primordial que integra lo que se conoce como el *Derecho de Ginebra*. Todo en el bien entendido en que ambas exposiciones tienen un exclusivo carácter introductorio y, en cualquier caso, circunscrito al tema objeto del presente trabajo.

Me ocuparé finalmente de lo que en realidad constituye el núcleo básico del presente trabajo, esto es, el problema de la llegada de los inmigrantes a la Unión Europea y cuanto este fenómeno ha venido suponiendo en orden a introducir normas que compaginasen los intereses de los Estados miembros con las exigencias más generales del *Derecho Internacional Humanitario* y del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. En este apartado me referiré especialmente a las apreciaciones que sobre semejantes problemas pueden encontrarse en el texto del Tratado para la creación de una *Constitución para Europa*.

II- EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1.- El Derecho de La Haya

El que comúnmente llamamos *Derecho de la Haya* es fruto de un tipo de Conferencias internacionales probablemente atípicas tanto desde el punto de vista histórico como desde el material. Para Brown Scott tales Conferencias se diferenciaban notablemente de otros tipos que registran la evolución del *Derecho Internacional*; así, al contrario que Conferencias como la de *Wesfalia*, *Utrecht* o *Viena* destinadas a poner fin a una guerra o Congresos como los de

Ginebra de 1964 y 1968, San Petersburgo de 1968 y Bruselas de 1974 que tuvieron por finalidad no el solucionar problemas políticos sino el poner orden en aspectos internacionales deteriorados a causa de un enfrentamiento bélico, las Conferencias de la Paz de la Haya se preparan y desarrollan, al margen de cualquier evento bélico y con la finalidad específica de encontrar soluciones a problemas internacionales de urgente o de necesaria solución.

La celebración de este tipo de Conferencias fue concebida, en principio, como un (a modo de) ciclo de reuniones convocadas periódicamente al objeto de abordar la realización de sus objetivos. Sin embargo sólo llegaron a celebrarse dos Conferencias, la de 1898 y la de 1907, ya que la tercera prevista para 1915 no pudo celebrarse por hallarse en pleno desarrollo la primera guerra mundial. Fue el zar Nicolás II quien el 24 de agosto de 1898 tomó la iniciativa de proponer a todas las potencias representadas diplomáticamente en S. Petersburgo, la celebración de una Conferencia que tuviese por fin tanto el asegurar la paz como poner límite al aumento progresivo de armamentos.

A los efectos que aquí interesan, los resultados de estas dos Conferencias, pueden resumirse en los siguientes datos. En la primera de ellas tres de los Convenios propuestos se refirieron sucesivamente al arreglo pacífico de los conflictos internacionales, a las leyes y costumbres de las guerras terrestres y a la de la guerra marítima. En la segunda Conferencia se firmaron trece Convenios (amén de dos Declaraciones y cinco votos). En esta Conferencia se volvió a incidir sobre los temas ya expuestos y que fueron abordados por la primera. Sin embargo, en ninguna de las dos se logró alcanzar el objetivo principal perseguido que no era otro que la aceptación del arbitraje obligatorio como medio de solución pacífica de los conflictos.

Debe sin embargo destacarse –por lo que respecta a este estudio-, la inclusión en el II Convenio de la Primera Conferencia y en el IV de la Segunda, de la llamada, en principio Preámbulo y después Cláusula Martens en la que se dice que “en espera de que un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que, en los casos no adoptados por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del Derecho de gentes tales como resultan de los usos más establecidos entre las naciones más civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”

2.- El Derecho de Ginebra

La tragedia sin precedentes que supuso para la humanidad la segunda guerra mundial dio como resultado la creación de la Organización de las Naciones Unidas atribuyéndole la misión de preservar la paz mediante la solución pacífica de los conflictos y la prohibición contundente del uso de la fuerza. Sin embargo, quizás por una excesiva confianza en las posibilidades de la nueva Organización, o tal vez por el espejismo de una fuerte dosis de ingenuidad y de idealismo, lo cierto es que el primer tema que se propuso a la Comisión de Derecho Internacional (órgano creado por la nueva organización para proceder a la codificación y desarrollo progresivo del mismo) y que fue el de la codificación del derecho de la guerra, fue rechazado.

Sin embargo, un país, Suiza, no participó de aquel excesivo optimismo en relación con la erradicación definitiva de la guerra. Recuérdese que se debe a la Confederación Helvética la creación de la Cruz Roja. Precisamente la iniciativa lanzada por el Comité internacional de dicha institución lograba la celebración, en agosto de 1949 de una Conferencia de pleni-

potenciarios en la que se adoptaron cuatro importantes convenios que son la base de lo que hoy día se conoce como Derecho Internacional Humanitario.

De estos convenios, los dos primeros contemplaban la situación de los heridos enfermos y náufragos, tanto en la guerra terrestre como en la marítima. El tercero establecía los principios fundamentales para la protección de los prisioneros de guerra. Y finalmente, el cuarto se refería a la protección de la población civil durante las hostilidades.

Los que desde entonces se llamarán Convenios de Ginebra, suponen el desarrollo de una rama del Derecho Internacional de extraordinaria importancia y su originalidad, por llamarlo de alguna manera, consiste en que fueron elaborados al margen de las Naciones Unidas y de sus preocupaciones jurídicas.

Sin embargo el tiempo no pasa en vano y habida cuenta de los distintos conflictos que durante el periodo de la guerra fría suscitaron las relaciones en los entornos clientelistas de las dos grandes superpotencias y los que surgieron como consecuencia del proceso descolonizador que se desarrolló con inusitada fuerza a partir de los años sesenta, hicieron necesaria una puesta al día de los Convenios, bases sustanciales, del Derecho Internacional Humanitario.

De nuevo fue Suiza y de nuevo fue el Comité Internacional de la Cruz Roja quienes convocaron en 1974 una Conferencia diplomática sobre Reafirmación y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario.

Dicha Conferencia, que tuvo lugar en Ginebra entre 1974 y 1977, dio como resultado la aprobación de dos Protocolos adicionales a los Convenios de 1949. El primero de ellos se refiere, en general a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. El segundo, que aporta una gran innovación dentro del contexto de las funciones del Derecho Internacional, se refiere a la protección de las víctimas de conflictos armados sin que los mismos tengan carácter internacional. Esto es extiende el Derecho Internacional Humanitario a la protección de los afectados por conflictos internos. Los Convenios de Ginebra y los Protocolos de 1977 constituyen, sobra decirlo, el núcleo básico del Derecho Internacional Humanitario actual.

Los conflictos armados arrastran un conjunto de consecuencias verdaderamente penosas y de entre ellas no es la menor la suerte de las personas huidas y desplazadas que buscan refugio.

La figura del refugiado, en su concepción actual, irrumpe en el ámbito de atención jurídico internacional tras la primera guerra mundial. Fue entonces cuando por primera vez se presentó el problema de los refugiados políticos en Europa y en Asia Menor. Y no fue un problema fácilmente reconducible porque los refugiados a los que me refiero sumaban millones de seres humanos.

Fue la Sociedad de Naciones la que creó, en 1921, la primera institución mundial de asistencia internacional a los refugiados, a la que se dio el nombre de Oficina para el Alto Comisionado de la Sociedad de Naciones para los Refugiados. Es obligado recordar que fue el noruego Fridtjof Nansen (antiguo primer ministro de su país y premio Nobel de la paz) quien ocupó por primera vez dicha Alta Comisión.

III- LA ACCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

El problema de los refugiados, tras la segunda guerra mundial, volvió a plantearse y muy acuciadamente en el marco de las Naciones Unidas. De forma que la Asamblea General de

las Naciones Unidas acabó aprobando el 12 de diciembre de 1946 la constitución de una nueva Organización Internacional de Refugiados (OIR) cuya actividad se prolongó hasta febrero de 1951 y que contó en su haber la asistencia acerca de 1.500 millones de refugiados.

En 1951, las funciones de la OIR fueron puestas a cargo de una nueva institución, la del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Tal cambio no restó importancia al interés de Naciones Unidas por el problema de los refugiados ya que la Oficina del ACNUR comenzó a funcionar en ese mismo año.

Esta Oficina ha trabajado desde 1954 en base a la Convención de Ginebra relativa al Estatuto de los Refugiados y que fue concluida en dicha ciudad en 1951.

La Convención no era, ni ha sido, solamente aplicable a los refugiados originados por los acontecimientos anteriores a 1951. Sin embargo, las nuevas olas de refugiados políticos procedentes de Asia, África, Europa y en general del hemisferio occidental impulsaron a una nueva ampliación de la Convención a fin de ampliar su área de cobertura. Tal intención se plasmó en el Protocolo adicional firmado el 4 de octubre de 1967 en Ginebra.

1.- ¿Hacia un nuevo Orden Humanitario Internacional?

En tal sentido, cabe decir que en efecto, a partir de la concepción tradicional del Derecho Internacional Humanitario, esto es, el conjunto de normas relativas a la protección de las víctimas de los conflictos armados, hace apenas un par de décadas parece tomar cuerpo una reflexión más general sobre esta importante rama del Derecho Internacional. En efecto, en la actualidad, comienza a considerarse que el mismo hombre que puede ver violado sus más elementales derechos en cuanto tal, en situaciones de opresión o de marginación socioeconómicas ajenas, sin embargo, a un conflicto armado, podría sufrir igual atropello siendo víctima de un conflicto armado.

Por otra parte, y aun cuando es cierto que tanto el Derecho internacional de los derechos humanos como el Derecho Internacional Humanitario tienen sus respectivos ámbitos de aplicación material y personal y que los mismos no coinciden plenamente, no cabe negar, sin embargo, que existe una zona común a ambas ramas del Derecho Internacional, zona que se concreta en la existencia de principios comunes a las mismas, que las vinculan e interrelacionan en base al objetivo esencial de defender y garantizar la dignidad y la integridad de la persona humana. Existe, por consiguiente, un conjunto de obligaciones internacionales de los Estados que integran el concepto de respeto del Derecho. Estas obligaciones que, entre otros objetivos, persiguen la salvaguarda de los principios de no intervención y libre determinación, exigen el abstenerse de utilizar o alentar la aplicación de medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole para presionar a otro Estado a fin de condicionarlo en el ejercicio de un derecho o de obtener del mismo ventajas de cualquier orden.

2.- Los principios generales básicos del Derecho Humanitario

En diversas ocasiones, la Corte Internacional de Justicia se ha referido a los principios que integran este núcleo básico que comparten el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los derechos humanos. Así, en la sentencia dictada en el asunto del Estrecho de Corfú destacó la existencia de determinadas obligaciones de los Estados “que

se fundan (no en la Convención VIII de La Haya de 1907, que es aplicable en tiempo de guerra, sino) [...] en ciertos principios generales y bien conocidos, tales como las consideraciones elementales de humanidad, más absolutas aún en tiempo de paz que en tiempo de guerra”. Posteriormente, en su sentencia dictada en el asunto relativo a las acciones militares y paramilitares en y contra Nicaragua, la Corte ha reiterado la argumentación mantenida en la sentencia del asunto Corfú al señalar la vigencia de unos “principios generales básicos del derecho humanitario respecto de los que a su juicio, los Convenios de Ginebra constituyen en ciertos aspectos el desarrollo y en otros la expresión”. Se ha referido también a esta misma cuestión, en su dictamen consultivo, de 21 de junio de 1971, evacuando con ocasión del asunto del Sudoeste africano, en donde declaró que la violación grave de un tratado engendra el derecho a poner fin a la vigencia del mismo y este derecho existe respecto de todos los tratados “salvo en lo que concierne a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en los tratados de carácter humanitario [...]”. Este principio general, continúa la Corte, alberga “un derecho cuya fuente se encuentra, fuera del tratado, en el derecho internacional general”.

También ha hecho referencia la CIJ a estos principios básicos con ocasión *del asunto de la Barcelona Traction*, en donde, al referirse a la noción de obligación *erga omnes*, señaló que, “en el Derecho Internacional contemporáneo, dicha obligación tiene su origen no sólo en supuestos de la consideración, como delito, de la agresión o del genocidio sino también en principios y reglas que conciernen a los derechos fundamentales de la persona [...]”. También, en su dictamen consultivo de 28 de mayo de 1951 sobre Reservas a la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio, aludió a principios básicos que “obligan a los Estados al margen de todo vínculo convencional”. En este mismo dictamen señaló que “la exclusión completa de la Convención por parte de uno o varios Estados, además de restringir el círculo de su aplicación, sería un atentado a la autoridad de los principios de moral y humanidad que constituyen su base”.

De cuanto acabo de exponer cabe extraer algunas conclusiones. En primer lugar, que la Corte, en sus decisiones, se refiere a ese tronco común que comparten el Derecho Internacional humanitario y el Derecho Internacional de los derechos humanos. En efecto, en el asunto del Estrecho de Corfú, la Corte contempla la hipótesis de que los principios a los que vengo refiriéndome se hubiesen infringido en el curso de un conflicto bélico -lo que ciertamente no ocurrió -y subraya, sin embargo, que tales principios tienen una autoridad más absoluta en la paz que en la guerra. En segundo lugar, que cuando tales principios, relativos a la protección de la persona humana, se hallan recogidos en un tratado de carácter humanitario, siguen en vigor aun cuando el tratado sea denunciado por violación grave de una de las Partes. En este sentido, la Corte en el dictamen formulado en el *asunto del Sudoeste africano* cita *expressis verbis* el artículo 60.5 del Convenio de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados.

Resulta, sin embargo, interesante observar que existe una evidente analogía entre el razonamiento esgrimido por la Corte en el *asunto del Estrecho de Corfú* y el citado artículo 60.5 del Convenio de Viena, no obstante los veinte años que separan a ambos textos. En efecto, en la sentencia de 1949 la Corte señalaba que la consideración de humanidad que suponía el prevenir a unos seres humanos del peligro inminente que les acechaba, constituía una obligación, en este caso, para Albania, obligación que no tenía su base en un tratado (la Convención VIII de La Haya de 1907) sino en ciertos principios generales y reconocidos. Por su parte, el Convenio de Viena de 1969 establece, según se ha dicho, la pervivencia -

más allá de la extinción del tratado que las contiene- de aquellas disposiciones relativas a la protección de la persona humana incluidas en tratados de carácter humanitarios. La Convención no explicita la base jurídica en la que encuentra apoyo la pervivencia de dichas disposiciones, pero resulta obvio que dicho fundamento ha de hallarse en principios o normas de rango superior al de los tratados.

Estos principios inspiradores de tales disposiciones han sido a su vez recogidos en importantes resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuyo valor y alcance jurídico no cabe desconocer. Se trata de resoluciones que, fundamentalmente, se refieren al derecho de los pueblos a la libre determinación, a la soberanía permanente sobre los recursos naturales y al desarrollo económico, social y cultural. Estos contenidos plantean ineludiblemente, de una parte, la cuestión del respeto de los derechos humanos fundamentales y, de otra, la de la salvaguarda de los principios elementales de humanidad inspiradores de las normas más fundamentales del Derecho Internacional Humanitario.

En este sentido debe recordarse que la Resolución 1.514 (XV), de 14 de diciembre de 1960 establece que “la sujeción de los pueblos a subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales” y que, en consecuencia, “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación” en cuya virtud “determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico social y cultural”. Por consiguiente, “a fin de que los pueblos dependientes puedan ejercer pacífica y libremente su derecho a la independencia completa deberá cesar toda acción armada o toda medida represiva de cualquier índole dirigida contra ellos, y deberá respetarse la integridad de su territorio [...]”.

A su vez la Resolución 2.625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, señala que “todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive de su derecho a la libre determinación y a la libertad y a la independencia de los pueblos aludidos en la formulación del principio de igualdad de derechos y de la libre determinación”. En el mismo sentido se pronuncia la Resolución 3.201 (S-VI), de 1 de mayo de 1974, cuando, refiriéndose al establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional, señala que el mismo debe basarse, entre otros, en el principio de “la igualdad soberana de los Estados, la libre determinación de todos los pueblos, la inadmisibilidad de la adquisición de territorios por la fuerza, la inseguridad territorial y la no injerencia en los asuntos internos de otros Estados”.

Se trata ciertamente de resoluciones de la Asamblea General pero que, como puso de relieve la ya citada sentencia dictada en el *asunto de las acciones militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, no pueden ser interpretadas como simples llamadas de atención o una mera especificación del compromiso convencional originado en la Carta. Por el contrario, el contenido de ciertas resoluciones de la Asamblea General, particularmente el de la Resolución 2.625 (XXV), puede “aparecer como la expresión de una *opinio iuris* respecto de la regla (o de la serie de reglas) en cuestión [...]” ya que “el hecho de que los Estados han adoptado este texto (R. 2.625 XXV) proporciona una indicación de su *opinio iuris* en el derecho internacional consuetudinario en cuestión”.

De cuanto acaba de exponerse cabe desprender que estos principios fundamentales que, *prima facie*, se refieren por igual a la protección internacional de los derechos fundamentales de los seres humanos y de los pueblos, han dado vida a costumbres internacionales cuyos elementos materiales se han consolidado en un período de tiempo ciertamente breve de

acuerdo con exigencias de democratización y socialización de la actual sociedad internacional. Por otra parte, estos principios fundamentales han encontrado tanto en las convenciones multilaterales colectivas consagradas a la codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional humanitario, como en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el medio idóneo para hacer patente ante la comunidad internacional, la existencia de una *opinio iuris* colectiva y a la cual se ha conformado la práctica general de los Estados, siendo, por consiguiente, indiscutible la existencia de normas consuetudinarias cuya cristalización se ha producido tanto a través de las mencionadas convenciones cuanto de las resoluciones de la Asamblea General. Tales normas consagran, entre otros muy importantes derechos -como son los clásicos derechos del hombre; civiles y políticos y económicos, sociales y culturales-, el derecho de los pueblos a la libre determinación, a la soberanía permanente sobre sus recursos naturales y su desarrollo económico, social y cultural.

En relación, por último, con la jerarquía de estas normas, ha de señalarse que existen argumentos relevantes y suficientes para afirmar la naturaleza de *ius cogens* de dichas normas. Desde el punto de vista institucional no cabe olvidar que en el proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional, en el que en la actualidad trabaja la Comisión de Derecho Internacional se incluye, entre los llamados crímenes internacionales, “una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos [...]”. De esta consideración cabe desprender, como ha señalado GROS ESPIELL, que la CDI considera, por tanto, que la violación del derecho a la libre determinación de los pueblos es uno de los supuestos que, en el Derecho Internacional de nuestros días, puede calificarse como de *ius cogens*. Por su parte, y en lo referente a instituciones internacionales de carácter decisorio, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha puesto de relieve -según he señalado más arriba- la existencia de las normas de *ius cogens*.

Desde el punto de vista normativo ya se ha hecho mención al artículo 60.5 del Convenio de Viena de 1967. Añadiré ahora que en los mismos términos se produce el párrafo 5 del artículo 60 del Convenio de Viena de 21 de marzo de 1986, sobre el Derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones internacionales, o entre Organizaciones internacionales. Por último, y por lo que hace a la jurisprudencia, tan sólo remitirme a las decisiones de la Corte Internacional de Justicia a las que también ya he aludido.

IV- LA PERCEPCIÓN COMUNITARIA DE LA FIGURA DEL REFUGIADO

Tal es el marco jurídico internacional de referencia para la consideración de la figura jurídica del refugiado. En términos generales y los que básicamente han asentado sus criterios de acción y de realización distintas instituciones internacionales, entre ellas la Comunidad Europea en trance estos días (*ratificatio volente*) en convertirse, en términos de subjetividad internacional, en Unión Europea.

Es en este ámbito, el de la Comunidad Europea, donde el tema de los refugiados se enfrenta a reticencias defensivas y a filtros tanto jurídicos como políticos tributarios, en última instancia de aquellas reticencias y, en definitiva temores de, en cualquier caso, discutible defensa aunque, por otra parte, pudiesen ser comprensibles.

En el ámbito, todavía de la Comunidad Europea, el tema de los refugiados constituye un tema de muy difícil y sesgada asimilación.

Como digo se trata de un asunto difícil no por su complejidad, sino porque en la época inicial de la experiencia europea no existía en el medio comunitario la conciencia de que el problema de los refugiados fuese algo que cayese dentro del ámbito de sus objetivos e intereses y que tratándose de un asunto ajeno, no se contaba ni con la preparación técnica ni la instrumental adecuadas para encarar semejante problema. Tampoco los Estados miembros mostraron la menor voluntad propicia a semejante asunto.

Cualquiera que se aproxime a la percepción comunitaria del tema de los refugiados, suele encontrarse con algo sintomático: la confusión generalizada entre los conceptos de emigrantes y de refugiados. Tal confusión lleva inexorablemente a un tratamiento inadecuado de la noción del refugiado.

Si partimos del concepto de refugiado que contempla el art. 1 del ya aludido Convenio de Ginebra de 1951 y de su Protocolo adicional de 1967 (y retomado por el art. 1.2 del Convenio de la Organización de la Unidad Africana de 10 de septiembre de 1969 que regula los aspectos propios del problema de los refugiados en África) habremos de concluir que según el tenor literal del Convenio de Ginebra, “toda persona [...] que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no pueda, a causa de dichos temores, no quiera acogerse de la protección de tal país o que careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde tiene su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera, regresar a él” (art. 1.a, 2), es sustancialmente un refugiado.

Si se tiene en cuenta que desde el punto de vista de los intereses y de la estrategia, el objetivo básico y primero de la experiencia europea fue la creación de un Mercado interior único y que este objetivo conlleva ineludiblemente la supresión de cualquier tipo de frontera o controles internos lo que, a su vez, supone la evidente necesidad de regular estrictamente la entrada y la circulación, en el espacio comunitario, de los nacionales de terceros Estados, no cabe extrañarse de la preocupación comunitaria por controlar tanto la inmigración considerada en su acepción más general, como aquella otra determinada por la búsqueda de asilo.

1.- La aportación del Tratado de Ámsterdam

Debe recordarse que desde sus primeros pasos la Comunidad Europea ha seguido, en relación con el derecho de asilo, una doble vía de actuación. En efecto, de una parte, dicha vía fue llevada a cabo por los órganos comunitarios importantes, principalmente por el Parlamento y accesoriamente por la Comisión y, de otra, la seguida en ámbitos más officiosos como fueron los llamados grupo de Schengen, grupo de Trevi y también el grupo *ad hoc* de inmigración.

Por lo que hace al Parlamento Europeo, debo decir que el órgano creado por el mismo con el nombre de *Comisión Jurídica y de los Derechos de los ciudadanos* eligió al Sr. H. O. Vetter para que dirigiese la elaboración de un informe sobre el problema del Derecho de asilo. El texto de dicho trabajo –presentado en febrero de 1987– reviste gran interés y del mismo se desprende una constante que se expresa literalmente en los siguientes términos: “Los Estados intentan resolver un problema internacional con medidas nacionales y, en consecuencia, tratan de desprenderse unilateralmente descargándolo al país vecino [...]. Estas tentativas han dado lugar a políticas irresponsables en Europa”.

De lo expuesto, cabe apreciar, sólo el Parlamento hizo frente a la falta de interés de los Estados miembros en relación con el tema que nos ocupa. En este sentido no resulta ocioso señalar que el 12 de marzo de 1987, el Parlamento en base al informe Vetter adoptó una resolución por la que se solicitaba de los Estados miembros la adopción de una política más generosa en relación con los problemas de asilo y refugio. Entre otras medidas se solicitaba un régimen de visado que no impidiese ni limitase ninguna posibilidad de asilo al tiempo que se solicitaba el respeto del principio de no devolución. También se pedía que el solicitante de asilo gozase de la libertad de elegir el país de acogida siendo este Estado miembro competente exclusivamente para otorgar el solicitado derecho.

Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam se introdujeron determinadas novedades tanto estructurales como materiales. Respecto a las primeras, la más importante la constituyó el traslado de las materias contenidas en el antiguo art. VI “*Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de justicia y de interior*”, del Tratado de Maastricht al Tratado de la CE. En el cual bajo el epígrafe de “*Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*”, dieron contenido a un nuevo Título –el IV–, de dicho Tratado.

El cambio al que se alude en el párrafo anterior se conoce como *comunitarización* de la materia aludida. Sin embargo, dicha *comunitarización* no ha sido completa y lo evidencian entre otros el procedimiento para adoptar instrumentos al respecto que exige la existencia de una decisión del Consejo adoptada por unanimidad. Igualmente la Comisión debe compartir el derecho de iniciativa de los Estados miembros en esta materia como también le corresponde lo propio al Parlamento y con carácter obligatorio.

El Tratado de Ámsterdam continúa la línea iniciada por los Convenios de Schengen y Dublín los cuales relacionan la condición de refugiado con el asilo, de manera que éste se conceda a personas que reúnan los requisitos establecidos en el art. 1.A de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados. En esta línea el art. 63.1ª determina que el Consejo adoptará “medidas en materia de asilo, con arreglo a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y a otros Tratados pertinentes”.

Por lo que se refiere a la materia del asilo, el Tratado de Ámsterdam distingue en su regulación dos planos. En el primero, se contemplan básicamente cuestiones formales y, en consecuencia, la normativa que la regula cabría de clasificarse como procesal. En el segundo, se aborda la cuestión material fundamental, esto es, el Estatuto del Refugiado y los requisitos que lo hacen posible.

En este segundo plano, las normas son de naturaleza material. No se trata aquí de disposiciones que, como las del primer plano señalado, establezcan bien el disponer de unos documentos, bien el poseer una determinada nacionalidad o proceder de un Estado incluido en una determinada calificación, sino de hacer efectivo un derecho del que se es titular en virtud de unas circunstancias de hecho y de derecho, cual es el caso de tener en peligro la propia vida por el hecho de pertenecer a una etnia, profesar una confesión religiosa o propugnar una ideología, hechos todos ellos reconocidos como legítimos por instrumentos de contenido ético del más alto reconocimiento internacional.

En cualquier caso, ha de advertirse que la normativa que el Tratado de Ámsterdam dedica al problema de los asilados y refugiados es una regulación de *mínimos*, quiero con ello

decir, que se trata de preceptos que albergan conceptos imprecisos, confusos e incluso contradictorios, lo que no contribuye precisamente a la debida ordenación de una materia que por su importancia social reclama, cada vez más, una mayor atención.

2.- El inciso de Niza

La aportación del Tratado de Niza al tema que nos ocupa es prácticamente insignificante. En efecto, el texto actualmente en vigor se limita a introducir un par de modificaciones en el procedimiento general de adopción de decisiones establecido por el art. 63 del Tratado de Ámsterdam para su nuevo Título IV (Visados, asilo, inmigración y otras políticas nacionales con la libre circulación de personas).

El art. 67 del citado Título, señala en su párrafo 1 que “Durante un periodo transitorio de cinco años, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el Consejo decidirá por unanimidad, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro y previa consulta al Parlamento Europeo”.

Como ya he dicho, el Tratado de Niza introduce en su art. 2.4 una adición al art. 67 del Tratado de Ámsterdam de un último párrafo, el quinto, cuyo contenido es el siguiente: “Como excepción al apartado 1, el Consejo adoptará de conformidad con el procedimiento establecido por el art. 251, las medidas previstas en el punto 1 del art. 63 y en la letra a) del punto 2 del art. 63, siempre y cuando el Consejo haya adoptado previamente y de conformidad en el apartado primero del presente artículo una legislación comunitaria que defina las normas comunes y los principios esenciales que rijan estas materias;” igualmente incluye como excepción este último apartado que “las medidas previstas en el art. 65 con exclusión de los aspectos relativos al Derecho de familia”.

Como puede verse la aportación del Tratado de Niza se reduce a introducir dos limitaciones en la formulación general expresada por el art. 63.1 del Tratado de Ámsterdam, limitaciones que se reducen como se ha visto a exigir la aplicación del procedimiento del art. 251 del Tratado de Ámsterdam (introducido por el Tratado de Maastricht por el que se articula la participación del Parlamento Europeo en el procedimiento de codecisión) a la hora de adoptar decisiones en el ámbito de determinadas materias

V- LOS PLANTEAMIENTOS DE LA LLAMADA CONSTITUCIÓN EUROPEA

1.- La consideración general del Proyecto

El Tratado para la creación de una Constitución para Europa abordó el tema del control en fronteras, del asilo y de la inmigración, fundamentalmente sus arts. III-265 y III-266. En ellos se asume el compromiso de desplegar una política en la materia, al menos que subsane los fallos que el esquema implantado por el Tratado de Ámsterdam dejaba abierto. Habrá, de todas formas, que esperar al desarrollo del programa como enunciado para poder evaluar con garantía su viabilidad y eficacia.

A la espera de que las circunstancias, más que el tiempo, nos permitan examinar con la debida atención el sistema que se propone, trataré simplemente el marco de la reglamentación que se propone consciente de que se aspira más a un *desideratum* que a la realidad problemática y conflictiva que habrá que encarar la UE en muy pocos años.

2.- Los controles en la frontera

En su art. III-265 el Tratado Constitucional previene que la Unión habrá de desarrollar una política dirigida a garantizar la ausencia total de controles de las personas, cualquiera sea su nacionalidad, en el cruce de las fronteras interiores y garantizar, al mismo tiempo, la eficacia de los controles en el cruce de las fronteras exteriores e igualmente garantizar un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores.

Igualmente, se previene en dicho precepto el establecimiento de medidas relativas a la política común de visados y otros permisos de corta duración. Se establecerán también controles para los cruces de fronteras exteriores e igualmente se regularán las condiciones en las que los nacionales de terceros países podrán circular por la Unión durante un corto periodo e, igualmente, la ausencia de controles de las personas, cualquiera que sea su nacionalidad cuando crucen las fronteras exteriores.

3.- La cuestión del asilo y la inmigración

Según establece el art. III-262, la Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal, destinada a ofrecer un Estatuto apropiado a cualquier nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Añade también el precepto, que tal política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes.

Al objeto de poner en práctica los anunciados compromisos, el artículo en análisis previene que la normativa europea habrá de establecer un sistema común de asilo que incluya dos estatutos uniformes de asilo (uno para nacionales de terceros países válido para toda la Unión y, otro, de protección subsidiaria para nacionales de terceros países que, sin obtener asilo europeo, necesiten protección internacional). Amén de ello, se establecerá un sistema, para la protección temporal, en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, y se arbitrarán procedimientos comunes para conceder o retirar los estatutos uniformes de asilo o de protección subsidiaria. Igualmente se determinará el procedimiento para precisar el Estado miembro responsable de examinar las solicitudes de asilo o de protección subsidiaria.

Por otra parte, prevé el artículo en estudio, el establecimiento de normas relativas a las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo o protección subsidiaria. Finalmente el art. III-266 incluye la regulación de la asociación y la cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que soliciten asilo o protección subsidiaria o temporal.

Por lo que hace a la inmigración, el art. III-267 prevé el desarrollo, por parte de la Unión, de una política común en la materia, destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo a los nacionales de los terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos.

Semejante política, exigirá el establecimiento de determinadas medidas, particularmente las referentes a capítulos como el de las condiciones de entrada y residencia de los inmigrantes, así como a los términos de la expedición por un Estado miembro de los visados y permisos de larga duración (incluidos los destinados a la reagrupación familiar. Igualmente habrá de

procederse a la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro –incluida las condiciones de libre circulación y residencia en el resto de los Estados miembros-). Finalmente, las medidas a adoptar habrán de considerar la inmigración y residencia ilegales así como la lucha contra la trata de seres humanos.

VI- CONCLUSIÓN

Como cabe desprender de la lectura del texto del *Tratado Constitucional*, los términos en los que éste se refiere al tema que nos ocupa, reviste las formas más clásicas de lo que se conoce como *Soft-Law*. En efecto, en múltiples ocasiones el Tratado utiliza expresiones tales como: “La Unión habrá de desarrollar una política...”, “la normativa europea habrá de establecer un sistema...”, o “se prevé el desarrollo, por parte de la Unión de una política común...”.

El lector recibe la impresión de que el texto elaborado por la Convención, sugiere más que emplaza, a los poderes estatales presentes y actuantes en el fenómeno comunitario, la asunción de más responsabilidades (cierto que tasadas, racionalizadas y ordenadas) en la materia de la inmigración, pero que no expresa una disposición a plantear una revisión del ámbito general de las relaciones de los Estados deudores y acreedores a los efectos de nivelar el enorme desequilibrio existente, de reconsiderar *ex novo* la situación de las relaciones económicas internacionales en términos de países manufactureros y países productores primarios y tender, a partir de ahí, un puente de acercamiento (puente que habida la magnitud de la separación habría de ir precedido de un itinerario –hoy se suele hablar de “*hoja de ruta*”- elaborado a tal fin), a fin de lograr concertar un espacio de entendimiento entre la UE y aquellos terceros países en desarrollo, unidos o no con lazos históricos con la Unión con los que quepa elaborar un programa que recoja –en término de justicia social internacional- las exigencias socioeconómicas encontradas, exigencias que confunden (interesadamente, en buena parte) la visión del Norte económico y que asfixian, en parte, escandalosamente al Sur.

Se trata pues de encontrar puntos de equilibrio, parcelas de solidaridad, que permitan establecer calendarios apropiados y viables a los efectos de modular las relaciones de la UE y los países en desarrollo y controlar así, las causas profundas que originan fenómenos como el de la inmigración.

VII- BIBLIOGRAFÍA

- BERMANN, G. A. “The European Union as a Constitutional Experiment”, en *European Law Journal*; julio 2004
- CANÇADO TRINIDADE, A. “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal”, en *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del S. XXI*. ACNUR – Corte Internacional de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 2001
- CARRILLO SALCEDO J. A. *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de los Derechos Humanos cincuenta años después*. Madrid, 1999
- CERNA, CH. M. “Human rights in armed conflict: Implementation of international humanitarian law norms by regional intergovernmental human rights bodies”, en *Implementation of International Humanitarian Law*.
- FLECK, D. “Humanitarian protection against non State actors”, en Froweun, J. A. et alt. (eds.) en *Verhandeln fur den Frieden, Liber amicorum Tono Eitel*. Berlin 2003

- GASSER, H.P. "International humanitarian law and human rights law in international armed conflicts: joint venture or mutual exclusion?", en *German Yearbook*. Vol. 45, Berlin 2002.
- GROS SPIELL, H. "Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho internacional de los refugiados", en *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge (en l'honneur de Jean Pictet)*. Ginebra 1984
- KISS, A. "L'evolution des regles de droit international protegeant les refugies", en *La revitalización de la protección del refugiado*, V Jornadas de Derecho Internacional Humanitario. Huelva, 2002
- LANZMANN, C.; KOUCHNER, et alt. "L'humanitaire", en *Les temps modernes*; nº 627, 2004
- LAVOYER, J. PH. "Should international humanitarian law be reaffirmed, clarified or developed?", en *Israel yearbook on Human Rights*. Vol. 34, 2004
- LOUIS, J. V. "Le projet de Constitution: continuité o rupture", en *Cahiers the Droit Européen*. 2003, nº 3-4
- MERON, T. *Human Rights and Humanitarian Norms a Customary Law*. Oxford 1989
- ORFORD, A. "Reading Humanitarian Intervention. Human Rights and the Use of force" in *International Law*. Cambridge, 2003
- PELÁEZ MARÓN, J. M. "Refugiados y Comunidad Europea", en *Refugiados: Derecho y Solidaridad*. Sevilla, 1994
 - "La Unión Europea y los refugiados: entre la obligación y el recelo", en *La revitalización de la protección del refugiado*. V Jornadas de Derecho Internacional Humanitario. Huelva 2002
 - "Asilados y refugiados", en *La acogida de los Emigrantes*. VI Jornadas Autonómicas de Derecho Internacional Humanitario. Almería, 2003
 - "The refugees: from the International Humanitarian Law to the European Constitution. Good intentions but less than it looks". M. Nihoff. Dordrecht, 2005

ENTRADA DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES EN ESPAÑA Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Ignacio de La Cueva Aleu

*Magistrado Especialista de lo Contencioso-administrativo
Letrado del Tribunal Constitucional*

La extranjería ha constituido, desde siempre, un factor determinante de los derechos, obligaciones y sujeción al poder público, en suma, del *status* jurídico, del individuo que se encuentra en el territorio de un determinado Estado del que no es nacional. Este, que comienza por definir autónoma y soberanamente con arreglo a qué criterios atribuye su nacionalidad, define luego cuáles son los derechos y obligaciones de quienes, no ostentándola, se encuentran en su territorio, así como las formas y condiciones bajo las que autoriza su entrada, permanencia y salida de él. Sin embargo, tanto el Derecho internacional, a cuya exposición se ha dedicado especialmente la comunicación precedente, como nuestra Constitución suponen un límite a las facultades del legislador, primero, y del resto de los poderes públicos, después, a la hora de definir tales derechos y obligaciones y de aplicarlos al sujeto concreto respecto del cual se predica la condición de extranjero.

La exposición de los rasgos esenciales conforme a los cuales nuestro Ordenamiento constitucional delimita la posición jurídica del extranjero, y en particular, de los que se encuentran en nuestro territorio en situación ilegal, ha de principiar necesariamente por señalar que nuestra Constitución aborda la cuestión de la titularidad de los derechos de los extranjeros en un lugar preferente, como es el artículo 13, colocado sistemáticamente en el Capítulo Primero del Título Primero (Título dedicado a los derechos y deberes fundamentales), al establecer que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

La interpretación que de la titularidad de los derechos reconocidos en la Constitución ha efectuado el Tribunal Constitucional arranca de la sentencia 107/1984, de 23 de noviembre de 1984, la cual afirma en su fundamento jurídico cuarto que: “el problema de la titularidad y ejercicio de los derechos [de los extranjeros] y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”. Con mayor claridad si cabe la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1985, de 30 de septiembre de 1985, declara que: “el párrafo 1 del artículo 13 de la Constitución no significa que los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las leyes, como parece entender la

mencionada representación procesal. Significa, sin embargo, que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución (y que por consiguiente se le reconoce también a ellos en principio, con las salvedades concernientes a los artículos 19, 23 y 29, como se desprende de su tenor literal y del mismo artículo 13 en su párrafo segundo) podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la Ley interna española”. Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues “existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos” (Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre); así sucede con aquellos derechos fundamentales “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano” o, dicho de otro modo, con “aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español”.

Así pues cabe distinguir entre aquel conjunto de derechos cuya titularidad no se reconoce a los extranjeros (entre otros los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución con el alcance establecido en el propio artículo. 13.2); aquellos cuya titularidad se predica tanto de los españoles como de los extranjeros, porque guardan estrecha relación con la condición misma de persona; y, finalmente, otros derechos cuya titularidad se reconoce también a los extranjeros pero cuyo contenido y extensión puede, dentro de ciertos límites, modularse respecto de los derechos que se reconocen a los nacionales.

Nuestra exposición va a referirse, conforme sugiere el texto de la comunicación y de la misma ponencia a la que se encuentra subordinada, a la configuración constitucional de los derechos de quienes se encuentran en España de forma ilegal, dejando al margen de nuestra consideración los derechos que se atribuyen o reconocen a los extranjeros, con mayor o menor extensión, en contemplación a la regularidad de su entrada y permanencia en España. Dicho de otro modo, no vamos a ocuparnos de describir la extensión y contenido que nuestro Ordenamiento jurídico atribuye a los extranjeros que se encuentran residiendo regularmente en nuestro país, sino que me referiré tan sólo a la posición jurídica de quienes se encuentran en él irregularmente. Ahora bien, el formato de la intervención que se me confía resulta incompatible con el esbozo, siquiera parcial e incompleto, de un catálogo de derechos que habrían de reconocerse a los extranjeros aunque se encuentren en España en situación irregular, por lo que me limitaré a referirme a dos cuestiones concretas de actualidad jurídica: un reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional en relación con el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros y la última modificación de la ordenación jurídica del Padrón Municipal, en cuanto pueda incidir en la posición jurídica de los extranjeros que se encuentran ilegalmente en España.

I- EL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR. LA STC 95/2003, DE 2003

1.- Los términos del planteamiento del proceso constitucional

La Sentencia que vamos a comentar fue dictada en un recurso de inconstitucionalidad deducido por el Defensor del Pueblo contra la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. La queja de inconstitucionalidad la centraba el recurrente en el inciso “que residan legalmente en España” contenido en el artículo 2 de la Ley, que regula su ámbito de aplicación al decir: “En los términos y con el alcance previstos en esta Ley y en los Tratados

y Convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: a) Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar.”

El planteamiento del Defensor del Pueblo era aparentemente sencillo. Como consecuencia de que el derecho a la asistencia jurídica gratuita sólo se reconocía con plenitud a los extranjeros legalmente residentes en España, los que se encuentran ilegalmente en ella sólo gozan de asistencia letrada y asistencia y representación gratuitas en los procesos penales [apartado e) del propio artículo 2] y contencioso-administrativos referentes al derecho de asilo [apartado f) del mismo artículo]. De este modo quedaban fuera de la cobertura del derecho de asistencia jurídica gratuita todas aquellas cuestiones que afectan al *status* personal de los extranjeros que no residan legalmente y que no guarden relación con la jurisdicción penal ni con el derecho de asilo. Pese a que la argumentación del Defensor del Pueblo tenía un cierto carácter de generalidad, lo cierto es que el reproche se refería esencialmente a situación en la que podía encontrarse el extranjero no residente legalmente que fuese objeto de una resolución de expulsión o, más en general, que afectase a su *status* personal en España. Así se refería a que la legislación de extranjería contempla la sanción de expulsión, para cuya impugnación es competente la jurisdicción contencioso-administrativa. Ahora bien, como para acudir a tal jurisdicción es preceptiva la asistencia jurídica de Letrado y eventualmente de Procurador¹, en el caso de que el extranjero que se encuentra ilegalmente en España no disponga de recursos económicos para procurarse la asistencia de los referidos profesionales, como no se le reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita por los preceptos entonces recurridos de inconstitucionalidad, la consecuencia es que, de hecho, se le impide ejercitar su derecho a obtener la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución) y obtener así una resolución judicial sobre la adecuación a Derecho de unas actuaciones administrativas que tan de lleno le afectan.

No parece que las observaciones del Defensor del Pueblo, formalizadas en la demanda de amparo, pero seguramente hechas valer también por otros cauces, fueran desatendidas por el legislador, quien al publicar la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introdujo en su artículo 22 una previsión específica al respecto estableciendo que: “1. Los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. 2. Los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan.” Se daba satisfacción así a las demandas del Defensor del Pueblo,

¹ Tales requisitos varían en función de si la competencia para la impugnación de las resoluciones contempladas se atribuye a los Juzgados o a las Salas de lo Contencioso-Administrativo. La redacción originaria de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, admitía varias interpretaciones, pero la competencia para conocer de los recursos contra “todas las resoluciones que se dicten en materia de extranjería por la Administración periférica del Estado” ha sido definitivamente atribuida a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo al reformarse el artículo 8.3 de la indicada Ley a través de la disposición adicional decimocuarta, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

que como hemos dicho, se refería esencialmente a las resoluciones que pudieran determinar la expulsión de los extranjeros del territorio nacional.

Sin embargo ni el Defensor del Pueblo ni el Abogado del Estado estimaron que la nueva regulación hubiera hecho perder su objeto al recurso de inconstitucionalidad. Tal criterio, aun cuando con una argumentación diferente a la vertida por las partes, fue compartido por el Tribunal Constitucional, quien estimó necesario concluir el proceso constitucional mediante Sentencia que resolviese el fondo de la cuestión suscitada, pues, pese a la reforma introducida en el sistema, “se mantiene viva la necesidad de dar respuesta al problema constitucional planteado de si la relación existente entre el derecho a la gratuidad de la justicia para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar (artículo 119 de la Constitución) y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución) lleva consigo la exigencia ex Constitutione de otorgar o reconocer el derecho de asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que, cumpliendo el resto de los requisitos impuestos legalmente a la generalidad, no reúnan la condición de residentes legalmente en España, o si, por el contrario, la atribución de tal derecho a los referidos sujetos puede ser acordada o denegada libremente por el legislador ordinario sin ligazón constitucional directa.”

2.- La argumentación de la Sentencia constitucional

El Tribunal Constitucional basa su resolución en la combinación de tres ideas fundamentales, a las que aludiré en orden diverso al empleado por el Tribunal, de las que extrae la regla con la que contrastar la regulación introducida en la disposición normativa enjuiciada:

A) Un pilar de la argumentación está constituido por la afirmación, ya consolidada por la jurisprudencia constitucional, de que los extranjeros son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución con independencia de cuál sea la situación regular o irregular en la que se encuentren en España, pues tal derecho se vincula con la condición de persona y no con la de nacional. Así, con cita de su propia jurisprudencia, el Tribunal afirma en su fundamento jurídico 5 que, “con determinadas salvedades expresamente previstas en el texto constitucional, los extranjeros disfrutaban de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, si bien atemperando su contenido a lo establecido en los Tratados internacionales y en la Ley interna española. Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues ‘existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos’ (Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre, Sala Segunda, Fundamento Jurídico 4, ‘Boletín Oficial del Estado’ de 21 de diciembre); así sucede con aquellos derechos fundamentales ‘que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano’ o, dicho de otro modo, con ‘aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español’ (ibídem, Fundamento Jurídico 3). Pues bien, uno de estos derechos es el que ‘todas las personas tienen ... a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales’, según dice el artículo 24.1 de nuestra Constitución; ello es así, no sólo por la dicción literal del citado artículo (‘todas las personas...’), sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el artículo 10.2 de la Constitución, de conformidad con el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y con el artículo 14. del

Pacto internacional de derechos civiles y políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, textos en todos los cuales el derecho equivalente al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es reconocido a ‘toda persona’ o a ‘todas las personas’, sin atención a su nacionalidad.”

B) El segundo parámetro a tener en cuenta para el enjuiciamiento de la cuestión suscitada está constituido por la misma configuración constitucional del derecho a la gratuidad de la justicia, que ha sido delimitado por el Tribunal Constitucional del siguiente modo:

a.- Se trata de un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esa naturaleza, corresponde delimitar al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias, pues el derecho a la gratuidad se reconoce “*cuando así lo disponga la ley*” (artículo 119 de la Constitución). En consecuencia el legislador podrá atribuir el beneficio de justicia gratuita a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes, podrá modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado -penal, laboral, civil, etc.-, o incluso del tipo concreto de proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que disponga en cada momento. Puede, por ejemplo, fijarlo a partir de criterios objetivos, como el de una determinada cantidad de ingresos, u optar por un sistema de arbitrio judicial dejándolo a la decisión discrecional de los Jueces, o de éstos y otras instancias, o puede utilizar fórmulas mixtas, limitándose a establecer las pautas genéricas que debe ponderar el Juez al conceder o denegar las solicitudes de gratuidad (número de hijos o parientes a cargo del solicitante, gastos de vivienda, características del proceso principal, etc.).

b.- Esta amplia libertad de configuración legal no carece de límites constitucionales, pues el inciso segundo del artículo 119 de la Constitución impone expresamente la gratuidad de la justicia para quienes “*acrediten insuficiencia de recursos para litigar*”. Se impone así lo que se ha venido en llamar un contenido constitucional indisponible para el legislador, que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar.

c.- La jurisprudencia constitucional ha delimitado el contenido indisponible del derecho a la gratuidad de la justicia (Sentencias del Tribunal Constitucional 117/1998, 16/1994), cuya titularidad se circunscribe a las personas físicas, afirmando que “sin necesidad de definirlo de forma exhaustiva, supone, sin duda, que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso (incluidos los honorarios de los Abogados y los derechos arancelarios de los Procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso) sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos. Dicho en otras palabras, deben sufragarse los gastos procesales a quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar”.

C) El tercer eje del razonamiento consiste en configurar, dentro de ciertos límites, el derecho a la gratuidad de la justicia de forma instrumental con el derecho a la tutela judicial efectiva. Tal conexión instrumental ha sido puesta de manifiesto en no pocas ocasiones por el Tribunal Constitucional, pudiendo resumirse en las siguientes ideas:

a.- La finalidad inmediata del reconocimiento del derecho a la gratuidad de la justicia radica en permitir el acceso a los Tribunales, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quie-

nes no tienen medios económicos suficientes al efecto, asegurando así que ninguna “*persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar*” (Sentencias del Tribunal Constitucional 138/1988, 16/1994, 117/1998 y 183/2001).

b.- Consecuencia de lo anterior será que toda persona física que resulte titular del derecho a la tutela judicial efectiva habrá de gozar del derecho a la gratuidad de la justicia si carece de los recursos suficientes para litigar en los términos en los que este concepto jurídico indeterminado sea configurado por el legislador ordinario. De manera que, una vez que el concepto “insuficiencia de recursos para litigar” empleado por el artículo 119 de la Constitución resulta concretado por el legislador, todas las personas físicas titulares del derecho a la tutela judicial efectiva habrán de poderse beneficiar del derecho prestacional a la gratuidad de la justicia (insisto: del modo y manera en que lo configura el legislador) si en ellas concurre tal insuficiencia de recursos.

c.- Como corolario de esa relación de instrumentalidad puede afirmarse que la vulneración del derecho a la gratuidad de la justicia (artículo 119 de la Constitución) por la norma legal sometida a revisión constitucional implicará, de modo reflejo, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al que mediatamente sirve.

D) Finalmente la combinación de estos tres elementos, parámetros o contenidos constitucionalmente declarados (reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva a los extranjeros con independencia de la regularidad administrativa de su permanencia en el territorio estatal, contenido constitucional mínimo del derecho a la gratuidad de la justicia, y relación instrumental entre ambos derechos) lleva al Tribunal a enunciar, en el fundamento jurídico 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional comentada, el canon de constitucionalidad con el que enjuiciar el precepto legal recurrido por el Defensor del Pueblo: “[dicho de otro modo], la privación por el legislador del derecho a la gratuidad de la justicia a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones económicas previstas con carácter de generalidad para acceder a tal derecho implica una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al que, de forma instrumental, ha de servir el desarrollo legislativo del artículo 119 de la Constitución, pues si no se les reconociese el derecho a la gratuidad de la justicia su derecho a la tutela judicial efectiva resultaría meramente teórico y carecería de efectividad.”

3.- La aplicación de la doctrina constitucional expuesta al caso concreto enjuiciado y el alcance del fallo anulatorio del precepto impugnado

A) El Tribunal, tras delimitar el marco de enjuiciamiento y el canon de control de constitucionalidad, llega a la conclusión de que el precepto impugnado, en la medida en que excluye del derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros cuya residencia no puede calificarse de legal, es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución. La razón de ello se encuentra en que, a tenor de la ordenación procesal vigente, la impugnación en vía contencioso-administrativa de las resoluciones que acuerden la expulsión de un extranjero, la lleven consigo o, más en general, afecten a su *status* personal en España, exige la intervención de Abogado y Procurador. Como a los extranjeros que no sean residentes legalmente en España no puede reconocérseles el derecho a la asistencia jurídica gratuita pese, a que reúnan las condiciones económicas que, en otro caso, les permitirían acceder a tal beneficio, si no disponen de recursos suficientes para procurar-se Abogado que les defienda y Procurador que les represente, verán cerrado su acceso a la

jurisdicción y no podrán someter al control de ésta la legalidad de la actuación administrativa (artículo 106.1 de la Constitución) en un aspecto que les concierne directamente, como es su *status* de extranjero (permisos de residencia, trabajo, exenciones de visado, etc.), y que puede desembocar en su expulsión del territorio nacional.

B) Para concluir, el Tribunal Constitucional realiza dos precisiones en cuanto al alcance del fallo anulatorio del precepto inconstitucional:

- Una primera consiste en restringir la inconstitucionalidad al término “*legalmente*”, para no producir una ampliación del derecho a la asistencia jurídica gratuita a quienes no residan (en sentido fáctico y no jurídico) en España, pues la extensión con la que tal derecho se ha de reconocer corresponde en primera instancia al legislador y no al Tribunal Constitucional, al cual compete el control de la acción normativa de aquél.
- La segunda precisión se refiere a que “al apreciarse inconstitucionalidad en la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia, los extranjeros que se encuentren en España y reúnan las condiciones requeridas legalmente para ello podrán acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso para el cual gocen de la precisa legitimación. Aunque pudiera cuestionarse que el recurso del Defensor del Pueblo [tuviera] dicho alcance general, así resulta de la estimación del mismo, y, si bien se mira, el supuesto planteado por el Defensor del Pueblo no es sino uno más de los posibles en los que un extranjero, con independencia de la regularidad administrativa de su situación, tiene legitimación para acudir a los Tribunales en defensa de su pretensión.”

4.- Lo que no afirma *pro futuro* la Sentencia constitucional

Finalmente permítanme concluir el análisis de esta Sentencia constitucional con una observación que ya no es meramente descriptiva.

Desde mi punto de vista, en contra de lo que se sostiene en uno de los fundados votos particulares de la Sentencia, ésta no afirma que el legislador no pueda reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita con una diferente extensión según que el extranjero se encuentre legal o ilegalmente en España. La Sentencia constitucional se encontró fuertemente condicionada por los términos del planteamiento del Defensor del Pueblo, el cual se dolía esencialmente de que la privación del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos que pudieran llevar aparejada la expulsión, y por extensión a todos los relacionados con la extranjería, impedía el acceso al proceso si, como por lo demás es frecuente, el extranjero no disponía de recursos para acceder a la asistencia de Abogado y Procurador. En la medida en que se impedía así el acceso al proceso judicial de revisión de tales resoluciones administrativas el precepto era contrario a la constitución. Es cierto que la estimación parcial del recurso ha generado el reconocimiento del derecho a los extranjeros en situación irregular para todo tipo de procesos, pero no cabe descartar (y desde luego la Sentencia del Tribunal Constitucional no lo hace) que el legislador, en uso de su libertad de configuración del derecho contenido en el artículo 119 de la Constitución, pudiera discriminar la naturaleza de los procesos judiciales para los que se atribuye el derecho de asistencia jurídica gratuita según se tratase extranjeros con o sin residencia legal en España. La cuestión daría entrada así a un juicio de razonabilidad de la distinción (artículo 14 de la Constitución) que habría de ser efectuado conjuntamente con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo

24.1 de la Constitución), pues una cosa es que el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso al proceso, sea reconocida a cualquier persona por el hecho de serlo, y otra muy distinta que el derecho de asistencia jurídica gratuita, por más que mantenga una conexión instrumental con el primero, haya de ser otorgado sin distinción alguna de procesos y de la situación administrativa en la que se encuentre el extranjero. Lo que la Sentencia del Tribunal Constitucional afirmó fue exclusivamente que impedir el acceso al proceso de revisión de las resoluciones relativas al *status* de extranjero mediante la exclusión radical del derecho a la asistencia jurídica gratuita es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva.

Cabe añadir que si, como hemos dicho es nuestra opinión, la denuncia del Defensor del Pueblo se hubiera entendido exclusivamente referida a la imposibilidad de acudir a los Tribunales de justicia para impugnar las resoluciones referentes al *status* de extranjero, el recurso de inconstitucionalidad habría perdido su objeto como consecuencia de la regulación introducida por Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Tal norma establece en su artículo 22 (redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000) que “los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice.” Se hubiera evitado así la extensión universal del derecho a todo tipo de procesos que, pese a constituir un efecto reflejo de la estimación del recurso de inconstitucionalidad, insistimos, el Tribunal Constitucional no afirma como imperativamente impuesta por nuestra Constitución.

II- LA NUEVA REGULACIÓN DEL PADRÓN MUNICIPAL DE HABITANTES INTRODUCIDA POR LA LEY ORGÁNICA 14/2003, DE 20 DE NOVIEMBRE

La segunda de las cuestiones que sucintamente queríamos tratar se refiere a la última ordenación del Padrón Municipal de habitantes en cuanto a la inscripción en él de los extranjeros. A pesar de que la ley se publica con el carácter de Ley Orgánica, la disposición final primera no confiere este carácter a las modificaciones introducidas, a través de su artículo tercero, en la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local. La reforma legislativa fue publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 21 de noviembre de 2003, por lo que al tiempo de esta intervención todavía no ha expirado el plazo legalmente establecido para interponer recurso de inconstitucionalidad, por lo que la natural prudencia que impone la eventual pero muy probable impugnación por el Defensor del Pueblo exige un análisis puramente descriptivo de su realidad y, acaso, dar noticia de algunas cuestiones que los distintos operadores jurídicos han avanzado ya como polémicos.

1.- La situación precedente de los extranjeros en relación con el Padrón de Habitantes

Desde la modificación operada en el padrón municipal de habitantes mediante la Ley 4/1996, de 10 de enero, se prescinde de la distinción entre los vecinos, los domiciliados y

los transeúntes para fijarse tan sólo en el dato, puramente fáctico, de la “residencia habitual” y establecer la obligación de todos los que vivan en España de inscribirse en el Padrón del municipio en el que tengan su residencia habitual. Por lo tanto los extranjeros, con independencia de si tienen o no la condición de residentes legalmente en España, pueden inscribirse en el Padrón municipal. Y si bien tal inscripción no supone prueba alguna respecto a la legalidad de su residencia (artículo 18.2 Ley de Bases del Régimen Local), sí que les confiere los derechos que les atribuya cada norma sectorial reguladora de una materia concreta. El Padrón se configuraba así hasta la modificación de la que ahora damos cuenta, al menos respecto de los extranjeros, como un mero registro de los residentes habituales del que: a) no resultaba una atribución directa de derechos, y b) no cumplía funciones de control de la legalidad de la residencia de los extranjeros en él inscritos, tal como lo muestra el tipo de datos que obraban en la correspondiente inscripción. En este sentido era significativo que la Resolución de 21 de julio de 1997, dictada conjuntamente por la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y el Director General de Cooperación Territorial, en la que se dictaron instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre actualización del Padrón municipal, declarase que: “el Ayuntamiento ni interviene en la concesión de los permisos de residencia ni es competente para controlarlos. Su obligación es reflejar en un registro, el Padrón, el domicilio y las circunstancias de todas las personas que habitan en su término municipal. Y de la misma manera que no debe controlar a través del Padrón la legalidad o ilegalidad de la ocupación de la vivienda, tampoco debe realizar ningún control sobre la legalidad o ilegalidad de la residencia en territorio español de ninguno de sus vecinos.”

2.- La conversión del Padrón Municipal en instrumento directo e indirecto de control de la situación jurídica de los extranjeros que se encuentren en España

A) La nueva ordenación arranca del establecimiento de un diferente régimen jurídico para la inscripción padronal según se esté incluido en uno de estos dos grupos. El primero estaría constituido por los españoles, los extranjeros comunitarios, y, finalmente, los extranjeros que dispongan de autorización de residencia permanente. El segundo lo integran los extranjeros que se encuentren en situación de estancia, de residencia temporal o en situación irregular.

Pues bien, así como para los extranjeros comprendidos en el primer grupo la inscripción padronal tiene carácter indefinido, en la medida en que subsiste mientras lo haga también el hecho que la motivó, en cambio para los segundos se establece un plazo de caducidad de dos años, de suerte que, si no se renueva la inscripción en el indicado término, se declarará la caducidad de oficio y sin audiencia del interesado [artículo 16.2. f) párrafo segundo, en su última redacción].

Como puede observarse la aplicación de este artículo exige que la gestión del Padrón lleve consigo la calificación jurídica de la situación del extranjero como regular (en sus distintas formas de estancia o residencia) o irregular, pues de ello dependerá si la inscripción está sujeta a renovación periódica y a caducidad a declarar de oficio. Consecuentemente con ello en la inscripción padronal de extranjeros ya no es suficiente con la simple constancia del documento que sustituya al DNI en sus funciones identificadoras, tal como exigía la redacción anterior del artículo 16.2.f) de la Ley de Bases del Régimen Local, sino que se exige la constancia de los documentos que además de poseer valor identificativo ponen de manifiesto la situación administrativa del extranjero que pretende inscribirse (Número de

Identificación de Extranjero o número del pasaporte cuando se trate de extranjeros no comunitarios o asimilados por convenio internacional).

B) Como segundo eje de la nueva ordenación se encuentra lo que podríamos llamar el establecimiento de un nuevo régimen de comunicación de oficio entre el Padrón y las autoridades competentes en materia de extranjería. Ello puede comprobarse si se observa que:

- Mediante la modificación del artículo 16.3 de la Ley de Bases del Régimen Local se suprime la referencia expresa a la sumisión del Padrón a la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter Personal, pues la nueva redacción hace desaparecer el inciso segundo del indicado artículo 16.3, el cual establecía que: “Fuera de estos supuestos, los datos del Padrón son confidenciales y el acceso a los mismos se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1992 de 29 octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal y en la L 30/1992 de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”. No obstante la equívoca supresión de esta referencia expresa, ha de afirmarse que, en lo no previsto expresamente en la regulación legal contenida en la Ley de Bases del Régimen Local el Padrón constituye una base de datos de carácter personal sometida a la legislación de protección de datos, si bien con las características especiales derivadas de su titularidad y de la calidad de los datos que incorpora de acuerdo con lo dispuesto en la propia Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter Personal.
- Se refuerzan las potestades de la Administración General del Estado, a través del INE, para hacer cumplir a los Ayuntamientos “*complacientes*” con la inmigración irregular todo el conjunto de previsiones legales tendentes a un conocimiento puntual de la situación administrativa de los extranjeros, previéndose incluso la ejecución sustitutoria de las competencias de los Ayuntamientos que no sean lo suficientemente diligentes en el cumplimiento de su nueva tarea.
- Se establece la obligación del INE de remitir a “*otras Administraciones Públicas*” (véase al Ministerio del Interior) los datos relativos a altas o bajas de extranjeros en las mismas condiciones expresadas en el artículo 16.3 Ley de Bases del Régimen Local, es decir, sin necesidad de recabar su consentimiento y al margen de toda aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter Personal.
- Se habilita a la Dirección General de la Policía para acceder por vía telemática a los datos de inscripciones padronales de extranjeros para el ejercicio de sus competencias en materia de control sobre la permanencia de los extranjeros en España.

Pues bien, la combinación de las anteriores modificaciones permite afirmar que el Padrón Municipal, al menos en lo que a los extranjeros en situación irregular se refiere, se ha convertido en un instrumento puesto al servicio del control de su permanencia en España, pues primero se introducen menciones que ponen de relieve la regularidad o irregularidad de su permanencia en España; luego se agrega la necesidad de comunicación de toda alteración de inscripciones padronales relativas a extranjeros; y finalmente se permite a la Dirección General de la Policía un acceso masivo e indiscriminado a los datos padronales de los extranjeros. Tales modificaciones ponen, a mi juicio, y con independencia de lo que pueda opinarse sobre su adecuación a la Constitución², en grave riesgo la función de mero

² El Consejo General de la Abogacía se ha dirigido al Defensor del Pueblo en solicitud de que interponga recurso de inconstitucionalidad contra la reforma legislativa que aquí comentamos. Uno de los aspectos a los que se refiere la solicitud es precisamente el de la eventual vulneración del art. 18.4 de la Constitución por la habilitación de la cesión inconsentida de los datos del Padrón Municipal y por la habilitación del acceso directo a estos datos, a través de vías telemáticas, a favor de la Dirección General de la Policía.

registro de los residentes en el municipio al que luego se refieren algunas normas sectoriales para atribuir derechos a los extranjeros. A modo de ejemplo basta, sin salir de la legislación de extranjería, con recordar que la mera inscripción en el Padrón Municipal otorga el derecho a la asistencia sanitaria a todo extranjero con independencia de la regularidad administrativa de su situación (artículo 12.1 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social). Qué duda cabe de que si la inscripción en el Padrón Municipal no sólo facilita, sino que se concibe como instrumento de control de la inmigración ilegal, los extranjeros en situación irregular acabarán por no inscribirse en el Padrón, de suerte que no podrán disfrutar de derechos y beneficios que, por el nivel de desarrollo alcanzado en nuestro país, y por estar conectados con la condición de “*persona*”, se asocian a la permanencia en España con carácter estable aunque al margen de los procedimientos administrativos regulares. Volviendo a nuestro ejemplo carece de sentido equiparar la asistencia sanitaria de los españoles y los extranjeros irregularmente residentes en España siempre que se encuentren inscritos en el Padrón y, simultáneamente, desincentivar la inscripción de éstos en el Padrón con la amenaza de un control policial de su situación administrativa. Las modificaciones introducidas, que quedan comentadas, contribuirán sin duda a hacer a los extranjeros en situación irregular, en expresión de algún colega, “*todavía más transparentes*”.

ENTRADA DE INMIGRANTES IRREGULARES Y LEY DE EXTRANJERÍA

Antonio Moreno Andrade

*Magistrado. Presidente de la Sección 2^a
de la Sala de lo Contencioso Administrativo
del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla*

Corresponde a esta comunicación la consideración de la entrada de inmigrantes irregulares y Ley de Extranjería, tras su análisis desde la óptica del Derecho Internacional Humanitario y desde la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

La cuestión resulta de extraordinaria importancia intrínseca y, para mí, desde hace algunos años, una constante en mi vida como juez de la que a veces, en la soledad de la reflexión de las resoluciones, querría huir sin duda alguna. Soy, además, ferviente chiclanero y me he sentido muchas veces en la inquietante cercanía de la llegada zozobranante de inestables embarcaciones a nuestras costas, a lo largo de los mares que se funden en el Estrecho, convertido hace años en un ondulante sudario.

Resulta inaplazable que la sociedad acometa toda la reflexión acerca del drama de las personas que han arriesgado sus vidas, perdiendo las más de las veces la batalla, por liberarse de una angustiosa existencia, acometiendo una singladura sin horizonte ni esperanza, expuestas en el mejor de los casos a insospechados peligros, dimanantes de una condición humana en entredicho, donde un término deleznable como el de “papeles”, se alza como perversa condición de relativa e insegura aceptación.

Quisiera no haber tenido nunca que dictar una resolución en relación con estas situaciones de inmigración irregular, ni ser instrumento de una decisión inexorable cuando la ley se enfrenta tan frontalmente a dictados superiores, que nos remiten a principios de sublime formulación como igualdad, solidaridad, que constituyen formulaciones bellísimas y aparecen, sin embargo, tan llenas de espinas en su consideración cotidiana.

El problema de la entrada en España de inmigrantes irregulares, en general, es una cuestión relativamente nueva, en cuyo análisis los españoles hemos perdido con facilidad la memoria de nuestro pasado de pueblo de inmigrantes. Lo es aún más el drama sin solución de esas oleadas de seres humanos a los que sistemáticamente ignoramos desde la sociedad, las instituciones y las propias normas y que se erigen en noticias repetidas que vienen a ensombrecer el sosiego de nuestra sobremesa.

Perdonen esta desolada y desapacible presentación, pero tenía necesidad de serenar este temporal de incontenible levante que me azota el alma.

Vamos a hablar de control que por mandato del artículo 106.1 de la Constitución y 1.1 de nuestra Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa ejercen los jueces y tribunales sobre la actividad administrativa y la potestad reglamentaria. Y se hace imprescindible afirmar sin demora que cuando se refiere a la inmigración irregular se sitúa en nuestro ordenamiento dentro del exclusivo ámbito del Derecho Administrativo sancionador.

No les resultará infrecuente el argumento de que frente a los poderes Ejecutivo y Legislativo, concentrados y ejercidos por mayorías, el Judicial es un poder difuso y que los jueces son responsables de la defensa de las minorías. No estoy del todo de acuerdo con esta exagerada formulación. Es cierto que la obtención de la tutela judicial se alza como un derecho fundamental que los jueces deben defender a ultranza y lo es igualmente que las leyes no pueden crear impedimentos o limitaciones a este principal derecho de la tutela judicial efectiva.

Naturalmente, el acceso a la justicia no puede hacerse con distinciones entre nacionales y extranjeros y así lo reconoce expresamente para éstos el artículo 20 de la Ley de Extranjería. Pero la defensa de las minorías no es función de los jueces sino la aplicación de las leyes, sin perjuicio de que ésta pueda coincidir con la defensa de personas o grupos especialmente desprotegidos sobre los que se cierna una decisión administrativa injusta o contraria al ordenamiento.

Pero en esta aventura los jueces deben limitarse incuestionablemente a cumplir y aplicar las leyes, interpretarlas con los instrumentos que el Código Civil pone a su disposición, mas no pretender cambiarlas ni torcer su designio con sus resoluciones, pudiendo, a lo sumo, procurar que se sometan al filtro de su adecuación constitucional a través de los mecanismos que las normas establecen. Pero el juez no debe caer en la aventura de pretender suplantar al legislador ni debe sentirse tampoco principal de la constitucionalidad de las leyes, aunque puede alertar sobre su inadecuación para que sea el Tribunal Constitucional quien realice tal delicada valoración.

Uno de los capitales reproches que la mayoría de los estudiosos han formulado a la Ley de Extranjería es la de su patente hipocresía; y es lo cierto que tras proclamar en su Exposición de Motivos la condena a cualquier forma de discriminación, contiene luego tratamientos que pueden calificarse como esencialmente discriminatorios de algunos derechos como los de reunión, manifestación o educación. Ocurre así con el acceso al trabajo, regulado con criterios coyunturales en atención a conceptos tan equívocos como la situación nacional del empleo. Se da igualmente con el tratamiento de la reagrupación familiar, regulada en términos de exigencia difícilmente compatibles con el principio protector contemplado por el artículo 39 de la Constitución.

Cuando encaramos el proceso de aplicación de la Ley de Extranjería en el ámbito sancionador, resulta ineludible representar el escenario de nuestra actuación. La desoladora realidad de controlar con la lentitud propia del proceso judicial la rapidez de las medidas administrativas de imposición de unas sanciones que, como tendremos ocasión de ver, suelen trocarse en una realidad sin solución.

Porque debemos atenernos estrictamente al ámbito sancionador, y en su consideración debe afirmarse que la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la 11/2003, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece en su artículo 53, entre las infracciones graves, supuestos tan frecuentes y conocidos de todos como encontrarse irregularmente en territorio español, bien por carecer de prórroga de estancia o de autorización de residencia, hallarse trabajando sin habilitación, incumplir medidas impuestas por razón de seguridad pública, tales como órdenes de presentaciones o alejamientos, o haber participado en el extranjero en actividades contrarias al Orden Público.

Estas infracciones son sancionadas con multa de hasta 1.000.000 ptas., esto es, algo más de 6.000 euros, sanciones que deben fijarse en virtud de criterios de proporcionalidad, teniéndose preferentemente en cuenta, la capacidad económica del infractor.

El artículo 57 prevé que en estos supuestos podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español. Esta regla, para la que existen algunas excepcio-

No les resultará infrecuente el argumento de que frente a los poderes Ejecutivo y Legislativo, concentrados y ejercidos por mayorías, el Judicial es un poder difuso y que los jueces son responsables de la defensa de las minorías. No estoy del todo de acuerdo con esta exagerada formulación. Es cierto que la obtención de la tutela judicial se alza como un derecho fundamental que los jueces deben defender a ultranza y lo es igualmente que las leyes no pueden crear impedimentos o limitaciones a este principal derecho de la tutela judicial efectiva.

Naturalmente, el acceso a la justicia no puede hacerse con distinciones entre nacionales y extranjeros y así lo reconoce expresamente para éstos el artículo 20 de la Ley de Extranjería. Pero la defensa de las minorías no es función de los jueces sino la aplicación de las leyes, sin perjuicio de que ésta pueda coincidir con la defensa de personas o grupos especialmente desprotegidos sobre los que se cierne una decisión administrativa injusta o contraria al ordenamiento.

Pero en esta aventura los jueces deben limitarse incuestionablemente a cumplir y aplicar las leyes, interpretarlas con los instrumentos que el Código Civil pone a su disposición, mas no pretender cambiarlas ni torcer su designio con sus resoluciones, pudiendo, a lo sumo, procurar que se sometan al filtro de su adecuación constitucional a través de los mecanismos que las normas establecen. Pero el juez no debe caer en la aventura de pretender suplantar al legislador ni debe sentirse tampoco principal de la constitucionalidad de las leyes, aunque puede alertar sobre su inadecuación para que sea el Tribunal Constitucional quien realice tal delicada valoración.

Uno de los capitales reproches que la mayoría de los estudiosos han formulado a la Ley de Extranjería es la de su patente hipocresía; y es lo cierto que tras proclamar en su Exposición de Motivos la condena a cualquier forma de discriminación, contiene luego tratamientos que pueden calificarse como esencialmente discriminatorios de algunos derechos como los de reunión, manifestación o educación. Ocurre así con el acceso al trabajo, regulado con criterios coyunturales en atención a conceptos tan equívocos como la situación nacional del empleo. Se da igualmente con el tratamiento de la reagrupación familiar, regulada en términos de exigencia difícilmente compatibles con el principio protector contemplado por el artículo 39 de la Constitución.

Cuando encaramos el proceso de aplicación de la Ley de Extranjería en el ámbito sancionador, resulta ineludible representar el escenario de nuestra actuación. La desoladora realidad de controlar con la lentitud propia del proceso judicial la rapidez de las medidas administrativas de imposición de unas sanciones que, como tendremos ocasión de ver, suelen trocarse en una realidad sin solución.

Porque debemos atenernos estrictamente al ámbito sancionador, y en su consideración debe afirmarse que la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la 11/2003, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece en su artículo 53, entre las infracciones graves, supuestos tan frecuentes y conocidos de todos como encontrarse irregularmente en territorio español, bien por carecer de prórroga de estancia o de autorización de residencia, hallarse trabajando sin habilitación, incumplir medidas impuestas por razón de seguridad pública, tales como órdenes de presentaciones o alejamientos, o haber participado en el extranjero en actividades contrarias al Orden Público.

Estas infracciones son sancionadas con multa de hasta 1.000.000 ptas., esto es, algo más de 6.000 euros, sanciones que deben fijarse en virtud de criterios de proporcionalidad, teniéndose preferentemente en cuenta, la capacidad económica del infractor.

El artículo 57 prevé que en estos supuestos podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español. Esta regla, para la que existen algunas excepcio-

nes prácticamente ilusorias, se ha convertido, por diversas razones fácilmente comprensibles, en la regla general desde que el extranjero es detenido.

Siguiendo esta apresurada síntesis del tratamiento legal, como saben sin duda, esta expulsión acarrea la consecuencia de la prohibición de entrada en territorio español y en aquellos países a que se refiere el acuerdo de Schengen por un periodo de tres a diez años, sin que sea necesario expediente de expulsión para quienes incumplan esta prohibición y, como veremos, para los que pretendan entrar ilegalmente en el país.

Atendidas las circunstancias del tiempo que dispongo y del lugar en que nos encontramos, debo detenerme esencialmente en la visión desde nuestra sede jurisdiccional del calvario del inmigrante irregular que, estando ya en España, es detenido por la Policía y sometido al procedimiento sancionador que tiene como fin cierto su expulsión. Estamos hablando casi en exclusiva de los que se han dado en llamar – no volveré a esta detestable expresión – los “sin papeles”, que arribaron a las playas gaditanas y corrieron campo a través hasta encontrarse, era cuestión de tiempo, con las fuerzas de Orden Público, a veces tras una humillante explotación mafiosa.

Resulta entonces desolador asistir al dictado de una sentencia, que en muchísimos casos no puede evitar ratificar la resolución administrativa por la falta de respuesta de la demanda a la actividad policial. Quizá sea consecuencia de esa carencia casi plena de documentación, reducida en el mejor de los casos a fotocopias casi ilegibles de ofertas de trabajo que no acceden a ningún registro público y que nadie viene a advenir al proceso. Pero es lo cierto que si para cualquier ciudadano resulta complejo acceder con garantías a la jurisdicción, esta dificultad de situarse en el proceso se agiganta tratándose de extranjeros indocumentados, con muy difícil capacidad de comprensión del idioma y un absoluto desconocimiento del entorno, de sus posibilidades de defensa, incluso de la existencia de una adversa legislación que le está sorpresivamente aguardando a modo de muro infranqueable.

Debido a la situación de indefensión e incomunicación en que se encuentran estos extranjeros inmigrantes, la Ley, respetando determinados principios universal y constitucionalmente aceptados, les reconoce expresamente el derecho a la asistencia jurídica gratuita (artículo 22), a la asistencia letrada de oficio e intérprete (artículo 63.2), amén de otros derechos formales a que se refiere el artículo 57.9, tales como información de los recursos que pueden interponer, plazos de interposición y órganos ante los que acudir.

Muchas veces estos derechos resultan de muy difícil realización, por la orfandad y la absoluta soledad en que se desarrollan para ellos los procedimientos y los procesos, la dificultad a veces de encontrar un intérprete eficaz o la lógica incompreensión del entramado de las normas procedimentales. Es importante añadir, sin embargo, que el acceso a la jurisdicción se salvaguarda, aún en el caso de que el extranjero no se encuentre en España.

La casuística judicial nos enseña constantemente la enorme dificultad de combatir los sucintos procedimientos administrativos sancionadores en esta materia. De una parte, porque aparecen garantizados, al menos formalmente, los principios de audiencia y de defensa. De otra, porque la casi total ausencia de una documentación con fuerza probatoria suficiente hace difícil ensombrecer la corrección de la decisión administrativa.

Como sin duda conocen, la Ley prevé un trámite de devolución o rechazo para los extranjeros que pretendan acceder ilegalmente a territorio español, arbitrando un procedimiento de verdadera privacidad de libertad, de difícil respaldo constitucional, salvo que solicite asilo y hasta tanto no conste la inadmisión a trámite de la petición. La Autoridad administrativa, en

el caso de que el retorno se retrase más de 72 horas, deberá ponerlo en conocimiento de la judicial, que determinará el lugar de internamiento, que no podrá exceder de 40 días.

Asimismo, sin necesidad de tramitar expediente de expulsión, procederá la devolución de los extranjeros que quebranten la prohibición de entrada de que fuera previamente objeto.

Otros modos de expulsión lo constituyen la del extranjero procesado o inculcado cuando se trate de delitos castigados con penas inferiores a seis años, en el que el juez podrá autorizarla, debiendo entenderse que no se podrá acordar cuando se trate de faltas o delitos castigados con penas privativas de libertad. De igual forma podrá la expulsión actuar como sustitutivo de la pena o medida de seguridad impuestas en proceso penal, siempre que la pena no exceda de seis años o, siendo superior, cuando haya cumplido las tres cuartas partes de la condena.

Pero lo que a nuestra práctica se refiere, quizá lo más preocupante de esta cuestión lo encontramos en lo referente a las medidas cautelares. Sabido es que la singular situación de un extranjero, sujeto a una orden de expulsión, o que tiene el deber de abandonar el territorio por haberle sido denegado un permiso de residencia o la dispensa de visado, o por denegársele el permiso de trabajo, confiere una especial trascendencia a la tutela cautelar en este tipo de procesos.

La ejecución inmediata del acto administrativo impugnado, que no puede olvidarse que constituye una característica esencial del mismo, puede suponer una pérdida definitiva de su derecho, aún en el caso de obtener una sentencia favorable, por lo que a veces la adopción inmediata de una medida cautelar aparece como el único medio de garantizar una tutela judicial efectiva.

La eficacia de la actuación administrativa, reconocida constitucionalmente en el artículo 103.1 del texto constitucional, impone que los actos administrativos se dicten con vocación de inmediata ejecución y su impugnación administrativa, y posterior proceso en sede judicial, no determina sin más su suspensión inmediata. La sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 1984 establece que “la ejecutividad de estos actos en términos generales y abstractos no puede estimarse incompatible con el artículo 24 de la Constitución”, doctrina que debe entenderse relacionada con lo dicho en la de 6 de febrero de 1992 (“...la efectividad de la tutela judicial respecto de derechos e intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar medidas adecuadas para asegurar la eficacia del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso”).

Ocurre, sin embargo, que en la mayoría de los casos, cuanto se plantea en ese momento preprocesal de las medidas cautelares está configurando un verdadero juicio sobre el fondo del asunto. En otras palabras, si no se acuerda la suspensión de una medida de expulsión, el proceso puede carecer de sentido. Si se acuerda, acaso se esté permitiendo la persistencia de una situación de irregularidad no querida por el Derecho. En una y otra fase, en la cautelar y en la decisión del pleito, es tal la general ausencia de una sólida defensa, que el resultado suele ser la confirmación del acto administrativo y el rechazo de la impugnación ejercitada.

Yo me atrevo a opinar, y con ello termino, acerca de la conveniencia de un sistema que estos procesos pudieran servir efectivamente. Y ello pasa por una modificación legislativa que permita arbitrar, a modo de los juicios rápidos, que, con respecto a todas las garantías, decidan con la debida celeridad, lejos de la cadencia, a veces desesperante, de nuestra jurisdicción.

Tanto ante los Juzgados, como en la apelación, es preciso posibilitar un proceso inmediato, ágil, definitivo, que acabe con esas situaciones de incertidumbre de esos verdaderos desprotegidos. Y ello, naturalmente, requiere un cambio legislativo radical y, sobre todo, una conciencia social sincera acerca de la igualdad de todos los hombres y mujeres sin distinción.

II

LA ATENCIÓN EN FRONTERA A INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

LA ATENCIÓN EN FRONTERA A INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

Alejo Trujillo Marrero

*Presidente Autonómico de Cruz Roja
Española - Canarias*

Para los canarios la idea de frontera tiene una doble connotación: por una parte, control de entrada de ciudadanos extranjeros, y por otra, freno, o, frustración de las esperanzas e ilusiones de los isleños que pretendían mejorar sus condiciones de vida, recuerdos de penurias, sufrimientos, y en ocasiones, satisfacciones, mestizaje, riqueza, bienestar....

No olvidemos, que desde la conquista de Canarias que casi coincide con el descubrimiento de América, cuando Colón llega al nuevo mundo todavía las islas de Tenerife y la Palma no habían sido conquistadas. Las Canarias permitieron el intercambio entre España y América, surgiendo el comercio entre ambas orillas, dado que se había convertido por su posición y la acción de los vientos alisios en paso obligatorio para las Indias. Por ello, la mayoría de los barcos con destino hacia América repostaban en puertos Canarios.

Entre 1492 y 1506 hacen escala sobre todo en la Gomera y Tenerife al menos 12 de las mayores expediciones, lo que permite pensar que los propios Canarios o residentes en Canarias forman parte de las expediciones de la conquista y colonización de América.

Lope de Sosa en 1519 recluta un determinado número de familias y las lleva a América. En 1534 Bartolomé García Múxica, fundador de Panamá, concierta con varios vecinos y transeúntes su traslado. Pedro de Mendoza en 1535 para realizar la fundación de Buenos Aires (primera) recluta en Tenerife tres compañías de soldados. En 1536 Pedro Fernández de Lugo para la conquista de Santa Marta en Colombia forma una expedición de 1.500 soldados, al menos, la mitad de ellos isleños.

Pedro de Heredia lleva 100 hombres desde Canarias a Colombia; Diego de Ordaz llevó 350; Jerónimo de Ortal 80 desde Tenerife; Jorge de Espira llevó a Venezuela 200 hombres; En 1569 parten hacia América (Florida) un grupo de labradores Canarios; Diego Hernández de Serpa, Gobernador de nueva Andalucía (Venezuela) añade en Canarias a la expedición que salió de San Lucas 200 hombres de guerra.

El profesor Lobos señala que entre 1508 y 1565 emprendieron viaje a las Indias sólo desde Gran Canaria 211 personas de las cuales, 84 eran naturales o vecinos de Canarias, dirigiéndose a Santo Domingo, México y Panamá.

Todavía no debemos hablar de emigración pero si hay que reconocer que Canarias contribuyó con su propia gente al nuevo mundo.

En 1.530 encontramos las primeras referencias de la colonización organizada en las Antillas por familias canarias, pero por la despoblación de Santo Domingo se frustró. En

1533 una Real Cédula ordena que no se ponga impedimento a los Colonos Canarios para Cruzar el Atlántico, con la condición de residir en el territorio asignado un número determinado de años, de esta manera se estaba estimulando la emigración a Santo Domingo.

A finales del siglo XVI La Habana sustituye a Santo Domingo como principal destino Canario. Entre 1585 y 1645 casi el 26 % de los inmigrantes llegados a la Habana eran isleños. Comienza un floreciente comercio canario-cubano, al tiempo que bajaba el importe de los pasajes y se le da más facilidades al emigrante canario.

Aumentan los embarques clandestinos tanto de las islas que pueden comerciar directamente con América como en las que no lo tenían autorizado, fue tal la emigración ilegal de canarios que en 1574 la Corona prohibió el embarque de los vecinos de Gran Canaria, por la despoblación de la isla y la imposibilidad de poderla defender.

Después de la independencia de Portugal, la creciente importancia de las minas Brasileñas, así como las relaciones privilegiadas con Inglaterra, hacen que se limite progresivamente la exportación de vinos. La crisis endureció las condiciones de vida de los viñateros y de la población isleña en general, siendo la isla más afectada Tenerife, teniendo su población que emigrar de tal forma que el 70% de la emigración canaria correspondía a dicha isla.

Las clases pudientes canarias consideraban fundamental el comercio con América, que significaba la importación de plata gracias al trabajo de nuestros emigrantes, la venta de nuestros vinos y aguardientes, así como el contrabando.

En 1678 se impone en Canarias una condición para mantener su comercio privilegiado con las indias que consistía en enviar 50 familias por cada 1.000 toneladas que se exportaran. Es lo que se conoce por tributo de Sangre y fue consecuencia de la Real Cédula de 25 de mayo de 1678, en el reinado de Carlos II. Esta orden estuvo vigente más de un siglo permitiendo que salieran personas pobres, no sólo sin recursos sino también sin contactos familiares en América, tenían la posibilidad de embarcar sin pagar el pasaje y recibir la recompensa de 400 ó 500 reales para hacer frente a los primeros gastos, la concesión de tierras, semillas, aperos, etc.

Ya en el siglo XIX y después de creadas las nuevas repúblicas hispano-americanas, las oleadas de emigrantes canarios se dirigían sobre todo a Venezuela y Uruguay (república poco poblada) para dedicarse a las labores del campo. Lo hacen teniendo en cuenta dos aspectos fundamentales: La tradición y las posibilidades de ayuda mutua entre los inmigrantes.

Esta emigración fue un lucrativo negocio tanto para las clases dominantes canarias como para determinados empresarios Uruguayos, dadas las condiciones infrahumanas no sólo del viaje largo, penoso y costoso (trabajaban hasta 5 años para pagarlo), sino también en la situación en que vivían, por supuesto con la complicidad de las Autoridades Españolas, que de una forma hipócrita prohibieron la emigración a las repúblicas hispano-americanas hasta 1853, sabiendo que seguía existiendo una salida masiva de emigrantes ilegales (8.200 personas a Uruguay entre 1835 y 1845) y no hicieron nada por resolverlo.

Las clases dominantes de Venezuela potenciaban la inmigración isleña para fomentar la competitividad de los productos agrícolas y ganaderos venezolanos. El isleño se adaptaba con cierta facilidad al medio por su religión, idioma y por su buen hacer en el trabajo, demostrado con creces en etapas anteriores, aunque el sueldo era muy bajo y además se le

detraía del mismo el precio del pasaje. Los campesinos no podían afrontar las deudas acumuladas aunque trabajaban unas 18 horas al día, era tanto lo que debían en cuatro o cinco años que su respuesta fue la deserción.

Nuevas contratas de emigrantes canarios se desarrollan en la última década del siglo, y ni los alzamientos producidos en Venezuela a principio de 1875 frenaron para nada la llegada de 5.572 isleños impulsados por la crisis en la que se encontraban sumidas las islas.

En Cuba y Puerto Rico, los empresarios estaban dispuestos a obtener el máximo beneficio de los inmigrantes a través de contratas abusivas, facilitándoles en ocasiones el viaje con la falsificación de sus documentos. Los terratenientes cubanos solo querían mano de obra joven y muy barata. Las autoridades no estaban de acuerdo con el envío de aquellos que consideraban vagos y maleantes. Sólo querían jornaleros en plena juventud y sin defectos. Se llega en esos momentos a una preocupación por el elevado número de mujeres embarazadas y solteras, dedicadas a la prostitución. Muchos de los inmigrantes tienen edades comprendidas entre los 14, y 19 años. Jornaleros en abundancia para disponer de una gran mano de obra y además barata. Los inmigrantes Canarios reaccionan organizándose para mejorar las condiciones de las contratas. Así nace a finales del XIX la Asociación Canaria de Beneficencia y Protección agrícola, convirtiéndose más tarde en la voz de la colonia isleña para denunciar por toda la isla las injusticias y atropellos a los que eran sometidos los Canarios.

A principios de 1900 entre la Guerra de Cuba por una parte y la recuperación económica del archipiélago por otra, al relanzarse el sector exportador, dedicándose parte de la población al cultivo del plátano, tomates y papas y en las actividades urbanas que aumentaban en los alrededores de los puertos por el desarrollo comercial, la emigración continua incluso después de la ocupación norteamericana que permite la entrada del capitalismo norteamericano modernizando los ingenios e invirtiendo en el transporte público. Estas transformaciones y la mortalidad ocasionada por la guerra hacen desaparecer la necesidad de braceros y colonos. La ley de migración de 11/7/1906, trataba de limitar la emigración en función de las necesidades de las empresas, limitando la libre entrada de viajeros. Esta legislación quería impulsar la entrada de inmigrantes acostumbrados a trabajar en el campo, permitiendo la llegada de una fuerza de trabajo experimentada y que marchaba a Cuba con el único fin de ahorrar suficiente dinero durante su juventud, para poder, en el futuro comprar algún terreno en Canarias, hacer su casa, poner su negocio y casarse en su tierra.

Las migraciones se intensificaron entre 1915 y 1920 por las graves consecuencias de la Primera Guerra Mundial, que paralizó la exportación de la producción agrícola de las islas, reduciéndose además drásticamente las actividades y el tráfico portuario. Todo ello, unido a la reducción del coste del pasaje (se podía pagar con el salario de 45 ó 50 días de trabajo en el campo), contribuye enormemente a esta intensificación migratoria de canarios hacia América.

Los años 20 son una etapa en la que se recupera la economía Canaria, después de lo sufrido a consecuencia de la Primera Guerra Mundial. Es la época en la que los caudales obtenidos por los emigrantes Canarios en Cuba se canalizan hacia el archipiélago ante la grave inestabilidad del sistema económico y político cubano en ese periodo. Es una crisis que hace pensar seriamente a los inmigrantes en retornar a su tierra, ante tal situación las compañías navieras encarecen el precio de los pasajes y muchos inmigrantes regresan gracias a una empresa norteamericana que cobra la mitad del valor del billete.

La década de los 30 no fue uno de los mejores momentos en las islas. El plátano, principal cultivo, no se podía exportar al exterior por la recesión europea, motivo por el que se

contrae el comercio internacional y la actividad portuaria. La situación canaria hacía que un importante sector de sus emigrantes a Cuba no regresaran, teniendo en cuenta, además, que la situación cubana empezaba a mejorar muy lentamente a partir de 1934.

Uno de los países que comenzaba a despegar era Venezuela, debido al inicio de las explotaciones petrolíferas, y a pesar de estar atrasado por sus sistemas de producción, bastante obsoletos y una infraestructura por desarrollar, los isleños no dejaron de acudir a esa Nación.

El Comienzo de la Guerra Civil Española hizo que Canarias viviera una época de crisis económica. Se perdió el Régimen de Puertos Francos (sistema que funcionaba desde 1852). Se paralizó el movimiento en los puertos, el comercio, las importaciones, los servicios urbanos, así como las exportaciones agrícolas. Se volvió a trabajar las laderas que habían sido desechadas por baja productividad, preparando las huertas escalonadas hasta alturas inimaginables en otros tiempos, para dedicarlas al cultivo, donde los rendimientos eran escasos. Faltaban abonos, aperos de labranza y herramientas en general.

Surge de nuevo el intercambio de los productos así como el estraperlo. Terminada la guerra continua el hambre y la mala alimentación, paliada en parte por los cereales y las legumbres en malas condiciones que llegaban de Argentina.

Aumenta la emigración en toda Canarias, si bien, las islas de la Provincia de Las Palmas lo hacen normalmente a África (Sidi Ifni, Sahara y Guinea Ecuatorial), y las de Santa Cruz de Tenerife principalmente a Venezuela. Después de finalizada la Segunda Guerra Mundial emigraron desde Canarias más de 25.000 personas.

Venezuela, sigue siendo el destino de la mayoría de los isleños, con muchos altos y bajos por la legislación de uno y otro país. Por una parte Venezuela que necesita mano de obra sobre todo para la agricultura, no pone pegas (hasta la dictadura de 1948) a una inmigración con ganas de trabajar, bien para mejorar la calidad de vida de su familia, o bien, para alejarse de la persecución de la dictadura, o simplemente para no cumplir con el servicio militar. En España del 45 al 49 aproximadamente, la emigración a Venezuela estaba prohibida, no por ello dejaron de zarpar barcos viejos. Todos los barcos de pesca que atracaban en el Puerto de la Luz y de Las Palmas fueron desapareciendo poco a poco para clandestinamente llegar a América. Los interesados iban llegando desde todas las islas para agruparse en un lugar concreto y secreto, para no ser descubiertos. Muchas veces las autoridades al observar movimientos, poco habituales en el muelle, decomisaban las velas y los utensilios de navegación. En otros casos, un grupo esperaba en la cueva de alguna playa a que una lanchita los acercara hasta el barco que estaba fondeado. Ante la llegada de la Guardia civil embarcaban despavoridos, abandonando equipajes avituallamiento etc.

En muchas ocasiones los barcos salían capitaneados por patrones de cabotaje, en el mejor de los casos, sin ninguna experiencia en la navegación de altura, sin ningún tipo de ayuda de cartas marinas etc., pero con la única convicción de que *“navegando siempre en contra de la salida del sol se llegaba a América”*. Las embarcaciones eran barcos de vela, viejos, dedicados a la pesca con una eslora de 19 a 25 metros, que eran preparados malamente para pasaje, pero en ningún caso para transportar 150 ó 200 personas.

Normalmente como todas estas embarcaciones salían de forma clandestina, llevando a bordo perseguidos por la justicia o por el hambre, casi siempre, hacían escala en Dakar para terminar de completar el agua y los alimentos para el largo viaje. Algunos veleros no pudieron continuar viaje debido al sobrepeso por la cantidad de personas que llevaban de más. El

que continuaba viaje hacia América, sabía del riesgo y las penurias, dado que todo el pasaje iba en bodega, echados sobre las tablas que cubrían el lastre, y servían de soporte para la paja y el serrín sobre el que dormían, sin tener espacio para poder moverse.

La comida y el agua siempre se hacía escasa, viéndose obligados casi siempre a racionarla, hasta tal punto que al gofio, cuando ya llevaban bastantes días de navegación, el capitán le ponía unas gotas de petróleo de forma que pudiera alcanzar, al no saber con seguridad cuando iba a terminar la travesía.

Después de 30 días de navegación, como mínimo y un sinfín de vicisitudes, avistan tierra. Dependiendo de donde llegaran el recibimiento era diferente, si arribaban cerca de aldeas o pueblos pequeños les hacían, en muchos casos, una fiesta. Pero normalmente el puerto de destino era la Guayra. Allí dependía de la situación política respecto a la inmigración ilegal, o sea, podían ser bien recibidos, o por el contrario ser encarcelados para su repatriación, o en otros casos obligarlos a regresar a Canarias en la propia embarcación, cosa totalmente imposible, dadas las características de las naves.

Como hemos podido comprobar la población canaria ha sido desde siempre emigrante, ahora bien siendo los movimientos migratorios humanos tan antiguos como la humanidad misma y estando ubicado el Archipiélago Canario en la ruta de tres continentes a escasos 90 kilómetros de las costas africanas, es lógico pensar que Canarias ha sido un territorio no exento de experimentar los efectos de tales movimientos de personas. A lo largo de su historia han recalado en nuestra tierra numerosos grupos humanos algunos de ellos sólo de tránsito y otros finalmente radicados entre nosotros mostrando un alto grado de integración en una sociedad acostumbrada a la presencia de ciudadanos extranjeros.

A finales de los años ochenta fueron significativas las llegadas de personas procedentes del cono sur americano huyendo de las dictaduras militares, del Este europeo sustrayéndose de los regímenes comunistas o de diferentes países africanos como polizones, huyendo de la miseria y la guerra. Durante este tiempo, Cruz Roja Española en Canarias, siguiendo sus principios humanitarios, les asistió mediante la ejecución del Programa de Atención a Refugiados. No obstante, fue en la década de los noventa cuando el fenómeno migratorio adquiere unas dimensiones cuantitativas y cualitativas bien distintas.

Se constata el carácter estructural de estos movimientos que configuran al fenómeno como una realidad creciente y tendente a consolidarse, protagonizado no sólo por personas que huyen o cuya salida es forzada, sino que se confirma la llegada de inmigrantes denominados económicos, es decir, cuya salida pudiera decirse, sólo en cierta forma, voluntaria en busca de mejores condiciones de vida.

En lo que a las islas Canarias se refiere, no tenemos dudas que su conversión como una de las principales puertas de entrada en Europa tiene lugar a raíz del fortalecimiento de los controles fronterizos en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, que, hasta ese momento, aglutinaban el mayor número de entradas junto con la costa sur de la Península.

El año 1999 marca un antes y un después en la historia de las migraciones en Canarias, pues es el año en el que las cifras de llegadas clandestinas de personas, a bordo de pateras procedentes de las costas del sur de Marruecos y del antiguo Sahara Occidental, se disparan muy significativamente, después de que se registrara la primera llegada a la isla de Fuerteventura en el año 1995.

Este hecho ocasiona una situación humanitaria de hondo calado a la que no puede ser ajena una Institución Humanitaria como la Cruz Roja Española. El alto grado de vulnerabilidad que estas personas muestran, no sólo en el momento de su llegada (débil estado físico ante tan dura travesía, embarazos, menores de edad solos o acompañados) sino con carácter general (extranjeros, sin conocimiento del idioma, sin documentación, etc.) determina firmemente la acción de nuestra Organización. Nuestro compromiso con los más vulnerables nos obliga a estar presentes mediante la implementación de proyectos a favor de este colectivo.

En este sentido, se hace preciso subrayar que la labor de Cruz Roja Española en Canarias ha ido ajustándose a la realidad de cada momento. Es por ello de gran importancia señalar que no siempre la inmigración con destino a Canarias ha tenido la misma configuración, debiéndose llevar a cabo los ajustes necesarios para la atención específica de cada caso y de cada situación.

En este contexto, podemos afirmar que se ha constatado una diversificación de los sujetos activos que protagonizan un proyecto migratorio. Así, si bien, en un principio los actores eran prácticamente en exclusiva hombres solos, con el tiempo estos proyectos también son llevados a cabo por grupos familiares, por mujeres solas, embarazadas y/o con bebés a su cargo o, incluso, por menores de edad sin ningún tipo de acompañamiento de adulto responsable. Esta situación nos ha llevado a la necesidad de modificar o ajustar los proyectos ya en marcha, así como a generar otros nuevos específicos a las nuevas realidades que íbamos presenciando.

De esta manera, podemos sintetizar nuestra cartera de proyectos de la siguiente forma:

- Como ya dije antes, el proyecto embrionario lo constituye la Atención a Refugiados con una experiencia tanto en el territorio como en las fronteras aéreas y marítimas de las islas.
- En 1995 nace el Proyecto de Atención Integral a Inmigrantes, brindando apoyo social, jurídico y sanitario a esta población. Este proyecto se desarrolla en Gran Canaria, Tenerife y Fuerteventura.
- En el año 1999, que hemos indicado como el año clave en cuanto a la multiplicación de las llegadas a través de las islas de Fuerteventura y Lanzarote, y a raíz de la situación humanitaria que se da ante la necesidad de internamiento de este gran número de personas, tal y como establece la normativa vigente de extranjería en España, Cruz Roja Española se implica de forma puntual en la distribución de enseres (colchones, mantas, ropa, etc.).
- En el año 2000 Cruz Roja Española en Lanzarote se hace cargo de la gestión de un Dispositivo para la atención de niños inmigrantes no acompañados que, con el tiempo, se amplió a tres recursos residenciales, uno de carácter de emergencia y dos con carácter residencial más estable, así como a otro Centro para estos menores en la Isla de Fuerteventura.
- En el año 2001, Cruz Roja Española se ocupa por encargo de la Administración Pública (estatal y autonómica) de la gestión de un Centro de Primera Acogida a Inmigrantes ubicado en la isla de Gran Canaria, con una capacidad para ciento cincuenta y cuatro personas. Hay que decir a este respecto que, una vez transcurrido el plazo legal de cuarenta días de internamiento sin que se haya materializado la expulsión, los extranjeros eran puestos en libertad no en las islas de llegada, Lanzarote y Fuerteventura, sino en la capitalina de Gran Canaria y de ahí la ubicación de este gran recurso alojativo. En él un equipo configurado por

un Director, una Trabajadora Social, siete educadores, un médico, una abogada, personal de mantenimiento y el voluntariado social contribuyen al cumplimiento de los objetivos marcados de proporcionar satisfacción de todas las necesidades básicas, asistencia sanitaria, apoyo social y jurídico, según el caso, además de ofrecerles mediante la impartición de talleres, la mayor cantidad de información que estimamos útil para su desenvolvimiento posterior en autonomía, una vez se produzca la salida del Centro.

- En 2003, y ante esa diversificación de los sujetos migratorios, tiene lugar la apertura del Centro para la Primera Infancia en La Laguna, Tenerife, destinado a acoger a madres con cargas familiares preferentemente. Este recurso viene a sumarse al ya existente en el sur de la misma isla destinado a población inmigrante en general.
- Finalmente, y para dar una visión completa de nuestra intervención con esta población, hemos de señalar el Plan de Empleo de Cruz Roja Española a favor de colectivos vulnerables, siendo la Red Interlabor@ el proyecto que se ocupa de la formación, orientación, intermediación y autoempleo de personas inmigrantes en situación regular o en vías de regularización.

Con este breve repaso a los proyectos que viene ejecutando nuestra Organización a favor de las personas inmigrantes hemos querido dar una visión global de nuestra sensibilidad y preocupación por la situación de estas personas. Solemos representar esta intervención en forma piramidal de tal manera que esta pirámide cuenta con una base muy ancha, en función del número de personas atendidas, que se correspondería con los proyectos de emergencia o de ayuda humanitaria de los que se han beneficiado miles de personas. Los proyectos de acogida e integración serían los escalones superiores, algo más estrechos pues se benefician menos personas que las atendidas con carácter de urgencia y, finalmente, el empleo que representaría la cúspide de la pirámide pues sólo puede llevarse a cabo con inmigrantes en situación administrativa regular o en vías de obtenerla.

Centrándonos en la intervención de inmigrantes en situación irregular en frontera, y aparte la que reciben los solicitantes de asilo en puestos fronterizos habilitados, hemos de ubicarnos en el fenómeno de llegadas de pateras a las islas de Lanzarote y Fuerteventura en tanto en cuanto son éstas las que se encuentran más próximas a las costas africanas y, en ese sentido, hacen de “frontera” con ese continente.

El carácter de archipiélago de las islas Canarias la convierten en un territorio abierto al mar, cuyo control fronterizo resulta más complicado que un puesto terrestre o aéreo. La Administración Central del Estado ha ido tomando medidas de control y vigilancia, así como de rescate de estas endebles embarcaciones cuando son detectadas en alta mar. No obstante estos controles, la realidad nos enseña que siguen produciéndose entradas incontroladas y, de cualquier forma, las detecciones y detenciones de un número importantísimo de personas determinó una grave crisis humanitaria que saltó a la prensa mundial y atrajo el interés de numerosas Organizaciones No Gubernamentales tanto nacionales como internacionales.

En un principio, y ante la insuficiencia de las dependencias de la Comisaría de Policía de Puerto del Rosario (Fuerteventura), se habilitaron las antiguas instalaciones aeroportuarias de esta isla como “Centro de Internamiento” algo *sui generis*. Esta, con el transcurso del tiempo, acumuló un número insostenible de personas dando lugar a esa crisis humanitaria por todos conocida. Estas instalaciones no reunían las condiciones necesarias para albergar

a tan elevado número de personas, al mismo tiempo que se carecía de personal sanitario, de trabajadores sociales, etc. Estas fueron las constantes los primeros meses. Cruz Roja Española, como auxiliar de los poderes públicos en sus actividades humanitarias, acude a la llamada de la Administración para llevar a cabo su intervención en el interior del Centro. La grave situación humanitaria de estas dependencias movió a nuestra Organización a intervenir, de manera excepcional, en un Centro de estas características.

A pesar de nuestro carácter estrictamente humanitario y neutral, y quizás debido al temor o inquietud con el que se vivió este proceso en cierta manera novedoso en esos contornos, hemos de decir que el desarrollo de nuestro trabajo en este Centro ha ido evolucionando con el tiempo. Se inicia la tarea con el acceso de una mediadora social para la distribución del kits de emergencia y ropa de cama. La demanda que con mayor insistencia se solicitaba por parte de los inmigrantes era la atención sanitaria, algunas veces motivada por auténticos cuadros patológicos pero otras debidas más bien al estado de ansiedad en el que se encontraban en una situación de encierro tras una larga y dura travesía en el Atlántico.

Con posterioridad es posible iniciar la atención sanitaria *in situ* a estas personas, por parte de un médico y enfermera.

Posteriormente, dada la situación de estas instalaciones, el elevado número de personas internas en las mismas y numerosas conversaciones mantenidas entre la Administración del Estado y esta Organización, tiene lugar la apertura del Centro de Internamiento de El Matorral, un antiguo acuartelamiento rehabilitado ex profeso para el internamiento de ciudadanos extranjeros interceptados en su intento de entrada clandestina y respecto de los cuales se abría expediente de expulsión. Hoy es el Centro de estas características de mayores dimensiones de España con una capacidad total de 1.200 personas.

Nuestra labor como Organización Humanitaria sigue consistiendo en el reparto de ayuda humanitaria (kits de aseo personal, mantas), asistencia sanitaria a través de médico y enfermera en coordinación con un médico del propio Centro, y se ha ampliado la posibilidad de intervenir nuestras dos mediadoras sociales con el fin de llevar a cabo gestiones como cambio de moneda, puesta en contacto con familiares en el exterior gestionando las visitas, traducciones, información sobre su situación en España, etc. Se tiene mayor acceso al módulo de mujeres que suelen ser menos numerosas que los hombres. Se dispone de una abogada específicamente formada para casos de extranjería y asilo, aunque la asistencia jurídica la facilitan exclusivamente los letrados del turno de oficio.

En los últimos meses, la Administración del Estado está articulando los mecanismos para dar cumplimiento a sus competencias al frente de este Centro, por lo que nuestra Organización ya ha planteado su retirada del mismo. En principio vamos a continuar apoyando exclusivamente la asistencia sanitaria.

En el mes de Marzo, tras llegar a un acuerdo con la Administración Estatal y Autonómica, iniciaremos la ejecución de un Proyecto de Ayuda Humanitaria de Emergencia a Inmigrantes recién llegados a las costas de la Isla de Fuerteventura, lo que nosotros denominamos “*Atención a pie de playa*”, con el que se pretende facilitar a este colectivo una atención inmediata.

El Proyecto, incluye recursos destinados a salvar la vida a los inmigrantes que se encuentren en peligro de ahogamiento. Contempla también la atención sanitaria a estas personas, que a menudo presentan problemas físicos, deshidratación, hipotermias, insolaciones o quemaduras.

Se llevará a cabo la intervención humanitaria mediante la constitución de Equipos de Respuesta Inmediata en Emergencia (ERIE), localizados en las zonas de mayor riesgo. Los ERIE estarán preparados para ser activados las 24 horas del día y se encargarán del suministro de alimentos y ropa, de la asistencia sanitaria básica, del traslado sanitario de los inmigrantes que necesiten primeros auxilios y de la búsqueda y salvamento de personas en peligro de ahogamiento.

Los equipos de respuesta rápida de Cruz Roja estarán coordinados con las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. El dispositivo de asistencia humanitaria se activará a raíz de los avisos de alarma que envíen los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, quienes informarán del lugar de la intervención, el número de personas a atender y la posible existencia de situaciones de vulnerabilidad (enfermos, accidentados, menores, mujeres embarazadas, etc.).

El proyecto de Cruz Roja para la atención humanitaria a pie de playa contempla la participación de profesionales y voluntarios. Su implantación será progresiva. La primera tarea que está ya en ejecución es la adquisición de los equipamientos necesarios, entre ellos una embarcación de búsqueda, varios vehículos todo terreno, una ambulancia asistencial urgente y un puesto de atención sanitaria, etc.

En los años 2002 y 2003 han llegado a las costas de Fuerteventura en torno a 8.000 personas anuales procedentes del continente africano, una cifra tres veces superior a la del año 2001. Este incremento coincide con la reducción en un 54% del número de pateras que arribaron a la España peninsular a través del Estrecho. La llegada masiva de inmigrantes está provocando que se desborden los mecanismos de respuesta que existen en la actualidad. Además de los problemas físicos que suelen presentar estas personas, cada vez es más frecuente la llegada de niños menores de edad y de mujeres embarazadas en avanzado estado de gestación, dos colectivos vulnerables que requieren de mayor atención. La asistencia humanitaria que comenzará a realizar Cruz Roja en Fuerteventura a partir del próximo mes, contribuirá a aliviar el sufrimiento de estos inmigrantes.

Desde la Organización Humanitaria a la que represento, entendemos que el fenómeno de la inmigración, pasa necesariamente por desarrollar estrategias de Cooperación al Desarrollo en origen, así como por la articulación de políticas que contribuyan a ordenar la llegada de estas personas y su acceso e integración sociolaboral.

No quisiera terminar sin hacer unas reflexiones personales:

- 1.- Las causas de la inmigración permanecen inalteradas a través del tiempo, sólo cambian las personas y las condiciones en que son recibidos y atendidos.
- 2.- A sabiendas de que la riqueza de Canarias se debe en gran parte al esfuerzo de nuestros emigrantes, se da la paradoja de que su retorno, en ocasiones no es bien visto, considerando a sus descendientes como unos inmigrantes más.
- 3.- Siempre se me plantea una duda cuando se maltrata o expulsa a un inmigrante. ¿No estarán maltratando o expulsando de su propia tierra a un pariente mío, descendientes de los que emigraron a otros países.?
- 4.- Los movimientos migratorios y lo que se genera en torno a ellos, es la forma de manifestarse la esclavitud del siglo XXI.

LAS SITUACIONES EXTREMAS QUE PLANTEAN LOS DIVERSOS SISTEMAS DE ENTRADA EN TERRITORIO ESPAÑOL

Antoni Bruel I Carreras

Coordinador General de Cruz Roja Española

Susana Gende Feely

Departamento de Intervención Social

Las causas de la migración son variadas, pero están casi siempre ligadas a una combinación de circunstancias existentes en los países de origen –como la falta de oportunidades sociales y económicas y la percepción de que esa oportunidad sí existe en el país de destino. Las personas que migran intentan escapar de unas situaciones sociales, políticas y económicas, cada vez más deterioradas que en ocasiones hacen difícil, por no decir imposible, mantener unas mínimas condiciones de dignidad en su vida cotidiana y en la de sus familias. La creciente desigualdad entre países ricos y pobres es uno de los principales desencadenantes de los flujos migratorios.

Es difícil emigrar si no se cuenta con la ayuda de otras personas en los países de tránsito y de destino. A menudo se trata de amigos y familiares, pero existen, cada vez más, redes organizadas que se dedican a explotar a grupos humanos ya de por sí vulnerables. El rápido aumento del tráfico y del contrabando de seres humanos es, en parte, una consecuencia evidentemente no buscada ni deseada de algunas políticas de restricción de la inmigración y control de fronteras, así como de sanciones a las compañías de transporte para ralentizar y controlar los crecientes flujos migratorios. El tráfico de personas se ha convertido en una industria que mueve miles de millones de dólares y que contribuye a aumentar la precariedad de muchas personas abocadas al endeudamiento de por vida, a las condiciones de esclavitud en sus trabajos y a la prostitución.

La inmigración internacional no es un fenómeno nuevo o coyuntural, ni es en sí misma una crisis o un desastre. Por el contrario, es una respuesta a situaciones concretas, tanto en los países de origen como de destino, y proporciona a todos los países una oportunidad para aumentar la diversidad cultural, establecer lazos entre los pueblos y contribuir a la paz. Además ofrece la oportunidad de una relación mutuamente beneficiosa entre estos países, a través del mercado de trabajo: los países ricos con poblaciones cada vez más envejecidas, necesitan mano de obra que sólo pueden conseguir mediante la migración procedente del exterior.

Pero, desgraciadamente, la inmigración puede ocurrir en un contexto y en unas condiciones que conducen a muchas de estas personas a la frustración, la explotación, la vulnerabilidad, la discriminación y la xenofobia, debido a las propias circunstancias sociales y de otro tipo que causan la migración, a la forma de gestionar los flujos migratorios y a la situación del inmigrante en el país de destino.

La complejidad del escenario de la inmigración en Europa preocupa claramente a la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y la Media Luna Roja que, en su Conferencia Regional celebrada en Berlín en Abril de 2002, constatando la absoluta urgencia de hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad causada por las migraciones internacionales, declaró su determinación a prestar una especial atención a las necesidades de todos aquellos a quienes la emigración ha puesto en una situación de peligro, especialmente aquellos que viven a la sombra de la ilegalidad, al no tener regulada su situación administrativa.

La Federación Internacional de la Cruz Roja (en adelante, FICR) reafirmó en la Carta de Berlín el derecho de toda persona a gozar de los derechos humanos básicos de acuerdo con la ley internacional y su determinación de utilizar su relación con los gobiernos y la sociedad civil, para hacer que esos derechos se extiendan a todos los recién llegados a nuestros países, independientemente de su situación administrativa. La Federación se comprometió en Berlín a emprender acciones inmediatas y continuadas para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad derivadas de todas las formas de desplazamientos humanos y a divulgar un mensaje que promueve la tolerancia, la no violencia dentro de la sociedad y el respeto hacia la diversidad étnica.

El Plan de Acción sobre Inmigración de la FICR, aprobado en Berlín, y al que pertenecen los párrafos introductorios de esta comunicación, abarca aspectos de protección, respuesta humanitaria, integración, sensibilización y lucha contra la discriminación, estrategias en materia de salud, acciones destinadas a combatir el racismo y la xenofobia e impulso a las actividades de búsquedas y reunificación familiar. Las Sociedades Nacionales de Cruz Roja Europeas, integradas en la fábrica social de nuestras comunidades desde hace décadas, nos encontramos en una situación clave -derivada de nuestro rol como auxiliares de los poderes públicos y de nuestro papel de cauce de participación ciudadana- para afrontar un reto de estas características. Por otro lado, nuestra identidad como organizaciones humanitarias nos obliga a asumir un claro posicionamiento a favor de las personas más vulnerables, entre las que se encuentran sobre-representadas muchas personas inmigrantes.

Refugiados e inmigrantes han sido siempre un colectivo prioritario, dentro de los programas de intervención que desarrolla Cruz Roja Española. En un principio, solicitantes de asilo y refugio eran en su mayoría los beneficiarios de los programas de atención a extranjeros, pero, a partir del año 1992, se estructuran y consolidan las actuaciones de atención a inmigrantes y el programa experimenta un fuerte impulso, ampliando su cobertura y su implantación territorial. Se trata de un grupo prioritario para nosotros, dadas las altísimas cotas de vulnerabilidad que presentan.

Nuestro programa tiene como objetivos el desarrollar acciones de acogida para cubrir las necesidades básicas de los recién llegados; impulsar políticas y proyectos destinados a facilitar su integración social y laboral; desarrollar campañas de sensibilización destinadas a promover la interculturalidad y prevenir los riesgos de xenofobia y, por último, proponer a quienes son responsables de las políticas públicas, respuestas que garanticen los derechos civiles y sociales de los inmigrantes, en la gestión de los flujos migratorios.

El programa abarca intervenciones de emergencia a la llegada: salvamento, primeros auxilios, atención médica y social, gestión de conflictos, etc. Se proporciona también asesoramiento social y legal, cobertura de necesidades básicas, cursos de idioma y desarrollo de habilidades sociales básicas, plazas en centros de acogida y -en los casos en que ello es

factible- se desarrollan acciones dirigidas a facilitar su inserción en el mercado laboral, a través de itinerarios personalizados. Este último tipo de intervenciones se enmarcan en un programa operativo de lucha contra la discriminación, co-financiado por la Unión Europea.

El número de inmigrantes atendido por la Cruz Roja Española (en adelante, CRE) en el año 2003 fue de 199.813 y el programa ha contado con el apoyo de 2.772 voluntarios.

El título de esta comunicación: “*Situaciones extremas que plantean los diversos sistemas de entrada en territorio español*”, nos remite a las imágenes tantas veces repetidas en los medios de comunicación que retratan el drama de la llegada de inmigrantes a las costas españolas. Pese a su impacto en los medios, las pateras no son la principal vía de entrada a nuestro país. Sin embargo, durante los últimos años, la llegada a nuestras costas de embarcaciones repletas de personas en situaciones de elevada precariedad, la pérdida de vidas en el mar, la incidencia de hipotermias, insolaciones, deshidratación y quemaduras... la presencia de menores no acompañados, bebés y mujeres embarazadas..., constituyen una realidad durísima que diariamente afrontan, además de sus protagonistas, efectivos de las fuerzas de seguridad del Estado y voluntarios de Cruz Roja Española en sus tareas de rescate y asistencia.

Dentro del abanico de actuaciones que desarrollamos, quizá la más conectada con el espíritu de nuestra Institución es precisamente la respuesta humanitaria en situaciones de emergencia. Los seis puntos de la geografía española donde se ha registrado el pasado año la mayor llegada de inmigrantes en pateras son Fuerteventura, Lanzarote, Tarifa, Algeciras, Barbate y Motril. Cruz Roja Española ha venido desarrollando en estos puntos, una asistencia centrada en el rescate, apoyo social, atención sanitaria y reparto de ayuda humanitaria. En concreto, entre los meses de enero a septiembre de 2003, CRE atendió a 10.369 personas en los seis puntos mencionados. La firma de un convenio con el Ministerio del Interior, a finales del pasado año, supuso un paso decisivo en la articulación de una respuesta más eficaz, ante el drama que supone la llegada de estas pequeñas embarcaciones a las costas de Andalucía.

Por un lado, este acuerdo posibilita el establecimiento de un mecanismo de coordinación entre los actores implicados –Cuerpos de Seguridad del Estado, Salvamento Marítimo y CRE- y un sistema de detección y atención a demandas de actuación urgente. Por otro, facilita la inversión en equipamiento y recursos humanos para la prestación de primeros auxilios, transporte, asistencia social y sanitaria, así como para hacer frente a acciones de búsqueda y salvamento.

La actuación se articula en torno a las ERIES, equipos de respuesta inmediata en emergencias, que constan de tres módulos de atención: Alimentación y abrigo / Asistencia sanitaria (primeros auxilios y transporte en ambulancias, así como puestos sanitarios) y Búsqueda y salvamento en el mar. CRE aporta la estructura de gestión y el voluntariado.

Mediante un acuerdo con el gobierno central y el autonómico, en concreto, el Ministerio del Interior y la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias, CRE pondrá en marcha próximamente el sistema de equipos de respuesta inmediata en emergencias, en el litoral de Fuerteventura, Como en las otras localizaciones, las ERIES estarán coordinadas con las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que serán los encargados de activar el dispositivo de emergencia humanitaria, informar sobre el lugar de la intervención, el número de personas a atender y la existencia de situaciones de máxima vulnerabilidad: enfermos, accidentados, menores, mujeres embarazadas, etc. Los equipos integrarán técnicos remunerados y voluntarios. La llegada de pateras a Fuerteventura ha sido tres veces superior en 2003 que en 2001.

Como he comentado antes, no son las costas la principal vía de entrada en territorio español, sino los aeropuertos, concretamente Barajas, aunque últimamente ha habido un descenso en las entradas debido a la exigencia de visados para personas procedentes de países como Ecuador. A través del aeropuerto llegan a España inmigrantes latinoamericanos, principalmente colombianos y ecuatorianos... también chinos. Llegan con un visado de turista -3 meses de estancia- pero muchos se convierten luego en irregulares. Estas personas han invertido en el viaje, se han endeudado. Aquí no pueden trabajar legalmente... allí no pueden volver, atenazados por las deudas. Otro drama es el del tráfico de mujeres, la mayoría procedentes de Europa del Este y de Latinoamérica -colombianas y brasileñas-

Situaciones extremas... un tema que nos preocupa especialmente, así como a las administraciones implicadas, es el de los menores no acompañados. Una pequeña parte de ellos proceden de países en conflicto y podrían ser susceptibles de asilo. El 80% de los menores extranjeros, según datos del Ministerio del Interior, son de origen marroquí.

El perfil de los menores es distinto, según procedan de núcleos urbanos o de la zona del interior y el Sáhara (los procedentes de esta zona tienen una fuerte vinculación con Canarias). En cuanto a los primeros, provienen en muchos casos de hogares monoparentales: abandono, migración... Los menores del ámbito rural no adolecen de la misma problemática familiar, aunque sufren un alto nivel de pobreza.

Los menores urbanos muestran también una realidad heterogénea. Algunos son niños de la calle, hijos de prostitutas, etc. Este grupo constituye una minoría. El resto proceden de hogares en transformación. Los muchachos se reúnen en el puerto y conocen perfectamente los horarios de los ferries. Aquí es muy importante el proceso de socialización de grupo. Viajan también en los ejes de los camiones o pasan la frontera como hijos de otros inmigrantes.

Los menores vienen con un proyecto migratorio, y esto es algo que debemos considerar. La ley internacional menciona el interés superior del menor, y en este marco, también debería tenerse en cuenta ese proyecto.

Los pasados 8 y 9 de diciembre, los gobiernos español y marroquí firmaron en Marrakech un Memorándum, entre cuyos contenidos se estipulan el de facilitar la identificación y posterior repatriación a Marruecos de los menores detectados.

Las normas internacionales reconocen como derecho del menor la reunificación familiar, pero un retorno sin unos planteamientos mínimos de integración socio-familiar puede provocar reiterados intentos de regreso a nuestro país, con el consiguiente riesgo para la vida de los menores, en el paso del Estrecho... La amenaza de la repatriación puede hacer también que los menores intenten evitar los sistemas de protección en nuestro país, identificando los centros de protección como una suerte de centros de retención, viviendo en la calle, traficando o dedicándose a la prostitución.

Otro apunte sobre situaciones extremas lo plantea el tema de las mujeres embarazadas. El acceso a la nacionalidad se consigue por "*derecho de sangre*" o por "*derecho de suelo*". Si los menores nacen en España y son reconocidos por su embajada, se les repatría junto con sus padres. Si prima el derecho de suelo, el menor puede conseguir la nacionalidad española, son los llamados "niños ancla". Algunas de las inmigrantes embarazadas entran en la prostitución y los menores son dados en acogida.

Por último, quisiera referirme a un fenómeno relativamente reciente, y es el desplazamiento en embarcaciones grandes, cuyo estado es previo al desguace. En estos casos, se compran los barcos, se dotan de tripulación y los inmigrantes pagan su pasaje. Las condiciones de inseguridad son terribles. En ocasiones los transportistas los dejan en pateras a pocos kilómetros de la costa, y en otras son interceptados.

Quiero agradecerles la oportunidad que me han brindado para exponer y compartir con Ustedes nuestra experiencia y, sobre todo, para enriquecer nuestra intervención con las magníficas aportaciones que he escuchado. Quiero manifestarles también el compromiso de CRE con las personas inmigrantes más vulnerables y nuestra decidida voluntad de colaborar con todos los actores implicados en este fenómeno, en la articulación de estrategias y medidas que contribuyan a evitar el riesgo de vidas, la sangría que la inmigración supone para los países de origen y la vulneración de derechos que un fenómeno tan complejo puede conllevar.

ANEXO I

CARTA DE BERLÍN

1. **Nosotros**

las Sociedades Nacionales Europeas de Cruz Roja y Media Luna Roja, reunidas en Berlín en Abril de 2002 para determinar nuestras prioridades durante los próximos cuatro años, constatamos la absoluta urgencia de hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad causadas por las migraciones internacionales y por la privación del derecho a la salud de un creciente número de personas vulnerables.

2. **Declaramos**

nuestra determinación a prestar una especial atención a las necesidades de todos aquellos a quienes la emigración ha puesto en una situación de peligro: las personas que viven en la sombra de la ilegalidad, las personas excluidas del acceso a los servicios sanitarios por definiciones que les discriminan y, principalmente, los niños cuyo futuro se ve amenazado por esta discriminación.

3. **Reafirmamos**

el derecho de toda persona a gozar de los derechos humanos básicos de acuerdo con la ley internacional. Utilizaremos nuestra excepcional relación con los gobiernos y la sociedad civil para hacer que esos derechos se extiendan a todos los recién llegados a nuestros países, independientemente de su situación legal. Queremos tener la garantía de que todas las personas afectadas por VIH/SIDA, tuberculosis y otras enfermedades infecciosas tienen libre acceso a una atención adecuada. Deseamos ampliar nuestra asistencia y protección a todos aquellos que la necesiten, de acuerdo con las leyes humanitarias internacionales, los derechos humanos, la tolerancia y la dignidad humana.

4. **Nos comprometemos**

tanto nosotros como nuestros abnegados y motivados voluntarios y trabajadores, a emprender inmediatas y continuadas acciones para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad derivadas de todas las formas de desplazamientos humanos, independientemente del status de los propios individuos, y a no reparar en esfuerzos para garantizar que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud.

5. **Nos comprometemos**

a poner en práctica el Plan de Acción de Inmigrantes y el Plan de Acción de Salud, conscientes de que será necesario redoblar nuestros esfuerzos, a nivel nacional e internacional, para formar alianzas y asociaciones con el fin de conseguir los recursos necesarios y para compartir conocimientos y experiencias.

6. **Nos comprometemos**

a divulgar nuestro mensaje, promoviendo la tolerancia, la no-violencia dentro de la sociedad y el respeto hacia la diversidad étnica, así como a instar a los gobiernos para que garanticen el respeto a los derechos básicos de todas las personas presentes en sus respectivos países, sin discriminación alguna.

7. **Hacemos un llamamiento**

a nuestros gobiernos y a las organizaciones internacionales, regionales y locales para que respalden nuestros esfuerzos y nos proponemos trabajar conjuntamente con ellos para llevar estos temas a la 28 Conferencia Internacional de Cruz Roja y Media Luna Roja de 2003.

RETOS HUMANITARIOS Y SITUACIONES DE VULNERABILIDAD

8. Las profundas transformaciones que se han producido en Europa, al igual que en otras partes del mundo, durante la última década, han proporcionado a sus gentes la esperanza de un futuro mejor para ellos y sus hijos. Pero, al mismo tiempo las transformaciones han provocado un significativo cambio social y económico, incrementando la vulnerabilidad de un creciente número de hombres, mujeres y niños. Esto se hace

patente a través de nuevas formas de xenofobia y discriminación, nuevos problemas de salud y problemas de separación de familias.

9. La Conferencia de Berlín tiene lugar en un momento en el que los resultados de la acción humanitaria internacional están seriamente amenazados por la falta de respeto a las leyes humanitarias internacionales y a los derechos humanos. Existe una absoluta necesidad de reafirmación del respeto a los Principios Fundamentales del Movimiento de Cruz Roja y Media Luna Roja, a las leyes humanitarias internacionales y a los derechos humanos como punto de partida para reducir la vulnerabilidad y poder proteger y atender a la población más vulnerable.

10. Nuevas y viejas enfermedades extienden el sufrimiento, mientras los servicios sanitarios y sociales luchan por atender la creciente demanda. Los más débiles siguen siendo los que más sufren. Las Sociedades Nacionales de Cruz Roja y Media Luna Roja son conscientes de que estos complejos problemas afectan a todo el mundo y no son específicos de Europa. El mundo se enfrenta a una serie de retos y el Movimiento de Cruz Roja y Media Luna Roja se encuentra en situación privilegiada para afrontarlos. Los conflictos armados, los desastres naturales y el empobrecimiento causado por un desigual desarrollo económico y social, destrozan la vida de muchísimas personas.

CAPACIDAD

11. Para lograr nuestros objetivos en el campo de la inmigración y la salud, nos aseguraremos de que las actuaciones de nuestras Sociedades Nacionales responden a estos problemas, centrándose prioritariamente en ellos, así como de que se está utilizando toda la capacidad y la potencialidad de nuestras organizaciones. Fomentaremos una cultura de inclusión en el seno de nuestras Sociedades Nacionales.

12. Pediremos a la Federación y a su secretaría que respalde, conjuntamente con el CICR, nuestros esfuerzos para crear nuestra capacidad operativa e intentaremos intensificar nuestros esfuerzos en este campo.

13. Usaremos asimismo nuestra red mundial de búsqueda y nuestra excepcional posición a la hora de proporcionar primeros auxilios, ayuda psicológica y atención de emergencia para hacer frente a las urgencias identificadas en esta conferencia.

14. Nos comprometemos a garantizar que en nuestras organizaciones haya una participación equilibrada de personas de todos los sectores de la sociedad, asegurándonos de que sea un fiel reflejo de la cultura de la diversidad de nuestras comunidades, con particular énfasis en el equilibrio entre géneros

COLABORACIÓN

15. Desarrollaremos nuestra acción y nuestra campaña de defensa de los intereses de los más vulnerables en colaboración con ellos mismos, con nuestros gobiernos, con las organizaciones internacionales, la sociedad civil y el sector privado.

16. Confiamos en que nuestros gobiernos cumplan los compromisos que adquirieron cuando adoptaron el Plan de Acción de la 27 Conferencia de Cruz Roja y Media Luna Roja, y reafirmamos nuestro compromiso de trabajar de una forma constructiva con ellos para la puesta en práctica del citado Plan de Acción.

17. Solicitamos a la Secretaría de la Federación que establezca y desarrolle relaciones con la Unión Europea, el Consejo de Europa y otras organizaciones humanitarias y técnicas de carácter nacional e internacional, como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Programa Conjunto de las Naciones Unidas en materia de VIH/SIDA, el Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas (PDNU) y otras organizaciones regionales y sub-regionales, así como con organizaciones no gubernamentales.

COMPROMISO CONTINUADO

18. Somos conscientes de que el impacto real de las decisiones tomadas en la Sexta Conferencia Regional Europea de Cruz Roja y Media Luna Roja dependerá del compromiso continuado durante todo el proceso de seguimiento, manteniendo el espíritu de colaboración entre las Sociedades Nacionales y con la sociedad, los gobiernos y las organizaciones e instituciones que comparten nuestras preocupaciones. Nosotros por nuestra parte nos comprometemos a mantener ese espíritu.

19. Nos comprometemos asimismo a llevar a cabo acciones prácticas, a trabajar juntos y a buscar la colaboración de los gobiernos y las organizaciones nacionales e internacionales. Pondremos en marcha y desarrollaremos nuestros programas en sintonía con los Planes de Acción de esta Conferencia sobre inmigración y salud, guiados por el Proceso de Seguimiento acordado.

ANEXO II

PLAN DE ACCIÓN SOBRE INMIGRACION

Las causas de la inmigración son variadas, pero están casi siempre ligadas a una combinación de circunstancias existentes en los países de origen, como la falta de oportunidades sociales y económicas, y la percepción de que esa oportunidad sí existe en el país de destino. La creciente desigualdad entre países ricos y pobres es uno de los principales factores desencadenantes de los flujos migratorios. La gente trata de escapar de unas situaciones socio-económicas cada vez más deterioradas, con pocas posibilidades para mantenerse ellos mismos y sus familias.

Es difícil emigrar si no se cuenta con la ayuda de otras personas en los países de tránsito y de destino. A menudo se trata de amigos y familiares, pero existen cada vez más criminales que se dedican a explotar a grupos ya de por sí vulnerables. El rápido aumento del tráfico y del contrabando de seres humanos es en gran medida consecuencia de la política de los gobiernos con sus legislaciones de restricción de la inmigración y de control de las fronteras y sus sanciones a las compañías de transporte para ralentizar y controlar los crecientes flujos migratorios. El tráfico y contrabando de seres humanos se ha convertido en una industria que mueve miles de millones de dólares y que contribuye a aumentar la vulnerabilidad de muchas personas abocadas al endeudamiento de por vida, a las condiciones de esclavitud en sus trabajos y a la prostitución.

El Plan de Acción sobre Inmigración abarca una serie de situaciones de vulnerabilidad derivadas de los movimientos migratorios a través de las fronteras. Se centra, de acuerdo con los Principios Fundamentales, en los más vulnerables y en aquellos inmigrantes con una mayor y más urgente necesidad de protección y atención, así como aquellos que no pueden o -por la razón que sea, no desean- acogerse a las disposiciones de la Convención de 1951 de las Naciones Unidas relativa al Estatuto de Refugiados y al Protocolo de 1967.

La inmigración internacional no es ni un fenómeno nuevo, ni es en sí mismo una crisis o un desastre. Por el contrario, la inmigración es una respuesta a unas situaciones concretas tanto en los países de origen como de destino y proporciona a todos los países una oportunidad para aumentar la diversidad cultural, establecer lazos entre los pueblos y contribuir a la paz. Además, existe la posibilidad de una relación mutuamente beneficiosa entre estos países a través del mercado de trabajo: los países ricos con poblaciones cada vez más envejecidas necesitan mano de obra que sólo pueden conseguir mediante la inmigración procedente del exterior.

Pero, desgraciadamente, la inmigración suele ocurrir en un contexto y en unas condiciones que conducen a muchos inmigrantes a la frustración, la explotación, la vulnerabilidad, la discriminación y la xenofobia, debido a las propias circunstancias sociales y de otro tipo que causan la migración, a la forma de gestionar los flujos migratorios y a la situación del inmigrante en el país de destino.

Las Sociedades Europeas de Cruz Roja y Media Luna Roja emprenderán acciones a nivel interno, abordando la cuestión de la diversidad, y a nivel externo, mediante la prestación de servicios y la puesta en marcha de campañas para mejorar las condiciones de los inmigrantes internacionales y de aquellas personas a las que la inmigración ha puesto en una situación de vulnerabilidad en cualquiera de las fases del proceso de migración.

GUÍA OPERATIVA

La inmigración es un fenómeno cambiante. Por su amplitud y complejidad, desborda la capacidad de respuesta de una sola organización o gobierno. Es pues esencial la cooperación entre todos los componentes del Movimiento para abordar la cuestión de la inmigración internacional. La comunicación y la cooperación con otras organizaciones, así como con los propios afectados, es vital si se quiere que el Movimiento obtenga resultados.

Las Sociedades Nacionales de los países de origen, tránsito y destino tienen que mejorar su cooperación y crear entre ellas las redes apropiadas para proteger, ayudar y atender mejor a los inmigrantes y sus familias, independientemente de su estatus.

Protección

- Velar por los derechos básicos de las personas, uno de los mandatos del Movimiento, proporcionando información que incluya asesoramiento legal y consejo dentro de una total confidencialidad.
- Actuar contra todas las formas de explotación y frustración (individual y estructural) de los inmigrantes y de todas aquellas personas afectadas por este fenómeno.
- Desarrollar innovadores mecanismos de atención que tengan en cuenta las circunstancias de los inmigrantes, incluida la detención.

- Proporcionar información y asistencia, a través del CICR, a las Asambleas Nacionales, para que puedan atender mejor las necesidades de los inmigrantes y solicitantes de asilo detenidos.

Respuesta humanitaria

- Responder a las necesidades humanitarias, proporcionando comida, cobijo, ropa, agua potable y asistencia médica y psico-social.
- Prestar servicios de búsqueda para mantener la comunicación familiar.
- Ayudar a los inmigrantes a que ejerzan sus derechos básicos, mediante la información, el asesoramiento y el consejo.

Integración

- Promover la integración y/o la reintegración en la medida de lo posible, informando a los interesados de las condiciones, derechos y obligaciones, incluyendo, si fuera el caso, información sobre las posibilidades de regreso a sus países de origen.

Campaña

Una efectiva campaña de defensa de los intereses de los inmigrantes debe realizarse a todos los niveles, incluidos los gobiernos, los medios de comunicación y el público en general y debe centrarse en:

- Una lucha activa contra el racismo, la xenofobia y la discriminación, mediante la promoción del respeto, la tolerancia y el imperio de la ley;
- Una campaña a favor de una política de inmigración, tanto interna como internacional, justa y humana, y contra las respuestas contradictorias;
- Una defensa del respeto a los derechos de los inmigrantes;
- La ratificación de la Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Inmigrantes y de los Miembros de sus Familias¹;
- El establecimiento de unas posiciones comunes de Cruz Roja y Media Luna Roja sobre temas de inmigración;
- Una campaña a favor de creación de instituciones de desarrollo sostenible y democrático en todos los países;
- Y una campaña dirigida a que las personas tomen decisiones informadas a la hora de emigrar.

Como primer paso, la Federación reunirá ejemplos de buenas prácticas y materiales de las distintas Asambleas Nacionales y las difundirá lo más ampliamente posible dentro del Movimiento.

SALUD E INMIGRACIÓN

Los países europeos se enfrentan al reto de tener que responder a las necesidades de un creciente número de inmigrantes y solicitantes de asilo, muchos de los cuales se encuentran en situaciones vulnerables. Los inmigrantes y solicitantes de asilo tienen derechos fundamentales que deben ser respetados, especialmente el derecho a la salud. Cruz Roja y Media Luna Roja tienen la misión de proteger a la población vulnerable. Las Asambleas Nacionales tienen entre sus objetivos ayudar a los inmigrantes a integrarse en sus nuevas comunidades. Este compromiso ha sido expresado en documentos como la Declaración de Copenhague, Estrategia 2010 y Estrategia para el Movimiento.

Para cumplir esta misión, proponemos la adopción de una estrategia global que comprenda la inmigración y la salud. Esta estrategia se basa en los siguientes supuestos:

- El acceso inmediato a los servicios públicos de salud debe ser una norma obligatoria en la lucha contra la vulnerabilidad social, independientemente del status legal de los inmigrantes y solicitantes de asilo.
- La atención sanitaria es un camino hacia otros recursos de integración, partiendo de que la salud física y la mental son requisitos básicos para una adecuada integración social y refuerzan la capacidad de las personas para enfrentarse a los innumerables retos y tensiones que la integración lleva consigo. Así pues, la salud debe estar contemplada en todos los proyectos dirigidos a grupos de inmigrantes y debe ser promovida como un requisito básico para una adecuada participación en el país de acogida.

¹ Adoptada como documento 45/148 por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de Diciembre de 1990.

- La consideración de la población extranjera como un grupo potencialmente, aunque no necesariamente, vulnerable. De hecho, las personas que han sido capaces de dejar sus países en busca de una vida mejor y más segura, y han conseguido su propósito, deberían probablemente ser consideradas personas muy fuertes, con una gran capacidad. No obstante, los inmigrantes se ven afectados por contextos anteriores y posteriores a la emigración que también tienen que ser cuidadosamente considerados a la hora de elaborar los planes de actuación.
- El sexo, la edad, la salud y el nivel de estudios son importantes variables a tener en cuenta en la elaboración de los planes para la integración y la atención sanitaria. Se deberían poner en marcha discriminaciones positivas, teniendo en cuenta las permanentes desventajas con que se encuentran estos grupos – ancianos, personas enfermas y minusválidas, mujeres y niños. Algunas personas, especialmente mujeres, deberían actuar como promotoras de los servicios sanitarios y de prevención dentro de sus respectivos grupos étnicos o nacionales. Por otra parte, en las citas con el personal sanitario, los inmigrantes se enteran de la existencia de otros recursos necesarios como servicios sociales, oportunidades de empleo, asesoramiento legal, etc.
- La necesidad de establecer y mejorar las relaciones interculturales, principalmente con respecto a las habilidades lingüísticas y personales.

Para promover una activa participación en el terreno de la salud, es importante desarrollar los recursos necesarios para hacerlos viables y para evitar la discriminación. La mediación intercultural también es importante para prevenir la desconfianza hacia las autoridades, especialmente en el caso de las personas torturadas, perseguidas o con problemas.

La estrategia se divide en tres niveles:

1 Adaptación interna

Integrar esta estrategia en nuestras propias organizaciones, lo que conlleva una redistribución de los recursos, la formación del personal y de los voluntarios y el establecimiento de indicadores comunes para potenciar la red y el intercambio de buenas prácticas.

2 Campaña de defensa concienciación a nivel nacional e internacional

Promover y defender una amplia definición de salud, como “un estado de completo bienestar físico, mental y social y no sólo la ausencia de malestar o enfermedad”. Promover asimismo el concepto de buena salud como un derecho inalienable y universal. Entre las ideas prácticas para esta campaña estaría convencer a los medios de comunicación, a los mandatarios y a las autoridades gubernamentales de que cambien los mensajes negativos en los que se asocian las lacras sanitarias y la violencia con la inmigración. Desarrollar campañas y celebrar mesas redondas con profesionales de la salud, voluntarios, asociaciones de inmigrantes, profesores y trabajadores sociales sobre los nuevos desafíos y las nuevas propuestas en materia de salud e inmigración.

3 Desarrollo de áreas servicios es ecíficos

El tercer nivel incluye las siguientes cuatro áreas:

Atención primaria

Aplicar el concepto de Atención Primaria desarrollado por la OMS y facilitar el acceso de la población inmigrante a la salud, incluida la atención psicológica y las terapias post traumáticas en los casos necesarios. Esta tarea tiene una doble vertiente: por una parte trabajar en pro de un proceso de regularización entre los inmigrantes y solicitantes de asilo y por otra luchar por el acceso de todos a los servicios sanitarios salud y a la integración.

Trabajar en la prevención de enfermedades mediante campañas que pongan el acento en el cuidado de la propia salud y el respeto hacia uno mismo. Trabajar en todos los niveles de la pirámide ayuda/necesidad, desde las necesidades más básicas al desarrollo personal, haciendo especial hincapié en la capacidad personal en cada uno de los niveles. Entre las herramientas y actividades dirigidas a este fin estarían los encuentros con profesionales de la salud y con mediadores, la publicación de guías en varios idiomas para facilitar el acceso y el uso correcto de los servicios, la promoción de la integración social y laboral, la formación de los voluntarios y el personal en temas de inmigración y de relaciones interculturales.

Atención a enfermedades específicas y a nuevas patologías

La salud de los inmigrantes está condicionada por dos contextos, el anterior a la migración y el posterior. La mala salud previa a la emigración puede deberse a un peor nivel de asistencia sanitaria en el país de

origen, con enfermedades endémicas, como tuberculosis, hepatitis, VIH/SIDA, etc. Estas enfermedades se deben a menudo a factores socio-económicos, como el hacinamiento y las viviendas en malas condiciones, la desnutrición, la falta de agua potable... Los problemas físicos y psico-sociales y las experiencias traumáticas pueden ser otro factor. La salud posterior a la emigración viene frecuentemente determinada por las condiciones en las que muchos inmigrantes se ven forzados a vivir o trabajar en el país de destino. La pobreza y la exclusión social pueden generar problemas de salud. En cuanto a la situación anterior a la emigración, habría que integrar las políticas de control de las enfermedades y de atención primaria, posiblemente a través de la ayuda para el desarrollo. En el caso de la situación posterior, deben llevarse a cabo campañas de concienciación, así como proyectos de desarrollo social para impedir la exclusión y erradicar la pobreza.

Reproducción y salud y cuestiones de género

Los temas relacionados con la sexualidad y la reproducción son temas especialmente sensibles para las mujeres inmigrantes que sufren discriminación. Deberían ponerse en marcha toda una serie de acciones encaminadas a respaldar a esas mujeres y a fomentar su papel como promotoras de salud. Ello supone la implicación de las mujeres en todas las fases de la intervención social. Habría que poner un énfasis especial en las mujeres que se ven forzadas a la prostitución, en las víctimas de los traficantes y en aquellas que pueden sufrir mutilación genital.

Atención médica y competencia intercultural

Existen cuatro problemas básicos: etnocentrismo, conflicto religioso, obstáculos a la comunicación y miedo y rechazo de lo desconocido. La estrategia propone mejorar las relaciones terapéuticas mediante el respeto y el entendimiento mutuos, el establecimiento de una situación de confianza, credibilidad y confidencialidad. En suma, hay que poner el acento en la ética médica, situando los aspectos técnicos de la medicina en un marco humano.

Animamos a las Asambleas Nacionales a hacer suya esta estrategia y a promoverla a nivel local, regional y nacional.

RACISMO Y XENOFOBIA

La escalada del racismo, la xenofobia y otras formas de discriminación, así como el aumento del número de ataques por razones de origen étnico o creencia religiosa especialmente dirigidos contra inmigrantes, tanto irregulares como documentados, refugiados y solicitantes de asilo, son temas que preocupan a las Asambleas Europeas de Cruz Roja y Media Luna Roja, así como al conjunto del Movimiento de Cruz Roja y Media Luna Roja.

Las Asambleas Europeas de Cruz Roja y Media Luna Roja se comprometen a:

- Garantizar que Cruz Roja y Media Luna Roja está abierta a todas las personas de la comunidad y acoge a todos aquellos que quieran participar en las actividades de voluntariado;
- Garantizar que cada Asamblea Nacional, tanto a nivel directivo, como operativo y ejecutivo, refleja la composición de la sociedad, dando una importancia especial a la representación étnica, de género y de la juventud, como un paso fundamental para prevenir y combatir la discriminación dentro de las Asambleas Nacionales;
- Empezar la lucha contra el racismo y la xenofobia en el marco de la lucha contra la exclusión y la discriminación en todas sus formas y a promover una cultura de tolerancia, de respeto mutuo y de justicia y paz entre todas las civilizaciones;
- Poner en práctica los Principios Fundamentales para ejercer influencia tanto dentro como fuera del Movimiento, así como a desarrollar nuevas iniciativas para impedir y reducir la discriminación y la violencia relacionadas con el racismo y la xenofobia;
- Condenar públicamente y actuar contra todas las formas de racismo, xenofobia y discriminación, basándose en los Principios Fundamentales y en la experiencia práctica del Movimiento en este terreno;
- Hacer una campaña activa de defensa de los derechos básicos de las personas y de los grupos que corren peligro en sus países, creando en los casos necesarios, condiciones de seguridad para las personas amenazadas por la violencia o la discriminación;
- Establecer o desarrollar acuerdos de cooperación con otras Asambleas Nacionales, tanto en un contexto bilateral como a nivel de red, y a trabajar con otras asociaciones, incluidas las asociaciones de inmigrantes, los organismos gubernamentales y las organizaciones internacionales, para luchar con más fuerza para impedir y reducir la discriminación y la violencia relacionadas con el racismo y la xenofobia;
- Presentar pruebas de los pasos dados para luchar contra el racismo, la xenofobia y otras formas de discriminación en la Asamblea General de Federaciones de 2003.

En este contexto y sobre las bases de nuestros Principios Fundamentales y de las decisiones tomadas hasta ahora, nosotros, las Asambleas Europeas de Cruz Roja y Media Luna Roja, emprenderemos acciones firmes, persistentes y directas para combatir el racismo y la xenofobia y para ello:

- Promoveremos la tolerancia y el respeto en el interior de nuestras Asambleas Nacionales, desarrollando y poniendo en marcha estrategias de diversidad y haciendo que los voluntarios y el personal – tanto a nivel ejecutivo como operativo – conozca, entienda y promueva una sociedad tolerante y respetuosa hacia los demás;
- Integraremos la lucha contra el racismo y la xenofobia en nuestras actividades programáticas diarias y en nuestras estructuras y procesos de gobierno y trabajo;
- Adquiriremos y compartiremos experiencias, conocimientos y buenas prácticas en la lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación relacionada con estos fenómenos, tanto dentro como fuera del Movimiento, especialmente en cooperación con las asociaciones de inmigrantes, gobiernos, ONGs y organismos, agencias y programas de las Naciones Unidas;
- Desarrollaremos metodologías, programas y campañas innovadores e interactivos para influir sobre la conducta de las distintas comunidades y concienciarlas, prestando una especial atención a la educación antirracista, conscientes del gran valor de los jóvenes como agentes del cambio;
- Ofreceremos servicios médicos a las víctimas de la discriminación racista y xenófoba, así como otros programas de refuerzo, prestando especial atención a los grupos más vulnerables, como mujeres y niños;
- Promoveremos y participaremos en la puesta en práctica y la salvaguardia de los derechos humanos a nivel nacional e internacional y de las legislaciones y políticas anti-racistas, especialmente la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia, adoptados en Durban en 2001;
- Pondremos en marcha la acción global de la Federación para reducir la discriminación y la violencia en la sociedad.

BÚSQUEDA Y REUNIFICACIÓN FAMILIAR

Las Asambleas Nacionales de Cruz Roja y Media Luna Roja quieren poner de relieve los siguientes puntos:

- Conocer la suerte de una persona querida es una necesidad humana tan básica como la necesidad de comida, de asistencia médica, de alojamiento, etc.
- El único objetivo de la red de búsqueda mundial de Cruz Roja y Media Luna Roja es el restablecimiento de los lazos familiares.
- El papel fundamental que desempeñan los servicios de búsqueda como un componente más de la respuesta del Movimiento en los casos de conflictos y situaciones de emergencia.

Atendiendo a las Resoluciones de la 25 Conferencia Internacional relativas a las actividades de búsqueda, las Asambleas Nacionales de Cruz Roja y Media Luna Roja, colaborando entre ellas, con las Asambleas Nacionales de países no europeos y con el CICR, garantizarán sus servicios y asistencia a los más vulnerables. Entre ellos se encuentran los inmigrantes separados de sus familiares y que no tienen noticias de ellos. Todas aquellas personas que precisen de estos servicios deben poder tener acceso a ellos independientemente de su situación legal.

Las Asambleas Nacionales Europeas pondrán en práctica todas las directrices, tal como se acordó por parte de las Asambleas Nacionales y el CICR, en un esfuerzo por restablecer los lazos familiares. (Las Asambleas Nacionales Europeas se esforzarán al máximo en indicarse unas a otras las secciones más relevantes de las citadas directrices al llevar a cabo las pertinentes investigaciones).

Las Asambleas Nacionales Europeas deben responder al estado psicológico de las personas que no tienen noticias de sus familiares. Así pues prestarán atención a las necesidades psicológicas en sus programas de formación para el personal y los voluntarios encargados de la búsqueda, así como a la hora de diseñar y prestar estos servicios.

Las Asambleas Nacionales Europeas, dentro del marco de sus programas de cooperación, tanto a largo plazo como en situaciones de emergencia, se ayudarán mutuamente en el desarrollo de las actividades de búsqueda, de acuerdo con las políticas acordadas dentro del Movimiento.

Con el fin de reforzar la red de búsqueda del Movimiento, las Asambleas Nacionales Europeas facilitarán y ampliarán el intercambio de experiencias y conocimientos entre sus respectivos servicios de búsqueda, trabajando conjuntamente, organizando seminarios y reuniones regionales, etc.

Para ampliar el intercambio de información, instamos a la Secretaría de la Federación a que continúe con sus esfuerzos para conectar todas las Asambleas Nacionales a Internet y, más específicamente, para crear una dirección de correo electrónico para los servicios de búsqueda, contactando con todas las Asambleas Nacionales e instándolas a que instalen y usen esta dirección.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente dicho, la Sexta Conferencia Europea de Cruz Roja y Media Luna Roja, insta a las Asambleas Nacionales de Europa a que redacten para Mayo de 2004 un plan de desarrollo a medio plazo del servicio de búsqueda.

EL ESTADO, CONTRA LAS BIENAVENTURANZAS

Juan José Téllez Rubio

Periodista y Escritor

El gran escenario del desembarco de la inmigración irregular en la Península Ibérica, como ya se ha dicho, es el aeropuerto de Barajas y no sé que tipo de voluntariado habrá allí además de los aduaneros y las fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado, para atender a los inmigrantes que llegan y que a menudo terminan más perdidos que Tom Hanks en “*La Terminal*” de Steven Spielberg. Muchos de ellos, cuando acceden a nuestro país, no asumen la identidad de inmigrantes sino turistas aunque hayan sido disfrazados como tales por las agencias de viajes que les facilitan todos los requisitos para no despertar sospechas, a cambio de un préstamo cuyos intereses leoninos les hipotecan para buena parte de sus vidas.

Pero yo lo que conozco, y no demasiado bien porque nunca se acaban de conocer bien las cosas, es lo que ocurre en el área del Estrecho. Y lo que ocurre allí fundamentalmente es que nos estamos gastando una millonada en el Sistema Integrado de Vigilancia Exterior (S.I.V.E.) y en otoño dejamos morir a 37 personas frente a las costas de la súper base de Rota mientras esperábamos a los agentes necesarios para esposar a los cadáveres en que se convirtieron casi todos los ocupantes de la embarcación.

Y esto me confirma esta especie de ceremonia hipócrita que estamos desarrollando entorno a la inmigración, un fenómeno del que vivimos un poco todos, no sólo las mafias; un problema que en realidad no lo es y que ya mueve una ingente suma de dinero, desde los presupuestos públicos a la actividad de las oenegés, los ingresos de la economía sumergida o los salarios de policías y periodistas que nos dedicamos a esta cuestión.

Yo creo que la inmigración, hoy por hoy y con independencia de la terminología al uso que la califique como fenómeno, problema o vayan ustedes a saber qué frase le endilgamos para encasillarla, es un negocio que trafica con seres humanos, no sólo con su carne ni con su trabajo, sino con sus sueños y a veces lo hacemos sin darnos cuenta. Lo hacemos de una forma voluntarista y a veces lo hacemos de una forma absolutamente ambiciosa. Ocurre cuando se habla de mafia, por ejemplo. Estoy de acuerdo en que por supuesto hay que combatir a las organizaciones que se enriquecen a costa de esta nueva trata de esclavos, porque se supone que la esclavitud, hace más de un siglo, quedó abolida en este país y nos costó mucho trabajo en abolirla.

Fuimos de los últimos países en firmar el acta de abolición de la esclavitud, pero aún hay, aquí y ahora, que combatirla en todos los niveles. Esto es, no nos contentemos con sentar en el banquillo a los robagallinas que se llaman rais o tiburones, patrones de patera, por lo general, marinos que cobran un dinero a costa del supuestamente honorable armador que generalmente no suele ser detenido. Pero tampoco cabe olvidar la cumbre de la mafia. Yo aprendí mucho de la vida leyendo novelas policíacas y recuerdo que el asesino solía res-

ponder a un móvil concreto y, en este caso, el mejor móvil para este crimen es el dinero, el mejor móvil es el beneficio y ¿quién se está beneficiando de la asistencia a la inmigración clandestina? Pues, fundamentalmente, una serie de mal llamados empresarios que están resucitando las prácticas de los negreros al estilo de la cabaña del Tío Tom y que, a su vez, raramente acaban sentados en el banquillo. Ni siquiera suele sorprenderseles en esta flagrante práctica de competencia desleal contra otros empresarios que no abusan de esa legión de mano de obra barata sin derechos ni papeles, así que difícilmente en los tiempos neoliberales que corren se les acaba imputando su complicidad en esa nueva historia universal de la infamia que es la explotación del hombre por el hombre. Frente a esa vulneración de la legalidad vigente, ¿qué hace el Estado? En la provincia de Almería, por ejemplo, que ha vivido un milagro agrícola tremendo, en el año 2000, cuando ocurrieron los sucesos del Ejido, había 6 inspectores de trabajo para toda la provincia. A partir de ley de Extranjería 4/2000, que le cuesta un disgusto y una dimisión a Manuel Pimentel, apostó de firme en su filosofía por incrementar el número de inspecciones y sanciones contra esas contrataciones ilegales. Pero, sucesivamente y a partir de la reforma de la Ley 8/2000, salvo algún caso excepcional, no han sido espectaculares los resultados de esa persecución legal hacia la patronal del nuevo esclavismo.

Estamos intentando salvar la cara, elaborar filosofías sobre asimilación, integración y sexo de los ángeles cuando aquí todavía estamos asistiendo a un lento genocidio económico en aguas del Estrecho. El Estrecho ha matado a más gente que ETA en menos tiempo. ETA ha matado a 840 personas en 30 años y el Estrecho lleva miles de muertos. No pienso quitarle importancia a esa matanza vorazmente asesina que representa el terrorismo etarra, pero llamo la atención sobre el hecho palpable de que no nos produzca similar inquietud los muertos del Estrecho que los muertos a manos de ETA. ¿Acaso suscitan, unos y otros, el mismo escándalo político? ¿Ponemos todos de nuestra parte para evitar esas muertes de espaldas mojadas? ¿Cuánto presupuesto del Sistema Integrado de Vigilancia Exterior se destina a ayuda humanitaria a los inmigrantes en apuros? ¿Disponemos de todos los medios posibles para que no vuelva a ocurrir lo que ocurrió con la zodiac de Rota? Me temo que no.

Frente a todo ese estado de cosas, el voluntariado –como ocurre con muchas otras facetas de la sociedad civil a escala mundial y no sólo estatal empieza a ocurrir un triste papel, que es el de paripé, el de coartada que en algunos casos propicia el abandonismo por parte de algunos gobiernos de misiones que tendrían que asumir en primera persona como un Estado de Derecho debe comprometerse en la protección de la ciudadanía, venga de donde venga. Estoy encantado de que Cruz Roja mantenga sus posiciones en la costa de Tarifa, cada verano. Y lo estoy, sobre todo, porque Cruz Roja ha supuesto el ojo público, el ojo independiente que nos ha servido a todos para que, de alguna manera, sepamos algo de lo que está ocurriendo en la Isla de las Palomas, esa especie de Ellis Island neoyorquina a la andaluza, a cuyas notables deficiencias habrá que poner remedio más temprano que tarde porque no creo que eso sea el modelo de acogida a los inmigrantes irregulares que debe proponer un estado de derecho como el nuestro.

Estoy encantado con que Cruz Roja esté allí, con que Cruz Roja, al menos, esté facilitando comida a los inmigrantes mediante un convenio del ministerio del Interior. Me parece estupenda la cooperación entre administraciones y ONGs, pero un Estado que se precie debe tener un sistema de atención que cuente esencialmente con los propios medios del Estado, con su propio presupuesto. ¿Por qué no reservamos la acción de ONGs tan presti-

giosas, tan antiguas y tan veteranas como ésta a la que me honro en pertenecer como socio suscriptor desde mediados de los 80, para esos países en donde el desarrollo del Estado de Derecho sea más precario y donde haga mucha menos falta que aquí? Porque aquí podíamos prestar ese mismo servicio por parte de nuestras propias infraestructuras, llámese servicio de medicina exterior, llámese ministerio de salud, servicio andaluz de salud y otros recursos estrictamente públicos e institucionales.

No vamos a descubrir, aquí, al voluntariado. Supone, hoy por hoy, una avanzadilla de las banderas de la utopía, de la cooperación y de la solidaridad. Pero no nos convirtamos en cómplices de aquellos que están preconizando una privatización de la vida pública, incluso en aquellos aspectos que tendrían que ser esencial e irrenunciablemente públicos. No digo que hemos llegado todavía a ese escenario indeseable, pero podemos estar aproximándonos. Podemos bajar la guardia de las conquistas del llamado Estado del Bienestar si, desde el ámbito de las instituciones y desde el ámbito de las ONGs y desde el ámbito de la sociedad civil o de los medios de comunicación, no somos extremadamente críticos ante lo que está ocurriendo delante de nuestras narices. Para ser críticos sobre lo que está ocurriendo en la zona del Estrecho, habrá que decir por ejemplo que el voluntariado no se reduce sólo, y es mucho, a la presencia de Cruz Roja de una forma activa en la zona y me parece que nunca se halagará lo suficiente el papel jugado por Juan Triviño en la asamblea de Cruz Roja de Tarifa, así como por parte de otros voluntarios y por otros socios de Cruz Roja en ese mismo lugar. Hay otros cómplices de la mano abierta a los recién llegados en ese mismo frente litoral. Por ejemplo, la Iglesia, que juega aquí un papel muy distinto al que ha jugado en otros ámbitos del Estado y a escala internacional. La Pastoral de Migraciones del obispado de Cádiz ha logrado urdir una red de apoyo a la inmigración a través de una serie de parroquias repartidas en torno a la costa que están asumiendo un papel que no siempre ha sido comprendido por parte de las autoridades porque si no, no cabe entender que un pobre cura de barrio como Andrés Avelino, en la parroquia de San Pedro en el barrio de los pescadores de Algeciras recibiera hace 4 años, creo recordar, la visita de un oficial de los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado para sugerirle, con buenas palabras y mejores maneras, “*ten cuidado... sabemos lo que estás haciendo*”. ¿Qué está haciendo Andrés Avelino? ¿Qué es lo que están haciendo muchos curas y monjas, o simples miembros de Cáritas o similares junto a los templos del Estrecho? ¿Qué es lo que estamos haciendo muchos otros que no somos ni curas, ni monjas ni siquiera creyentes en ese aspecto? Pues estamos incumpliendo la ley, y nos estamos autoinculcando públicamente de incumplirla porque esa ley no es justa, ya que no define con precisión dónde llega la solidaridad, la prestación de auxilio al inmigrante y dónde llega la actividad mafiosa. Con la ley en la mano, cualquier automovilista podría ser inculcado si se le descubriera con un inmigrante sin papeles a bordo, por el simple hecho de haberlo recogido en autoestop.

Ha habido casos bastante flagrantes y uno de ellos, en su día, adquirió bastante notoriedad, en la persona de Paqui Díaz, funcionaria de un organismo público en Tarifa, tuvo que afrontar una sanción económica importante tras pasar la noche en los calabozos de la Guardia Civil en su ciudad, esposada por el simple hecho de atender a un inmigrante sin papeles. La pretensión de convertirnos a los ciudadanos en policías, o de tener que preocuparnos de quien llevamos en el coche y exigirle documentación, puede aumentar las cotas de seguridad, pero desde luego lo que no incrementa las cotas de libertad ni las de democracia y creo que quien urde estas leyes. Y debo reconocer que las leyes en el Estado español en muchos casos no son tan duras como preconizan algunos otros socios de la Unión

Europea: el entonces ministro del interior de Austria, en los movimientos políticos previos a la cumbre de Sevilla del año 2002, llegó a plantear que se persiguiera formalmente a aquellas ONG que ayudaran a inmigrantes irregulares. Menos mal que aquel amago terminó sin concretarse en una resolución expresa. Acabamos de asistir al debate abierto en la sociedad holandesa respecto a los refugiados, los solicitantes de asilos, residencia y trabajo, lo que supone un precedente sin precedente en el caso holandés y en sus tradiciones de hospitalidad, generosidad y convivencia. El miedo, nuevamente, le hace guardar la viña al más pintado, pero la ley en España desde luego -desde mi punto de vista al menos- no es satisfactoria y más que resolver problemas contribuye a agravarlos.

En cualquier caso, este no es el objeto esencial de lo que yo quería decir hoy. Lo que me traía aquí era la voluntad de elogiar a esa red de voluntarios que no le tienen miedo a una ley que vulnera abiertamente las bienaventuranzas y la educación en valores que intentamos transmitir desde el sistema educativo. Es una trama solidaria en la que también participa de una forma activa la Asociación Pro-Derechos Humanos de Andalucía que presta auxilio discreto a los fugitivos de la miseria que llegan al litoral gaditano. Esa ayuda a menuda irregular a los irregulares marroquíes viene motivada como respuesta a un viejo acuerdo del año 92. En aquella fecha, el ministro español de Interior, José Luis Corchera, alcanzó un acuerdo con su colega marroquí, el todopoderoso ministro de Interior Driss Basri, desplazado por Mohamed VI a la presidencia de la federación de golf del país vecino. Se trataba de que en el plazo máximo de veinticuatro horas fueran devueltos a Marruecos cualquiera de los inmigrantes de dicho país que alcanzara la costa del Estrecho. La decisión fue seria porque esa devolución se estuvo llevando a cabo durante muchos años -desde el 92 al menos hasta el 97, si mi memoria no me trabuca las fechas-, y se estuvo llevando a cabo sin asistencia letrada vulnerando nuevamente la esencia de un Estado de Derecho que se precie y en un momento histórico en el que transcurría el final de los años de plomo de Hassan II, que no era cosa de broma. Muchas de aquellas personas a las que devolvimos alegremente en veinticuatro horas al país vecino, podrían haber aspirado a acogerse al estatuto de refugiado político o al estatuto de asilo que como bien se sabe es sumamente difícil de obtener. Hoy día, a estos repatriados por un procedimiento tan expeditivo no se les esposa en el interior de las furgonas en el garaje de los barcos, tal como ocurría antes, pero se les sigue condenando a repetir la aventura de un cruce peligroso para sus vidas y para nuestros sueños. ¿No podrían venir en transbordador y con los papeles en reglas, en lugar de en zodiac a pique de zozobrar o de quedar a la deriva, huyendo del SIVE rumbo a Motril o a las Islas Canarias? Si alguno de los protagonistas de ese éxodo merodea por el monte o el bosque de la costa gaditana, aterido y arañado, sin apenas ropa seca, huyéndole a la Guardia Civil para evitar su expulsión, no sería justo dejarles sin un trozo de pan, un techo o una ducha de agua caliente, por más que la ley nos obligara a entregarlos a sus captores. Pero, ¿cómo convertimos en cómplices de un gesto que vulneraría una ley más poderosa, esto es, la que fija los criterios en materia de derechos humanos y en defensa de las libertades del individuo por encima de que tengan o no papeles? Así que cada vez más somos quienes no nos duelen prendas en reconocer abiertamente que cuando se nos presente la ocasión, seguiremos vulnerando abiertamente esa legislación y nos atreveremos a autoinculparnos expresamente por lo que hacemos, en un intento a la desesperada de que el sentido común sea el más común de los sentidos y las leyes sean lo más justas posibles. Seguimos en ello y yo creo que perseveraremos en dicho acto de insumisión mientras no hay un enunciado legal que en alguna medida no ofrezca suficientes garantías para este tipo de repatriaciones y por otro lado deje bien

claro las fronteras entre ayuda humanitaria y la ayuda interesada en la actual legislación de defensa de los derechos de los trabajadores. Repito que cuando una ley sea injusta hay que tener el valor de rebelarse ante ella aunque uno asume su propia responsabilidad a la hora de hacerlo, porque la vida no es gratis y cualquier decisión tiene un coste concreto.

Pero la mejor manera de comprometerse con lo que no nos guste de la historia es, sencillamente, intentar cambiarla.

Decía antes que el papel de Cruz Roja en Tarifa es ejemplar, en lo que se refiere a esta trinchera concreta. Y lo decía por muchos motivos, no sólo por lo que supone de ayuda constante en el desembarco de los inmigrantes. Hubo un tiempo en que -sobre todo en el tremendo verano del año 2001-, Tarifa asumió la llegada de un sinnúmero de embarcaciones y, aquel año, también se hizo presente y de una forma activa y útil “Médicos Sin Fronteras”, que sirvió sobre todo como llamada de atención hacia las paradojas que he ido enunciando en los párrafos anteriores. Cruz Roja siguió allí de forma continuada y sus voluntarios siguen prestando primeros auxilios a los “mojaditos” que cuando logran salvarse llegan a tierra a menudo en estado de extrema debilidad, o bien sufren procesos de hipotermia, quemaduras como consecuencia del agua marina y del combustible de las embarcaciones y otro tipo de problemas como heridas notables si es que desembarcan en zonas de arrecifes, heridas en brazos y piernas, etc. Pero también se ha dado el caso de gente que ha llegado a la costa con el cráneo machacado o llevando muletas o con sus extremidades escayoladas y a quienes Cruz Roja presta un auxilio inestimable.

Pero con independencia de todas las organizaciones que he mencionado, de la población costera que lleva desde Tarifa a Conil, no cabe echar en saco roto el voluntarismo personal de los agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que no son témpanos de hielo y por lo general también prestan una ayuda que va más allá del papel que les encomiendan las ordenanzas y ponen mucho de su parte a la hora de echarles un cable, llevándoles a veces sus propias mantas y un humilde termo de café. Pero, no nos engañemos, es un gesto voluntario y particularísimo, dado que no es su misión prioritaria según estipule la ley. La Guardia Civil, que yo sepa, no es ninguna ONG ni forma parte del activo del voluntariado pero hay que reconocerle el compromiso personal de muchos de sus números que desdican el comportamiento execrable de otros, practicantes del ordeno y mando de los malos modos o las malas caras.

Me alegra que haya, en esta mesa, un representante cualificado del Ministerio del Interior. Sobre todo, para ver si nos aclara qué puede ocurrir con lo de la Isla de las Palomas. El hermetismo es total sobre el uso indebido que se le está dando a ese antiguo cuartel, cuyos medios son a todas luces inadecuados a la hora de acoger a inmigrantes. Allí son llevados muchos de ellos para pernoctar en celdas inapropiadas y sin demasiados medios para hacerles medianamente confortables su estancia en la fortaleza. Ante las denuncias repetidas por parte de las ONGs, se ha permitido la visita ocasional de algunos parlamentarios, pero el interior de la isla sigue vetado a los medios de comunicación.

Las denuncias que se han filtrado a la opinión pública inciden en que ese antiguo acuartelamiento no reúne condiciones mínimas para la permanencia de los inmigrantes; a veces de hasta dos días y en circunstancias que incluyen una tremenda humedad en el interior de los calabozos, el hacinamiento de hasta 50 personas en espacios donde sólo podrían dormir confortablemente 14 individuos tendidos en el suelo. Estamos hablando de una habitación

en la que hay una letrina de acero inoxidable a la vista de todos para que hagan sus necesidades (*), al tiempo faltan calentadores. Otro albur distinto es el limbo judicial en el que viven los inmigrantes irregulares, pues son detenidos sin haber cometido un delito sino por una simple infracción administrativa como es el paso de fronteras por un lugar inadecuado. La administración se resiste a hablar de detenciones y utiliza términos tan pintorescos como el verbo interceptar. Se ha interceptado a 24 inmigrantes, suelen decir las notas oficiales y los artículos de prensa. Quizá sea que no podamos decir que estamos deteniendo a un ser humano por una infracción administrativa: ni siquiera una falta, ni siquiera un delito. El Diccionario de la Real Academia española reserva el verbo interceptar para los objetos y mercancías. Me gustaría que nuestras dignas autoridades encontraran un verbo más adecuado para aplicarlo a este caso pero hay cosas más urgentes de resolver y creo que el asunto de la Isla de las Palomas merece una atención especial. No podemos estar gastándonos una fortuna en esa serie de gadgets y cacharritos electrónicos a lo James Bond, para proteger a nuestras costas, ni crear una frontera virtual electrónica y estar desatendiendo a esta gente que llegan en unas condiciones muy precarias y que se encuentran con una existencia mucho mas precaria que lo que cabría pensar en un Estado de Derecho como el nuestro.

He hecho alusión estrictamente a lo que está pasando en las costas de Cádiz pero si nos adentráramos en la realidad de Ceuta y de Melilla por ejemplo tendríamos para otro rato más de charla y no tenemos demasiado tiempo.

*
La única variación notable, al verano siguiente a este coloquio y tras el cambio de Gobierno en La Moncloa, fue que tapiaron la letrina con un muro de mampostería y se intentó dar una cobertura legal a la Isla, aunque no se paliaron sus mayores deficiencias

**LOS RECURSOS REQUERIDOS PARA LA PRESTACIÓN DE UNA ASISTENCIA
INMEDIATA A LOS INMIGRANTES EN EL MOMENTO DE SU ENTRADA
IRREGULAR EN TERRITORIO ESPAÑOL:
NECESIDADES Y CARENCIAS MÁS DESTACABLES**

Carlos Guervós Meillo

*Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración
Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*

La inmigración, como tantas realidades en las que el factor humano tiene un peso determinante, no está sometida a normas inmutables; todo lo contrario: es un fenómeno de naturaleza cambiante cuya realidad supera con frecuencia las previsiones de la normativa con la que las Administraciones Públicas, dentro de sus diferentes ámbitos competenciales, afrontan las muchas vertientes que dicho fenómeno tiene, y que abarcan desde la determinación del número de inmigrantes que puede admitir un concreto mercado de trabajo, o la integración social de los extranjeros residentes legales, hasta la lucha contra la inmigración irregular y el tráfico de seres humanos.

Así, el fenómeno migratorio está sujeto a variaciones, unas veces fácilmente pronosticables y otras del todo imprevisibles, en cuanto a su procedencia, rutas, cifras, consecuencias en la sociedad de acogida, etc.

Por ello, las medidas de carácter tanto normativo como operativo, que en un momento resultan adecuadas para afrontar el fenómeno de la inmigración, pueden convertirse en poco útiles, o en insuficientes o excesivas, en un plazo relativamente corto.

La lucha contra la inmigración irregular y el tráfico de seres humanos constituye uno de los objetivos de la política de inmigración, no sólo del Gobierno español, sino del conjunto de Estados miembros de la Unión Europea.

En este sentido los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales (Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración), y del Interior (Secretaría de Estado de Seguridad), vienen realizando durante los últimos tiempos un esfuerzo considerable para combatir la llegada irregular de extranjeros en el Estrecho.

Así se han reforzado los controles en las fronteras marítimas y terrestres, se han dotado a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de los medios técnicos necesarios, se ha implantado el Sistema Integrado de Vigilancia Exterior (SIVE), con la especialización de los recursos humanos encargados de esta función, y se han adoptado líneas de actuación de lucha contra las redes de inmigración ilegal.

Con estas medidas se pretende dar cobertura a las costas y fronteras exteriores españolas en el Estrecho de Gibraltar y las Islas Canarias para evitar y controlar la inmigración irregular y luchar contra el crimen organizado y la delincuencia transnacional.

Asimismo se vienen realizando importantes labores de investigación para desarticular las organizaciones criminales y sus ramificaciones en España, que se dedican al tráfico de personas. Fruto de este esfuerzo y de la eficacia policial es el incremento considerable en el número de redes desarticuladas durante los años 2002, 2003 y 2004, en comparación con años anteriores.

Debe significarse, en cualquier caso, que durante el año 2003, en el Estrecho se han producido un total de 362 actuaciones sobre embarcaciones, habiéndose detenido a 18 patrones/pilotos de las mismas y a 9.794 personas ocupantes de las embarcaciones. En el año 2002, los datos eran de 377 actuaciones sobre embarcaciones, 42 responsables detenidos y 6.795 personas ocupantes de las embarcaciones. En 2004, hasta fecha 30 de septiembre, se han producido un total de 366 actuaciones sobre embarcaciones, habiéndose detenido a 132 patrones/pilotos de las mismas y a 5.996 personas ocupantes de las embarcaciones.

En cuanto a Canarias, durante 2003 se produjeron 580 actuaciones sobre embarcaciones, habiéndose detenido a 207 patrones/pilotos de las mismas y a 9.382 personas ocupantes de las embarcaciones. En el año 2002, los datos eran de 643 actuaciones sobre embarcaciones, y 9.875 personas ocupantes de las embarcaciones detenidas. En 2004, hasta fecha 30 de septiembre, se han producido un total de 203 actuaciones sobre embarcaciones, habiéndose detenido a 96 patrones/pilotos de las mismas y a 5.473 personas ocupantes de las embarcaciones.

Como se ha señalado anteriormente la lucha contra la inmigración irregular y el tráfico de seres humanos constituye uno de los objetivos prioritarios de la política de inmigración.

Para llevar a cabo este objetivo se han adoptado un conjunto de medidas que abarcan diferentes áreas y ámbitos:

1.- Las medidas puestas en marcha en el ámbito de la cooperación con los países de origen y tránsito de los flujos migratorios incluyen la celebración de convenios en materia de inmigración y la política de cooperación al desarrollo:

A) Diálogo con los países de origen y tránsito de los flujos migratorios.

Se trata de que los países afectados por este fenómeno se comprometan firmemente en la aplicación de sus responsabilidades en cuanto a la readmisión de sus propios nacionales o de nacionales de terceros países que hayan transitado por su territorio, y, en segundo lugar, facilitar la inmigración regular.

Existen acuerdos de readmisión firmados por España con Marruecos, Argelia, Guinea-Bissau, Nigeria y Mauritania, y colaboración operativa con las autoridades de Senegal y Ghana. Al mismo tiempo hay conversaciones con Ghana, Cabo Verde, Guinea y Malí de cara a formalizar acuerdos de readmisión.

B) En cuanto a lo tocante a la política de cooperación al desarrollo, las ayudas de la cooperación internacional española para países africanos, que abarcan proyectos concretos, ayudas a las ONGD, ayuda alimentaria, humanitaria y de emergencia, becas y lectorados, superan la cifra de 59 millones de euros anuales.

2.- En cuanto a las políticas en el marco de la Unión Europea que afectan a los flujos migratorios, cabe destacar la negociación de acuerdos de readmisión, así como de acuerdos de asociación.

La Comisión Europea está negociando acuerdos de readmisión, entre otros, con Marruecos, y existen Mandatos del Consejo a la Comisión, de negociación de acuerdos de readmisión con otros países mediterráneos como Argelia.

También en el contexto del Acuerdo de Asociación Unión Europea-Marruecos, cabe destacar la aprobación de 40 millones de euros para el programa de control de fronteras de Marruecos.

3.- En relación con las políticas relacionadas con la lucha contra la inmigración irregular y las redes de tráfico de personas, se informa de lo siguiente respecto a acciones concretas:

A) Refuerzo de las actuaciones en los controles fronterizos, incluidos los controles en las fronteras marítimas:

La implantación y desarrollo del Sistema Integrado de Vigilancia Exterior (SIVE) ha significado un refuerzo en el control de las fronteras marítimas cuya eficacia práctica se comprueba en el número de detecciones de pateras y otras embarcaciones clandestinas, en el número de inmigrantes irregulares detenidos y también en la protección de vidas humanas.

El Sistema Integrado de Vigilancia Exterior tiene como objetivo cubrir las costas y fronteras para evitar y controlar la inmigración irregular y luchar contra el crimen organizado y la delincuencia transnacional.

Consiste básicamente en la instalación de forma sucesiva y progresiva de sensores, radares y sistemas optrónicos, Centros de Mando y Control y equipos de comunicaciones, así como la potenciación de las unidades de interceptación en diferentes puntos de las fronteras españolas.

El presupuesto en el año 2000 destinado para el SIVE, en la zona del Estrecho, fue de 6.010.000 euros, siendo en el ejercicio 2001 de 17.396.291 euros, en el ejercicio 2002 de 23.421.442 euros, y en el ejercicio 2003, 25.831.501 euros. El presupuesto del SIVE, para la zona del Estrecho, para el ejercicio 2004, es de 23.250.637.

No obstante, además de la entrada en funcionamiento del SIVE, esta acción abarca también las medidas de refuerzo de los medios de detección y los recursos personales para la mejora de los controles fronterizos, la especialización de los recursos humanos encargados de estas funciones, la dotación de medios técnicos y especialmente los destinados a la detección de documentos falsos de viaje.

B) La lucha contra las redes de inmigración ilegal mediante la creación de unidades policiales y la potenciación de los mecanismos de cooperación policial:

Sobre la base de las medidas puestas en práctica en este ámbito, como la creación de unidades especializadas en la lucha contra las redes de inmigración y falsificaciones documentales (UCRIF), se han incrementado las operaciones policiales de desarticulación de redes de inmigración clandestina, particularmente de redes que afectan al tráfico de inmigrantes clandestinos en la zona del Estrecho. En el año 2001 se desarticulaban 95 redes vinculadas a la entrada clandestina de inmigrantes, y fueron detenidos 300 responsables, y en el año 2002 fueron desarticuladas 777 redes con 2.164 responsables detenidos. En 2003 se han desarticulado 677 redes y han sido detenidas 2.028 personas.

C) La mejora de los procedimientos y la infraestructura para la repatriación de extranjeros que intentan entrar en España de forma irregular o que se encuentran irregularmente en nuestro país:

Esta acción persigue la realización de una política eficaz en la repatriación de extranjeros en situación irregular, incluyendo la ampliación y acondicionamiento de la red de Centros de Internamiento de Extranjeros.

En relación con la continuación del proceso de adaptación de los Centros de Internamiento de Extranjeros, regulados en el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se señala que en el ejercicio 2002 el gasto total de construcción de Centros de Internamiento de Extranjeros era de 3.338.991 euros, éste se incrementó en más del 100% en el presupuesto del año 2003, situándose en 7.686.692,55 euros, y para el ejercicio 2004 se está realizando un gran esfuerzo inversor, incrementándose las partidas destinadas a la construcción de Centros de Internamiento de Extranjeros hasta situarla en 13.000.000 euros (69% de incremento con relación a 2003).

Asimismo, el gasto estimado para el mantenimiento de los Centros de Internamiento de Extranjeros se ha incrementado desde los 8.160.103 euros previstos para el ejercicio 2003, hasta alcanzar la cifra de 9.160.103 euros para el ejercicio 2004 (12% de incremento con relación a 2003).

En el momento actual existen nueve Centros de Internamiento de Extranjeros, entre ellos los ubicados en las provincias de Cádiz, Málaga, Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas de Gran Canaria.

Debido a la importancia creciente del fenómeno de la inmigración irregular en determinadas zonas del territorio español se está trabajando en la apertura de nuevos Centros de Internamiento de Extranjeros y en la mejora de los existentes, a través de las inversiones referidas.

Asimismo, se han incrementado las repatriaciones de extranjeros en situación irregular. En el año 2001 las repatriaciones de extranjeros fueron 45.544, lo que supuso un incremento del 15,6% con respecto al año 2000. En el año 2002, las repatriaciones fueron de 77.113, lo que supone un incremento del 69,31% con respecto al año anterior. En el año 2003 se ha repatriado a 92.679 extranjeros. En 2004, hasta 31 de agosto, la cifra de repatriaciones alcanzaba 74.796.

Esto ha llevado aparejado un incremento del presupuesto por este concepto: éste era en el año 2002 de 4.808.096 euros, habiéndose incrementando en el año 2003 hasta 13.910.363 euros (incremento del 189% en relación con 2002), y siendo el presupuesto para el año 2004 de 18.607.620 euros (incremento del 34% respecto a 2003).

Por lo que respecta a Cádiz en el año 2001 las repatriaciones de extranjeros en situación irregular fueron 11.095. En el año 2002 fueron de 7.551, en el año 2003 se han repatriado 10.171 extranjeros, y en 2004, hasta 31 de agosto, 3.138.

4.- Actuaciones dirigidas a la atención y acogida de inmigrantes. La acción concertada es uno de los ejes fundamentales en el ámbito de los programas en materia de inmigración. Ésta se desarrolla mediante Convenios con Comunidades Autónomas y con Entidades no gubernamentales.

mentales, siendo los Convenios con Comunidades Autónomas de dos tipos: los correspondientes a la Conferencia Sectorial del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y los pertenecientes a programas especiales de acogida del presupuesto de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

Las actuaciones realizadas en el año 2003, dentro del Convenio aprobado por la Conferencia Sectorial en relación con la Comunidad Autónoma de Andalucía, han sido por importe de 881.747,76 €, de los cuales el 50% es a cargo de la Junta de Andalucía, y el otro 50% a cargo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Respecto al Convenio de Colaboración entre el entonces Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y la Comunidad Autónoma de Andalucía, para el desarrollo de actuaciones conjuntas en materia de acogida básica a inmigrantes a lo largo de 2003, se le asignó un importe de 1.360.932 euros, financiado al 50% por ambas Instituciones.

Las subvenciones de las convocatorias del IRPF en el año 2002, concedidas a diversas ONGs en Andalucía han ascendido a 1.468.892,86 euros.

Independientemente de esto, la Comunidad Andaluza también se ha beneficiado de las subvenciones de las convocatorias del IRPF, concedidas a diversas entidades de ámbito estatal y cuyos programas se han realizado en esa Comunidad.

5.- Finalmente, es necesario referir el acuerdo firmado entre la Administración General del Estado y Cruz Roja Española, por el que se establece un sistema integral de asistencia a los inmigrantes en las costas de Andalucía, con el objetivo de reforzar con nuevos medios y un sistema completo de coordinación la atención humanitaria que se presta a los inmigrantes que llegan en pequeñas embarcaciones.

El acuerdo ha permitido la creación de un Centro de Coordinación en Sevilla que, mediante un número único de teléfono, está dando respuesta a todas las demandas de actuación urgente ante la llegada de inmigrantes. Igualmente, se han puesto en marcha cinco equipos de atención humanitaria situados en Almería, Málaga, Barbate, Motril y Tarifa, así como la ampliación del catálogo de medios con 14 personas y 18 vehículos, entre ellos dos embarcaciones, así como numeroso material sanitario, alimenticio, informático y de comunicaciones.

La Administración General del Estado ha aportado para ello 899.146 euros, en orden a llevar a cabo un plan de actuación urgente en 2003.

Este acuerdo está tendiendo su continuidad, pues con cargo al presupuesto de gastos de 2004 (400.000 euros ya en el primer semestre del año), la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales está financiando igualmente la prestación por Cruz Roja Española, de la mencionada atención a pie de playa, ampliada a Fuerteventura.

En el caso de Fuerteventura, Cruz Roja Española ha establecido un mecanismo de coordinación que permite, mediante un número único de teléfono, atender todas las demandas de actuación urgente ante la llegada de inmigrantes a las costas de la isla y para la protección de su vida y su salud.

El mecanismo de coordinación dispone, en tiempo real, de la situación de los diferentes equipos de atención básica, búsqueda y salvamento, y de su capacidad de intervención, organizando la actuación de los mismos para atender las emergencias que se puedan plantear.

Cruz Roja Española mantiene los equipos necesarios tanto para atender las necesidades básicas y urgentes de las personas inmigrantes que lleguen en pequeñas embarcaciones a las costas de Fuerteventura, y para prestarles asistencia sanitaria mediante los primeros auxilios *in situ*, y desempeñar funciones de transporte y asistencia sanitaria, como para atender las necesidades planteadas en materia de búsqueda y salvamento, de forma coordinada con las unidades competentes de la Guardia Civil y de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima, a fin de evitar el riesgo de ahogamiento de los inmigrantes que intentan llegar en pequeñas embarcaciones. La ubicación de los recursos puede variar en función de las necesidades que se detecten, previo acuerdo con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Las actuaciones de Cruz Roja Española y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se realizan, en todo caso, de forma coordinada, y a fin de que la búsqueda, salvamento y asistencia sanitaria a los inmigrantes se realice de forma compatible con la necesaria aplicación de las previsiones establecidas por la vigente normativa de Extranjería.

Está prevista la continuación de esta atención sociosanitaria a pie de playa, tanto en Andalucía como en Fuerteventura, a lo largo del año 2005, con cargo a los presupuestos de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

III

LA SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES IRREGULARES EN TERRITORIO ESPAÑOL

LA SITUACION DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES IRREGULARES EN TERRITORIO ESPAÑOL

Gabriel Delgado Álvarez

*Director del Secretariado de Migraciones
de la Diócesis de Cádiz y Ceuta
Presidente de la Asociación CARDIJN*

I- INTRODUCCIÓN

Abordar el análisis de las migraciones, en cualquiera de sus aspectos, supone situarse ante un fenómeno amplio, complejo, dinámico y lleno de muy diversos matices. Es una realidad que manifiesta su dimensión polifacética cuando se entra en el misterio de su entramado de expresiones y vivencias o en sus orígenes, causas y consecuencias.

Hay que huir, consecuentemente, de tópicos, apriorismos, análisis simplistas e interesados y adoptar una actitud abierta al discernimiento y a la comprensión de una realidad viva y dinámica que está atravesada por un conjunto de coordenadas históricas, económicas, políticas, antropológicas, éticas, sociales y culturales.

La reflexión que traigo a este foro de debate y estudio, organizado por la UCA – Universidad de Cádiz – y la Cruz Roja de Andalucía, pretende ser una aportación sencilla desde la experiencia del Secretariado de Migraciones en el ámbito de la Diócesis de Cádiz y Ceuta y desde el trabajo que venimos realizando en la Asociación Cardijn.

Quisiera empezar valorando muy positivamente que se propicie un foro público donde se pueda hablar abiertamente de los trabajadores inmigrantes irregulares. No es esto habitual en los ámbitos oficiales o institucionales. Y esta actitud no es debida a que estemos hablando de pequeños colectivos o grupos insignificantes, ya que más bien se trata de una parte importante de la población inmigrante que vive y reside en nuestros pueblos y ciudades.

Creo que existe un claro empeño desde algunas esferas del Gobierno y desde determinados poderes mediáticos en negar, relativizar y ocultar esta realidad, como si con ello perdiera importancia y relieve y casi no existiera ante nuestros ojos. A lo sumo, existen para estigmatizarlos como chivos expiatorios de muchos de nuestros males.

Hay, por tanto, que agradecer la posibilidad de afrontar esta realidad permitiendo que se visualice y no se esconda un acontecimiento social tan destacado y de tanta importancia, que casi se convierte en emergencia humanitaria.

Es una necesidad y una obligación social analizar y verificar su dimensión, por difícil que sea un intento de estudiar un grupo humano del que no constan datos oficiales.

Afrontar esta realidad supone entrar en la hondura del gran drama humano de miles y miles de personas que conviven con nuestra gente en las grandes urbes o en las zonas florecientes de la agricultura, supone poner nuestra mirada y nuestra atención en centenares de

miles de ciudadanos – de los que no podemos saber con exactitud cuántos son -, pero de los que existen distintas cuantificaciones aproximativas que indican que estamos ante un fenómeno de gran envergadura y ante un problema de primer orden.

Confío en que este foro sirva de altavoz ante la Administración competente y ante el conjunto de la sociedad para que se puedan abordar y arbitrar los mecanismos y las medidas que orienten las soluciones ante tan graves dramas y problemas humanos.

La intención del Secretariado de Migraciones y de la Asociación Cardijn no es otra que la de realizar una reflexión que contribuya de manera positiva a favorecer la integración digna y la convivencia pacífica y democrática de todas las personas que convivimos en este país.

II- LAS MIGRACIONES, UN FENÓMENO GLOBAL EN EL MUNDO ACTUAL

La movilidad humana echa sus raíces en los albores de la historia humana. Desde tiempos inmemoriales, grupos humanos han dejado sus hogares para buscar nuevas tierras y nuevas oportunidades. Hoy en día, este hecho ha adquirido dimensiones mundiales y es una expresión clara del fenómeno de “la globalización moderna o contemporánea”. Y así se contemplan las migraciones actuales como un fenómeno inherente a la globalización que, sin ser consecuencia directa de ella, sí que ha influido de forma espectacular en la diversificación y el aceleramiento de los flujos migratorios.

En nuestro mundo actual aparece con un relieve especial el éxodo de personas y grupos humanos que por muy diversas causas, con autorización o sin ella, de manera voluntaria o sintiéndose forzados a ello, cruzan las fronteras de las naciones-estados de los cinco continentes buscando nuevas oportunidades de vida, de seguridad, de cultura, de libertad o de subsistencia.

Según estadísticas recientes del año 2000, *175 millones de personas viven fuera de su lugar de nacimiento y de éstos, cerca de 158 millones son migrantes, aproximadamente 16 millones son refugiados y 900.000 demandantes de asilo*. La globalización está afectando al carácter y al impacto de las migraciones. Los hechos y las imágenes viajan muy rápidamente, proporcionando información – no siempre exacta – sobre oportunidades en otras partes del mundo.

En la mayoría de las ocasiones, las causas hay que buscarlas en la concentración de la riqueza y de los medios de producción en determinadas áreas o regiones; en otros casos son graves conflictos bélicos o situaciones de tragedias humanas; así mismo, la gran crisis demográfica de los países y naciones ricas urge a la necesaria búsqueda de mano de obra que sostenga la producción, el área de servicios y el sistema de bienestar conquistado.

El fenómeno migratorio en España

España no es ajena a este fenómeno creciente. La tradición de fuerte emigración a ultramar o la más reciente, en los años sesenta, hacia los países mas industrializados de Europa, ha ido paulatinamente transformándose en una nueva dinámica inmigratoria. Y a partir de la década de los noventa nuestro país pasa de forma clara, progresiva y decidida a formar parte del grupo de los receptores de flujos migratorios.

La inmigración presente en España se ha diversificado y ha crecido de forma acelerada en muy pocos años. Hoy los trabajadores inmigrantes están presentes en todo el territorio, en todas las regiones, en todas las provincias y en todas las grandes ciudades españolas. Una destacada presencia latinoamericana, junto a la tradicional africana, la nueva del Este de Europa y la asiática se une a la presencia de los extranjeros procedentes del Espacio Económico Europeo y del resto de países ricos.

Frente a esta dinámica, los Estados tienden a regular estos flujos con el endurecimiento de las leyes de inmigración y fortaleciendo el sistema de control de fronteras, quedando en un segundo lugar las políticas migratorias que deben favorecer la integración y que pueden desarrollar los diferentes programas sociales.

Esta compleja problemática del fenómeno migratorio pone en cuestión a la sociedad moderna y rica de los países desarrollados y también interpela a la sociedad de los países de origen.

En general, nos plantea a todos, desde los Estados y Gobiernos al conjunto de los ciudadanos, importantes retos e interrogantes sobre el presente y futuro, sobre el funcionamiento de la sociedad, sobre el sentido del hombre, de la ciudad, de la cultura y de las mismas relaciones humanas.

Es, consecuentemente, uno de los grandes desafíos y retos que tiene el mundo que avanza hacia una nueva sociedad – la aldea global - donde se mezclan culturas, lenguas y ciudadanos procedentes de muy diversos lugares.

Vivimos en un momento histórico cargado de dinamismo en el que hemos de estar atentos para digerir los grandes acontecimientos y para asimilar el mundo nuevo que está surgiendo con el paulatino movimiento de las personas y de los pueblos – a pesar del incremento generalizado de políticas restrictivas y del aumento del control de las fronteras en el conjunto de los países receptores de inmigración.

III- EL SISTEMA ECONÓMICO Y LAS MIGRACIONES MODERNAS

Cuando se analizan los desplazamientos y flujos migratorios desde el Sur al Norte, desde los países o regiones pobres hacia los países y las regiones ricas, desde las zonas rurales a las grandes urbes, desde los lugares con menos recursos hacia aquellos otros más dinámicos, salvando los éxodos provocados por los conflictos o tragedias, cada vez aparece con más claridad la interdependencia y la estrecha relación existente entre el sistema económico imperante y el fenómeno migratorio.

Como dice Antonio Martínez, delegado de Migraciones en Madrid, que hace uno de los análisis más lucidos sobre la relación existente entre los flujos y movimientos migratorios y la coyuntura de la economía y del sistema que la controla y dirige, “las migraciones modernas echan sus raíces en el sistema económico y no se puede prescindir de ellas en la estructura de los sistemas productivos”¹.

Las migraciones modernas no son un fenómeno coyuntural, sino que están ligadas y engarzadas con el sistema económico, de tal forma que son un engranaje fundamental en el funcionamiento del mismo y son un elemento básico de su estructura.

¹ Antonio Martínez Rodrigo, conferencia en el Congreso de Misiones, celebrado el 19.09.2003 en Burgos.

En este sentido, frente al análisis que algunos con una cierta dosis de ingenuidad formulan, de manera parcial y poniendo el acento en una sola dirección, que “los inmigrantes son los pobres que vienen huyendo de la miseria y del hambre”, habría que afirmar que los hombres y mujeres, trabajadores inmigrantes, “no vienen sólo porque ellos tengan necesidad, sino también y sobre todo porque esta sociedad - nosotros - los necesita; las migraciones no se han inventado para resolver el problema del hambre del Sur, sino para hacer más rico al Norte, y en todos los países y regiones hay un Norte y un Sur”².

Su necesidad, nacida de la dependencia del Tercer Mundo y su progresivo empobrecimiento, está generada por los propios intereses del Primer Mundo.

Los intereses del mundo rico y de su sistema económico utilizan las migraciones como mano de obra al servicio de la coyuntura, desde una racionalidad meramente económica y en función del crecimiento económico y de la rápida obtención de beneficios.

Aquí no importa la persona humana, sino la mano de obra. El inmigrante es fundamentalmente mano de obra y, en muchos casos, mano de obra barata. No importa el costo humano de aquellos, sus familias, sus pueblos que se ven forzados al éxodo y a abandonar su tierra, su cultura y los suyos.

Aquí no importan nada las grandes injusticias, desigualdades y diferencias abismales que separan al Norte rico del Sur pobre. Mucho menos importa abordar las auténticas causas que provocan estas situaciones. Y, por supuesto, no importa solucionar el hambre o la injusticia del Sur, lo que sí importa es el crecimiento económico del Norte.

Así pues, los flujos migratorios aparecen ligados a:

- 1 Los procesos de reindustrialización y políticas económicas establecidas en los países ricos.
- 2 La dependencia y desorganización de la economía de los países pobres.
- 3 La reestructuración del mercado de trabajo que ha derivado en una gran fragmentación y segmentación en función de la precariedad de los empleos.
- 4 La deslocación de la producción intensiva que traslada a los países con mano de obra más barata aquellas fases de la producción que implican más intensidad de trabajo.
- 5 La demanda de mano de obra barata en los países ricos para aquellos trabajos que no quieren ya los autóctonos y que están caracterizados por la precariedad, penalidad, dureza o peligrosidad.
- 6 La demanda de una cierta mano de obra especializada escasa en algunos sectores de la economía.
- 7 El gran desarrollo y demanda del sector servicios.

De esta manera, la concentración de la riqueza y de los medios de producción en determinadas áreas o zonas geográficas genera una serie de oportunidades y de expectativas que son determinantes en la puesta en marcha de los movimientos migratorios.

² Antonio Martínez Rodrigo, conferencia en el Congreso de Misiones, celebrado el 19.09.2003 en Burgos.

Los estímulos y señuelos de atracción que despiertan y ponen en marcha los flujos migratorios tienen que ver con mejoras económicas, culturales y sociales.

Las personas dejan su tierra y vienen porque esperan encontrar:

- Más y mejor empleo y mayores ingresos.
- Más y mejor educación y más posibilidades de promoción cultural.
- Más y mejores servicios sociales, consecuentemente más bienestar social.

Estos mecanismos impulsores de las migraciones, una vez activados, continúan ejerciendo su influencia independientemente de que la coyuntura económica sea de expansión o recesión.

La condición de ser trabajador o de pertenecer a una familia trabajadora forma parte de la identidad de la inmensa mayoría de los inmigrantes.

La inmensa mayoría de las personas inmigrantes son trabajadores que vienen a insertarse en el sistema económico a través de un marco laboral muy fraccionado y segmentado. En tanto que es mano de obra es una pieza absolutamente necesaria y fundamental en la persistencia del sistema económico.

El mundo trabajador al que se incorporan se encuentra dividido en tantos peldaños que existe una diferencia considerable entre aquel que está en lo alto de la escala por ser un trabajador muy especializado que goza de contratado fijo, de un puesto laboral considerado y de un buen salario, y aquel otro que va bajando peldaños por la temporalidad de su contrato, por las precarias condiciones en que se desarrolla, por los bajos salarios o por la dureza y la penalidad del puesto laboral. Hasta llegar al desempleo o la economía sumergida sigue habiendo peldaños en esta escala laboral.

Pero, creo que podemos afirmar con claridad que “la condición de ser trabajador” forma parte de la naturaleza e identidad de la inmensa mayoría de los inmigrantes. Ser trabajador o ser miembro de una familia que se ha reagrupado en torno a un inmigrante trabajador.

Es tan importante lo que afirmamos que más allá de aquellos aspectos que le hacen un diferente y un distinto respecto a los demás – cultura, lengua, raza, religión, etc. – existe esta otra dimensión que le une y le hace un igual y un semejante a millones de seres humanos.

Hoy que tanto se insiste en el análisis cultural de los aspectos diferenciadores para defender las bondades de la pluriculturalidad o la necesidad de la interculturalidad, bueno sería que se abra una línea de investigación y análisis sociológico que defienda algo más substancial en la persona y en la vida del inmigrante como es su condición trabajadora.

Esta identidad puede y debe de abrir muchas perspectivas de encuentro y de comunión en un mundo tan marcado por las diferencias.

Es una condición que debería de interpelar a las organizaciones del movimiento obrero, al tejido asociativo de los barrios populares y al conjunto del mundo trabajador y popular.

Por este apunte que estoy haciendo, habrán comprendido que cuando me refiero a los inmigrantes siempre procuro hacerlo desde la clave y la formulación de inmigrantes trabajadores, sean regulares o irregulares, estén en la economía regular o en la sumergida, se encuentren en activo o en situación de desempleo, porque la inmensa mayoría se encuentran así mejor identificados.

IV- LA INMIGRACIÓN IRREGULAR: MANO DE OBRA ESCLAVA Y BARATA, AL SERVICIO DE LA ECONOMÍA SUMERGIDA

Los nuevos esclavos del siglo XXI

La economía sumergida – algunos estudios aproximativos vienen a confirmar la importancia y relevancia de este sector en el conjunto de la riqueza y de la economía nacional – no la han inventado los trabajadores inmigrantes.

No sólo forma parte del sistema económico imperante con anterioridad a los actuales flujos migratorios, sino que, en el aspecto laboral, se nutre básicamente de trabajadores autóctonos.

Pero ejerce también su efecto llamada hacia los trabajadores extranjeros que encuentran un primer escalón de inserción laboral y un colchón que amortigua durante un tiempo las penalidades del desempleo y de la pobreza.

Un marco laboral tan fragmentado y dividido, donde se ha instalado de manera definitiva la temporalidad y la precariedad, junto a una economía sumergida que ignora normas y derechos, convierte, en muchas ocasiones, el mercado laboral en un mercado salvaje donde el más fuerte impone su ley, su imperio, sus salarios, sus jornadas y sus condiciones frente a quien llega dispuesto a lo que sea y en una situación absoluta de indefensión.

La situación de irregularidad documental determina de manera importante el acceso de los inmigrantes al mercado laboral y las condiciones en las que la prestación laboral se realiza.

En muchos casos el trabajo se desenvuelve en condiciones abusivas, que no pueden ser denunciadas por la situación de irregularidad del trabajador inmigrante. El inmigrante irregular ha de aceptar el trabajo que sea, al precio que sea y se encuentra en una situación absoluta de indefensión.

Además del miedo a ser descubierto en su situación de irregularidad o a ser despedido y quedarse en el mayor desamparo, el marco legal le priva del derecho de huelga, del derecho de sindicación, del derecho de manifestación y del derecho de reunión.

Trabajadores clandestinos o de la economía sumergida, como también otros trabajadores autóctonos, pero con el grave condicionante de su indocumentación que los convierte en una gran bolsa de “nuevos esclavos” del siglo XXI.

Independientemente de su formación cultural o profesional, los sectores laborales donde se emplean los inmigrantes irregulares fundamentalmente son el servicio doméstico, la agricultura, la construcción y la hostelería. Empiezan a ser notables las redes de ventas ambulantes en el ámbito urbano.

V- LAS CAUSAS DE LA FORMACIÓN DE UNA BOLSA DE INMIGRANTES IRREGULARES

Las causas de las situaciones de irregularidad hay que buscarlas en el propio fenómeno migratorio y en las carencias de la política migratoria española y en la regulación normativa vigente en extranjería.

Hay dos vías de acceso a la irregularidad:

- Entrada irregular en territorio español.
- Pérdida de la condición de residente por distintos motivos.

La entrada irregular suele afectar a los siguientes flujos migratorios:

- Provenientes de América Latina - Ecuador, Colombia, -. Se ha utilizado la aplicación de los tratados de supresión de visados para actividades turísticas en los Estados del espacio Schengen. Y los inmigrantes han llegado con la intención de permanecer más tiempo del permitido. La firma de estos tratados por parte de España es sólo con países de América Latina.
- Provenientes del Este europeo. Las repúblicas de Polonia, Hungría y Rumanía han firmado con los Estados del espacio Schengen tratados de supresión de visados para actividades turísticas. A ello se añade que las mafias hacen su agosto consiguiendo visados expedidos supuestamente por los consulados de la Unión Europea en Austria.
- Provenientes del territorio de Marruecos. Paso clandestino en pateras, zodiacs, barcos pesqueros o mercantes, camiones contenedores, turismos, pasaportes falsificados, concesión fraudulenta de visados en Consulados, etc.

La pérdida de la condición de residente:

- Por causas imputables al interesado.
- Por supuestos en los que los requisitos exigidos, la práctica administrativa u otros problemas de la rigidez legal, pese a la buena voluntad del interesado, se lo han impedido.

VI- LA DIMENSIÓN HUMANA. EL SISTEMA NECESITA “MANO DE OBRA”, PERO LLEGAN PERSONAS

Aquí nos interesa, sobre todo, poner nuestra mirada en la dimensión humana de la inmigración irregular, en la persona humana que hay detrás de cada uno de los inmigrantes. Quién llega, cómo llega, dónde llega, su aventura humana de cada día.

Para un emigrante dejar la casa, la tierra, el calor de la gente cercana y emprender la marcha a otro país siempre supone dar un salto en el vacío y asumir el riesgo de lo imprevisto. En el caso de los trabajadores inmigrantes irregulares, desde el vértigo del viaje turístico en avión a la lenta travesía que sufren otros hacia la tierra prometida, hay un plus de riesgo, inseguridad, vacío y miedo al fracaso más absoluto.

Las mismas condiciones en que se plantea el viaje hacia el lugar de destino son el inicio de episodios problemáticos que hay que ir sorteando y que van a marcar los primeros años del éxodo migratorio.

El proceso migratorio entraña importantes dificultades materiales, físicas y síquicas con la secuela de sufrimientos y desgarros en la persona del inmigrante.

El traslado que realiza el trabajador inmigrante desde su tierra de origen al país de acogida y que puede durar horas o algunos meses supone sufrir tal cambio y transformación que algunos estudiosos manifiestan que asisten a un cambio de civilización³.

Desde el mundo rural, a la gran urbe; desde la agricultura o la ganadería al sector industrial, a las nuevas tecnologías o al sector servicios; desde las sociedades más tradicionales a

³ Antonio Martínez Rodrigo. Ponencia en el Congreso de Misiones, celebrado el 19.09.2003 en Burgos.

un mundo marcado por las corrientes de la post-modernidad. Para algunos, como si se trasladaran en la máquina del tiempo.

No es fácil para la persona inmigrante asimilar su incorporación a lo que llamaremos el fenómeno urbano que comporta una nueva organización del trabajo – tan estratificada y segmentada –, un cambio tan profundo de valores y costumbres, unas experiencias humanas tan distintas en la vida privada o en pareja, en la convivencia y la relación con los demás, en las referencias éticas, morales y religiosas.

La persona llega con su bagaje de valores, de costumbres, de experiencias y vivencias, de referencias y claves éticas y religiosas – que son sus raíces y su sustrato vital – a una nueva realidad – sobre todo la de las grandes ciudades –, donde el fenómeno de lo urbano se ha convertido en un mundo salvaje y de vértigo para muchas personas.

En este contexto se sufre un primer choque al asistir a un cambio tan profundo.

Para el trabajador inmigrante irregular el choque y la experiencia de cambio es aún más profunda. A la pérdida que realiza todo inmigrante de su sustrato y de las raíces que sostenían su mundo, se une en él una dificultad añadida para encontrar apoyaturas y asideros donde sostenerse.

La experiencia de la “*intemperie jurídica y vital*” que ha de iniciar le puede llevar por un sendero de penalidades y de sufrimientos:

- Cambio de nombre y de nacionalidad: cambio de identidad. “*Sin nombre*”.
- Dificultad para encontrar una casa donde alojarse dignamente. “*Sin techo*”.
- La aventura de sobrevivir. La pobreza. “*Sin alimento*”.
- La búsqueda de la primera inserción laboral. “*Sin trabajo*”.
- La sensación desarraigada de la clandestinidad. “*Sin apoyos*”
- Sin documentos ni derechos. “*Sin papeles y sin derechos*”.

Así pues, la persona del trabajador irregular se ve sometida a una gran sensación de vacío y de pérdida de apoyaturas que sostengan la débil fragilidad de su experiencia humana.

1.- EXPERIENCIAS LÍMITES

A.- Situaciones de abandono: a un lado y otro de la frontera:

Confesaba la Dra. Gabriela Rodríguez, Relatora especial de la ONU para los Derechos Humanos de los Inmigrantes, que la situación que había contemplado personalmente respecto de los inmigrantes subsaharianos que aguardaban en los bosques del norte de Marruecos para cruzar la frontera con España no la había visto nunca en sus múltiples viajes a distintas zonas y regiones del mundo.

Venía impresionada de cómo algunos se tenían que comer las ratas para resistir el hambre y alarmada por las condiciones higiénicas y sanitarias que se daban en esos agrupamientos de inmigrantes.

Evidentemente se trataba de inmigrantes que pretendían cruzar clandestinamente las fronteras con España y que formarían parte de los trabajadores inmigrantes irregulares de nuestro país.

Al mismo tiempo, llamaba también la atención de las posibles condiciones de salud y de la ausencia de controles sanitarios sobre la inmigración clandestina africana.

Pero también, a este otro lado de la frontera, a veces, se asiste a las lamentables condiciones en que se encuentran los inmigrantes.

Así ocurre con un significativo grupo de los inmigrantes subsaharianos y argelinos que han logrado sortear los controles fronterizos y se han establecido en Ceuta.

No me referiré a la situación que se dio en las murallas del Angulo, ni al famoso campamento de Calamocarro, ni a la más reciente acampada atendida por la organización Médicos sin Frontera, sino a la situación actual de las personas que atiende la Iglesia ceutí por el absoluto desamparo en que se encontraban.

La oferta de un pequeño Colegio – deshabitado y pendiente de un proyecto de transformación -, puesto a disposición de un grupo de sesenta inmigrantes que se encontraban en la calle con la finalidad de que se pudieran guarecer temporalmente de las famosas lluvias del pasado mes de Octubre, ha derivado en una especie de albergue donde habitualmente duermen unos 260 inmigrantes.

Sobre unos 150 colchones que se extienden sobre el suelo en la noche, descansan y duermen, en condiciones de absoluto hacinamiento humano, unos 240 inmigrantes en la actualidad. En algunos colchones han de descansar dos personas. Es una situación que lleva ya para cinco meses y que no han logrado resolver las autoridades pertinentes. Sólo el trabajo intenso y generoso de un grupo de Religiosas, de las Cáritas parroquiales, de la Institución Cruz Blanca y de algunos voluntarios está permitiendo un respiro humanitario a una situación tan degradante y penosa.

Tampoco existe, en este lado de la frontera, un control sanitario y un estudio serio de los posibles riesgos para la salud en los que pudiera encontrarse este colectivo tan vulnerable.

Ahora parece que se ha decidido la Delegación del Gobierno a formalizar un Convenio de Colaboración entre el Imsero y la Cruz Roja, con la intención de coordinar las ayudas asistenciales hacia este colectivo.

Pero el problema persistirá mientras ese volumen tan alto de inmigrantes se encuentre atrapado en Ceuta, una especie de callejón sin salida, ya que no son devueltos ni tampoco pasan con fluidez a la península.

Incluso el extraordinario trabajo que realiza este equipo de Religiosas de atención humanitaria se ha visto, en otros momentos, cuestionado, controlado y hasta desprestigiado injustamente “*como sospechoso*” por los responsables de la Delegación del Gobierno, habiendo tenido que salir la Iglesia a defender públicamente su generosa y humanitaria actuación.

B.- El endeudamiento inicial.

Poder realizar el viaje y superar los controles fronterizos son procesos costosos económicamente para estos inmigrantes clandestinos.

Muchos han intentado los mecanismos y las vías legales para poder realizar el viaje, pero se encontraron con una muralla insalvable. Al final han terminado con grandes deudas, en el mejor de los casos con las redes familiares, y, en muchos otros, con otro tipo de redes sociales de sus propios compatriotas e incluso con redes mafiosas.

El endeudamiento va a condicionar los primeros tiempos de estos inmigrantes, llevando a algunos a situaciones de pobreza. Uno de sus primeros objetivos será saldar estas deudas.

Son habituales en los inmigrantes latinoamericanos las deudas contraídas para pagar el viaje de ida y vuelta y para portar la cantidad mínima exigida como turista. Suelen ser préstamos muy bien amarrados y abusivos realizados con agencias en el país de origen o con redes de compatriotas.

Entre los marroquíes es más frecuente la colaboración de las familias – a veces tienen que vender algunos de los animales del campo y lograr el apoyo de diferentes miembros del entorno familiar – para conseguir las importantes sumas que supone franquear los controles fronterizos.

Junto a los viajes en zodiacs a través del Estrecho hay otro tipo de vías ilegales como viajar en la bodega de un barco de pesca o mercante, oculto en el interior de un vehículo de pasajeros, de un gran transporte contenedor o pasar por la frontera con un pasaporte falso, procedimiento que ha crecido últimamente y por el que se llega a pagar la cantidad de seis mil euros.

Conocidas son las redes mafiosas nigerianas del tráfico de mujeres que han amañado una relación muy dependiente y duradera con las víctimas.

C.- El hambre y la exclusión social.

Hay que destacar las situaciones frecuentes de apoyo y de ayuda solidaria que se ofrecen los compatriotas y las redes sociales de amigos, familiares y vecinos de los lugares de origen de la inmigración. En muchos casos no se podría sostener el inmigrante en sus primeros momentos. El primer objetivo es localizar al conocido, amigo o familiar que servirá de punto de referencia en el nuevo país.

A pesar de ello, el sufrimiento y la sensación de abandono y de soledad no es algo ajeno a la vida de los inmigrantes en esta situación de irregularidad. Incluso, algunas redes sociales de mutua protección pueden llegar a transformarse en mafias explotadoras - transporte en coche, alquiler de una habitación o de una cama, etc.-

La presencia de algunos trabajadores inmigrantes irregulares en las Cáritas parroquiales, en Instituciones religiosas o en albergues es indicativa de los períodos de pobreza y de precariedad que suelen pasar.

La precariedad laboral existente en la economía sumergida es la puerta de acceso de estos inmigrantes al mundo laboral y la brevedad de algunos de estos trabajos es la puerta de devolución al mundo del desempleo y de la pobreza.

Así mismo, tener que saldar la deuda inicial contraída o el necesario envío de ayuda a la familia que se quedó en el país de origen no permite contar con una provisión de fondos para las situaciones extremas.

Sortear el hambre como sea puede llevar a algunas situaciones marginales, aunque creemos que son excepcionales, de recoger alimentos de la basura y de los desechos o a sustraer alimentos para poder sobrevivir.

El profesor Ubaldo Martínez Veiga, en un estudio sobre inmigración irregular y pobreza⁴, alcanza las siguientes conclusiones:

“El inmigrante irregular puede llegar a situaciones extremas de pobreza; <pasar hambre> responde literalmente a la realidad de algunos. El plazo de permanencia en esa situación extrema es breve.

Las circunstancias del irregular en el mundo rural son muy distintas del que está en la ciudad, porque en las grandes ciudades hay instituciones de protección.

Todos los irregulares han trabajado durante algún tiempo. Su entrada y salida del empleo es frecuente, pero no ahorran cuando trabajan porque envían dinero a sus familias.

La inestabilidad en el empleo les lleva a recaídas en la pobreza.

El recorte de los derechos de los irregulares por las leyes de inmigración y el miedo a su expulsión son un obstáculo para el acceso al sistema público de bienestar.

La ausencia de derechos puede ser clasificada claramente como exclusión social y supone una ciudadanía incompleta o recortada y por ello la falta de acceso al status, los beneficios y las experiencias de los ciudadanos típicos de la sociedad. Es un fenómeno de exclusión social inducida por el Estado”

En el mismo libro editado por la Fundación de las Cajas de Ahorro, los profesores José Félix Tezanos y Sergio Texanos Vázquez, en otro estudio sobre “Inmigración y Exclusión Social”⁵, subrayan que “en el orden de vulnerabilidad, marginalidad y rechazo, los inmigrantes irregulares ocupan el primer puesto, y el último lugar del escalafón social porque no se les reconoce el status del ciudadano”

D.- El engaño y la explotación.

La economía sumergida en la que existe una total desprotección de los derechos de los trabajadores es el punto de partida inicial de la inserción laboral de los trabajadores inmigrantes irregulares.

Los trabajadores pueden encontrarse con empleadores que les respetan y les tratan como al resto de trabajadores contratados o con empleadores sin escrúpulos para el abuso y la explotación laboral.

En algunos sectores laborales como la agricultura, el endurecimiento de las medidas de control y de penalización a los empleadores ha supuesto un claro declive y mucha más precaución en la admisión para el trabajo de los irregulares.

Pero, aunque exista más control, la necesidad de mano de obra es motivo para que continúe la admisión de irregulares. De otra parte, hay sectores como el servicio doméstico donde el control es absolutamente inexistente.

⁴ *Inmigración en España*, Papeles de Economía Española.

⁵ *Inmigración en España*, Papeles de Economía Española.

Existe diversidad de situaciones de abuso, explotación y esclavismo:

- Empleadores que, cuando contratan a trabajadores que llevan poco tiempo en España y que son irregulares, frecuentemente se aprovechan de la situación, pagando salarios muy a la baja y en peores condiciones laborales.
- Estafas de individuos o agencias, reales o ficticias, que con la excusa de buscar empleo solicitan cantidades como anticipo y después o desaparecen o no hacen nada.
- Empleadores que pretenden los servicios de los trabajadores fundamentalmente a cambio del salario en especie.
- Jornadas laborales interminables que superan todos los límites.
- El servicio interno, el cuidado de los mayores y las tareas domésticas son, con alguna frecuencia, ocasiones para un trabajo esclavista – en el que reaparece la figura de la sirvienta-, sin horarios, sin limitación de funciones, donde se puede llegar hasta el abuso de la dignidad de las personas y donde se puede despedir y dejar de pagar lo estipulado con el argumento de que no se está satisfecho con el trabajo.

E.- La infravivienda.

Si el conjunto de los trabajadores inmigrantes residentes y estables encuentran habitualmente serias dificultades para acceder a las viviendas, por razones de precio y por las crecientes sospechas, suspicacias y miedos de los propietarios o de los vecinos, el inmigrante irregular se encuentra abocado desde su llegada al hacinamiento junto a compatriotas, al alquiler de una cama o de una habitación con precios abusivos, a la infra-vivienda, al chabolismo, a los cortijos abandonados, a los cobertizos construidos en los campos, a la búsqueda de albergues o a situaciones marginales de dormir a la intemperie.

Respecto de esta problemática, el Defensor del Pueblo Andaluz en un informe sobre alojamiento y vivienda de los inmigrantes en Andalucía se manifestaba en los siguientes términos:

“La realidad de la situación, en lo que concierne a la vivienda y el alojamiento de los inmigrantes en nuestra Comunidad Autónoma, en la gran mayoría de los casos, está muy lejos de alcanzar la garantía de dignidad que para cualquier ser humano es exigible.”⁶

Hay una reticencia, cuando no una negativa a alquilar vivienda a determinados inmigrantes o se establecen muy diferentes y abusivas de las que se ofrecen a los autóctonos.

En no pocos supuestos, los altos precios solicitados para alquiler, unido a una imperiosa necesidad de ahorrar para pagar o la familia o a las mafias las deudas contraídas con motivo del viaje y, a veces, la misma obtención de un puesto de trabajo, así como la necesidad de enviar remesas a las familias del país de origen, hace que muchos vivan en situación de infra-vivienda, chabolismo y hacinamiento.

El chabolismo y los inmuebles abandonados es una alternativa habitacional de los nuevos marginados.

⁶ El Defensor del Pueblo Andaluz, *Alojamiento y vivienda de los inmigrantes en Andalucía*. 27 de octubre de 2002.

En los informes especiales realizados por el Defensor del Pueblo Andaluz en el pasado ejercicio:

- En Almería, según un estudio que realizó la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la J.A., un 60 % de la población inmigrante vive en el diseminado en el campo y en la periferia de los núcleos de población. Y entre el 60 y el 80 % del total de viviendas y alojamientos destinados a este colectivo tiene la consideración de infra-vivienda o chabolismo.
- En Huelva, aún siendo mejor la situación general, se destaca que los porcentajes de infravivienda se concentran en un 40% de los alojamientos de Cartaya, un 70% en Lepe, un 60% en San Bartolomé de la Torre y un 20 % en Rociana del Campo.
- En Jaén, existe un gran número de albergues, cuya finalidad es servir de alojamiento, por un máximo de 5 días, a los recién llegados hasta que puedan buscar trabajo y otro tipo de alojamientos. Respecto del alojamiento en los Cortijos, la información que obtiene o se facilita al Defensor del Pueblo es de se encontrarían en buen estado 74, en mal estado 43, calificados como regulares 10 y cerrados 17.⁷⁷

2.- LOS COLECTIVOS MÁS VULNERABLES.

A.- La mujer inmigrante.

Tiene que hacer frente sola a duras condiciones de vida. Se siente responsable de sostener a los que dejó atrás en el país de origen. Muchas veces siente el vértigo de volver y fracasar o de quedarse y correr el riesgo de perder su pareja y sus hijos.

El trabajo más habitual – servicio doméstico interno – dificulta su vida de familia, sus responsabilidades, su preparación y su promoción personal.

B.- Las mujeres víctimas de las mafias y de la explotación sexual.

Hay redes de explotación perfectamente organizadas que controlan desde el mismo lugar de origen hasta el punto de destino todo lo que concierne a estas mujeres.

En algunos casos el engaño es evidente. En muchos otros, las personas se han sentido atraídas y deslumbradas por la promesa de conquistar rápida y fácilmente un mundo de ensueño y de bienestar.

Las africanas nigerianas es uno de los colectivos más significados.

C.- Los enfermos y lesionados y los familiares de las víctimas de las tragedias.

Hay múltiples situaciones de riesgo que desembocan en el sufrimiento y en el drama.

Desde las graves quemaduras producidas en la piel por la reacción química que desencadena el contacto del combustible y del agua salada hasta las diferentes lesiones, heridas y fracturas que se originan en los viajes clandestinos hay un amplio abanico de situaciones de sufrimiento y de dolor.

⁷⁷ El Defensor del Pueblo Andaluz. *Informes especiales*.

Hasta nosotros han llegado inmigrantes que han sufrido accidentes muy graves. Tenemos dos casos de inmigrantes parapléjicos. Uno de ellos se lesionó al saltar la valla que separa la frontera de Marruecos con Ceuta y el otro al viajar escondido en los bajos de un camión.

La tragedia más espantosa aparece cuando estas situaciones traspasan la frontera del riesgo y todos los sueños acaban enterrados en las aguas del Estrecho.

D.- Los menores.

En el creciente flujo migratorio hacia los países desarrollados llama la atención la presencia de un elevado número de menores que, sin estar acompañados de adultos, tratan de mejorar sus expectativas de futuro incorporándose a la aventura migratoria.

Aunque hay una presencia mayoritaria de menores procedentes de Marruecos, también se ha ido diversificando esta realidad con la llegada de otras nacionalidades como Argelia, Europa del Este, África Subsahariana, Latinoamérica y países europeos.

En el último informe del Defensor del Pueblo Andaluz⁸ se dibuja un retrato del menor inmigrante tipo acogido en los centros de protección de Andalucía que podría aproximarnos a esta realidad.

“Se trataría de un varón, de nacionalidad marroquí, con una edad comprendida entre los 16 y los 17 años y un nivel de formación básico, esto es, apenas si sabe leer y escribir en su idioma materno. Su religión es el Islam aunque se declara poco practicante.

Al llegar a España hablaba el dialecto marroquí y no conocía nada de español.

Respecto a sus antecedentes socio-familiares, el menor, antes de emigrar, ha vivido en su país de origen junto con sus padres, en el seno de una familia pobre y con escasos recursos económicos. Ha trabajado desde edades tempranas en trabajos diversos, normalmente como aprendiz o en la venta ambulante.

La decisión de emigrar la tomó influido por los amigos y el grupo de iguales y sin que su familia le estimulara a ello. Para el viaje contó con la ayuda de amigos de la calle y lo efectuó escondido en los bajos de un camión.

Manifiesta que, en el caso de ser retornado a su país, volvería a intentar la travesía.

Es optimista respecto a su futuro, cree que mejorará su situación, su plan pasa por trabajar en una profesión manual y le gustaría traerse a su familia y volver periódicamente a su país.”

VII- LAS CONSECUENCIAS DE LA IRREGULARIDAD

Ya hemos descrito las penalidades y sufrimientos que acarrea la situación de irregularidad a los propios inmigrantes al analizar la dimensión humana del fenómeno.

No obstante, hay que valorar las consecuencias en función de todos los sujetos a quienes les afecta. Así pues, podríamos distinguir tres grupos:

⁸ Defensor del Pueblo Andaluz, *Menores inmigrantes en Andalucía*.

Los propios inmigrantes:

Para el inmigrante supone la imposibilidad de su integración y de ejercitar sus derechos. Ha de desarrollar su proyecto de vida al margen de la sociedad y a veces se ve abocado a experiencias de soledad, de pobreza y de marginación.

Está sometido a situaciones de explotación laboral y se encuentra indefenso ante estos abusos.

En ocasiones límites ha de recurrir a las ayudas caritativas o al hurto de alimentos para sobrevivir.

La sociedad

La sociedad también sufre las consecuencias de soportar la existencia de una bolsa de trabajadores inmigrantes irregulares.

Se generan tensiones y conflictos porque aparecen accediendo a la asistencia social y a algunos bienes sociales – asistencia sanitaria, ayudas sociales - que compiten con otras personas en precariedad.

Se les culpabiliza de los males sociales: delitos, marginación, infravivienda, bajos salarios, trabajos precarios, etc.

Crecen las actitudes racistas y xenófobas.

La Administración

La Administración se siente incapaz e impotente de resolver los problemas diarios que presenta la situación extrema de muchos inmigrantes y habitualmente utiliza la vía de las organizaciones sociales para derivar la solución a una problemática que le afecta de forma directa.

Al mismo tiempo, contempla cómo no avanza en la gestión de una política migratoria efectiva de cara a la integración.

VIII- LA RED DE ATENCIÓN A LOS INMIGRANTES

La RED DE ATENCION A LOS INMIGRANTES del Secretariado de Migraciones y de la Asociación Cardijn ha realizado un intenso trabajo de acogida, acompañamiento y atención con los inmigrantes que han ido accediendo a nuestra tierra y con todos aquellos que ya están instalados y viven entre nosotros.

Una amplia red de parroquias, comunidades, grupos y personas anónimas junto a los profesionales, técnicos, colaboradores y voluntarios de la Asociación Cardijn ha mostrado el rostro de la cercanía y de la solidaridad, saliendo al encuentro de los inmigrantes que llegaban a nuestra sociedad. Hay que agradecer a esta Red y a otros grupos y organizaciones sociales la extraordinaria sensibilización que están logrando del conjunto de la ciudadanía. En pocos lugares se encuentra uno con tanta gente sensible y dispuesta a la colaboración.

El cuadro de inmigrantes atendidos es un exponente de los servicios prestados durante el año 2003.

INMIGRANTES ATENDIDOS
R- D DE ACOGIDA - AÑO 2.003-

	Cádiz	S. Fernando	Conil	Tarifa	Algeciras	L. Barrios	Ceuta	Total
Información, Orientación y Asesoramiento	465	15	11	205	275	20	1018	2009
Acogidas	121	15	11	205	275	20	1018	1665
Formación y prom. laboral y cultural	144	36	27	111	198	30	193	739
Actividades de Ocio y T. Libre	30	7	6	12	40	6	89	190
Otras Atenciones	118	6	9	56	250	12	127	578
Atenciones y Deriv. Sanitarias	210	36	20	70	155	60	87	638
Asistencia Jurídica								1332
Acom. Población Reclusa								480
TOTAL ATENCIONES								7.631
TOTAL ATENCIONES	943	115	84	639	1188	148	253	

TOTAL DE ATENCIONES REALIZADAS 7.631

IX- LOS DESAFÍOS QUE SE PRESENTAN

La realidad descrita y analizada reclama con urgencia una solución ante una situación que avanza en un espiral que va afectando cada vez más negativamente a la sociedad.

La respuesta social ante estas situaciones no puede ser la pura ayuda material, sin poner al mismo tiempo de relieve las cuestiones económicas, sociales, políticas y antropológicas que este fenómeno entraña.

En ningún caso la acción se puede reducir a una acción paternalista o a una asistencia social que encadene a las personas a la rueda del asistencialismo sin abrirles las puertas y los horizontes de la integración y de un desarrollo y promoción personal que les permita ser actores y protagonistas de su futuro.

La sociedad, en general, los responsables administrativos y la gente que trabajamos en esta área de la inmigración estamos ante el reto de abrir procesos de acompañamiento que tengan como horizonte y meta la integración digna y justa de los trabajadores inmigrantes irregulares que se encuentran en nuestros pueblos y barrios y son nuestros vecinos.

Hoy por hoy, las dos puertas básicas que pueden abrir el acceso al proceso de integración son la documentación que permite ser residente y la posibilidad de trabajar en el mercado laboral regular.

Importantes y eméritos catedráticos y expertos del Derecho están abordando en estas Jornadas el marco jurídico en su relación con la movilidad humana.

Sólo me permito, con un cierto atrevimiento indebido, penetrar en la consideración de la persona humana como misterio de dignidad y sujeto de derechos.

Hace unos años, la Iglesia española presentaba la Campaña con motivo del Día mundial de las Migraciones con el mensaje: *indocumentados pero son personas*. Hay una clara afirmación en el mensaje de prevalencia de un aspecto que es sustancial e inherente al ser - ser persona - frente a una situación más o menos coyuntural, referida al estar- estar indocumentado - .

Ser persona es la fuente de la que emanan la dignidad y los derechos básicos y fundamentales de los humanos.

Decía la Dra. Gabriela Rodríguez, Relatora de la ONU para los Derechos Humanos de los Emigrantes, en el V Congreso Mundial de la Pastoral de los Emigrantes y Refugiados celebrado en Roma en el pasado año 2003,⁹ que “existe un marco jurídico internacional de protección de los derechos humanos que regula las obligaciones de los Estados en la promoción y protección de los mismos. Este marco normativo comprende todos los Convenios internacionales y regionales de derechos, en los que queda claro que los derechos humanos son inherentes a toda persona y por ello también a las personas migrantes, independientemente de que se encuentren en situación regular o irregular”.

Y añadía, “si bien esta normativa internacional establece por sí sola un estándar mínimo de derechos de toda persona, debemos congratularnos de la entrada en vigor de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias. Esta Convención supone un paso adelante en la promoción y protección de los derechos de este grupo de personas tan vulnerable a las violaciones de derechos humanos, independientemente de su situación regular o irregular”.

En el comunicado final del V Congreso Mundial de la Pastoral de Inmigrantes y Refugiados, celebrado en Roma se hacen las siguientes recomendaciones:

1 “La Iglesia debe encontrar modos de ayudar a los inmigrantes sin documentos que forman ya parte de la sociedad donde viven y trabajan, a fin de obtener un status legal.”¹⁰

2 “Las conferencias episcopales deben usar con más frecuencia sus buenos oficios para promover una legislación favorable a los emigrantes y refugiados.”

3 “La Iglesia debe pronunciarse de forma más clara y decidida contra las nuevas formas de esclavitud, como son, por ejemplo, las que existen en el mercado de trabajo negro – que es una de las causas mayores de la emigración irregular – o el tráfico humano, del que, la mayoría de las veces, son víctimas mujeres y niños para la prostitución o la venta de órganos.”

4 “El Congreso hace un llamamiento a los Gobiernos, Cuerpos Legislativos y Organizaciones Internacionales a:

- Respetar y proteger la dignidad humana y los derechos de los emigrantes y refugiados, tanto en situación regular como irregular, y no hacer del terrorismo internacional un pretexto para reducir sus derechos.
- Prestar una atención especial a los niños emigrantes, a los jóvenes y a las mujeres, y establecer penas severas contra su explotación.
- Ratificar la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.”

5 “El Congreso denuncia: las constantes tragedias, con pérdidas de vidas de emigrantes, en diversas zonas fronterizas del mundo, como, por ejemplo, el paso del estrecho de Gibraltar

⁹ Actas del V Congreso Mundial de la Pastoral de Emigrantes y Refugiados.

¹⁰ Documento final del V Congreso Mundial de Pastoral de Emigrantes y Refugiados. Roma, 22 Noviembre 2003.

entre España y Marruecos, el de Río Grande y el desierto entre México y Estados Unidos, o la zona marítima entre África y la isla de Lampedusa en el Mediterráneo.”

En estos momentos, la problemática de la inmigración irregular es la más grave del fenómeno migratorio en nuestro país y puede adquirir dimensión de “*emergencia social*” por su volumen y por las situaciones infrahumanas, marginales o esclavistas en las que se puede estar encontrando un amplio grupo de inmigrantes irregulares y por la tensión social que se pueda estar generando.

Dicho todo esto, creo que no podemos resignarnos ante la realidad de las personas que ya viven entre nosotros a demandar sólo una ayuda asistencial que palie las graves carencias de esta situación.

La solución de financiar el retorno de los irregulares no parece ni fácil ni viable. Ni por razones económicas de erario público cuando faltan recursos para una buena gestión de la política migratoria a todos los niveles, ni por razones sociales de los propios inmigrantes, ni por la situación de los propios países de origen de la inmigración.

Abrir un proceso, al ritmo que sea, para abordar el acceso a la documentación legal necesaria para residir o para trabajar y residir de los inmigrantes que permanecen desde hace tiempo en España es la alternativa más viable para resolver esta situación.

Habrá que discernir los mecanismos más procedentes y convenientes. Desde esta reflexión que he presentado, considero que habría que garantizar, como mínimo, alguno de estos supuestos:

- Abrir un proceso extraordinario de regularización que pudiera recoger las situaciones de todos aquellos inmigrantes que se encuentran en España con una clara voluntad de integración.
- Plantear un abanico de diferentes medidas ante las diversas situaciones existentes, que sin denominarse proceso extraordinario y siendo paulatino y escalonado en el tiempo, permita acceder a la regularidad a todos aquellos inmigrantes que se encuentran en España con clara voluntad de integración.

LA SITUACIÓN DE ESPECIAL VULNERABILIDAD DE LOS INMIGRANTES QUE HAN ENTRADO IRREGULARMENTE EN TERRITORIO ESPAÑOL

Manuel Borrero Arias

Dirección General de Políticas Migratorias

Junta de Andalucía

El tema de mi ponencia es la situación especial de vulnerabilidad de los inmigrantes que han entrado irregularmente en territorio Español.

Yo agradezco esta invitación, creo que Gabriel Delgado ha hecho una magnífica exposición del tema, sobre todo poniendo las cosas en su sitio con normalidad, sin grandes manifestaciones, pero sin duda poniendo el dedo en la llaga de lo que es la complejidad de la inmigración hoy en día, aunque en realidad es un fenómeno tan antiguo como el propio ser humano.

Es por ello que decir algo nuevo después de esta jornada es altamente complicado. Hoy en día se habla mucho de inmigración, pero realmente es difícil decir algo nuevo y más aun modificar la realidad. Yo hoy intentaré hablar de vulnerabilidad. Según el Diccionario de la Real Academia, vulnerabilidad es una cualidad de vulnerable y vulnerable es todo aquello que puede ser herido o recibir alguna lesión física o moral.

Por otra parte, el diccionario Mariano dice que vulnerable es susceptible, una persona que es susceptible de ser herida o vulnerada en cualquier acepción, de recibir un daño o perjuicio, de ser afectado, conmovido, convencido o vencido por algo. Yo quisiera poner énfasis en esta última acepción de ser convencido con facilidad, porque ello conlleva poder recibir una lesión con facilidad, poder ser herido, afectado moralmente, ya que en estas condiciones son en las que se encuentra el inmigrante.

El inmigrante al que se refiere el título que se me encarga, es aquel que tiene entrada irregularmente en el territorio español, este tipo de inmigrantes, efectivamente llega en unas condiciones muy desfavorables, pero a veces los inmigrantes que tienen una entrada “regular” y luego en poco tiempo pasan a ser irregulares, de lo que se deduce que la invulnerabilidad puede perderse con bastante facilidad, personas que han entrado como turistas, con permisos de trabajo, de estudios o de residencia temporal y que al no poder renovarlo, pasan a ser irregulares.

¿Qué ocurre con estas personas inmigrantes cuando pasan a esta situación de irregularidad y por lo tanto de vulnerabilidad? Normalmente la vulnerabilidad del inmigrante no es solamente debida a su propia situación, yo destacaría en este momento dos focos de vulnerabilidad:

Uno provocado por fuentes externas, por el país de recepción o acogida, por nosotros, por nuestra sociedad.

Y otro es la propia vulnerabilidad que el inmigrante trae de su entorno, su persona, su familia y su propio país.

En primer lugar hay que plantearse ¿qué es lo que motiva que un inmigrante sea vulnerable en cuanto a las causas externas? Quizás la primera vulnerabilidad se produce por el desconocimiento de la lengua del país al que llega, ese es el primer “*handicap*” a superar, y que puede sufrir cualquier persona que viaje a un país extranjero, ese y el conocimiento de las costumbres, son el marco general donde podemos desarrollarnos. Por otra parte está la situación legal, la situación legal es la que nos hace ser o no ser, tener o no tener derechos. El derecho a tener derechos es la primera condición de la que carece el inmigrante irregular.

El carecer de documentación, hace que el inmigrante -según la Ley de Extranjería- carezca de derechos como el derecho de reunión, el derecho de asociación, derecho de huelga o de sindicación, etc. Por otra parte están limitados en muchos otros derechos, como el derecho a la sanidad o a la vivienda y en muchos temas de carácter social. Una vez vi en Sevilla unos carteles que invitando a los ciudadanos a que se empadronase decía: “*si no tienes papeles no eres nadie*”. En el caso de los inmigrantes irregulares la situación es mucho peor, puesto que en muchos casos han perdido la documentación, o se han deshecho de ella para evitar repatriaciones o en el peor de los casos, se ven obligados a entregarla a alguien, esto produce la pérdida de la propia identidad de las personas.

Existen además otras fuentes que pueden provocar vulnerabilidad, que son las carencias de redes de solidaridad en el propio país al que llegan, existen redes de solidaridad para los problemas internos de la población del propio país consolidadas para otras áreas de servicios sociales, pero hay bastante carencia al menos en Andalucía de estas redes sociales dedicadas a los inmigrantes irregulares. Las redes establecidas, suelen ser incipientes y poco organizadas y en manos de la propia sociedad que es lo que está ocurriendo en cierto modo en la provincia de Cádiz, aunque con los años y la experiencia, se ha ido mejorando.

La mayoría de las redes de solidaridad están en manos de las ONGs y los Ayuntamientos, en los que se está haciendo un esfuerzo para que se vayan organizando servicios de atención a los inmigrantes y medidas que van desde crear oficinas de información y orientación, hasta el establecimiento de albergues, comedores, etc.

La carencia o no de estas redes, provocan que el inmigrante se encuentre en situaciones más vulnerables o menos vulnerables, pero además hay otra fuente de vulnerabilidad, que yo la llamo los prejuicios de la sociedad receptora. Y aquí hay que hablar con cierta claridad, porque la sociedad preceptora, o la sociedad de acogida –como queramos llamarlo- o sea, nosotros, estigmatizamos a la persona, al inmigrante que no tiene “*papeles*”, de tener a no tener papeles hay una gran diferencia, hasta tal punto que el que tiene “*papeles*” puede ser una persona honorable y cuando se dice que no tiene “*papeles*” se convierte en una persona de la que hay que apartarse. Entonces, teniendo en cuenta la facilidad con la que una persona inmigrante puede pasar de regular a irregular, como expliqué antes o al contrario, se produce en un momento dado, la pérdida de la condición por no poder renovar su permiso y de la noche a la mañana puede haber un proceso de regularización y vuelve a ser regular, pasando de ser una persona no deseada, a ser una persona aceptada y ayudada.

Además existen otros prejuicios, otros estereotipos en la sociedad que son prejuicios de tipos ancestrales que están entre nosotros, el prejuicio al “*moro*”, el prejuicio al colombiano como país que encarna la mafia de la droga, el prejuicio al rumano, todos ejemplos para entender que todo esto nos hace tomar partido por determinados inmigrantes según el país de procedencia. Estos prejuicios, a veces son muy sutiles, de manera que nos hacen sentir

un rechazo pero no a los inmigrantes pero si a determinados inmigrantes porque su cultura no es semejante a la nuestra, porque su religión es distinta, o porque no pueden integrarse y entonces, no es que seamos racistas, pero tenemos un prejuicio sutil que manifestamos, no en cuanto a la raza, pero si en cuanto a la cultura o la ideología, pudiendo llegar a agresiones verbales, físicas, incluso a la muerte y esto es algo que se da a veces en determinados momentos y con gente que duerme en la calle o descampados y en situaciones muy precarias.

En la sociedad, entre las fuentes externas que provocan la vulnerabilidad estarían personas y redes que explotan y extorsionan a los inmigrantes, normalmente esto se produce de forma mucho más dramática entre aquellos que no tienen “papeles” con falsas promesas de conseguirlos “papeles” o de conseguir trabajo entre los inmigrantes de determinadas zonas, no está aquí nadie libre de culpa, sin ánimo de estigmatizar a nadie, en todas las profesiones existe alguien que se aprovecha de estas situaciones, abogados sin escrúpulos que les sacan fuertes sumas de dinero a cambio de “papeles” que no van a conseguir, médicos que les firman certificados para que no tengan problemas, funcionarios de distintos sitios, incluso ONGs que montan su “chiringuito” para explotarlos o cobrarles; no a lo mejor la ONG en concreto, pero si algún miembro aprovechado. Tenemos casuísticas de muchos estilos. Y eso sin hablar de los empleadores que nunca le proporciona una documentación porque si se la tramitan, se les va el inmigrante y se acaba la explotación. Son situaciones bastante complejas que no y que no pueden ser legalizadas, pero que están ahí y que casi todas hacen que el inmigrante irregular se vea en una situación de inferioridad y con dificultades para salir de esa situación.

En la inmigración hay también una tendencia a culpabilizarnos mucho a nosotros mismos, la sociedad receptora, nosotros tenemos la culpa de todo, yo creo que hay que ser objetivos, intentar ser claros, porque el inmigrante acarrea la vulnerabilidad por sí mismo desde sus propios orígenes, por su propia condición, por ejemplo el grado de conocimiento de la lengua y costumbres del país al que pretenden llegar, porque no olvidemos que la mayoría de inmigrantes que nos llegan son procedentes de África o de América y ellos no piensan en venir a España, ni siquiera a Andalucía y mucho menos a Cádiz, para ellos no es mas que un lugar de paso de camino a Europa, su sueño es llegar a algún país de Europa e identifiquen un país en concreto. El grado de conocimiento de la lengua por tanto, y de las costumbres le van a posibilitar el poder comprender lo que ocurre a su alrededor. Es importante ver su capacidad, sus conocimientos, su formación para trabajar y es el propio inmigrante el que destruye su propia documentación si procede de un país al que sabe que lo pueden devolver, por lo que tira su documentación y a veces dice que procede de un país distinto.

¿Qué medios económicos trae el inmigrante para poder subsistir en esta situación? ¿Puede retornar el inmigrante libremente y admitir su fracaso? ¿Va a ser admitido? ¿Él, en su propia personalidad, puede admitir su derrota? En muchos casos el inmigrante es un ser luchador, es un ser que se abre paso ante todas las dificultades y por tanto la vulnerabilidad, la fortaleza psicológica que tienen va a ser muy importante a la hora de abrirse o no camino. Qué autoestima tiene, como va a ser capaz de salir adelante en esta jungla. Pero el inmigrante no viene solo, como se ha dicho, a su vulnerabilidad hay que sumarle la vulnerabilidad de su familia, esa familia probablemente se ha endeudado ¿tiene solvencia económica para que el inmigrante pueda sobrevivir aquí? ¿Qué chantaje se le está haciendo a esa familia? La familia tiene conocimiento de la realidad donde llega su familiar, su hijo o el padre de familia y la familia tiene contactos en Europa o España para que este inmigrante pueda

triunfar y ¿qué presión tiene la familia en el caso de que el inmigrante esté dispuesto a tirar la toalla y volver?, cosa poco probable, pero que en algunos casos es la única solución, por lo tanto habría que hablar de esa vulnerabilidad del entorno del inmigrante y de la vulnerabilidad de los contactos previos. Como saben ustedes, todo inmigrante tiene un proyecto cuando intenta salir, el que emigra se forja un proyecto de migración que no lo decide de la noche a la mañana, ha tenido a menudo un contacto previo con un empresario o con familiares que aquí puedan ayudarle, tiene un teléfono de contacto, casi todos tienen un móvil y todo esto lo va a hacer ser mas fuerte o menos fuerte. Pero también es verdad que hay otra vulnerabilidad ya aquí, no del país externo, sino de sus propios compatriotas que han formado aquí sus propias redes, sus lugares de asentamiento, ¿qué capacidad tienen para soportar un miembro más que en principio no puede aportar nada para mantenerlo?. Por tanto el inmigrante en estas condiciones, es fácil que pueda caer en chantajes, robos de sus propios compatriotas, hay por ahí alguna película que narra la historia de un cubano que viene a España, llega con una idea y sus propios compatriotas le chantajejan.

Por último me referiría a la vulnerabilidad del propio país emisor, porque no es lo mismo ser inmigrante de un país que tenga convenio con España, que de aquellos que no tienen. Pero además ¿qué tipo de convenio tienen? Porque puede ser que el único convenio que tengan sea de repatriación, de devolución, pero no convenio de trabajo. ¿Tiene el país de procedencia Embajada o Consulado? ¿Se preocupa de verdad el propio inmigrante de averiguarlo? Porque a veces los países miran para otro lado porque no les interesa hacerse cargo de su propia gente. ¿Tiene organizada la inmigración ese país? Hay países como Rumania que tiene organizada la emigración para las campañas de temporada de recogida de fresas en Huelva, pero otros países no tienen nada organizado. ¿Es un país en conflicto, un país en guerra? Y ¿qué derechos se le van a reconocer al inmigrante a la vuelta?, si vuelve, ¿Va a ser castigado?, ¿Va a ser penado?, estos serían en cierto modo todas aquellas causas ordenadas que pueden provocar mayor vulnerabilidad en la persona inmigrante, para ellos, nosotros como Junta de Andalucía, tenemos que dar respuesta en la medida de nuestras posibilidades en aquello que sea competencia de la propia Junta, esto está relacionado con los derechos sociales de los inmigrantes, para ello hay un Plan de Integración Social de los Inmigrantes y una serie de medidas que se están llevando a cabo desde hace tiempo para fortalecer estas redes que he dicho de apoyo, para fortalecer lo que es la atención legal, pero se que ya en estas Jornadas se ha hablado y se hablará de este tema, por lo que prefiero no extenderme ahora de todo lo que supone este Plan.

Lo que sí es cierto, que al final y en este debate amplio y general, hay muchas preguntas sin resolver y muchas paradojas en cuanto a la atención al inmigrante irregular, por un lado el debate sería ¿debemos seguir argumentando que solo deben entrar los que tengan su documentación en regla? Y ¿cómo se asume por parte de todos, que ciertas personas que tiene orden de expulsión no puedan ser expulsadas? ¿Qué se puede hacer con ellos? ¿Cómo asimila nuestra sociedad que no debe entrar nadie sin permiso? La realidad es que hasta ahora la mayoría de los inmigrantes regularizados han entrado de forma irregular y esto es una realidad que todos conocen y hasta ahora la mayoría han tenido que regularizar su situación ya en España. ¿Debemos decir que a partir de ahora ya no?. ¿Debemos admitir ese lenguaje y la doble forma de actuar? O sea, por un lado decir que no y por otro lado tener que prestar asistencia a los que entran de forma irregular.

¿Y por qué no terminar ya con las regularizaciones extraordinarias? Si cada 5 años los Estados Europeos, no sólo España, han tenido que hacer regularizaciones extraordinarias

porque la situación les provoca tal crisis, que se ven abocados a establecer una regularización extraordinaria, aunque nosotros, nuestra Ley, hemos establecido que ya no habrá ninguna más. Por otro lado los Estados y los Gobiernos tienen que ceder al chantaje por la realidad de los hechos consumados de que los inmigrantes siguen llegando a nosotros y que no hay forma de parar, buscan nuevos refugios, como traer mujeres embarazadas, niños, etc., adelantándose se puede decir el momento de llegada, porque saben que después va a ser más difícil entrar. Además cada vez se les promete una fórmula nueva, las personas y mafias que traen a los inmigrantes les prometen que va a haber una regularización inmediata. Entiendo también que los gobiernos tienen que tomar una postura clara de fortaleza, pero a su vez se encuentran que por detrás nos encontramos que siguen entrando y por lo tanto hay que atender humanamente, humanitariamente a esas personas.

Todo esto, creo yo que viene un poco a resumir la situación de vulnerabilidad y la paradoja que se da a la respuesta que podemos dar en esta sociedad.

INMIGRANTES EN LA PROVINCIA DE CÁDIZ

José Manuel Vera Borja

Sociólogo. Diputación Provincial de Cádiz

Aunque pueda parecer obvio, quisiera comenzar señalando la conveniencia de enfocar el fenómeno migratorio como un “*hecho social total*” y la necesidad de atender a los aspectos macro y micro, a la dimensión cuantitativa y a la cualitativa, dada la dispersión, fragmentación y trivialización del tema en los tiempos que corren. Se trataría de acercarse al hecho migratorio reciente en el espacio en el que trabajamos y vivimos, la provincia de Cádiz y el Estrecho de Gibraltar, sin olvidar el carácter europeo y mundial en el que se enmarca, buscando sus características diferenciales.

En este sentido es conveniente comenzar considerando la inmigración como un fenómeno social global que atraviesa casi todas las estructuras o dimensiones sociales, de la demográfica a la económica y de la política a la cultural. Todo lo contamina y afecta, contribuyendo, como uno de los procesos emergentes más potentes, al cambio social del planeta.

No es un proceso nuevo pero sí emergente, por presentarse con unas características desconocidas en la historia y por ser un proceso que de afectar a un número reducido de países, ha pasado a ser un fenómeno que afecta a la mayoría de las naciones. El porcentaje de desplazados sobre la población total se mantiene a grandes rasgos desde mediados del siglo XX (alrededor del 2%), pero dado el aumento vertiginoso de la población mundial, el volumen de las migraciones hacia los países ricos ha crecido hasta superar los 150 millones. Aunque no es posible prever como evolucionará, todos los estudios de prospectiva social confirman su fuerte tendencia alcista en los próximos años azuzados por la globalización.

Los actuales procesos migratorios forman parte del proceso de globalización, el cambio social más importante desde la Revolución Industrial y el Estado de Derecho del Siglo XVIII, que supone la entrada en una nueva época marcada por la tecnología, la unificación del mercado mundial, la revolución de las comunicaciones y los movimientos de la población.

Así pues, para entender el fenómeno migratorio, es preciso remitirse a las funciones y relaciones que mantiene con los demás factores en el cambio hacia el mundo globalizado. Desde esta perspectiva los movimientos migratorios aparecen como una contradicción no resuelta en el esquema global diseñado por el neoliberalismo y los *neocons*, artífices del desarrollo actual del proceso. Se trata del principio de la libertad de movimientos que se preconiza y exige para el mercado, los capitales y las empresas; y que contrasta poderosamente con las fuertes restricciones al libre desplazamiento de las personas, siempre naturalmente que se trate de ciudadanos que procedan del mundo no desarrollado.

La mundialización de la economía requiere a los países ricos -como requisito para mantener la competitividad- la existencia de una mano de obra desregulada, barata y flexible. Se necesitan unos recursos humanos que con frecuencia no se pueden cubrir con los trabajadores nacionales y que se abastecen de estas corrientes migratorias.

Además, gracias a la llegada de los inmigrantes, que mayoritariamente suelen realizar las tareas más sucias, duras, peligrosas y rutinarias (las denominadas con las *Tres D: demanding, dangerous, dirty*), los trabajadores nacionales consiguen una movilidad laboral y social ascendente, que de otro modo no alcanzarían.

La disponibilidad de esta fuerza de trabajo en condiciones óptimas para la obtención de plusvalías y el mantenimiento de la competitividad en el mercado mundial, ha marcado las tendencias y características de las políticas de inmigración. En muchos países como el nuestro, se ha optado por unas políticas parciales y restrictivas, casi policiales, compatibles con una realidad en la que el número de inmigrantes aumentaba exponencialmente en los últimos años, aunque los que se acogían al cupo fueran una pequeña minoría. La inmensa mayoría de los inmigrantes entraban irregularmente y conseguían la regularización mediante los denominados *procesos extraordinarios de regularización*, que de puro frecuentes se han convertido en la verdadera política migratoria. Unos cupos insuficientes, una organización deficiente y una política miope, amparaban una realidad en la que el discurso político y la ley iban por un lado y la realidad por otro.

La razón más poderosa para la existencia de este tipo de políticas es la conveniencia de mantener una parte de la economía en *dumping social*, en la denominada economía sumergida, para la que necesita de los irregulares. Estos sujetos al estar en condiciones de semiclandestinidad, en unas condiciones de no-ciudadanía, son los recursos humanos idóneos para mantener la opacidad en la que se basan este tipo de actividades.

Las leyes de inmigración vigentes han sido la causa eficiente de la situación de irregularidad en que se encuentran estructuralmente una parte importante de los inmigrantes y en definitiva de los costes sociales y humanos que genera. Unas leyes que dan lugar por la propia lógica del mercado a las mafias que trafican con ellos.

Así pues, la falta de voluntad política para controlar la economía sumergida, unida a la conveniencia de este tipo de inmigrantes y a los costes económicos, sociales y políticos del bloqueo de fronteras, configuran la realidad de las actuales políticas de inmigración. El debate político real en las sociedades desarrolladas suele girar en torno a la maximización de las ventajas y la minimización de los costes de la inmigración, dejando para otros foros las consideraciones y enfoques más holísticos, sociológicos o humanitarios.

Un ejemplo de este tipo de tratamiento *economicista* de la inmigración es la polémica acerca del mantenimiento del Estado del Bienestar. Y es que los inmigrantes, no sólo son necesarios para el mantenimiento de la competitividad en el actual estado y modelo de globalización, lo son también para la supervivencia del Estado del Bienestar, sin cuya contribución la evolución demográfica hacia el envejecimiento progresivo de los países ricos sería irresoluble. La juventud y superior tasa de actividad de los inmigrantes, lo garantiza. Desde este punto de vista son más convenientes los inmigrantes regulares, ya que cotizan a la Seguridad Social, asegurando las pensiones de una sociedad de mayores.

Según el informe de la OCDE *Tendencias en la migración internacional 2002*, “*hay un contraste entre la creciente cooperación para combatir la inmigración ilegal entre los Quince y sus escasos progresos en la coordinación de la gestión de los flujos de inmigración legal y en la integración de los extranjeros*” Según este informe aumentan los demandantes de trabajo así como su nivel de cualificación. En 2002 ya representan el 8,9% de la población de Alemania, el 6,2% de Francia o el 9,5% de Grecia o el 5,6% de un país histó-

ricamente emigrante como el irlandés. Sin ellos la población de Alemania o la de Italia habría retrocedido desde los años 80.

En general se trata de unos cambios tan importantes que los Gobiernos son reacios a enfrentarse a ellos en toda su intensidad, poniendo en marcha la planificación territorial y urbana, de infraestructuras, equipamiento y servicios, y muy especialmente la educativa y cultural, necesarias para la transformación de Europa en una comunidad pluricultural y multirracial, en una perspectiva a largo plazo donde en determinados espacios, los llegados de lejos y sus descendientes, serán sin duda la mayoría social.

Pero sobre todo, no parecen interesados en diseñar políticas comunes que vayan más allá de los cupos y las fronteras, reacios a abordar en su complejidad y radicalidad el problema del co-desarrollo, cambiando los planteamientos vigentes en el modelo de globalización.

En España el fenómeno migratorio de la inmigración es reciente y emergente. España es un viejo país emigrante que en 2002 tenía todavía más emigrantes que inmigrantes. Hace veinte años eran pocos (unos 250.000) y la mayoría de países desarrollados. Pues bien, hoy son algo más de tres millones contando los irregulares. Se ha multiplicado por trece la cantidad. Y solo en los cinco últimos años se ha triplicado, aunque la tendencia al crecimiento de 2003 (24%), parece haberse ralentizado en 2004.

El porcentaje de extranjeros provenientes del espacio europeo de los quince, dejó de ser mayoritario con el nuevo siglo, a favor de una multitud de países pobres de todos los continentes, razas y etnias. Iberoamérica (473.946) aporta la mayoría con Ecuador, Colombia y Perú a la cabeza. Después África (446.774) con Marruecos (349.032), Argelia y Senegal como principales lugares de origen. De la Europa no comunitaria destacan las comunidades búlgara y rumana (99.555) y de Asia (70.575), China y Pakistán.

Según un estudio de la Fundación de la Cajas de Ahorro, publicado en la revista Papeles de Economía y coordinado por el José Félix Tezanos (apoyándose en un análisis de Joaquín Arango), la población de inmigrantes de 2002 superaba holgadamente los dos millones, el 5% de la población, de los que 1.650.000 están regularizados. En Octubre de 2004 según el Anuario Estadístico de Extranjería había ya en España 1.854.218 extranjeros regularizados de los que 1.213.800 eran extracomunitarios. De los 42.717.064 habitantes de España en 2004, el 7% son extranjeros.

A uno de Enero de 2003 eran 1.103.381 los extranjeros empadronados que están en situación irregular, procedentes de Ecuador, Colombia, Rumania, Marruecos, Argentina, Bulgaria, Ucrania, Bolivia, Venezuela y Brasil, principalmente.

Trabajando con la hipótesis más conservadora, de mantenerse esas tendencias, en el año 2010 España tendría más de 6.000.000 de inmigrantes que supondrían el 14% de la población, por delante de lo que actualmente tienen los países más receptores de inmigrantes como EEUU, Alemania, Francia o Gran Bretaña. En 2002 España fue el país europeo que más inmigrantes recibió.

Los inmigrantes regulares en España, representan el 4,32% de la población, el 6,3% de los afiliados a la Seguridad Social y el 4,4% de los demandantes de empleo. Por otra parte uno de cada seis nacimientos es en una familia inmigrante (14.24%).

Aunque el nuevo proceso ha tenido la virtualidad de hacer aflorar la bolsa de irregulares existentes, aún persisten dudas razonables acerca de cuantos ciudadanos ocultos (fuera del

Estado de Derecho, que sin embargo trabajan a la luz del día) quedarán excluidos de la regularización por distintos motivos.

Estos son los datos y mirar para otro lado no resolverá los problemas que un cambio demográfico tan grande está acarreado. Con frecuencia estas cifras se han utilizado desde determinadas posiciones políticas, como un argumento que al construir en el imaginario colectivo la imagen de una avalancha de competidores (por los escasos puestos de trabajo, los escasos beneficios del Estado del bienestar), sirven como coartada para políticas y leyes de inmigración coercitivas y atentatorias contra el Estado de Derecho.

Se trata por el contrario de preparar el futuro de un país que como otros, necesitará de forma urgente remodelar sus estructuras y recomponer su propia imagen colectiva acorde con la nueva realidad multicultural y pluriétnica.

Sean cuantos sean los inmigrantes que regular o irregularmente residen en España, sin duda, seguirán llegando más. No creo que nadie ponga en cuestión esta afirmación. Y ¿qué pasará con ellos? Que tarde o temprano se implementará un nuevo *proceso extraordinario de regularización* que permitirá que afloren la mayoría de los que estando ya aquí no se regularizarán y los que vayan llegando hasta entonces. Este es el mecanismo que permite los flujos existentes. No son los contingentes o cupos: con ellos no ha entrado ni el 10% de los inmigrantes. De existir el famoso efecto llamada sería esta convicción la que finalmente tira de los desesperados que buscan su oportunidad de entrar en el reino del bienestar y el consumo, aunque el precio a pagar con frecuencia sea alto.

¿Y dónde están trabajando los inmigrantes en situación irregular?. Lo hacen en la economía sumergida, una economía que representa el 23% de la actividad económica española, según un reciente estudio de la FUNCAS, un triste record europeo que solo superan Italia (27%) y Grecia (30%). Son estos negocios los que hacen crecer el número de trabajadores clandestinos, que a su vez alimentan y engordan esta economía. Nadie parece haber tenido demasiado interés en acabar con esta situación. Ni la Inspección del Trabajo ha desmontado el tinglado, ni se han articulado estrategias y leyes que lo permitan, ni la sociedad denuncia significativamente tales prácticas, de las que más bien es cómplice. El chiste del Roto que dibuja un cartel de obra donde dice “*Se necesita inmigrante sin papeles para trabajo de inmigrante sin papeles*” es claro como un dardo. O el personaje que mira un inmigrante ahogado sobre la playa de Rota y dice “*Los ahogados de las pateras, ya solo son economía sumergida*”. Una sentencia ya famosa en este mundo de los inmigrantes dice: “*No trabajo porque no tengo papeles y no tengo papeles porque no trabajo*”.

Aunque esta situación afecta a la totalidad de los inmigrantes de países pobres, se ceba más en los africanos, de los que sólo el 59% de los regularizados está dado de alta en la Seguridad Social, frente al 82% de los iberoamericanos, por ejemplo.

Son factores culturales, los que explican estas diferencias. Más allá del dominio de la lengua (iberoamericanos), operan los prejuicios a la hora de acceder al mercado de trabajo. La imagen de los inmigrantes ha sido construida esencialmente a través de los medios de comunicación social. Es una imagen estereotipada que alimenta la xenofobia y que con frecuencia está cargada de falsos prejuicios que asocian erróneamente inmigración a delincuencia. El prototipo de ese inmigrante peligroso es el marroquí, *el moro*, la nacionalidad más frecuente y que solo recientemente ha sido desbancada parcialmente por ecuatorianos, colombianos y rumanos.

El rápido aumento del contingente de inmigrantes en España, la vigencia de estereotipos y la persistencia del mensaje que desde el Gobierno de Aznar se hizo sobre la vinculación entre inmigrantes y delincuentes ha producido un aumento del rechazo entre la población española de este colectivo. Así, el rechazo a los inmigrantes creció, durante el gobierno de Aznar, del 8% al 32% según el Centro de Investigaciones Sociológicas.

Los marroquíes son la punta del iceberg de un continente, África, que está entrando clandestinamente en España a través del Estrecho de Gibraltar y de las Islas Canarias. El Magreb, ribera sur del Mediterráneo es junto a Sudáfrica la zona desarrollada del continente. Su renta per cápita (4.000\$) es menos de la quinta parte de la media de los países del norte del Mediterráneo, entre los que se encuentra España y que es de 22.000\$ aproximadamente ¿Acaso son necesarios más argumentos o explicaciones sobre las causas del fenómeno en un mundo globalizado por los medios de comunicación? Es verdad que hay otras razones, claro está, la democracia y las libertades (alrededor del 10% de los desplazamientos mundiales según el Fondo de la Población), pero la vinculación desarrollo económico, estabilidad institucional y democracia cada vez es más fuerte.

Los inmigrantes están como se sabe desigualmente repartidos por el territorio español. Las mayores concentraciones se dan en Madrid, Cataluña y el País Valenciano. Andalucía es el cuarto destino de los inmigrantes con el 12% de los inmigrantes con tarjeta o permiso de residencia. La inmigración que recibe Andalucía es todavía mayoritariamente la procedente de los países desarrollados, la denominada por algunos autores las *migraciones heliocéntricas* y es junto a las islas Baleares y Canarias casi el único territorio donde predominan los migrantes procedentes del mundo desarrollado. En el 2003 eran un 48% de europeos, un 30% de africanos, un 19% de América del Norte, un 13% de iberoamericanos y un 6% de asiáticos.

¿Y Cádiz? Los hechos son que hoy por hoy la provincia de Cádiz tiene muy pocos inmigrantes. A 1 de Enero de 2003 había 13.567 inmigrantes con permiso o tarjeta de residencia en vigor. De ellos 5.075 en el régimen general, y 8.492 en el régimen comunitario, o sea, procedentes del espacio común europeo, 3.600 son africanos, 1.760 iberoamericanos y 840 asiáticos.

Con estas cifras que suponen una densidad de 1,25% de inmigrantes sobre el total de la población provincial. Los inmigrantes no se ven, están diluidos en el paisaje urbano. Sin embargo Cádiz es para muchos españoles y europeos además de la tierra de toros y carnaval, tierra de inmigrantes. El imaginario colectivo está construido sobre las terribles imágenes del Estrecho de Gibraltar, sobre la inmigración clandestina que escondida en los medios de transporte o en patera llegan a España y Europa, procedentes del continente africano. Y aunque el total de los inmigrantes que entran irregularmente en España por el Estrecho o por Canarias es un porcentaje pequeño con respecto al total, su dramatismo focaliza sobre estos territorios el problema de la permeabilidad de las fronteras frente a la inmigración irregular. A pesar de que las mayores entradas de irregulares se producen por los aeropuertos (especialmente el de Madrid), las inversiones y dispositivos de control de fronteras se han centrado en la frontera sur de Europa, en Andalucía, Canarias, Ceuta y Melilla, fundamentalmente con la implementación progresiva del Servicio Integrado de Vigilancia Exterior (SIVE)

Lo específico y diferencial de la provincia de Cádiz, no es pues el número o la concentración espacial o sectorial de los inmigrantes. Es la población flotante, la inmigración irregular de paso hacia otros destinos con mayores ofertas de trabajo, sean Almería, Málaga o

Huelva en Andalucía, o Madrid, Cataluña, Comunidad Valenciana o Murcia, en el resto de España. También algunos con destino final en Francia, Alemania, Países Bajos e Inglaterra.

A Cádiz vienen sobre todo ciudadanos procedentes de África, marroquíes, senegaleses, nigerianos, mauritanos o argelinos. También oriundos de Guinea Bissau, Sierra Leona, Costa de Marfil, Ghana o Malí y otros países del África subsahariana.

En sus intentos de acceder a nuestras costas estos dos grandes grupos (los magrebíes y los subsaharianos), se reparten en diferente proporción entre el Estrecho y Canarias. En los primeros años del nuevo siglo los magrebíes representaban entre el 70 y el 80% de los inmigrantes irregulares en el Estrecho y los subsaharianos algo menos del 20%, mientras que en Canarias los subsaharianos eran entre el 60 y el 70% y los marroquíes el resto.

Tradicionalmente la entrada mayoritaria se hacía por el Estrecho. Sin embargo la extensión del servicio de vigilancia ha supuesto un reequilibrio entre ambos destinos, que llegó a raíz de los sucesos del 11 de Septiembre a saldarse por primera vez en el 2002 con mayor número de detenciones en Las Islas Canarias, y aunque en 2003 ha vuelto este triste record al Estrecho de Gibraltar con 9.223 detenidos, el 2004 confirma el cambio de tendencia (54% por Canarias).

Partiendo del dato de los inmigrantes detenidos que han llegado en pateras (de los que hay registro estadístico) se observa que desde 1999 en que se detuvieron a 3.569 inmigrantes, la cantidad ha ido creciendo año tras año hasta el 2003: en 2002 fueron 18.504, en 2003, 19.176 y en 2004, 15.275.

El desarrollo del SIVE, desde Cádiz a Málaga, Granada y Huelva ha producido un desplazamiento de las rutas de las pateras, que se han visto obligadas a alejarse progresivamente del paso más próximo (Tarifa y Algeciras), produciéndose los desembarcos cada vez con más frecuencia en puntos alejados (Rota, Granada, Almería), con más largas y por tanto peligrosas travesías. Como consecuencia de la impermeabilización progresiva de las costas andaluzas y el mayor celo de la policía marroquí en las costas del norte de Marruecos, ha disminuido la llegada de pateras, sobre todo al Estrecho (un 18% en 2004, la inmensa mayoría en la provincia de Cádiz: 3.740 detenidos menos). En Canarias donde predominan los subsaharianos el flujo continúa (aunque con una pequeña disminución este año), especialmente en Fuerteventura donde se detuvieron 7.470 inmigrantes en 2004. Por otra parte, la detención en Canarias en 2004, de tres grandes buques con inmigrantes, anuncia la respuesta previsible al control del SIVE.

Estas son las cifras, ¿pero, cuántos entran sin ser detenidos? ¿Cuántos son los inmigrantes que circulan temporalmente por Cádiz? No es posible calcularlo técnicamente. La evidencia de que son más de los que figuran en las cifras de detenidos es constatable en cualquier visita detenida al campo de Gibraltar o La Janda.

Estos inmigrantes *saltan* desde Tánger, Ceuta, Asilah, Larache y llegan a Tarifa, Barbate, Conil, Chiclana, Sanlúcar o Huelva. Más al este desde Melilla, el Peñón de Alhucemas o el de Vélez de la Gomera llegan a Marbella, Málaga, Nerja o el Ejido.

Algunos pagan con su vida este viaje a la esperanza. Tampoco de ellos tendremos una certeza estadística. Los cálculos hechos por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía y Atime, cifran en 1.400 los muertos y desaparecidos entre 1997 y 2002. Una sola tragedia en 2003, la de Rota supuso la muerte para 37 inmigrantes. Una media de 200 per-

sonas muertas cada año, que desgraciadamente tiende a aumentar, habiendo llegado en 2004 al triste record de 289 fallecidos.

Uno de los aspectos más terribles de la inmigración irregular en pateras es la llegada de niños y mujeres embarazadas. Antes llegaban con sus familias, sin embargo se han detectado llegadas masivas de niños en pateras. En total, unos 3.000 niños llegaron a Andalucía en 2003.

Frente a esta realidad, el Estado se aplica contundentemente a reforzar los mecanismos de defensa de las fronteras. Al no haber existido durante décadas una clara política de inmigración, se ha generado una situación confusa marcada por la indefinición de las responsabilidades de las distintas administraciones y su descoordinación. Esta falta de claridad competencial y el cinismo que subyace en las leyes de inmigración, dan como resultado un vacío para atender las necesidades más vitales o urgentes, que son cubiertas por la sociedad civil.

La provincia de Cádiz se caracteriza por haber tejido una red solidaria mallada por las ONG's, los sindicatos de clase y la Iglesia católica, que ha cubierto el vacío que las administraciones dejan. Estas redes complementan las redes sociales y familiares con las que está tejido el mundo de la inmigración. Sin ellas, el tránsito sería infinitamente más duro.

La sociedad tiene una deuda con la generosa labor de organizaciones como Cruz Roja, CARJIN-Tartessos, Acoge, UGT, CCOO, Derechos Humanos o las parroquias de los pueblos de nuestra costa. Estas organizaciones, sin ser todas las que trabajan con los inmigrantes en Cádiz, son sin duda, los que están bregando mayoritariamente con el día a día de esta realidad.

¿Cuales son las necesidades y, por tanto, los problemas? Para hablar de esto también hay que hacerlo desde los niveles macro y micro. No se trata solamente de que la Cruz Roja tenga que luchar por conseguir unas simples camillas de PVC (que son muy necesarias), sino de pedir la luna para conseguir la tierra, poniendo sobre la mesa la necesidad de replantear totalmente el fenómeno migratorio desde la realidad que la conforma: la necesaria cooperación para el desarrollo.

Pero ¿cuándo y cómo va a ser posible en un mundo en el que, según el señor Wolfhenson, presidente del Banco Mundial (alguien nada sospechoso de poseer una ideología crítica con el sistema), gastamos un billón de dólares anuales en armamento y 50.000 millones de dólares en desarrollo?. Ni la paz ni la estabilidad necesaria para el desarrollo y la democracia serán posibles en un mundo así.

Desde un enfoque micro, podemos y debemos hablar de las necesidades y los problemas que estos flujos de seres humanos originan en nuestras costas. Si tuviéramos que hacer un diagnóstico periodístico, de titulares de prensa, acerca de ello, diríamos al menos:

Hay que desarrollar (Reglamento) o reformar la actual Ley de Extranjería, para adaptarla a la Constitución (haciendo caso al Defensor del Pueblo, que para eso está), dar solución a la situación creada por las políticas anteriores, regularizando a la totalidad de los que están en España en situación irregular, desarrollar una verdadera política de integración (corrigiendo la creciente xenofobia alimentada desde el poder) y replantear en el marco de la Comunidad y en el de Naciones Unidas una respuesta global

Es urgente coordinar las actuaciones entre las distintas administraciones: central, autonómica, provincial y local y, a su vez, a todas ellas con la sociedad civil. Un marco apro-

piado podría ser el Plan Integral del Gobierno Andaluz. Una eficaz Mesa Provincial de Coordinación asignaría tareas y recursos y haría más eficiente su labor. Y la creación de un Instituto de la Inmigración, acogido al ámbito de la UCA y con la colaboración de las ONG's implicadas sería un avance importante.

Es necesario aumentar los recursos destinados a cubrir la llegada y el tránsito de los inmigrantes irregulares en nuestra tierra. El progresivo blindaje de las fronteras, primero las europeas, luego las africanas, creará un marco de dificultad para la travesía en pateras que aumentará el riesgo, el peligro y por tanto las necesidades. El crecimiento del SIVE debe llevar aparejado el aumento sustantivo de los medios de rescate precisos.

Para poder cubrir las necesidades en tierra hay que dotar a la Cruz Roja de los dispositivos sanitarios, recursos humanos y medios materiales y de transporte que necesita. Es preciso asimismo aumentar las casas de acogida para inmigrantes que gestiona CARJDIN. Es igualmente necesario reforzar el dispositivo de acogida de menores y crear una residencia de transeúntes en Algeciras. Derivar a los no expulsados hacia los Servicios Sociales Comunitarios de los municipios costeros (previamente dotados económicamente para cubrir esas necesidades por el Estado), ayudaría sustantivamente a la integración social de este colectivo.

Por último, pero no por ello menos importante, reforzar el dispositivo jurídico y legal capaz de hacer respetar al Estado de Derecho algo tan elemental como la Constitución y los Derechos Humanos. Y exigir que los Centros de Acogida e Internamiento cumplan, asimismo, con los mínimos que fijan los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos.

En definitiva, el fenómeno migratorio ha de abordarse con una política de migraciones, que hoy por hoy no existe. Una política que sólo puede construirse desde la perspectiva del co-desarrollo, la integración y desarrollo endógeno de estos países, la única dimensión donde cabe hablar de soluciones aunque sean a medio y largo plazo. Para ello sería preciso recordar y desempolvar viejas palabras, viejos compromisos que están fuera de la agenda política. A estas alturas parece rancio recordar el compromiso de los países desarrollados, de hace treinta años, sobre el 7% del PIB, refrendados en todas las cumbres mundiales, desde Johannesburgo a Río, que al ritmo actual tendrá que esperar un nuevo siglo para lograrse, ya que estamos en el 0,25%, lo que supone unos 68.000 millones de dólares en 2003. Este promedio oculta las diferencias entre los más generosos como Noruega, Dinamarca, Holanda o Luxemburgo, por encima del 0,8%, y los menos solidarios, como EEUU, con el 0,14% del PIB.

O los compromisos de hace casi veinte de la Comunidad Europea con los países subdesarrollados para el establecimiento de unas relaciones preferenciales que nunca llegaron (Convención de Lomé). O los más recientes pero olvidados acuerdos de Barcelona sobre el desarrollo de la cuenca Mediterránea.

Recientemente desde el nuevo Gobierno, se ha firmado un compromiso, denominado Alianza de Civilizaciones, una propuesta impecable y posibilista que enuncia instrumentos que harían posible el giro necesario en la globalización para acercarnos a la raíz de los problemas que aquejan a la humanidad, resolviendo de paso el desafío que hoy por hoy significa la inmigración. Ojalá que no queden en el baúl de los recuerdos o pavimenten el infierno de las buenas intenciones.

LA ASISTENCIA JURÍDICA A LOS INMIGRANTES IRREGULARES

José de La Hera Oca
Abogado y Criminólogo

El artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal desarrolla el mandato constitucional recogido en el artículo 17-3 de la Constitución, por el que *se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las dependencias policiales y judiciales* y se concreta en 1º- Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se le nombrará de oficio. 2º- La asistencia del Abogado consistirá en: a) Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el número 2 de este artículo y que se proceda al reconocimiento médico señalado en su párrafo f). b) Solicitar de la autoridad judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en que el Abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica. c) Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido.

Turno de Oficio es la abstracción del concepto de Política-Social “*Asistencia Jurídica Gratuita*” regulado por la Ley 1/1996 de 10 de Enero, en cumplimiento del mandato Constitucional del artículo 119 de la Constitución “la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto a quien acrediten insuficiencia de recursos para litigar”, que a su vez es desarrollado por la Ley Orgánica 6/1989 del Poder Judicial en su artículo 20.

En lo que respecta a la Comunidad Autónoma Andaluza, es “*Administradora de la Administración de Justicia en su territorio*”, según declara el Tribunal Constitucional. El Decreto 216/1.999 de 26 de Octubre, aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en Andalucía.

La finalidad de la Ley reguladora de la Asistencia Jurídica, de donde bebe el Decreto de la Junta de Andalucía, es garantizar el acceso a la Justicia en condiciones de igualdad a todos los ciudadanos.

I- SUPUESTOS EN LOS QUE ES PRECEPTIVA LA INTERVENCIÓN LETRADA EN CASOS DE EXTRANJERÍA REFERIDAS A ESTA PROVINCIA DE CÁDIZ

1.- Asistencia letrada en los casos de rechazo en frontera y retorno

Esta asistencia se lleva a cabo con todos aquellos inmigrantes que por cualquier tipo de irregularidad en su documentación de viaje, pasaporte o visado, que es detectado por los

agentes de Policía en las fronteras marítimas del Puerto de Algeciras y Tarifa y alguna vez de Cádiz se le impide la entrada en España. Los diferentes letrados adscritos al turno de asistencia y oficio cumplen escrupulosamente con el dictado del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya mencionados, instándose los recursos pertinentes en derecho contra la decisión gubernativa que es notificada al inmigrante y al abogado, pese a que el retorno se lleva a cabo sin más una vez llevada a cabo la anterior notificación.

2.- Asistencia letrada en casos de devolución

Esta asistencia, por el contrario, se presta por el abogado en los casos que la detención del inmigrante se realiza por haber tratado de introducirse en territorio de la UE por lugares en los que no hay frontera policial establecida, o incluso habiéndola, se ha tratado de sortear o burlar este efectivo dispuesto. Dícese, por tanto, y en primer lugar los casos en que los inmigrantes han realizado el viaje en embarcaciones tipo patera y arriban a las playas o son detenidos en aguas territoriales, y en segundo lugar los que realizan el viaje, paso del Estrecho, comúnmente en los bajos y cajas de camiones, maleteros de vehículos, techos de furgonetas cargadas de equipaje, incluso contenedores, etc. En estos casos, igualmente la actuación letrada se presta, normalmente en condiciones sanitarias muy precarias para el abogado aunque de manera inmediata, y altamente escrupulosa con el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sin la más mínima dilación en atención a las fuerzas policiales, que cumplen con su misión por imperativo legal. De acuerdo con las circunstancias personales de los detenidos, cuando estos se las manifiestan al letrado, lo que no se da siempre por cierta tendencia del mismo a su predeterminación al haber sido detenido en su intento que sabe y conoce que es ilegal, se procede a interponer recurso contra el acto de incoación de expediente. Es de destacar que prácticamente ninguna de las circunstancias personales de los inmigrantes pueden ser apoyadas por algún tipo de prueba de la que pueda valerle el abogado en su defensa; no obstante el letrado interpone el recurso que corresponda en derecho contra la decisión gubernamental, ya sea alegando algún tipo de circunstancia personal o de modo genérico - defectos de forma, derechos fundamentales - en caso contrario.

3.- Asistencia letrada en casos de expulsión

Hemos de diferenciar los casos de expedientes de expulsión de inmigrantes detenidos en la vía pública sin contar con los debidos requisitos de permanencia en territorio de la UE, de aquellos que habiéndose detenido cuando intentaban entrar en este territorio, no son devueltos a sus países de origen por razones gubernamentales. En ambos casos la actuación del letrado es de escrupuloso cumplimiento del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal durante los momentos de su detención. Es por el contrario muy diferente la posibilidad que se le muestra al letrado para plantear el oportuno recurso. Ello porque el primer grupo de los inmigrantes normalmente tiene un contacto posterior con el abogado para plantear la defensa de sus intereses, proporcionando algún tipo de argumento, incluso elementos para una actividad probatoria que el letrado puede hacer valer ante la Administración o los Tribunales. En cuanto al segundo tipo de inmigrantes, en la práctica mayoría, sin que sea falso apuntar que sea en su totalidad, estos desaparecen del lugar en que han sido detenidos una vez que se les ha notificado la incoación del expediente de expulsión y se les ha puesto en libertad, no dando así opción al letrado para fundamentar debidamente el recurso sub-

siguiente. No obstante, el letrado recurre el acto de iniciación del expediente y la expulsión en sí misma, aún cuando en la mayoría de los casos se desconoce el paradero del inmigrante, que suele estar en Madrid, Barcelona e incluso en otros países de la UE.

4.- Asistencia letrada a extranjeros sometidos a internamiento

Cuando el extranjero es sometido a internamiento, lo es porque se produce por la incoación de expediente de expulsión, y además por la autoridad gubernativa se solicita al Juzgado competente (*locus stanti* inmigrante), ya que la decisión para internar debe de estar autorizada por la autoridad judicial que radica en el partido en el que el detenido se encuentra, y con intervención del Ministerio Fiscal y del Letrado. Por tanto la actuación letrada se lleva a cabo en el contexto de cualquiera Diligencias Previas de carácter penal. El letrado cumple exquisitamente con el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, realiza todas las actuaciones de carácter sumarial que tiene a su alcance y cuando la decisión judicial es adversa interpone los recursos de reforma, incluso apelación o queja que el derecho autoriza. Se puede extrapolar a este punto lo dicho anteriormente para los dos tipos de extranjeros sujetos a expedientes de expulsión. Cuando el extranjero es internado en Centro de Internamiento ubicado en lugar diferente y con un Colegio de Abogados distinto al que pertenece el letrado que inicialmente le asistió, nada le impide proseguir con su defensa, pues se trata de llevarla a cabo ante el Juez o autoridad del territorio donde reside el abogado que conoce ya de antemano las circunstancias de la detención y las del sujeto a expulsión. Ello no obsta para que aquellos letrados que hayan tenido que desplazarse al lugar de detención lo hayan hecho si a la llevanza de su caso le hubiera hecho necesaria.

5.- Asistencia letrada en casos de asilo

No es significativa en el territorio de este Colegio, no habiéndose dado en ninguna circunstancia. Es de resaltar que el inmigrante del Magreb no solicita asilo, y el subsahariano proviene de terceros países, luego no prosperaría el asilo.

II- ASISTENCIA LETRADA EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

En cuanto a la *Jurisdicción Contencioso-Administrativa* se han seguido cuantos recursos han sido pertinentes, normalmente respecto de los casos de expedientes de expulsión de inmigrantes detenidos, digamos en tierra, sin los requisitos de estancia o permanencia en territorio de la UE.

En cuanto a *Jurisdicción Penal* ya se ha apuntado lo relativo a las Diligencias Previas incoadas para autorizar las solicitudes de internamiento. En otros casos, el extranjero no es considerado como tal sino que se siguen los procedimientos en los que es imputado como cualquier otra persona sujeta a procedimiento penal, lo mismo he de decirse en los demás ámbitos de la Jurisdicción ordinaria.

1.- Asistencia letrada a menores extranjeros

No se da el caso de asistencia a menores extranjeros, derivados de la Ley de Extranjería. En casos distintos, la asistencia se lleva a cabo sin ningún tipo de discriminación.

2.- Aspectos organizativos de los servicios y turnos de oficio en materia de extranjería

Aun cuando este está incardinado dentro del Servicio y turno genérico penal, los letrados son particularmente prontos y exquisitos en lo que respecta a este colectivo de asistidos, ello en atención de la propia naturaleza de la labor que se le ha encomendado. Es de destacar la abnegación y celo que se ha producido, teniendo en cuenta la cantidad de trabajo que genera la detención de un inmigrante, y multiplicado por decenas en multitud de ocasiones, sin que la queja haya trascendido del mero comentario entre iguales dedicados a la misma profesión.

3.- Cuestiones derivadas de las relaciones con las Administraciones Públicas

Es de destacar la magnífica relación que todos y cada uno de los abogados del servicio de Asistencia y Turno de Oficio mantienen en particular, al igual que este Colegio de Abogados en el nivel institucional, con todas y cada uno de los órganos encargados de ordenar el tema y fenómeno de la inmigración habiéndose organizado la forma de desarrollar la labor encomendada de la forma más eficaz y satisfactoria para todos. Se exceptúan los casos de imposible resolución que siempre han generado algún problema de incomprensión mutua, pero son referidos a temas puntuales. La prueba de ello es que no ha existido ninguna queja del administrado.

4.- Formación y especialización de los abogados que prestan asistencia letrada a extranjería y asilo

Dentro del programa de formación del abogado, necesario para su incorporación al servicio de Asistencia y Turno de Oficio, impartido por la Escuela de Práctica Forense, se dedican dieciséis horas a las cuestiones derivadas de lo que podemos llamar derecho de extranjería. Además, y dado el alto porcentaje de inmigrantes que no hablan el idioma español, en contraposición con otras fronteras en que sí lo hablan como puede ser Barajas, se imparten treinta horas de la lengua propia de las gentes del Magreb. Periódicamente se realizan cursos y jornadas, aparte de los anuales obligatorios y monográficos sobre el tema.

5.- Otros aspectos generales relativos a la asistencia letrada a extranjeros

En este punto debemos contestar a la solicitud que se hace acerca del número de asistencias prestadas por el Colegio de Abogados de Cádiz en los años dos mil uno y dos mil dos ascendiendo en el primero de dichos años a un total de seis mil sesenta y un expedientes de asistencia, y en la segunda de dichas anualidades un total de ocho mil setecientos sesenta y un expedientes de asistencia sin que sea posible determinar que número se refieren a devoluciones, o a retornos o a expulsiones.

Las cantidades que deben recibir los abogados son las previstas en el Anexo 2 del Decreto 216/1.999, de 26 de Octubre de la Junta de Andalucía, es decir para las asistencias ordinarias 54'09 €, si en el partido en que se presta se hace mediante el sistema de guardia de asistencia (como en el caso de Algeciras y Cádiz) resultan 114'19 € por todo el día de guardia.

El control que pueda ejercer la Junta de Gobierno se realiza por los medios dispuestos para cualquier supuesto de incorrecta actuación del abogado, es decir denuncia del interesado, denuncia de los funcionarios o agentes policiales u otros funcionarios o personal que entienda del asunto, así como de los propios compañeros, ya que el servicio de asistencia se presta habitualmente por ocho abogados al mismo tiempo en el caso de Algeciras, ejerciéndose el lógico control de unos sobre otros. No se ha considerado oportuno que este Colegio ejerza otro medio de control extraordinario sobre sus colegiados en el ejercicio de esta función, que le consta la realiza de manera muy correcta, abnegada y con extremado celo profesional.

IV

EL ESTATUTO JURÍDICO INTERNACIONAL, EUROPEO Y ESPAÑOL DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES

EL FRÁGIL ESTATUTO INTERNACIONAL Y EUROPEO DEL INMIGRANTE IRREGULAR

Alejandro del Valle Gálvez
Catedrático de Derecho Internacional
Cátedra Jean Monnet de Derecho de la UE
Universidad de Cádiz

I- INTRODUCCIÓN

La inmigración es desde luego un fenómeno desbordante de la realidad internacional, que no tiene una adecuada conceptualización y regulación internacional, europea e interna acorde con la magnitud de los problemas que plantea y que subyacen al fenómeno. Estas carencias regulatorias se acentúan sobremanera en una subcategoría de la inmigración, cual es la inmigración denominada clandestina, ilegal o irregular.

La presente contribución pretende presentar el marco normativo internacional existente respecto a esta específica categoría de extranjeros; con un especial detenimiento en el estatuto del inmigrante irregular en la UE, y sus perspectivas de regulación futura.

Y es que, desde luego, la inmigración -y especialmente la etiquetada como irregular- es un fenómeno que se ha convertido en víctima y producto de los cambios operados en la escena internacional y particularmente europea. El mundo posterior al 11 de Septiembre de 2001 conoce unos parámetros diferentes de la Seguridad, que ha integrado la lucha contra el terrorismo como un elemento capital en su noción y estrategias. Junto a ello, la permanente y cada vez más agravada fractura Norte-Sur en un mundo marcado por la globalización lleva a replantear el papel de los individuos, de los Estados y las Organizaciones internacionales ante los movimientos migratorios.

A su vez, en el contexto europeo la inmigración ofrece una perspectiva particularmente cambiante y evolutiva con la ampliación de la UE a 10 Estados en 2004 y la realización de la libre circulación de personas en el llamado “Espacio *Schengen*”, que ha convertido al territorio continental europeo en un auténtico espacio “federal” de libre circulación de personas de cualquier nacionalidad. Esto ha obligado a un tratamiento común de las problemáticas de inmigración entre los Estados miembros de la UE. Además, independientemente de los aspectos funcionales o técnicos que requieren de una regulación conjunta de estas materias, se plantea también a la UE un imperativo de naturaleza política, ya que como entidad política emergente debe definir el estatuto de los no-comunitarios en este territorio unificado europeo, independientemente de su nacionalidad y del Estado en el que residan.

II- EMIGRANTE, INMIGRANTE, EXTRANJERO

Tradicionalmente se diferencia en los derechos internos y en el Derecho Internacional entre las personas emigrantes y las inmigrantes. En efecto, aunque ambas nociones se con-

textualizan en el fenómeno general de las migraciones y movimientos transfronterizos o internacionales de personas, puede diferenciarse entre la salida de un Estado y la entrada en otro Estado.

Así, la noción de “Emigrante” enfoca la *salida*, la situación y estatuto de la persona que, voluntariamente o no, pretende trasladarse o se traslada desde su país natal o de origen para residir en el extranjero¹.

Por su parte, el “Inmigrante” contempla la *entrada*, y por tanto el estatuto de la persona que desea entrar en el territorio de un Estado diferente del suyo. Inmigrante se considera por tanto toda persona que desee establecerse en un determinado territorio de forma estable, sin poseer la nacionalidad del Estado del territorio. No obstante, esta definición general debe matizarse, ya que normalmente se entiende que no entran en la misma determinadas categorías de extranjeros migrantes: personal diplomático, funcionarios y sus familias, turistas, o estudiantes, por ejemplo. Tampoco es evidente que el concepto deba incluir voluntariedad en la entrada, y que ésta deba hacerse con fines de permanencia².

Estos contornos poco sólidos de la noción de inmigrante no debe extrañar, ya que operamos aún en la actualidad con una paradójica construcción teórica internacional: aunque se trata de movimientos internacionales de personas, el Derecho Internacional se fundamenta en los Estados como sujetos primordiales del Ordenamiento. Y esto ha provocado una tradicional indiferencia o carencia reguladora de la inmigración en el plano internacional. En efecto, desde el prisma del Estado, sólo existe una diferenciación básica de las personas, la que se establece entre las personas vinculadas jurídico-políticamente al Estado con el vínculo de la nacionalidad, sus *nacionales*, y las personas que no poseen este vínculo, los *extranjeros*³.

Lo anterior implica dos puntos de partida extraordinariamente importantes.

En primer lugar, que tanto la salida de un país como la entrada en otro de las personas migrantes (emigrantes o inmigrantes) se regula principalmente por los Derechos internos estatales, de forma separada. En la lógica de la construcción teórica existente, toda migración de una persona afecta a dos Estados, el de salida y el de recepción, por lo que cada Estado regula discrecionalmente y sin tener en cuenta al otro, con dos regímenes normativos, un único movimiento transfronterizo de una misma persona.

En segundo lugar, que el inmigrante remite al concepto jurídico de extranjero, en el que se integra como una específica categoría de perfiles poco nítidos. Por tanto, la inmigración debe ser comprendida en el marco más general del Derecho de Extranjería.

III- DERECHO DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN, Y SUS CARENCIAS

Como decimos, jurídicamente, el inmigrante tiene como concepto de referencia la noción más global de extranjero. El Derecho de Extranjería regula en Derecho Internacional

¹ Puede verse, Paul WEIS, “Emigration”, *Encyclopedia of Public International Law*, T. 8, 1985, pp. 174-177.

² Vid. Donald P. KOMMERS, “Immigration”, *Encyclopedia of Public International Law*, T. 8, 1985, pp. 308-311.

³ Vid. Julio D. GONZALEZ CAMPOS, “Los inmigrantes ante el derecho Internacional”, en *Migraciones – V Jornadas Autonómicas de Derecho Internacional Humanitario*, Cruz Roja – Universidad de Jaén, Ed. Germania. Valencia, 2003, pp. 41-53, en pp. 42-ss.

tradicionalmente el estatuto y situaciones de entrada, estancia, permanencia y salida del territorio de un Estado de los no-nacionales de ese Estado. Existen una serie de principios y de normas que regulan en Derecho Internacional este conjunto de situaciones⁴; sin embargo, en general, los extranjeros tienen en Derecho Internacional una posición jurídica deficiente, derivada de su no categorización como sujetos de este ordenamiento, lo que hace que su regulación caiga principalmente bajo competencia estatal⁵.

En efecto, como la definición de “extranjero” es un concepto negativo, ya que son extranjeros los que no tienen con un Estado el vínculo jurídico-político de la nacionalidad, es el Derecho interno de cada Estado el que principalmente regula las situaciones y estatuto de la extranjería, con una práctica muy variada.

En perspectiva comparada, podríamos apuntar que en la práctica internacional los Derechos estatales se rigen por una serie de principios para regular la situación de los extranjeros en su territorio⁶:

- En primer lugar, los nacionales tienen la plenitud de derechos, o en todo caso y por principio más derechos que los extranjeros, esencialmente por lo que se refiere a los derechos políticos.
- En segundo lugar que, dentro del ordenamiento de cada Estado, existe una escala o graduación de los derechos y estatutos de los extranjeros, que no es única: extranjeros privilegiados, los contemplados por convenios bilaterales, multilaterales, la categoría general, hasta llegar al extranjero con menos derechos –que en algún caso histórico ha sido catalogado como el *alien enemy*–.
- En tercer lugar, que en cada ordenamiento y para cada categoría o estatuto común o especial de extranjería existen disposiciones diferenciadas respecto a la entrada, estancia, permanencia y salida de los extranjeros.

A pesar de esta regulación principal que lleva a cabo el foro estatal, la Extranjería ha conocido de una evolución importante hacia una mayor solidez del marco internacional que obliga a los Estados. En efecto, la internacionalización de la materia ha venido de la mano principalmente de la extensión de los instrumentos de protección de los derechos humanos, y de la necesidad en la sociedad internacional globalizada de buscar instrumentos comunes para regular el fenómeno de la inmigración. Junto a ello, en el ámbito regional europeo se han dado una serie de avances espectaculares para la regulación conjunta de estos temas, como veremos posteriormente con las aportaciones principalmente del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia, que estableció el Tratado de Amsterdam con su entrada en vigor en 1999.

Para el Derecho Internacional general, el régimen común de la Extranjería viene marcado por los Principios de igualdad de trato, trato mínimo internacional, y de reciprocidad. Quizás el que presenta perfiles más problemáticos es el del estándar mínimo internacional, en el que entrarían los derechos humanos fundamentales –especialmente los vinculados a la dignidad de la persona– pero donde no habría un acuerdo generalizado sobre su contenido concreto.

⁴ Puede verse entre otros F. MARIÑO, “Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. e.a., *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995, pp. 111-126.

⁵ Rainer ARNOLD, “Aliens”, *Encyclopedia of Public International Law*, T. 8, 1985, pp. 6-11, en pág. 11.

⁶ Puede verse, Julio D. GONZALEZ CAMPOS (Dir.), *Derecho de la Nacionalidad – Derecho de Extranjería*, Universidad de Oviedo, 1979, en pp. 121-ss.

Particularmente, por lo que hace a la inmigración, es interesante poner de relieve que el derecho a salir del Estado del que se es nacional está configurado como un derecho humano. En cambio, no existe un derecho a entrar en un país diferente del que se es nacional⁷.

Respecto al Derecho Internacional convencional, la regulación del estatuto de la persona inmigrante en un país viene determinada por los convenios bilaterales suscritos por el país en cuestión, si bien cada vez han adquirido mayor importancia los convenios de carácter multilateral. Por lo demás, cada ordenamiento nacional, conforme a sus tradiciones culturales y jurídicas, sigue un sistema diferente respecto al trato y establecimiento de estatutos comunes o especiales del extranjero. Pueden aquí catalogarse los sistemas de exclusión de derechos, de reciprocidad, y de equiparación del extranjero con el nacional –sistema este que ha sido tradicionalmente el seguido por nuestro país–.

Un régimen particularizado existe en Derecho Internacional convencional para las figuras del asilo y refugio, cuya regulación se encuentra hoy desbordada por la realidad internacional y europea⁸.

IV- INMIGRANTE IRREGULAR, UN CONCEPTO JURÍDICO DEFICIENTE

Si realizamos una aproximación conceptual, observaremos que el punto de partida para definir y proceder a la regulación de la figura del inmigrante irregular es muy deficiente, ya que se trata de una construcción jurídica doblemente negativa.

En efecto, en primer lugar, la categoría del inmigrante parte de una definición negativa, ya que debe reconducirse al concepto básico jurídico de extranjero, que por definición es el no-nacional de un Estado. Esto obliga a reenviar la definición de extranjero a la legislación nacional de cada Estado, que define negativamente como tales a los no nacionales de ese Estado.

A su vez, en segundo lugar, el extranjero inmigrante en situación irregular es también un concepto negativo, ya que se define por contraposición al concepto de extranjero en situa-

⁷ El derecho de libre circulación y salida de cualquier país –no el de entrada– está reconocido al más alto nivel en textos internacionales (art. 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), aunque se encuentra muy mediatizado actualmente por las prácticas restrictivas estatales de expedición de pasaportes y de visados. En efecto, los Estados poseen un amplio margen para regular internamente todos los aspectos de admisión, expulsión y salida de extranjeros, sin que pueda hablarse de la existencia para los Estados de una obligación de Derecho Internacional general de admitir a extranjeros en su territorio, ya que los textos internacionales de derechos humanos nunca han recogido el derecho de *entrar* en un país extranjero, vid. WEIS y KOMMERS en *loc. cit.*, y sobre las generalizadas prácticas restrictivas estatales respecto a la admisión y expulsión de extranjeros, DOEHRING, K., “Aliens, Admission” y “Aliens, Expulsion and Deportation”, *Encyclopedia of Public International Law* T. 8, 1985, pp. 11-16.

⁸ Puede verse MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. e.a., *Derecho de extranjería, asilo y refugio cit.*, en particular su Segunda Parte. Si en el plano internacional la tradicional figura del Asilo territorial no ha conseguido una codificación convencional, el estatuto de refugiado por contra tiene una normativa internacional de referencia, que configura al “refugio” como una clase particular de asilo: la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967, además de contar con el Alto Comisionado de las NU para los refugiados. En nuestra opinión, la práctica europea e internacional nos sugiere que el asilo sería un conjunto de garantías provisionales de entrada y estancia, que se concede a un extranjero por el Estado de acogida, discrecionalmente y con carácter previo al reconocimiento jurídico-administrativo del estatuto de refugiado de la Convención de Ginebra. Al mismo tiempo, el asilo sería también la posterior protección territorial del Estado, consecuencia de la determinación de la condición de refugiado, que se concede según las normas internas articuladas sobre la base de la Convención de Ginebra; este planteamiento puede verse en A. DEL VALLE “La libre circulación de personas en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” (II), en M.- LÓPEZ ESCUDERO Y J MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (Coords.) *Derecho Comunitario Material*, McGraw-Hill, Madrid, 2000, Cap. 5, pp. 57-ss. Para el ámbito europeo, también puede verse J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES *La inmigración y el asilo en la UE*, Colex, Madrid, 2002; o Nuria ARENAS HIDALGO, “El sistema europeo de protección temporal. El resurgimiento de una renovada acogida territorial como respuesta a los desplazamientos masivos de población”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2003-2, pp. 745-777

ción legal o regular. Por tanto, ha de establecerse en cada país qué se entiende por inmigrante en situación regular para a continuación definir por exclusión la categoría de extranjeros que se encuentran en situación irregular.

Como vemos, la construcción conceptual es doblemente negativa, y además, depende del ordenamiento jurídico de cada Estado. En efecto, tanto la definición de extranjero como la de extranjero en situación regular lo determina cada Estado, debiendo remitirnos a los ordenamientos *internos para determinar el estatuto del inmigrante irregular en un territorio determinado*.

Esta construcción jurídica por vía negativa determina que el inmigrante irregular se constituya como una categoría no autónoma, dependiente de una doble exclusión : es conceptualmente un no-nacional que no se encuentra en situación administrativa de legalidad o regularidad en un concreto Estado.

Además, como hemos señalado, el inmigrante es una subcategoría –no bien delimitada– de la noción de extranjero, pues no todo extranjero es inmigrante.

La definición por negación y la variadísimas situaciones de inmigrante irregular que contempla cada Estado determina entonces un punto de partida conceptual deficiente. Por tanto, a la hora de determinar un estatuto homogéneo de derechos y obligaciones de los inmigrantes irregulares nos vamos a topar con un complicado rompecabezas de normativas internas que hacen extraordinariamente difícil un planteamiento homogéneo.

V- DERECHO DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN IRREGULAR

El Derecho internacional ha contemplado tradicionalmente con más desarrollo las situaciones “normales” del extranjero: la entrada, estancia, permanencia y salida del territorio de un Estado de un extranjero en condiciones de regularidad o legalidad.

En cambio, respecto al extranjero en alguna situación de ilegalidad, conviene subrayar que el Derecho Internacional tiene un planteamiento general deficiente de la inmigración irregular, ya que, uno, no existe una definición internacional válida para todos los Estados; dos, como ya hemos señalado, el estatuto del *inmigrante irregular* se reenvía a las normativas internas de los Estados; y tres, a mayor abundamiento, el abanico de supuestos es muy variado. Particularmente este último dato ha dificultado una regulación homogénea del estatuto del inmigrante irregular. En efecto, esta condición contempla un catálogo de situaciones muy variadas, como serían por ejemplo:

- El residente legal que, por la razón de derecho interno que sea, deja de cumplir los requisitos legales establecidos para su permanencia.
- El extranjero que entra en el territorio (marítimo o terrestre) de un Estado pero no llega a *cruzar formalmente los controles de frontera de un Estado*.
- El extranjero que cruza ilegalmente los controles de fronteras terrestres, marítimas y aeroportuarias de un Estado y entra en su territorio.
- El extranjero que solicita el estatuto de refugiado pero al que no se le concede este estatuto, y decide *permanecer* en el territorio del Estado.
- El extranjero irregular en otros Estados que llega al territorio de otro Estado de la UE por las fronteras interiores sin controles.

Tenemos entonces un conjunto de situaciones muy diferenciadas, especie de *cajón de sastre* para toda circunstancia de incumplimiento de las condiciones estatales de entrada / estancia / permanencia / salida en que puede incurrir un extranjero. Obviamente, pretender establecer un estatuto común del inmigrante irregular para el conjunto de estas situaciones en cada país es extraordinariamente complejo.

El complicado puzzle de normativas internas sobre el inmigrante irregular, en realidad, sólo puede ser resuelto por la vía del derecho internacional general y convencional de protección de derechos humanos, ya que se trata de un vector horizontal de protección de las personas, que somete a los diferentes ordenamientos estatales a un común estándar de derechos en el tratamiento a todas las personas, independientemente de su nacionalidad y situación legal. Naturalmente que la cuestión es qué derechos y con qué alcance pueden ser invocados por los inmigrantes irregulares. En los ámbitos regionales, como el europeo, un tratamiento operativo común resulta más viable.

En la actualidad, la condición de inmigrante irregular se encuentra escasamente regulada por el Derecho Internacional. Como hemos visto existe un derecho humano a salir de un país, pero no a entrar en el territorio de un Estado del que no se es nacional, lo que determina una amplísima competencia discrecional del Estado, que se ejerce particularmente con la exigencia de documentación de pasaportes y visados, cuyo uso se ha generalizado en los últimos decenios. La salida forzosa o expulsión colectiva de extranjeros está prohibida⁹, pero respecto a la expulsión individual sólo está prohibida la arbitraria de los extranjeros residentes legalmente¹⁰. Además, el inmigrante rechazado en frontera o hallado en situación ilegal -porque ha penetrado clandestinamente o porque ya no cumple los requisitos de permanencia por ejemplo- y reconducido a la frontera o devuelto al país de origen o un país tercero sólo está amparado por el límite que tiene el Estado de expulsión de no rechazar o expulsar al inmigrante cuya vida o integridad física o moral corre peligro.

En definitiva, nos encontramos con que el inmigrante irregular carece de una normativa específica en Derecho Internacional general, siéndole aplicable el régimen común de Derecho de Extranjería. Y como observamos esta normativa general sólo exige un tratamiento conforme a la dignidad humana, dejando un amplísimo margen de actuación discrecional a los Estados para las muy variadas situaciones que entran en la noción de “inmigrante irregular”.

VI- LA UNIÓN EUROPEA: EXTRANJERÍA, CIUDADANÍA, INMIGRACIÓN

El tratamiento normativo europeo de la inmigración ha evolucionado extraordinariamente en el último decenio. De tratarse de una temática ajena a la Comunidad Europea, pasó a ser considerada en 1992 por el Tratado de Maastricht una materia del Tercer Pilar de Cooperación en los ámbitos de Justicia y Asuntos de Interior. En este último marco se adop-

⁹ Art. 4 del Protocolo adicional nº 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹⁰ Art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 1 del Protocolo nº 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Incluso en estos casos de inmigrantes legales, hay que tener en cuenta que los recursos contra las órdenes motivadas de expulsión no siempre paralizan la ejecución de la misma, y que no siempre el expulsado está en condiciones de recurrir ante los Tribunales del país de expulsión. Puede verse un ejemplo de este tema en el ámbito europeo en Julio BAQUERO CRUZ, “El auto Dem*Yanenko: expulsión de ciudadanos de terceros Estados y TJCE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 19, 2004, pp. 935-950.

taron una serie de actos, que enfocaban los aspectos de la inmigración legal e ilegal con un enfoque securitario, preventivo y represivo: empleo ilegal, matrimonios de conveniencia, acuerdos de readmisión con países terceros, expulsión de inmigrantes ilegales, cooperación para el tránsito en la expulsión, por ejemplo¹¹.

También desde 1992 la UE ha establecido el estatuto de Ciudadanía, como conjunto de derechos complementarios y propios exclusivamente de los nacionales de los Estados miembros¹².

Por su parte, el ámbito paralelo *Schengen* consiguió establecer un espacio unificado de libre circulación en el territorio continental europeo, al mismo tiempo que medidas importantes en el ámbito de la seguridad interna. Los Convenios de 1985 y de 1990 articularon en efecto la supresión de los controles en las fronteras interiores, al mismo tiempo que se estableció homogéneamente un cinturón fronterizo exterior en las fronteras terrestres, marítimas y aeroportuarias de los Estados participantes.

El Tratado de Amsterdam de 1997 con sus reformas en el TCE y en el TUE que entraron en vigor en 1999 estableció un nuevo objetivo de la Unión, el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia¹³. Dentro de este objetivo, que retomó el acervo *Schengen* integrándolo en la Unión, encontramos por vez primera en el TCE una competencia comunitaria en materia de inmigración: el Art. 63.3 TCE, en vigor, dispone en efecto que se podrán adoptar no tanto una política como “medidas sobre política de inmigración en los siguientes ámbitos: a) condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar”¹⁴. Hay que tener en cuenta que la exi-

¹¹ Se trata entre otros de los siguientes actos: Decisión 96/749/JAI del Consejo de 16 de diciembre de 1996 relativa al seguimiento de los actos ya adoptados por el Consejo en materia de inmigración ilegal, de readmisión, de empleo ilícito de nacionales de terceros países y de cooperación en la ejecución de órdenes de expulsión (DO L 342 31.12.1996 p. 5); Recomendación del Consejo de 27 de septiembre de 1996 relativa a la lucha contra el empleo ilegal de nacionales de terceros estados (DO C 304 14.10.1996 p. 1); Recomendación del Consejo de 22 de diciembre de 1995 sobre la armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegales y sobre la mejora de los medios de control previstos a tal fin (DO C 005 10.01.1996 p. 1); Recomendación del Consejo de 22 de diciembre de 1995 relativa a la concentración y cooperación en la ejecución de las medidas de expulsión (DO C 005 10.01.1996 p. 3); Resolución del Consejo de 20 de junio de 1994 sobre las limitaciones de la admisión de nacionales de países no comunitarios para trabajar en el territorio de los Estados miembros (DO C 274 19.09.1996 p. 3); Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 1994 sobre la limitación de la admisión de nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros para ejercer en ellos una actividad profesional por cuenta propia (DO C 274 19.09.1996 p. 7); Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 1994 relativa a la admisión de nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros con el fin de realizar estudios (DO C 274 19.09.1996 p. 10); Recomendación del Consejo de 30 de noviembre de 1994 relativa a la adopción de un documento de viaje normalizado para la expulsión de nacionales de terceros países (DO C 274 19.09.1996 p. 18); Recomendación del Consejo de 30 noviembre de 1994 relativa a un modelo de acuerdo bilateral normalizado de readmisión entre un Estado miembro y un tercer país (DO C 274 19.09.1996 p. 20); Recomendación del Consejo de 24 de julio de 1995 sobre los principios rectores que deberán seguirse en la elaboración de protocolos sobre la aplicación de acuerdos de readmisión (DO C 274 19.09.1996 p. 25); Decisión 97/340/JAI del Consejo de 26 de mayo de 1997 relativa al intercambio de información en materia de ayuda a la repatriación voluntaria de nacionales de terceros países (DO L 147 05.06.1997 p. 3); Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (DO C 382 16.12.1997 p. 1).

¹² Vid. LIÑÁN NOGUERAS, D. J. “La ciudadanía de la Unión Europea” en G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS - D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid 1993, pp. 271-295.

¹³ Puede verse LIÑÁN NOGUERAS, D. J. “El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, Cap. 25 de MANGAS-LIÑÁN, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 4 edic., Madrid, 2004; A. DEL VALLE, “La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho Comunitario Europea*, 1998, nº 3, pp. 41-78; “La libre circulación de personas en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” (I) y (II), en *Derecho Comunitario Material cit.*, Capítulos 4 y 5, pp. 41-63.

¹⁴ Puede verse un planteamiento general de la temática de la inmigración en la UE en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES *La inmigración cit.*

gencia de visados para estancias inferiores a tres meses tiene una normativa específica, que estrictamente no constituye una medida de inmigración¹⁵.

En esta materia de inmigración se han adoptado una serie de actos y normas, que enfocan principalmente la inmigración regular o legal: la reagrupación familiar o el estatuto de los residentes extranjeros de larga duración¹⁶. Sin embargo, la CE no ha adoptado aún una política de conjunto en materia de inmigración (legal e ilegal).

Esta actuación fragmentaria de la Comunidad Europea en materia de inmigración no debe sorprender, si tenemos en cuenta, por una parte, que la competencia de la CE es más intensa en las materias vinculadas al Mercado interior del Título IV sobre Visados, Asilo e inmigración, y que justamente los temas de inmigración son materias indirectamente vinculadas al Mercado interior –al contrario de las temáticas de supresión de controles en las fronteras interiores, por ejemplo-. Por otra parte, que en estos temas de Inmigración la competencia comunitaria completa las medidas nacionales. Y mientras las medidas que en esta materia pueden adoptarse por los Estados regulan el fondo de la materia, la actuación comunitaria se ha limitado hasta la fecha a una armonización de aspectos formales de la inmigración¹⁷.

En realidad, la posición de la CE/UE es compleja, pues se encuentra ante un conjunto de situaciones, estatutos y categorías de extranjeros en el territorio europeo enormemente diversificado¹⁸, y sobre el que puede actuar con los Estados sólo en función de la mayor o menor intensidad de la vinculación al Mercado interior de los diferentes aspectos de la extranjería¹⁹. Los Estados además poseen la competencia de admisión de volúmenes de inmigrantes, concebida y gestionada conforme a criterios muy variados. Esto hace que cualquier proyecto de racionalización o sistematización de la inmigración adquiera rasgos hercúleoos²⁰, y que requiera forzosamente de una planificación dentro del más amplio objetivo del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia²¹.

Vid⁵ el Reglamento (CE) n° 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DO L 081 21.03.2001 p. 1), modificado con posterioridad (Reglamentos 2414/2001 y 453/2003).

¹⁶ Vid. por ejemplo el Reglamento (CE) n° 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países (DO L 157 15.06.2002 p. 1). La Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO L 251 de 3.10.2003, p. 251). Igualmente, la 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 (DO L 016 23.01.2004 p. 44); sobre esta última Directiva puede verse el trabajo de E. CRESPO NAVARRO en la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 18 – 2004, pp. 531-552.

¹⁷ Puede verse una valoración de esta actuación incipiente en Carlos JIMENEZ PIERNAS, “La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería : especial referencia a España”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 13, 2002, pp. 857-894.

¹⁸ Sobre el panorama de situaciones existente, puede verse, I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Universidad de Córdoba, 2001.

¹⁹ Puede verse, A. DEL VALLE, “El reparto de competencias en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en Diego J. Liñán Noguera (Dir.), Carmen López-Jurado (Coord.), *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2003, pp. 161-180.

²⁰ Vid. la Comunicación de la Comisión sobre una política comunitaria de migración, COM (2000) 757 final de 22.11.2000; y la Comunicación de la Comisión COM (2001) 387, “Relativa un método abierto de coordinación de la política comunitaria en materia de inmigración”, de 11.07.01.

²¹ Vid. el Programa adoptado por el Consejo Europeo de Bruselas en noviembre de 2004, denominado “Programa de La Haya: consolidación de la Libertad, la Seguridad y la Justicia en la Unión Europea”, D.O. C 53 de 03.03.2005, p. 1.

Es evidente, con todo, que se abre paso la construcción de una *summa divisio* básica en dos grandes estatutos: el de ciudadano de la Unión y el de no-ciudadano o extranjero comunitario²².

Y si este es el frágil planteamiento comunitario respecto a la inmigración, cuanto más frágil será el tratamiento, dentro de la inmigración, de la especie “irregular” o “ilegal”.

VII- EL ESTATUTO JURÍDICO EUROPEO DEL INMIGRANTE IRREGULAR

Como hemos visto, en los ámbitos de Justicia e Interior, la UE ya había adoptado una serie de medidas que incidían directamente en la inmigración ilegal²³. Pero fue el Tratado de Amsterdam de 1997 el que introdujo expresamente en el TCE el Art. 63.3, disposición mediante la cual por vez primera se reconoce la competencia de la Comunidad Europea para adoptar medidas sobre “*la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales*”.

Lamentablemente, la actuación de desarrollo de estas previsiones, siguiendo el planteamiento de la Comisión sobre la inmigración ilegal²⁴, ha enfocado claramente los aspectos pluridisciplinarios de prevención y represión, o si se quiere más los aspectos de seguridad que de libertad del binomio. Es el caso de los aspectos de extranjería que pueden tener una incidencia en este tema: Visados y mejora de sus sistemas de seguridad, refuerzo de Europol, medidas de repatriación, cruce y vigilancia de fronteras, ayuda financiera a los países de origen y tránsito de la inmigración ilegal para combatir la trata de seres humanos, entre otros.

Y principalmente este planteamiento securitario se observa en los actos y normas jurídicas adoptadas sobre inmigración ilegal²⁵.

En realidad, se ha desaprovechado hasta la fecha la activación de las potencialidades de las bases jurídicas del TUE y TCE respecto al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, y que con un enfoque diferente podía haber conducido, de acuerdo con J. Martín y Pérez de Nanclares²⁶, por ejemplo, a un intento de armonizar el concepto de inmigración ilegal del

²² Puede verse, M. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, “Le droit de l’Union européenne et la condition de l’étranger », en *Liber Amicorum José María Ruda*, Kluwer, 2000, pp. 615-625; Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Extranjería y Ciudadanía de la Unión Europea”, en *Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea*, AEPDIRI-Escuela Diplomática, n° 3, Madrid 1998, pp. 103-126.

²³ Vid. los actos referidos en Nota 11.

²⁴ Vid. la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política comunitaria de inmigración ilegal, COM (2001) 672 final, de 15.11.2001. También, puede verse la Comunicación de la Comisión COM (2002) 564 final relativa a una política comunitaria de retorno de residentes ilegales, de 14.10.2002.

²⁵ Vid. por ejemplo la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (DO L 149 02.06.2001 p. 34); Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (DO L 328 05.12.2002 p. 1); Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (DO L 328 05.12.2002 p. 17); Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea (DO L 321 06.12.2003 p. 26); Decisión 2004/573/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión (DO L 261 06.08.2004 p. 28); 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 (DO L 261 06.08.2004 p. 19).

²⁶ En *La inmigración cit.*, pp. 162-ss.

art. 63.3.b TCE, ya que su contenido es diferente de un Estado a otro, contemplando situaciones muy variadas (cruce de fronteras sin documentación, residentes legales que por alguna razón deviene en ilegales, extranjeros que huyen sin entrar en la categoría jurídica de “refugiado”...), pudiendo incluso ayudar esta definición a graduar las consecuencias de la ilegalidad a efectos de la expulsión. Del mismo modo, podía haberse intentado armonizar los mecanismos nacionales de regularización de ilegales, o a adoptar medidas de inserción social, y por tanto a enfocar no sólo las medidas de expulsión de inmigrantes ilegales. En fin, las bases jurídicas existentes permitirían adoptar medidas que pongan en relación la política de inmigración con la política de cooperación al desarrollo del Art. 177 TCE, pues este tema del desarrollo es la causa real y última del fenómeno migratorio.

VIII- LAS NUEVAS PERSPECTIVAS DEL TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa posee un nuevo enfoque global de las materias de Extranjería, lo que tiene sus consecuencias sobre la inmigración ilegal. Estas materias, en el nuevo Tratado, aparecen ahora desvinculadas del objetivo del Mercado interior. Es por tanto una nueva lógica global de Extranjería la que preside las competencias de la Unión, de forma compartida con los Estados. Así, esta nueva lógica, propia de una Comunidad política, es la que informa ahora los contenidos del objetivo del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia²⁷.

La nueva concepción aparece en la misma denominación de la Sección de *Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración* (Arts. III-265 y ss.), donde son más visibles las competencias globales de la nueva UE, que pretenden el establecimiento de verdaderas “políticas” en estas materias. Así, el Tratado constitucional propugna en materia de régimen de control fronterizo la constitución de una “política”, en la que la UE debe garantizar una *vigilancia eficaz* en el cruce, y además instaurar un *sistema integrado de gestión*, ideas que apuntan a la futura creación de un Cuerpo Europeo de Guardia -o Policía- de Fronteras²⁸. Igualmente, los temas de Visados se convierten en una política común.

El Tratado constitucional contempla la redimensión de la figura del Asilo, diseñando nuevas categorías que no responden estrictamente a las nociones de asilo y refugio de Derecho Internacional, anteriormente recogidas en el Título IV TCE²⁹. Asilo y protección temporal van a comprender todos los supuestos de protección, garantizándose a ambas categorías – y no sólo al asilo- el principio de no devolución, anteriormente no establecido expresamente en el TCE. Esta política supone un “sistema europeo común de asilo” (Art. III-266.2), y conlleva un estatuto uniforme de asilo válido en toda la UE, comprendiendo

²⁷ Puede verse nuestro planteamiento en “Extranjería y Tratado constitucional para Europa”, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Homenaje al Profesor Carrillo Salcedo, en prensa.

²⁸ Ya en 2002 la Comisión había prospectado su necesidad (Comunicación COM (2002) 233 fin, “Hacia una gestión integrada de las Fronteras exteriores de los Estados miembros de la UE”, de 07.05.02), si bien poniendo de relieve los problemas de orden constitucional, jurídico y político que plantea la concesión de prerrogativas de poder público a estos futuros agentes — para por ejemplo controlar documentos de identidad, interrogar a extranjeros, subir a bordo de buques en aguas territoriales de un Estado miembro, notificar la admisión o la denegación de entrada al territorio UE, o eventualmente detener a una persona —.

²⁹ Así, nos encontramos con la previsión del desarrollo de “una política común en materia de asilo y de protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un país tercero que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución”

mecanismos, criterios y procedimientos comunes de concesión o retirada. Hay que destacar que este sistema europeo común también comprende nuevas categorías: las de “protección subsidiaria”, y de “protección temporal”³⁰.

Finalmente, el Tratado constitucional trae novedades de relieve respecto a las materias de inmigración. Hay que destacar que el texto del Tratado se refiere ya abiertamente al desarrollo de una “*política común de inmigración*”, donde se incorporan una serie de nuevos contenidos materiales.

Así, en primer lugar, el Art. III-267 refiere como componente de esta futura política común la gestión eficaz de los flujos migratorios, lo que supone una competencia novedosa³¹, pero que no desplaza a las políticas de inmigración nacionales, pues los Estados podrán seguir estableciendo volúmenes o cuotas de inmigrantes de terceros países (Art. III-267.5).

En segundo lugar es de destacar la previsión de *trato equitativo* a los nacionales terceros en situación regular de residencia, y la *definición* de los derechos de los nacionales terceros en situación regular, comprendida la libre circulación y residencia en todos los Estados. Como es sabido, se trata de un terreno jurídicamente complejísimo y muy fragmentado, ya que actualmente existen muy variados regímenes jurídicos aplicables, determinados entre otros por los antiguos y nuevos Acuerdos de Asociación de la CE, y el estatuto particular en cada país de determinadas categorías y situaciones de extranjeros –como los residentes de larga duración–.

En fin, hacia el futuro tiene el mayor relieve la novedosa e interesantísima previsión de normativa sobre fomento y apoyo de la *integración* de los residentes legales, que a fecha de hoy es competencia exclusiva de los Estados³².

En el Tratado constitucional las previsiones para la categoría de la inmigración irregular o ilegal son menos numerosas y van referidas a los siguientes aspectos:

- La inmigración ilegal constituye uno de los elementos de la futura política común de inmigración de la UE. Sin embargo, su tratamiento se efectuará para prevenirla y para luchar reforzadamente contra la misma, al mismo tiempo que contra la trata de seres humanos³³.
- Se prevé la futura adopción de Leyes europeas con medidas respecto a la inmigración y residencia ilegales. Entre las materias se refieren expresamente “*la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal*”³⁴. Esta expresa previsión de desarrollo normativo en materia de expulsión no debe oscurecer la importancia del reconocimiento constitucional de actuación en estas materias. Por una parte, hay que considerar que la expulsión o repatriación va referida a los “residentes ilegales”, que es sólo una de las figuras del inmigrante irregular. Por otra parte, en principio esta previsión de desarrollo

³⁰ Mientras que en la *protección subsidiaria* se prevé establecer un estatuto uniforme para los nacionales de países terceros que sin obtener el asilo europeo, necesiten protección internacional (Art. III-266, 2 b), la *protección temporal* enfoca un sistema común para las personas desplazadas en caso de afluencia masiva (Art. III-266, 2 c). En fin, la situación de emergencia por llegada repentina de nacionales de terceros países es contemplada en el Art. III-266, 3.

³¹ Vid. las Comunicaciones *cit.* en Nota 20.

³² Puede verse esta temática en los trabajos de la Convención, en concreto en el Informe Final del Grupo X, de 02.12.2002

³³ Artículo III-267.1.

³⁴ Artículo III-267.2.c), que prácticamente reproduce el actualmente en vigor artículo 63.3.b) TCE

normativo puede ser beneficiosa en el futuro, ya que se trata de una base jurídica “constitucional” que podría ser activada para definir el concepto por ejemplo de inmigrante ilegal.

- El Tratado constitucional incorpora una base jurídica específica para la celebración de acuerdos para la readmisión de prácticamente todas las figuras de inmigrantes ilegales³⁵.

IX- REFLEXIONES FINALES

El Tratado constitucional no ofrece desde luego los instrumentos para resolver a corto plazo el perentorio problema de la inmigración irregular. En cambio, puede convertirse a largo plazo en el marco político-jurídico decisivo para la regulación de esta problemática.

En realidad, el contraste entre las positivas previsiones del Tratado constitucional respecto a la inmigración regular o legal, y las negativas o alicortas previsiones del Tratado respecto a la inmigración irregular o ilegal, se ajustan a las perspectivas de desarrollo normativo que respecto a la inmigración ya pueden detectarse en la Comunidad/Unión Europea. A mi juicio, estas tendencias reguladoras, por razones tanto funcionales como políticas, se encaminan hacia un doble frente de acción: una línea de mayor equiparación del estatuto de los inmigrantes residentes legales en el territorio de la Unión con el estatuto de los ciudadanos de la Unión –que recordemos son los nacionales de los Estados miembros-. Al mismo tiempo, una línea de mayor reforzamiento del cinturón fronterizo exterior al territorio federal continental de libre circulación de personas que ya existe; lo que forzosamente conlleva una perspectiva preventiva y represora de la inmigración ilegal.

¿Cuál es la explicación de este planteamiento normativo tan deficiente respecto a la inmigración ilegal? Llevando la reflexión un poco más lejos, podría aventurarse la hipótesis de que la Unión Europea, puesto que verdaderamente quiere constituirse como una entidad política, necesita definir con homogeneidad unas comunes condiciones de desplazamiento, estancia y seguridad de las personas físicas en el territorio de la Unión. Por tanto debe determinar el estatuto de sus “nacionales” (los ciudadanos de la Unión), pero también el estatuto de los “extranjeros” a la comunidad política naciente (los que no poseen la nacionalidad de uno de los Estados).

Un Derecho de Extranjería propio de la Unión Europea se impone como necesario tanto por razones funcionales como políticas³⁶. Y este es el paso primero y obligatorio para luego regular homogéneamente las situaciones y estatuto de los extranjeros que, por exclusión, no cumplen los requisitos comunes. Como vemos, la deficitaria construcción conceptual de nacionalidad-ciudadanía y extranjería del Derecho Internacional es la que determina ahora la debilidad de la construcción comunitaria del inmigrante ilegal. Y es que, en efecto, la CE/UE está actuando siguiendo la lógica que todo Estado ha seguido como Comunidad política:

³⁵ Artículo III-267.3. “La Unión podrá celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros”. Sobre este tema, vid. las Comunicaciones de la Comisión *cit.* en Nota 24.

³⁶ Podría verse nuestra contribución “Extranjería, Ciudadanía, Fronteras y Tribunal de Luxemburgo”, *Une communauté de droit - Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin 2003, pp. 207-218.

Primero, definir quienes son sus nacionales, lo que ya se ha establecido con la noción y estatuto de la Ciudadanía europea, que se encuentra en fase de consolidación normativa³⁷ y jurisprudencial³⁸.

Segundo, y como consecuencia de lo anterior, definir por exclusión quienes son los no-ciudadanos, y establecer un estatuto homogéneo de derechos y obligaciones de los no-comunitarios residentes legales en el territorio de la Unión. Esta fase es la que está iniciándose, regulando con carácter general las condiciones de entrada, estancia, permanencia y salida del territorio de la Unión, y armonizando en estos aspectos los individuales ordenamientos jurídicos de los 25 Estados miembros.

Tercero, y subsiguientemente a lo anterior, definir por exclusión y regular el estatuto y situaciones de los extranjeros que incumplen las condiciones de entrada, estancia, permanencia y salida del territorio de la Unión. Y aquí tenemos que los inmigrantes irregulares o ilegales se encuentran en el último escalón de esta construcción jurídica negativa.

Este esquema teórico, así como la complejidad del reparto competencial UE/Estados en esta materia, es en mi opinión en buena parte la causa del deficitario planteamiento normativo existente en la CE/UE respecto a la inmigración ilegal, limitado principalmente a medidas represoras o preventivas. Igualmente y junto a ello, ha de considerarse que los Estados europeos están realizando la innovadora experiencia histórica de asumir conjuntamente el control de las comunes fronteras exteriores, habiendo suprimido correlativamente los controles en las fronteras interiores, lo que ha llevado a una gran preocupación por la aplicación de criterios y medidas homogéneas por los distintos Estados en el cinturón exterior común que da paso al territorio “federal” europeo de libre circulación³⁹.

Pero, naturalmente, este tradicional esquema teórico y conceptual no exime la deficiente actuación, cuya causa, en último término, es la falta de voluntad política de los Estados. La Unión Europea probablemente ha incurrido en debilidad –y miopía– política ante el fenómeno de la inmigración ilegal, puesto que como hemos indicado, se han desaprovechado hasta la fecha las potencialidades que proporcionaban las bases jurídicas existentes para embridar un fenómeno creciente, complejísimo, y con una profunda carga social.

Además, la UE está particularmente vinculada por la protección de los derechos fundamentales, que debe informar toda su actuación en el ámbito de la extranjería, inclusive los aspectos de la inmigración irregular⁴⁰.

³⁷ Puede verse la Directiva relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, su versión consolidada en *D O L* 229 de 29.06.2004, p. 35.

³⁸ Vid. las sentencias del TJCE de 20 de septiembre de 2001, Rudy Grzelczyk y Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve (C-184/99, Rec. p. I-6193); de 11 de julio de 2002, Marie-Nathalie D'Hoop y Office national de l'emploi (C-224/98, Rec. p. I-6191); y de 17 de septiembre de 2002, Baumbast, R. y Secretary of State for the Home Department (C-413/99, Rec. P. I-7091); comentadas en nuestra contribución “Extranjería, Ciudadanía, Fronteras”, *Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias cit.*

³⁹ Sobre estos aspectos, pueden consultarse nuestros trabajos, “Las Fronteras de la Unión: el <modelo europeo> de Fronteras”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 12, 2002, pp. 299-341; “Control de fronteras y Unión Europea”, en A. REMIRO BROTONS – C. MARTÍNEZ CAPDEVILA (Eds.) *Movimientos migratorios y Derecho - Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid nº 7*, BOE-UAM, Madrid 2004, pp. 67-81

⁴⁰ Sobre Derechos humanos y extranjeros en la UE, puede verse, Concepción ESCOBAR HERNANDEZ, “Unión Europea, Democracia y Derechos Humanos”, en *La Unión Europea ante el Siglo XXI : los retos de Niza*, BOE-AEPDIRI, Madrid, 2003, pp. 25-50, en pp. 41-42.

El Tratado constitucional contiene como hemos visto una batería de bases jurídicas para regular estas diversas problemáticas mediante una auténtica política europea de inmigración. Además, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE conforma la segunda parte de dicho Tratado. La perspectiva de mayor solidez de una UE como entidad con un importante sistema democrático de valores hace ya inexcusable el tratamiento común y frontal de la inmigración, y particularmente de la inmigración ilegal, por la comunidad política naciente que es la Unión Europea.

DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL¹

M^a José Rodríguez Mesa

Profesora Titular de Derecho Penal

Universidad de Cádiz

Aunque desde una perspectiva filosófica no existen razones de fondo que lo avalen², la condición de extranjero marca importantes diferencias en el disfrute y ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico interno de cada uno de los Estados. Si bien es cierto que las diferencias entre la condición jurídica de los nacionales y de los extranjeros se han atenuado en gran medida gracias al progreso logrado en la protección de los derechos humanos fundamentales, la equiparación completa entre ellos es todavía, como subraya Mariño Menéndez, una utopía³.

Al igual que en la mayoría de los países de nuestro entorno jurídico, en el ordenamiento interno español es posible distinguir entre varias categorías de individuos en función de la nacionalidad o ciudadanía que ostentan, con las consecuencias que de ello se deriva para el efectivo goce y disfrute de un importante número de derechos.

La primera categoría es la integrada por aquellos sujetos que, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil, ostentan la nacionalidad española. Su condición de nacionales les otorga una posición privilegiada en cuanto a la titularidad y ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Así, y por poner sólo un ejemplo, sucede con el principio de igualdad ante la ley, que según el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) queda excluido a priori “como parámetro al que han de ajustarse en todo caso las consecuencias jurídicas anudadas a situaciones que sólo difieren en cuanto al dato de la nacionalidad”⁴.

Una segunda categoría, a partir de la introducción de la ciudadanía de la Unión Europea en el Tratado de Maastricht, es la formada por los ciudadanos europeos, esto es, por los nacionales de algún otro Estado miembro de la Unión Europea. Aunque el régimen de ciudadanía europea no significa la equiparación completa de derechos entre nacionales propios y nacionales de otros Estados miembros de la Unión⁵, su estatus jurídico es superior que el reconocido a los extranjeros provenientes de terceros Estados.

¹ Véase un desarrollo de este tema con referencia específica al Derecho Penal en RODRÍGUEZ MESA, M.J.: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

² Véase en este sentido DE ASÍS ROIG, R.: “Problemas filosófico-jurídicos en torno a los derechos fundamentales de los extranjeros” en MARIÑO MENENDEZ y otros, *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Instituto Nacional de Servicios Sociales, Madrid, 1995, págs. 35-36.

³ MARIÑO MENENDEZ, F.M.: “Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional” en MARIÑO MENENDEZ y otros, *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Instituto Nacional de Servicios Sociales, Madrid, 1995, pág. 118.

⁴ Sentencia del TC núm. 107/1984 de 21 de diciembre.

⁵ MARIÑO MENENDEZ, F.M.: “Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional”, cit., pág. 123.

Así, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 17 a 22 del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, TCE), son derechos exclusivos de los ciudadanos europeos, no reconocidos a otros ciudadanos extranjeros⁶: la libertad de circulación y de residencia, derecho de voto y elegibilidad en las elecciones municipales y en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en el que reside⁷, el derecho a solicitar información a las instituciones y organismos comunitarios, derecho a la protección diplomática y consular de cualquier Estado miembro, y el derecho a no ser discriminado por razón de ser nacional de otro país comunitario.

Por último, el tercer grupo sería el formado por los extranjeros pertenecientes a terceros países distintos de los que integran la unión Europea. Respecto de estas personas es posible a su vez distinguir dos subcategorías:

A) La de los extranjeros que tienen autorizada su estancia o residencia en España. En consonancia con los acuerdos tomados por los jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea en octubre de 1999 en Tampere, y en virtud de los cuales se debía garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residieran legalmente en el territorio de sus Estados miembros, se aborda una reforma de la legislación de extranjería dirigida a conceder a estos residentes legales derechos y obligaciones comparables a la de los ciudadanos de la Unión.

B) La de los extranjeros que se encuentran en situación irregular, y que sobre todo a partir de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000 han visto reducidos en gran medida los derechos que le reconoce el ordenamiento jurídico español, quedando prácticamente excluidos de los derechos sociales, económicos, políticos y participativos.

En el ordenamiento interno español, el estatus jurídico del extranjero viene determinado por la Constitución, los Tratados internacionales en los que España sea parte, la Ley Orgánica 4/2000, y las leyes ordinarias que regulan determinados tipos de situaciones jurídicas de los extranjeros, como el asilo o refugio.

La norma básica, en lo que respecta a los derechos de los ciudadanos extranjeros, se encuentra recogida en el artículo 13.1 de la Constitución, según el cual “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas en los términos establecidos por los tratados y la ley”.

Como es posible observar, la CE no adopta en esta materia una actitud igualitaria⁸, ya que el ejercicio, goce y protección de los derechos quedará condicionada en última instancia a lo que disponga una norma de derecho internacional o una ley interna. En todo caso, y en cuanto al significado y alcance del artículo 13.1 de la Constitución es preciso efectuar algunas precisiones que impiden una remisión de carácter absoluto:

En primer lugar, y como tiene afirmado el TC⁹, el término libertades públicas ha de ser entendido en un sentido amplio, referido a la totalidad de los derechos y libertades previs-

⁶ Se extiende también a otros ciudadanos extranjeros el derecho a dirigir peticiones al parlamento europeo y el derecho a presentar reclamaciones al defensor del pueblo de la Unión Europea (arts. 194 y 195 del TCE).

⁷ Precisamente la introducción de este derecho en el TCE dio lugar a la reforma del artículo 13.2 de la Constitución.

⁸ Véase PEREZ LUÑO, A.E.: “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Anuario de Derechos Humanos*, 1981(1), pág. 269.

⁹ Véase por todas la Sentencia del TC núm. 107/1984, cit.

tos en el Título I de la Constitución¹⁰. En todo caso, la alusión a las libertades públicas reconocidas en el Título I de la Constitución ha de entenderse como un mínimo al que el legislador está obligado por imperativo constitucional, lo que no impide que pueda reconocer a los ciudadanos extranjeros otros derechos constitucionalizados distintos de los previstos en el Título I de la Constitución.

Pero además, por la vía del artículo 96.1 de la Constitución, los extranjeros también habrán de gozar de los derechos reconocidos por Tratados y Convenios internacionales en los que España sea parte, entre los que se encuentran el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por tanto, a los extranjeros que se encuentren sometidos a la jurisdicción española, se les debe necesariamente reconocer, además de los derechos de la Constitución cuya titularidad no les esté vedada, los derechos que les atribuye el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹.

En segundo lugar es preciso destacar que, según el TC, los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros, aún siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados de la protección constitucional, son todos ellos sin excepción, en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal. Ello supone, como reconoce el propio Tribunal, que “el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Título primero de la Constitución se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados y la ley interna española, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la ley”¹².

El anterior pronunciamiento del TC con relación al alcance de la remisión prevista en el artículo 13.1 de la Constitución dista mucho de ser satisfactorio, pues, como pone de relieve Serrano-Piedecasas, no deja claro si el contenido de los derechos de los ciudadanos extranjeros depende sin más de la voluntad del legislador¹³.

En todo caso, el peligro que para el efectivo disfrute de los derechos y libertades públicas pudiera suponer tal interpretación del artículo 13.1 de la Constitución queda en gran medida aminorado al poner en relación el contenido de esta norma con lo dispuesto en los artículos 10 y 53 de la Constitución.

La consideración de la dignidad de la persona, en el artículo 10.1 de la Constitución, como fundamento del orden político y de la paz social implica que los derechos fundamentales que corresponden a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o dicho de otro modo, aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, han de corresponder por igual a españoles y extranjeros y su regulación ha de ser igual para ambos, sin que pueda llevarse a cabo una modulación o atemperación de los mismos por parte del legislador¹⁴.

¹⁰ Como mantiene SANTOLAYA MANCHETTI, P. (“Igualdad con los españoles e interpretación de las normas”, en SANTOLAYA MANCHETTI (coord.), *Comentarios a la nueva ley de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 52), una interpretación restrictiva habría provocado por ejemplo “el no reconocimiento del derecho de propiedad o al matrimonio de los extranjeros”. En sentido similar SAGARRA TRIAS, E.: “Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España, a partir de la Constitución de 1978” en MARÍÑO MENENDEZ y otros, *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Instituto Nacional de Servicios Sociales, Madrid, 1995, pág. 286.

¹¹ FREIXES, T./REMOTTI CARBONELL, J.C.: “Los derechos de los extranjeros en la Constitución Española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit., pág. 109.

¹² Sentencia del TC núm. 107/ 1984, cit.

¹³ SERRANO-PIEDECASAS, J.R.: “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, cit., pág. 374.

¹⁴ Sentencia del TC 99/1985 de 30 de septiembre.

Además, y como advierte Sagarra Trías, como elemento corrector del peligro que supone la redacción del artículo 13.1, podría siempre aducirse la remisión que hace el artículo 10.2 de la Constitución a las normas de Derecho internacional al establecer que la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales se hará de conformidad con la declaración de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España¹⁵. Así, el artículo 10.2 de la Constitución además de salvaguardar el “*estándar mínimo*” reconocido por el Derecho internacional a los extranjeros, otorga a los tratados internacionales la función de determinar los contenidos de los derechos, otorgándoles el perfil exacto querido por la Constitución¹⁶.

Por otra parte, y respecto de los derechos cuyo ejercicio y disfrute puede ser sometido a condiciones por parte del legislador, es preciso tener en cuenta que el artículo 53.1 de la Constitución impone como límite a la regulación de las libertades y derechos reconocidos en el Capítulo segundo de su Título primero el respeto a su contenido esencial. En este sentido el TC ha declarado que aunque el art. 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales¹⁷.

De ahí que, incluso en los supuestos en los que el derecho o libertad puedan ser objeto de atemperación por parte del legislador, éste ha de respetar “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”¹⁸.

Con base a las anteriores consideraciones el TC ha llevado a cabo una clasificación de los derechos y libertades públicas en la que, tomando como base la nacionalidad o ciudadanía del titular, distingue entre derechos que pertenecen en exclusiva a los españoles, derechos comunes a españoles y extranjeros, y por último, derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes.

A) Atendiendo a la literalidad de los preceptos constitucionales podría entenderse que son privativos de los nacionales todos aquellos derechos en lo que la Constitución utiliza expresamente el término español o ciudadano. Sin embargo, y con la excepción prevista en el artículo 13.2 de la Constitución, ello no significa que los extranjeros no puedan ser titulares de los derechos reconocidos para los españoles, lo que ocurre es que la intensidad del derecho

¹⁵ SAGARRA TRIAS, E.: “Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España a partir de la Constitución de 1978”, cit., pág. 287.

¹⁶ Sentencia del TC núm. 254/1993, de 20 de julio.

¹⁷ Sentencia del TC 115/1987, de 7 de julio.

¹⁸ Sentencia del TC 11/1981, de 8 de abril.

puede ser diferente para unos y otros¹⁹. Por tanto, y con la excepción de los derechos sociales, se podría calificar la titularidad de estos derechos por parte de los extranjeros como de plena configuración legal, entendiendo dentro de la misma la configuración llevada a cabo a través de la ratificación de Tratados internacionales²⁰.

La posición que se mantiene viene corroborada por lo dispuesto en el artículo 13.2, pues si el legislador ordinario no pudiera ampliar los derechos de los extranjeros no tendría ningún sentido la restricción expresa de los derechos políticos de sufragio contenidos en el artículo 23 de la Constitución²¹.

B) Como ya se ha adelantado, existen una serie de derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal, y que por tanto han de ser ajenos al elemento de la nacionalidad. Son derechos absolutos, derivados de la idea de dignidad humana, que vienen a garantizar al individuo una esfera de libertad en la que no se admiten injerencias ni de los particulares ni de los poderes públicos, y ello con independencia de la nacionalidad o situación jurídica del titular. Son en definitiva, aquellos derechos que integran el denominado estándar mínimo internacional o “núcleo duro de los derechos humanos”.

Aunque, como destaca Mariño Menéndez, no hay un completo acuerdo en torno al contenido del estándar mínimo de derechos humanos, ya que en la determinación del mismo no coinciden completamente los distintos instrumentos dirigidos a su protección, su concreción podría intentarse a partir de las disposiciones de sus respectivos articulados que no admiten ningún tipo de restricción. De acuerdo con ello dicho estándar mínimo está constituido por los siguientes derechos: el derecho a la vida, a la integridad física y moral, incluyendo el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, a un juicio imparcial, a la legalidad y a la irretroactividad de la ley penal, a la personalidad jurídica, a crear una familia y a la libertad de pensamiento, conciencia y religión²².

El contenido y alcance de tales derechos vendrá determinado en gran medida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y cualesquiera otros tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos suscritos por España, y su desconocimiento o restricción por parte del legislador español podría dar lugar a la pertinente responsabilidad internacional²³.

C) Respecto a la titularidad de los restantes derechos fundamentales -distintos a los reservados exclusivamente para los nacionales españoles, y de aquellos otros que por estar derivados de la idea de dignidad humana son inviolables- el TC viene manteniendo que perte-

¹⁹ BLAT MELLADO, C.: “Reflexiones sobre los derechos de los extranjeros y el estándar mínimo internacional de derechos humanos. De la letra a la realidad”, *Revista Valenciana Dē Estudios Autonómicos*, núm. 28, 1999, pág. 263.

²⁰ CRUZ VILLALÓN, P.: “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992, pág. 72.

²¹ SAGARRA TRÍAS, E.: “Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España”, cit., pág. 287.

²² MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.: “Los derechos de los extranjeros en el Derecho internacional”, cit., pág. 112.

²³ Además, y como resalta SAGARRA TRÍAS, E. (“Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España”, cit., pág. 292) cuando se trate de derechos que en virtud de lo dispuesto en el artículo 96.1 de la Constitución forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, el principio de jerarquía normativa imposibilita que disposiciones de rango inferior, incluidas leyes orgánicas, puedan modificar o desvirtuar el contenido de los Tratados internacionales.

necerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

Dentro de esta última categoría de derechos es preciso distinguir a su vez entre los que vienen reconocidos expresamente por la Constitución u otros instrumentos internacionales a los extranjeros, y aquellos otros que a pesar de que su titularidad se reconoce de forma exclusiva a los nacionales, se hace extensiva mediante ley a los no nacionales.

En el primer caso, al tratarse de derechos cuyo ejercicio directo viene garantizado por la Constitución u otras normas internacionales aplicables en el ordenamiento español, el legislador habrá de garantizar en todo caso el contenido esencial de los mismos, sin que las condiciones impuestas sean de naturaleza tal que desvirtúen su núcleo esencial hasta el punto de hacerlo impracticable²⁴.

Los extranjeros, de la misma manera que cuando el titular del derecho es un español, pueden sufrir limitaciones en el ejercicio de los derechos cuya titularidad les es constitucionalmente reconocida. Pero tales limitaciones, en aplicación de jurisprudencia absolutamente consolidada, deberán estar previstas en norma anterior, de rango y publicidad adecuados y suficientes, necesarias en una sociedad democrática para perseguir una finalidad legítima y proporcionales a las causas que las hayan originado²⁵.

Es precisamente en el ejercicio y disfrute de estos derechos, en su mayoría de contenido económico, social y participativo, en el que va a tener una incidencia directa la regulación contenida en la Ley Orgánica 4/2000.

La Ley Orgánica 4/2000, nacida por las circunstancias políticas existentes en el momento con un marcado carácter de provisionalidad, supuso un importante avance en la equiparación entre los derechos y libertades de los nacionales y extranjeros y de estos entre sí con independencia de las circunstancias de su residencia²⁶. Así, y respecto a los derechos de reunión, asociación y sindicación se producía una equiparación total entre nacionales y extranjeros, independientemente de cual fuera su situación jurídica, con lo que se culminaba el proceso iniciado con la Sentencia del TC 115/1987 en la que se declaraba parcialmente inconstitucional la regulación que de estos derechos hacía la Ley Orgánica 7/1985.

Asimismo, y tomando como base que hay derechos de contenido económico y social imprescindibles como instrumento para hacer valer la idea de libertad y dignidad humana, se extiende su reconocimiento a todos los extranjeros, siendo indiferente para la Ley la situación jurídica en la que se encuentren. Concretamente los derechos de reunión, asociación y sindicación, el derecho a la educación obligatoria gratuita a los menores de 18 años y a la educación de naturaleza no obligatoria en condiciones de igualdad con los nacionales, el derecho a ayudas en materia de vivienda, y el derecho a la prestación sanitaria. Se produce, pues, una equiparación, hasta el máximo constitucionalmente permitido, de los derechos y libertades de los extranjeros con los de los nacionales.

²⁴ Véase en este sentido la Sentencia del TC 115/1987 de 7 de julio en la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo contra los artículos 7,8,26 y 34 de la LO 7/1985 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

²⁵ Véase FREIXES, T./REMOTTI CARBONELL, J.C.: "Los derechos de los extranjeros en la Constitución Española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", cit., págs. 111-112, en especial notas 13, 14 y 15.

²⁶ SANTOLAYA MANCHETTI, P.: *Comentarios a la Ley de extranjería*, cit., pág. 21.

Al margen de que existieran también puntos oscuros en la Ley, como por ejemplo el sistema de infracciones y sanciones o la regulación del empadronamiento, la regulación legal de los derechos y libertades de los extranjeros era merecedora de una valoración positiva en cuanto favorecía la equiparación entre extranjeros.

Sin embargo, y antes de que hubiese dado tiempo a comprobar su funcionalidad, la auspiciada reforma se hizo realidad con la Ley Orgánica 8/2000, en la que se ha vuelto a incidir en la diferencia de los individuos en razón de su condición “*legal*” o “*ilegal*”. Y así, aun cuando en la Exposición de Motivos de la Ley se dice expresamente que las modificaciones introducidas destacan por la preocupación en reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades, la regulación legal está muy lejos de este objetivo, pues en materia de derechos y libertades la reforma de la Ley gira principalmente en torno a la exigencia de que el extranjero tenga autorizada su estancia o residencia en España para el efectivo goce y disfrute de derechos, como el de asociación, reunión, sindicación o ayudas en materia de vivienda. Al tratarse, algunos de estos, de derechos reconocidos directamente por la Constitución a todos los extranjeros, resulta difícil conciliar con el marco constitucional una regulación en la que, por las condiciones impuestas, se priva a toda una categoría de personas de la posibilidad de su efectivo ejercicio y disfrute.

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS

Diego Blázquez Martín

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

Unidad de igualdad y no discriminación

Universidad Carlos III de Madrid

I- INTRODUCCIÓN

En primer lugar he de realizar una larga pero justificada introducción que debe comenzar por el necesario agradecimiento a la invitación a participar en estas Jornadas. Ante todo, tratándose de esta cuestión de la inmigración ilegal, he de dar la enhorabuena a la Cruz Roja de Cádiz, y de toda Andalucía, pues es necesario reconocer el ejemplo de esfuerzo, trabajo y interés de los miembros de la Cruz Roja de Andalucía, tanto voluntarios, profesionales o directivos de la misma, por enfrentarse cada día con el sufrimiento de muchas personas que llegan a esta tierra, e intentar aliviarlo de manera humana y digna.

En segundo lugar, he de agradecer y dar la enhorabuena a la Universidad y a la Cruz Roja de Cádiz por la celebración de este encuentro y por dedicarlo a esta cuestión “*Inmigración Irregular y Derecho*”. Esta enhorabuena se debe a varias razones. La primera por su importancia práctica, por las tragedias diarias de las que hablamos. Sin embargo, por la materia y por la forma, la enhorabuena va más allá, pues el vincular unas Jornadas de Derecho Internacional Humanitario con el problema de la inmigración rompe el enfoque tradicional del Derecho Internacional Humanitario, reducido al contenido de su germen histórico del *ius in bellum* que se corresponde con una determinada concepción de la base deontológica de la actividad del Movimiento de la Cruz Roja, basada en lo que podríamos llamar un sentido negativo del principio de humanidad, entendido como aliviar el sufrimiento.

Sin embargo, el principio de humanidad, como alivio del sufrimiento, tiene otra dimensión activa o positiva que podríamos identificar con el principio de beneficencia, o de hacer el bien, entendiendo de forma extensiva la evitación del sufrimiento como la más elevada y perfeccionada manera de aliviar el mismo. En realidad, esta modificación del código deontológico del Movimiento se produjo, al menos formalmente, con la XX Conferencia Internacional del Movimiento de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, donde se incorporó la visión positiva: “*aliviar y prevenir el sufrimiento humano*”; esto, a efectos del Derecho Internacional Humanitario, significa, o al menos debería significar, que tenemos que pasar de la prohibición de lo intolerable, que ha sido la función del Derecho Internacional Humanitario a la promoción de lo deseable, cambiar la conciencia pesimista según la cual no podemos cambiar la realidad y ponernos manos a al obra para cambiarla en función de los criterios... Y esto es lo que lo que estas Jornadas suponen, con lo que la Cruz Roja de Andalucía, con el apoyo de la Universidad de Cádiz, se pone en la vanguardia del Movimiento de la Cruz Roja.

Hago énfasis en estas cuestiones introductorias, alargando lo que debería ser un simple agradecimiento y justificación de mi intervención porque desde el punto de vista teórico y de fundamentación, este cambio de perspectiva sitúa la actividad “*humanitaria*” en su verdadero contexto cultural, ético, político y jurídico, que es el de los Derechos Humanos, del que por diversas razones, sobre todo políticas, se había mantenido apartado. Sin embargo, tanto desde un punto de vista teórico como práctico, son ámbitos indisolublemente unidos.

Y quizás uno de las esferas en donde esta relación es más clara es en todo lo concerniente a los movimientos de población; pues frecuentemente estos se deben a un masivo atentado contra los derechos, globalmente considerados éstos. Si no se produjera esa situación como fruto de un mayor control y garantía de los derechos bien fuera por ONG o agencias internacionales, no habría esos movimientos de población, de manera, que podemos decir con Martín Beristain que “Una adecuada protección de los derechos contribuye a evitar la necesidad de desplazamiento, a paliar las consecuencias del mismo y, si se produce, facilitar el retorno de la población”¹.

Desde el punto de vista teórico, para reconstruir esa conexión, es necesario referirse a los conceptos de Humanidad y de Derechos Humanos, pues ambos son dos medios de garantizar la dignidad de la vida humana frente a la escasez de las cosas y la mezquindad de las personas, garantizando el máximo desarrollo de las capacidades de cada individuo.

Por lo que se refiere a los Derechos Humanos, a pesar de la absoluta cotidianidad de su uso, “*derechos humanos*” o “*derechos del hombre*” son términos tan vagos como ambiguos, y a la vez tan repletos de contenidos y connotaciones jurídicas, morales, políticas y emocionales², que se hace necesario ofrecer una concepción concreta de los mismos que nos sirva, ahora ya si, como punto de partida para analizar el objeto de este trabajo: el status jurídico de los inmigrantes irregulares a la luz de los derechos. Por otro lado, avanzar un concepto de derechos no es sólo una cuestión teórica o conceptual, porque, en buena medida, la idea que podamos ofrecer acerca de cual sea la situación jurídica de los inmigrantes irregulares va estar en función de la idea de derechos que defendamos.

En este sentido, yo asumo una concepción de los derechos como demandas morales que alcanzan una formulación jurídica y que tienen como fundamento y objetivo proteger la dignidad del ser humano. Estas exigencias morales, con forma jurídica, son fruto de un proceso histórico que comienza en lo que el Prof. Peces-Barba denomina el “*tránsito a la modernidad*”, y constituyen el programa moral de la misma, basado en una cosmovisión centrada en el hombre y de un hombre centrado en el mundo. Esta concepción de los derechos, dentro de una las habituales clasificaciones, se reconoce “*dualista*” porque se basa en una doble naturaleza de los derechos cuyos rasgos son ambos “*constitutivos*”: identificación con este discurso moral y positivación en el Ordenamiento Jurídico, de manera que sin el concurso de ambos elementos no estamos hablando en sentido estricto de derechos fundamentales o derechos del hombre³.

¹ CARLOS MARTÍN BERISTAIN, *Reconstruir el tejido Social*, Icaria, Barcelona, Icaria- Antrazyt, 1999, pp. 143.

² Acerca de esta cuestión en el panorama doctrinal español, consulta el estudio de MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILES, *El discurso de los derechos*, Dykinson, Madrid 1995.

³ Vid. RAFAEL DE ASÍS. *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos*, Dykinson, Madrid, 2001. GREGORIO PECES-BARBA. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Dykinson, Madrid, 2002.

Desde esta perspectiva, si la cuestión del tratamiento de la inmigración, es un asunto clave en la esfera humanitaria, no lo es menos en el campo de los Derechos Humanos, en donde plantean uno de los grandes dilemas del momento, puesto que, como indica Rafael de Asís, “La inmigración se ha convertido en una cuestión relevante para ciertos países desarrollados que, por otro lado, han sido los constructores de la idea de los derechos humanos como instrumentos que limitan al Poder. Esto ha provocado la búsqueda de una política que trate este fenómeno y que no traicione un modelo social presidido por los derechos”⁴. Por ello, como acertadamente titula un libro colectivo, “la inmigración constituye la frontera de los derechos humanos en el siglo XXI”⁵, pues se trata de determinar, utilizando las diferencias que imponen las fronteras, a quién reconocemos derechos y qué derechos reconocemos; es, por lo tanto, trazar la línea donde se encuentra la frontera de los derechos humanos.

Y si esto es así respecto de la inmigración en general, en el caso de la inmigración ilegal o irregular, el desafío que constituye es aun mayor, y más trágico, para los derechos humanos como perspectiva ética, política y jurídica, pues “*si ni siquiera se reconoce el derecho a “estar” en el país, puede cuestionarse la titularidad y el ejercicio de los derechos*”⁶.

La gran paradoja se encuentra en que históricamente los derechos se construyeron por un lado junto a las teorías contractualistas, y por otro a la par que la estructura del Estado-Soberano, como límites (tanto negativos como positivos) frente al Estado. En el caso de la inmigración lo que se discute es el acceso de esas personas a la comunidad humana que ya se ha organizado políticamente en forma de Estado soberano. Por ello, desde un primer momento, como señaló Sami Nair, la situación jurídica de la inmigración “... ya estaba destinada a cuestionar el sistema de derechos y deberes de las sociedades de acogida”, pues la misma se convierte en una situación incongruente, inconsistente y contradictoria, y por tanto insostenible, ni en el espacio ni en el tiempo⁷. Y en este sentido, como ha señalado la Prof.^a Rubio-Marín la inmigración es un reto para la democracia y para todo el pensamiento liberal⁸, que basado en el universalismo y la universalidad, luego reduce en su interior la vigencia y reconocimiento de esos derechos.

Para nuestro tema, la doble naturaleza de los derechos (como realidad moral y jurídica) supone que la cuestión de la situación jurídica de los inmigrantes irregulares a la luz de los derechos humanos, podría ser abordada de dos maneras: cual es el status jurídico de los inmigrantes irregulares, o, cual debería ser el estatus jurídico de los inmigrantes irregulares. Ambos enfoques son legítimos, y pueden hacerse con igual corrección. Sin embargo, lo importante es no confundir ambas dimensiones y ambas perspectivas⁹.

⁴ RAFAEL DE ASÍS ROIG. Texto de la ponencia presentada el 6 de marzo de 2003, en las XIX Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, celebradas en Las Palmas de Gran Canaria

⁵ A.A.V.V. *Políticas migratorias: fronteras dos direitos humanos no século XXI* (ed. CARLOS EDUARDO DE ABREU BOUCAULT), Renovar, Rio de Janeiro, 2003, texto que sigue la idea del Profesor JAVIER DE LUCAS en *El desafío de las fronteras: derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994.

⁶ GEMMA VARONA MARTÍNEZ. *La inmigración irregular: derechos y deberes humanos*. Artateko. Vitoria, 1994, p. 15.

⁷ SAMI NAIR, en *El desplazamiento en el mundo*, de SAMI NAIR Y JAVIER DE LUCAS, IMSERSO, Madrid, 1999, p. 167.

⁸ RUTH RUBIO-MARÍN. *Immigration as a Democratic Challenge*. Oxford U. Press, Cambridge, 2000.

⁹ Y así, no caer en los “pecados” del iusnaturalismo, y no confundir los derechos humanos con un nuevo “Derecho natural”. LUIGI FERRAJOLI. “De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona”, en *Derechos y Garantías: la ley del más débil* (trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), Trotta, Madrid, 1999, pp. 97 y 98.

Lo que ocurrirá es que, debido a la contradicción que los Ordenamientos tienen en su interior y que antes señalaba, esta visión es al mismo tiempo una visión normativa acerca de cual debería ser la situación jurídica de los inmigrantes irregulares a la luz de los derechos humanos, sin embargo, lo relevante de esta visión es que esa normatividad, ese deber ser, no proviene de un discurso moral o ético, sino de los mismos fundamentos jurídicos de nuestros Ordenamientos, pues en los Ordenamientos que tienen en su cúspide el Derecho de los derechos, estos permiten, exigen, más bien, la incorporación de nuevos contenidos de justicia si, utilizando el título del famoso libro de Ronald Dworkin, "*nos tomamos los derechos en serio*"¹⁰, y así, en este caso, superar ese dilema, esa paradoja que enfrenta las bases morales y políticas de nuestra organización como sociedad con el trato que destinan las normas a una serie de personas.

Desde esa perspectiva, los derechos nos exigen plantearnos: el origen de esta situación, y por lo tanto saber si existe un derecho a la inmigración; en segundo lugar, determinar cual sea el status de los inmigrantes irregulares, cuestión que gira en torno a las ideas de nacionalidad y ciudadanía: En tercer lugar, desde la base compleja y global que ofrecen los derechos, tendremos que hacer una referencia al papel de la Solidaridad Internacional

II- ¿DERECHO A EMIGRAR O DERECHO A INMIGRAR?: DE LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

De las diferentes paradojas que plantea la cuestión de la inmigración irregular desde la perspectiva de los derechos la primera se encuentra en la misma base de esta situación, es decir, la capacidad de los Estados de regular los movimientos de población determinando las formas de acceso. La primera manifestación de esta paradoja tiene una dimensión histórica, pues debemos recordar como, en parte, el lenguaje, y hasta la cultura de los derechos surge a lo largo del siglo XVI, entre otras razones, para legitimar la entrada de los europeos en los territorios de Ultramar, sobre la base del derecho al comercio o el derecho de comunicación, como nos recuerda Luigi Ferrajoli¹¹. Sin embargo, las paradojas no se detienen en los orígenes históricos de los derechos, que nacen para justificar una emigración.

La Declaración Universal de Derechos Humanos dedica el artículo 13 a la cuestión de la libre circulación reconociendo que "Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado", y que "Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país". Por lo tanto, concluiríamos que existe un derecho a la emigración, aunque no existe un derecho a acceder a otro país, es decir un derecho a inmigrar.

Esta interpretación se hace desde la óptica basada en la concepción "*soberanista*" clásica de los Estados, en donde prevalece la decisión del Estado, sobre las decisiones de los seres humanos, olvidando que los derechos como límites al Poder, supone entender su "*fundamentalidad*" como resistencia frente al mismo o frente a otros intereses o bienes¹². Sin embargo, la lógica de los derechos tanto en su perspectiva jurídico-positiva como moral nos

¹⁰ DWORKIN, RONALD M. *Los derechos en serio*, Ariel Barcelona, 1984.

¹¹ FERRAJOLI, p.118.

¹² LUIS PRIETO. *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, 1990, p. 85.

exige plantearnos esta afirmación que se da por hecho, y así los derechos aportan elementos argumentales razonables para pensar que esta interpretación sea exclusiva, porque afirmar que existe un derecho a salir del Estado propio pero no a entrar en otro, constituye una visión tan formalista de los derechos que roza lo absurdo. Por eso, se considera que, en caso de extrema urgencia o necesidad, que consiste en la amenaza de la vigencia de los derechos, los Estados tienen la obligación de admitir a los ciudadanos de otro/s, como es el asilo o el refugio.

Sin embargo, recientemente se ha desarrollado otro enfoque de la cuestión que pone por encima de la soberanía de los estados los intereses y los derechos de las personas al legitimar la intervención para evitar que las personas no se muevan de sus lugares bajo la amenaza de la conculcación de sus derechos, desarrollando así lo que se ha denominado “un derecho a permanecer” respaldado por la posibilidad de intervención de la sociedad internacional para prevenir las vulneraciones de derechos que van a ser motivo del desplazamiento, originando así una importante modificación en el concepto tradicional de soberanía¹³. Quizás esta sea la más importante evolución de la sociedad internacional desde la creación del sistema de Naciones Unidas fundamentada en la concepción de una ética global basada en el respeto a los derechos, de manera que se ha impuesto la conclusión de que “la defensa de los derechos exige con frecuencia acciones enfrentadas a los Estados nacionales”¹⁴. Sin embargo, ese paso todavía no se ha dado en lo que se refiere a la emigración, es decir, paradójicamente el caso contrario, en donde es voluntad de las personas dejar sus lugares de origen y sin embargo se impone por encima de ellas los intereses y la voluntad del Estado. Con lo que esta interpretación supone poner por encima la «razón de Estado» que las razones de las personas, o, como dice Rafael de Asís, “es poner por encima los intereses a los derechos”¹⁵.

Por estas razones, creo que una lectura conjunta de los derechos en sentido conceptual y teleológico, nos permitiría hablar al igual que de un derecho a la emigración, de un derecho a inmigrar, y en ese sentido se deben convertir en derechos humanos la residencia y la libre circulación¹⁶. Derechos que, no obstante, como todos los demás pueden estar sujetos a límites, pero no hasta el punto de suponer la imposibilidad de su disfrute o su desvirtuación. Y así el segundo papel que tienen que jugar los derechos es precisamente respecto de los límites que se pueden imponer al derecho a inmigrar. En este sentido, los derechos deberían garantizar el establecimiento de razones objetivas y razonables que limitasen ese posible derecho a emigrar, como las causas que el mismo pacto establece respecto de la libertad de emigrar: la seguridad nacional, el orden público, la salud, la moral pública o el respeto a los derechos de terceros, sin que pudiesen establecerse cláusulas o tratos discriminatorios¹⁷.

Otra de las razones por las que debemos replantearnos este prejuicio es porque el considerar que el Estado pueda determinar quien accede a su territorio constituye el origen de la aceptación generalizada de la idea de “*exclusión natural del extranjero*”¹⁸, que se basa en

¹³ LUIS PERAL. *Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz*, Trotta, Madrid, 2001.

¹⁴ EUSEBIO FERNÁNDEZ. *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 105.

¹⁵ RAFAEL DE ASÍS. “Problemas filosófico-jurídicos en torno a los derechos de los extranjeros” en *Derecho de asilo, refugio y extranjería* (ed. FERNANDO MARIÑO), Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 36.

¹⁶ FERRAJOLI, p. 118.

¹⁷ RAFAEL DE ASÍS ROIG. Texto de la ponencia presentada el 6 de marzo de 2003, en las XIX Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, celebradas en Las Palmas de Gran Canaria

¹⁸ JAVIER DE LUCAS. *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Icaria-Antrazyt, Barcelona, 1996, pp. 28.

una concepción negativa del mismo, como un estado negativo, definido un “*no-ser nacional*”¹⁹, lo que motiva la “*incuestionable desigualdad del extranjero*” sin plantearse que esa situación de inferioridad a la que se le somete es totalmente anómala y no debe perpetuarse²⁰.

Desde la perspectiva de los derechos, reconocer el derecho a la libre circulación, supondría una “liberalización” de las condiciones de acceso que además de un gran calado humanitario, pues evitaría muchas muertes y penalidades a los migrantes, tendría otros importantes beneficios, pues prevendría el tráfico de personas, la esclavitud, o las condiciones laborales indignas²¹; no incrementaría la inmigración, pues al ser más fácil la salida no se resistirían a salir los inmigrantes. Además la liberación de las fronteras permitiría destinar una gran cantidad de recursos a prevenir o evitar las causas de la inmigración ilegal con políticas de desarrollo. Por otro lado, resulta paradójico que en estos tiempos de liberalizaciones múltiples, en estos tiempos de libre movimiento de los capitales y de los bienes, resulta que quienes no pueden moverse libremente son las personas, es quizás la mejor ilustración del peligro del que nos alertaba el ilustre andaluz Fernando de los Ríos de que la economía hiciera esclavo al hombre²², pues es evidente la conexión entre los mercados de trabajo barato, las restricciones a la migración y la globalización de la economía.

III- LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES: SUS DERECHOS Y SUS DEBERES

Parece existir un consenso general en que los inmigrantes irregulares no merecen tener un estatus similar al del resto de sujetos que viven en la comunidad política, siguiendo una lógica implacable que resume perfectamente la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/84: “... es claro que quien pretende ser amparado en el ejercicio de los derechos que el Ordenamiento español le concede ha de satisfacer también las obligaciones que de él dimanan”, de manera que respecto de estas personas se realiza una alteración en la relación de atribución y reconocimiento de derechos, basado en obligaciones previas, de modo que quien no cumple con esas obligaciones carece de derechos.

Sin embargo, un enfoque de la cuestión basado en derechos nos exige, al menos, a discutir esa convicción tan extendida. Y nos exige negarla en un sentido muy exigente, pues no sólo supone que negar esa base, sino que haya que reconocer unos derechos mínimos que garanticen nuestras convicciones humanitarias mínimas, y además colocarlos realmente en una situación de igualdad.

Para ello, debemos referirnos a nuestra propia Carta Magna conforme a la interpretación de la misma que debemos hacer, como nos señala el art. 10, a la luz de los Tratados

¹⁹ JUAN CANO RUBIO. “Los derechos de los extranjeros en España: una perspectiva constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, nº. 57, 2003, pp. 11 y ss, cit. en p. 13.

²⁰ ÁNGELES SOLANES CORELLA. “La situación jurídica del inmigrante irregular en España”, en *Inmigración y derechos* (ed. NATIVIDAD FERNÁNDEZ Y MANUEL CALVO), Mira editores, Zaragoza 2002, p. 261.

²¹ En este sentido, el Informe de 1998 del Colectivo IOÉ sobre *Trabajadores inmigrantes en el sector de la construcción*, editado por el Ministerio de Trabajo y A.A.S.S., (pp. 162 y ss.) apunta que el alto porcentaje de trabajadores polacos sin contrato de trabajo se explica por el hecho del gran número de trabajadores polacos en situación irregular durante 1997 (aprox. 60%); lo mismo sucede respecto de la Hostelería con los trabajadores peruanos en donde el alto nivel de irregularidad se corresponde con la ausencia de relación laboral regulada (42 %), Informe IOE de trabajadores inmigrantes en la Hostelería (1998), pp. 122 y 123 y 153.

²² FERNANDO DE LOS RÍOS. *Escritos sobre Democracia y Socialismo* (ed. VIRGILIO ZAPATERO) Taurus, Madrid, 1975, p. 154.

Internacionales de Derechos Humanos y teniendo en cuenta que “la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, los derechos inherentes como fundamento del orden político y la paz social”, y que según el art. 1.1, la libertad y la igualdad son dos de los valores superiores de nuestro Ordenamiento Jurídico.

Puesto en términos muy directos, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/84 “se trata de saber si la exigencia de un requisito administrativo... a unos determinados sujetos... para el reconocimiento de su capacidad... vulnera o no el principio de igualdad”. La cuestión que hay que discutir es si es relevante la nacionalidad como criterio de atribución diferenciada de derechos, para, en segundo lugar, y si eso es así, determinar si además de la nacionalidad, la regularidad administrativa es una segunda variable para justificar el trato diferente.

El argumento tradicional para afirmar tal extremo lo podemos encontrar desarrollado por el Tribunal Constitucional español desde la STC 107/84. Así, el F. Jurídico 7 de la STC 91/2000 reconoce que cuando el art. 53.1 señala que los poderes públicos están vinculados por los derechos fundamentales, se refiere al respeto a todos los sujetos que disfrutaban esos derechos, es decir, conforme al art. 13.1, todas las personas conforme señalan la ley y los tratados, con excepción del derecho de participación del art. 23. Sin embargo, el Tribunal Constitucional distingue entre unos derechos que son aplicables a cualquier persona en cuanto son expresión y garantía de la protección a la dignidad humana que “... ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre... constituyendo, en consecuencia un *minimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar” (Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio), mientras que existiría otra clase de derechos que se corresponderían con la ciudadanía (Sentencia del Tribunal Constitucional 242/1994, de 20 de julio, Fundamento Jurídico 4) y que encontrarían “... sus bases en las diversas constituciones de los Estados (Fundamento Jurídico.2 voto particular)”.

Efectivamente, como describe Luigi Ferrajoli, desde la Revolución Francesa, con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, se han establecido dos status posibles en cuanto a atribución de derechos en función de dos condiciones subjetivas: la Humanidad y la Ciudadanía, de manera que ha una serie de derechos que se reconocen en función de la personalidad, y otros que se reconocen en función de la ciudadanía²³, sin embargo esta distinción, como demuestra Ferrajoli a continuación, “resulta excesivamente incierta, esquemática y, sobre todo, produce confusiones relevantes”²⁴, pues rompe la indivisibilidad de los derechos, confunde su evolución histórica y sus funcionalidad. Esta distinción se basa en la determinación que haga el derecho positivo, y no tiene ninguna conexión intrínseca o estructural con los derechos²⁵, por el contrario ésta se trata de una imputación de Derecho Positivo, pero no necesariamente conforme con la teoría de los derechos fundamentales es decir, encontraremos elencos muy diferentes de derechos atribuidos respectivamente a la personalidad o a la ciudadanía, porque mientras que el criterio de imputación de derechos de la personalidad tiene un fundamento objetivo (la persona), la ciudadanía no lo tiene, más allá de la imputación normativa de derechos.

²³ LUIGI FERRAJOLI. “De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona”, *op. cit.*, p. 99.

²⁴ *Ibidem*, p. 104.

²⁵ Y por eso el T.C. español repetidamente señala que es necesario analizar cada derecho en concreto a la hora de referirse al reconocimiento de derechos a los extranjeros

En realidad, en opinión de Ferrajoli, el origen de esta distinción no era establecer diferencias ni categorías de sujetos, sino más bien una fórmula retórica de dar mayor fuerza a la universalidad de los derechos²⁶, creando un nuevo sujeto del Derecho frente al súbdito. Sin embargo en la actualidad, se utiliza la “ciudadanía” como factor de exclusión y discriminación, como “un último residuo premoderno de desigualdad personal en contraposición con la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales”, contradicción tanto del espíritu de la cultura de los derechos como la letra del Derecho Positivo de los derechos en las esferas internacional como estatal²⁷.

Respecto a la dimensión conceptual, esta distinción se basa en una idea de los derechos reduccionistamente positivista, que olvida las dimensiones morales más trascendentes de los mismos, que se basan en su sujeto universal, de manera que una pretensión moral o el reconocimiento de una facultad por el Derecho, no puede ser derecho humano, si esta no puede ser universal, de manera que si no reconocemos los derechos de todos, estaremos hablando de derechos de los españoles, de los europeos o de quien sea, pero no de derechos humanos.

Por otro lado, desde esta perspectiva conceptual, la distinción en cuestión olvida los rasgos básicos de los derechos: la universalidad y la indivisibilidad de los mismos. Como había señalado, esa distinción entre derechos de la persona y del ciudadano, provoca confusión respecto de la universalidad de los derechos al limitar la titularidad de los mismos. Ambas confusiones están íntimamente relacionadas, pues si olvidamos que el fundamento de todos los derechos es la dignidad del ser humano, perderemos de vista la universalidad de los mismos, es decir su titularidad universal. En este sentido, cuando los instrumentos internacionales o la Constitución se refieren a “*toda persona*” “*todo individuo*”, “*todos*”, incluso “*los ciudadanos*”, debemos entender que no se está excluyendo a ninguna persona en función de su nacionalidad ni, mucho menos en función de una situación administrativa.

En este sentido, el art. 2.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*. Cláusula que se basa en el art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece el principio de igualdad. Es decir, que según los arts. 2 y 3, los derechos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se reconocerían a todas las personas en todos los Estados. Criterio que reitera la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, cuando afirma en el art. 1 que las Altas Partes contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades reconocidas en el Título I del Convenio, con la excepción de la actividad política (art. 16).

En mi opinión, lo mismo cabe interpretar en nuestro texto constitucional. En primer lugar, porque, en función del art. 10.2 debe ser interpretado según los tratados internacionales en materia de derechos humanos. En segundo lugar por aplicación del art. 10. 1 que esta-

²⁶ LUIGI FERRAJOLI. “De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona”, *op. cit.*, p. 99., p. 117.

²⁷ *Ibidem*, p. 118.

* El énfasis es mío.

blece la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a los derechos como fundamento del orden político y la paz social. En tercer lugar, por el art. 13 que señala que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la Ley”. El art. 13.1 no realiza una distinción entre extranjeros en situación legal o ilegal. Es cierto que hace una reserva de ley respecto de los términos del disfrute de los derechos, sin embargo, estas condiciones no pueden suponer una negación del mismo (Sentencia del Tribunal Constitucional 88/85), y en todo caso deben respetarse su “contenido esencial”, de forma que no podemos entender esta referencia a la ley como una “desconstitucionalización” (Sentencia del Tribunal Constitucional 107/84 Fundamento Jurídico 3)²⁸. En segundo lugar, la interpretación de este art. ha de realizarse bajo la presidencia el principio de igualdad del art. 14, que expresamente se refiere a la nacionalidad y que deja abierta su cláusula de no discriminación “... por ninguna otra causa social”. De manera que cuando en el Título I encontramos referencias a “todos”, “los españoles”, etc., debemos entender que se refiere a todas las personas, excepto por lo que se refiere al art. 23, que explícitamente lo excluye de disfrute por los extranjeros²⁹, pues la interpretación conjunta de estos preceptos supone que “los extranjeros serán titulares de los derechos que la Constitución Española no reserve en exclusiva a los españoles y de los derechos cuya titularidad pueda serles otorgada”³⁰. En este sentido, el hecho de que en algunos casos la Constitución utilice un sujeto concreto como “los españoles”, no es obstáculo para esa interpretación amplia, puesto que la cláusula del art. 13. 1, inhibe esa posible interpretación restrictiva, con la citada excepción del art. 23. Esta doctrina es la que se encuentra detrás de la evolución doctrinal del Tribunal Constitucional en la materia desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/84 a la Tribunal Constitucional 115/87, pasando por la 99/85, al afirmar que respecto de los derechos de ejercicio directo, no cabe establecer condición o autorización alguna.

No obstante, es evidente que existe esa limitación del art. 23, al igual que nos encontramos con una contradicción, que es excepción, en el seno del mismo Pacto, pues, por su parte, los arts. 12 y 13 se refieren a las garantías que tiene el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el Pacto. Sin embargo, ambos casos son excepciones, prohibiciones concretas que no pueden extenderse a ningún otro derecho o libertad, en función de la interpretación anterior³¹.

Por lo que se refiere a la Indivisibilidad de los derechos, este error se debe a un problema en el fundamento de los mismos, pues olvidar que todos los derechos se basan en la dignidad humana, y no sólo los relativos a la personalidad, conduce a unas conclusiones no

²⁸ De manera que, como señala CANO BUESO, “tal regulación solamente podrá contener el régimen de ejercicio de los derechos, no excluir titularidades ni restringir el ámbito constitucional de los mismos, de forma que haga impracticable su ejercicio a quienes no sean nacionales”, en “Los derechos de los extranjeros en España...”, *op. cit.*, p. 20.

²⁹ Como advierte el mismo Tribunal Constitucional (Sentencia 107/84) “La inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible, o incluso que el propio planteamiento de una cuestión de igualdad entre extranjeros y españoles está constitucionalmente excluido. Y no es argumento bastante porque no es únicamente el art. 14 de la Constitución el que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España”.

³⁰ JUAN CANO BUESO, “Los derechos de los extranjeros en España...”, *op. cit.*, p. 28.

³¹ No obstante, también hay quien defiende la interpretación restrictiva sobre la base de una lectura más literal, como TERESA FREIXAS Y JOSÉ CARLOS REMOTTI en “Los derechos de los extranjeros en la Constitución Española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Político*, n.º. 44, pp. 103 y ss. *cit.* en p. 113.

deseadas que llevan a nuevas distinciones, argumentaciones y contra-argumentaciones crecientemente confusas y contradictorias. Así, si los derechos de que gozan los inmigrantes irregulares son aquellos que garantizan la dignidad humana, ¿cuáles son estos? Para responder a esta pregunta el Tribunal Constitucional se dirige a los Tratados Internacionales la Declaración Internacional de Derechos Humanos, y la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (Sentencias del Tribunal Constitucional 38/1981, de 23 de noviembre y 36/1984, de 14 de marzo). Sin embargo, como veremos allí, los criterios no parece que vayan en la dirección de establecer categorías de derechos en función de la razón de su reconocimiento, sino todo lo contrario.

No obstante, admitamos esa distinción. ¿Cómo saber qué derechos entran en esa categoría? Como advierte Rafael de Asís, si los derechos se conciben como garantías de la dignidad de la persona frente al Poder, ¿no merecen los inmigrantes ser protegidos frente al mismo?, y si no es así, ¿cuál sería la razón? Si se conciben los derechos como garantía de las necesidades que hagan posible la dignidad de la vida de los seres humanos, el círculo de derechos que habría que reconocer a los inmigrantes irregulares se ampliaría a los derechos sociales, económicos y culturales. Sin embargo, a ello se pone como objeción la cuestión de la escasez, que se podría resolver utilizando como criterio de preferencia la nacionalidad, pero ante una necesidad semejante, ¿estaría justificado ese criterio?, ¿no habría otros más acordes con el propósito de los derechos (la edad, la vulnerabilidad, la capacidad,...)? En realidad, el argumento que se esconde detrás de la negativa a derechos de tercera generación, sería la ausencia de contribución al gasto público como razón de un trato desigual. “Sin embargo”, como argumenta Rafael de Asís, la adopción de este principio “...tendría consecuencias un tanto sorprendentes: a) si un sujeto extranjero paga, entonces poseería derechos; b) si un sujeto cualquiera tiene satisfechas sus necesidades, no tendría que pagar; c) ciertos derechos son de todos y algunos (derechos) de algunos, aquellos que tienen como misión corregir situaciones diferentes, sólo de los que pueden y quieren pagar, es decir, de quienes no lo necesitan”³². A los que yo añadiría una consecuencia más, si damos por hecho que la adopción de ese principio, supone la exclusión del criterio de la nacionalidad “aquel sujeto que no paga, no es titular de derechos...”. Y estas contradicciones surgen por pervertir el único y común fundamento de los derechos.

Por último, parece que en todo caso, esta distinción tendría un margen de objetividad, que permitiría excluir los derechos de participación de ese mínimo que garantiza la dignidad. Sin embargo, la exclusión de los derechos de participación no sólo constituye igualmente una contradicción más³³, sino que además genera un problema práctico respecto de la obediencia del Derecho, pues de las dos referencias a la misma no coercitivas: la participación y la adhesión, la exclusión política de los inmigrantes irregulares, genera una separación del sistema legal, pues ni participan, y los contenidos del Derecho no resultan aceptables pues generan su exclusión³⁴.

Por otro lado, la limitación de esos derechos parece contradictoria con la idea de dignidad humana como fundamento de los derechos, pues, en palabras del propio Tribunal

³² RAFAEL DE ASÍS. “Problemas filosófico-jurídicos en torno a los derechos de los extranjeros” en *Derecho de asilo, refugio y extranjería* (ed. FERNANDO MARIÑO), Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1996. p. 36 y ss.

³³ RUTH RUBIO-MARÍN. *Immigration as a Democratic Challenge*, op. cit., pp. 81 y ss.

³⁴ RAFAEL DE ASÍS. “Problemas filosófico-jurídicos en torno a los derechos de los extranjeros” en *Derecho de asilo, refugio y extranjería* (ed. FERNANDO MARIÑO), Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1996. p. 32 y ss.

La Situación Jurídica de los Inmigrantes Irregulares a la Luz de Los Derechos Humanos

Constitucional para determinar “en concreto, cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la Constitución Española proclama de modo absoluto” tenemos que “precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos” (Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2000 Fundamento Jurídico 7). Haciendo ese análisis del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege, ¿la participación política no permitiría garantizar que estas personas de verdad fueran como dice el Alto Tribunal “*miembros libres y responsables de la comunidad jurídica*” en cuanto indirectamente participarían al igual que el resto de los miembros de la formulación de las normas?³⁵.

Por todo ello, lo que aquí se defiende es que la lectura de los Pactos y de la Constitución, nos indicaría la ilegitimidad de distinguir un diferente estatus jurídico en función de la regularidad de la situación administrativa de los extranjeros. Sin embargo, como hemos visto antes, por el contrario otra interpretación del marco normativo nacional e internacional entendería a la luz de la teoría ética y jurídica de los derechos supondría que los inmigrantes irregulares deben tener los mismos derechos fundamentales. Pero no solo eso, sino que además les deben asistir una serie de garantías especiales que los refuerzan.

Esta sería la manifestación respecto de los inmigrantes de la fase de especificación de los derechos, en lo que llamamos derechos de cuarta generación, pudiendo hablar así de unos “*derechos de los inmigrantes irregulares*” relacionado con la observación general al art. 2 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁶, que señala que los Estados deben garantizar el acceso y el conocimiento de esos derechos.

Y esto sería así porque respecto a los derechos del propio individuo, el inmigrante ilegal se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad³⁷, que se acrecienta porque el marco normativo le sitúa además en una situación de menor capacidad que el inmigrante, puesto que en muy escasas ocasiones va a acudir a las instituciones de garantía de los derechos. Eso hace que se genera un submundo ajeno a las grandes conquistas de seguridad, libertad, igualdad y solidaridad que son los derechos. Unas bolsas de violencia, esclavitud, sometimientos, desigualdad y egoísmo, que, si aceptamos como valores superiores de nuestra sociedad la libertad y la igualdad, difícilmente son tolerables.

Por otro lado, desde una honesta repugnancia por el tráfico de personas y la instauración de una nueva esclavitud, estos derechos servirían para evitar la inmigración ilegal. De las enseñanzas que podemos extraer de la historia de “*la lucha por la dignidad*”³⁸ que es la historia de los derechos humanos, hay una que es muy evidente, y es que la mejor manera de garantizar derechos es con más derechos, no con menos, ni con interpretaciones restric-

³⁵ Puesto que como señala ELÍAS DÍAZ, “Participación y aceptación serían términos no absolutamente coincidentes pero dotados de correlatividad... el objetivo de la democracia radica precisamente en el intento de autentificar y perfeccionar al máximo las vías de esa participación real en la toma de decisiones” *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid 1980, p. 24.

³⁶ RAFAEL DE ASÍS. “Problemas filosófico-jurídicos en torno a los derechos de los extranjeros” en *Derecho de asilo, refugio y extranjería* (ed. Fernando Mariño), Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1996. pp. 32 y ss.

³⁷ Desde el punto de vista asistencial, además, en el caso de los inmigrantes ilegales se encuentran en una situación muy especial debido a la desaparición de las referencias sociales habituales (CARLOS MARTÍN BERISTAIN. *Reconstruir el tejido social*, pp. 78 y 79), junto con ser la situación más habitual en la que se produce el denominado “STRES ACULTURATIVO” (CARLOS MARTÍN BERISTAIN. *Reconstruir el tejido social*, pp. 194 y ss.), que se añade en muchos casos con un “choque cultural” que es un estado de estrés definido en 1961.

³⁸ JOSÉ ANTONIO MARINA *La lucha por la dignidad: teoría de la felicidad política*, Barcelona : Anagrama , 2000.

tivas de los mismos, porque ninguna clandestinidad es buena. Por el contrario, las políticas restrictivas de derechos y libertades ponen en riesgo aun en mayor medida los derechos de las personas que de manera irregular pretenden entrar en el Mundo del Norte³⁹.

Esos derechos, en cierta manera tienen ya una base normativa, sin embargo, según el Status de los principales instrumentos internacionales de Derechos Humanos de la Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos (2003)⁴⁰, ninguno de los estados de recepción de la inmigración ha firmado ni como estado signatario ni como estado parte la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Y que sólo entró en vigor tras trece años de negociaciones y de espera el 1 de julio de 2003 gracias a la ratificación de 22 países, para lo que tuvo que ser objeto de una larga campaña internacional de promoción del que se denominaba “*el instrumento más oculto de Naciones Unidas*”, como lo denominó el Comité Directivo Internacional para la Campaña mundial para la ratificación de la Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios que incluyó una Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de 1992 (Res. 1992/81), una Resolución del Consejo Económico Social de 22 de febrero de 1994, así como el Programa de Acción de la Conferencia de Derechos Humanos de Viena de 1993, todos ellos instando a la firma y ratificación de la Convención.

Como señalaba anteriormente, se trata de veintisiete estados de los que salen emigrantes, sin embargo en los cuales residen sólo unos 4,5 millones de inmigrantes, lo que solamente representa el 2,6 por ciento del total de migrantes, mientras que el 60 por ciento de todos los migrantes, que se calcula en el entorno de los 175 millones de personas del mundo, viven en Europa y Estados Unidos⁴¹.

Lo realmente increíble, es que la Convención no crea realmente nuevos derechos para los inmigrantes sino que busca garantizar la igualdad de tratamiento y las mismas condiciones laborales para inmigrantes y nacionales. La Convención distingue sistemáticamente varios regímenes jurídicos aplicables a los trabajadores inmigrantes y sus familias. Toda la Convención se articula en torno al principio general de igualdad y no discriminación que recoge el art. 7, y que constituye en sí mismo la Parte II de la Convención, bajo el epígrafe “*No discriminación en el reconocimiento de derechos*” que junto a la Parte III “*Derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*” constituye el régimen

³⁹ En este sentido, así lo puso de manifiesto Khalid Gema, Presidente de la Asociación Amigos y Familiares de Víctimas de la Inmigración Clandestina, junto a Andalucía Acoge, ante la reciente tragedia en Rota el pasado 25 de octubre en el que fallecieron 25 personas, para quien “*perseguir*” a los indocumentados bajo una “*lógica de guerra*” no es la solución del problema de la inmigración irregular, porque lo que hace es agravar la situación de los más vulnerables. Así, puso de manifiesto como antes del endurecimiento de las medidas de seguridad en las costas españolas las travesías que recorrían los inmigrantes en pateras eran de 14 kilómetros, mientras que ahora hacen entre 300 y 400 kilómetros, con lo que aumentan los riesgos, incluso vemos como las rutas marítimas se han ampliado buscando costas mas lejanas pero menos vigiladas lo que aumenta el riesgo de naufragio.

⁴⁰ Se puede obtener versión electrónica en <http://www.unhchr.ch/pdf/reportsp.pdf> (pendiente de últimas actualizaciones) que se pueden conocer por medio de la página web del Comité en apoyo de la Convención: Se puede ver el sitio Oficial del Comité Directivo Internacional para la Campaña mundial para la ratificación de la Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios en <http://www.migrantsrights.org>.

⁴¹ Fuente: Informe sobre Migración Internacional 2002, Naciones Unidas (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Población) Se pueden encontrar los resúmenes de estas estadísticas en el documento de difusión de esta convención “*La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los inmigrantes*”, UNESCO, Ginebra 2003 (pp. 4 y 7).

de derechos humanos de todos los inmigrantes trabajadores, frente a las Partes IV que determina “*Otros derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular*”, o la Parte V que establece las “*Disposiciones aplicables a categorías particulares de trabajadores migratorios y sus familiares*”. Es decir, que esta Convención reconoce unos derechos comunes a todos los inmigrantes y luego una serie de derechos en función de la situación administrativa.

Dentro de ese marco general de respeto y protección de la dignidad humana, la convención reconoce a los migrantes los siguientes derechos, sin duda “*revolucionarios*” en los países del Norte, que no han firmado esta convención:

- Prevenir condiciones de vida y de trabajo inhumanas, abuso físico y sexual y tratamientos degradantes (artículos 10-11, 25),
- Garantizar los derechos de los inmigrantes a la libertad de pensamiento, de expresión y de religión. (artículos 12-13),
- Garantizar a los inmigrantes el acceso a la información sobre sus derechos (artículos 33),
- Asegurar su derecho a la igualdad ante la ley, lo cual implica que los trabajadores migratorios estén sujetos a los debidos procedimientos, que tengan acceso a servicios legales, y que no sean sentenciados a penas desproporcionadas (artículos 16-20, 22),
- Garantizar a los inmigrantes la igualdad de acceso a los servicios educativos y sociales (artículos 27-28, 30)

Según el artículo 5.b) de la Convención serán considerados no documentados o en situación irregular si no han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte. Sin embargo, el art. 69.1, exige a los Estados que “*Los Estados Partes en cuyo territorio haya trabajadores migratorios y familiares suyos en situación irregular tomarán medidas apropiadas para asegurar que esa situación no persista*”.

Por otro lado, como señalan los Considerandos primero y segundo de la Convención, la mejor forma de desalentar la contratación de inmigración irregular, y con ello la lucha contra el tráfico de personas es reconociendo más derechos a los inmigrantes en situación irregular.

“Considerando que los trabajadores no documentados o que se hallan en situación irregular son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y que para determinadas empresas ello constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal.

Considerando también que la práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios y, además, que la concesión de determinados derechos adicionales a los trabajadores migratorios y a sus familiares que se hallen en situación regular alentarán a todos los trabajadores migratorios a respetar y cumplir las leyes y procedimientos establecidos por los Estados interesados”.

Por último, un aspecto interesante de la situación jurídica de los extranjeros irregulares que nos ofrece la CE, y que constituye una perspectiva complementaria que pone de mani-

fiesto la contradicción de la misma es respecto a los deberes de los mismos como correlativos de los derechos⁴². Resulta paradójico que al mismo tiempo que se puede aceptar una situación jurídica activa inferior, la situación jurídica pasiva es, supuestamente la misma que el resto de miembros de la sociedad, con la excepción del derecho y el deber de defender España (art. 30), como en lo que se refiere a la contribución a los gastos públicos (art. 31), la educación (art. 27.4), las obligaciones derivadas del matrimonio (art. 32), el trabajo (art. 35), y como ya hemos visto, el sometimiento a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico (9.1).

Además, la exclusión en derechos, especialmente los de participación en sentido lato, nos sitúa ante un elemento de análisis que exige salirse del limitado marco jurídico-formal y acudir por un lado a los fundamentos ideológicos del sistema jurídico y a la realidad de la naturaleza humana. Así, como elemento de análisis de la situación de la inmigración irregular, creo que se trata de una de las cuestiones que, como señala Jesús Azcona, debemos tener en cuenta "... para constatar y entender lo que ocurre o puede ocurrir, más allá de las estadísticas, los estudios de exclusión social, de xenofobia o racismo...". Pues el daño a la dignidad personal que los sistemas jurídico-político y económicos deparan a los inmigrantes irregulares, hacen cierto el diagnóstico que, aunque Azcona generaliza para todo el colectivo de inmigrantes, es sobre todo cierto respecto de los inmigrantes irregulares, pues "... se hallan en una situación tan desigual con respecto a los miembros del grupo en el que se incorpora, que éste no solamente puede alterar sus conductas sino también traumatizarlos, creando un resentimiento de por vida (...)", en este sentido Azcona habla del inmigrante como un "animal acosado" de manera que "se puede decir que no solamente son las condiciones económicas las que hacen que los inmigrantes ocupen zonas marginales de la ciudad, edificios vetustos o en ruinas o en cortijos semi-abandonados... son también las condiciones sociales las que lo empujan al aislamiento"⁴³, condiciones sociales entre las que se encuentra, entre otras, su situación jurídica. En este sentido el aislamiento la guettización de la sociedad se explica no sólo por el temor de persecución, sino también por el sentimiento de seguridad que les concede encontrarse entre los suyos, entre "los otros": en principio los inmigrantes consideran que un compatriota no le va a engañar, no le va a descubrir ante las autoridades..., pero además si lo hace, como el Ordenamiento Jurídico no lo ampara, sabe que en el seno de ese colectivo a encontrar unos mecanismos alternativos de resolución de los conflictos (no siempre pacíficos, claro, pero hasta en ese caso opacos al control del Estado). Lo cual, aparte de las consecuencias directas, constituye un claro retroceso en el seno de nuestros estados modernos, que ceden en algunas parcelas la gran construcción moderna de la Seguridad entendida como seguridad Jurídica, seguridad que ofrece y resuelve el Derecho, a una nueva seguridad colectiva...

Pero el papel de protección de los derechos no sólo se centra en la regulación de los aspectos positivos sino, y como no, también en las consecuencias de la infracción. Así, los derechos y la protección de la dignidad de la persona deben presidir el régimen de "*consecuencias jurídicas*" imputadas a la irregularidad.

En primer lugar, esto nos debería hacernos plantear la adecuación de la expulsión. En este sentido, cuando afirmamos que el libre desarrollo de la personalidad o la dignidad

⁴² Me ayudó a contemplar esta otra dimensión de la situación jurídica de los inmigrantes irregulares la obra de GEMA VARONA MARTINEZ. *La inmigración irregular. Derechos y deberes humanos*, op. cit., pp. 286-290.

⁴³ AZCONA. "Las barreras de las culturas identitarias: migración y límites sociales", en *Identidades culturales y Derechos Humanos* (ed. MANUEL CALVO), Dykinson, Madrid, 2002. pp. 40 y 41.

humana constituyen los “*fundamentos del orden político y la paz social*” y reconocemos los derechos de las personas deberíamos repensarnos la “justicia” de expulsar a quienes para poder hacer eso han puesto en peligro su vida, su integridad física y moral, y si no se trata de una decisión desproporcionada y que constituye en muchas ocasiones un trato inhumano, degradante y vejatorio cuando conocemos las consecuencias reales de esa deportación. En ese sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según la sistematización que han hecho Teresa Freixas y José Carlos Remotti, ya tiene toda una larga línea de jurisprudencia en ese sentido señalando la improcedencia de la expulsión a terceros países en los que puedan existir indicios fundados de que la persona transferida puede ver puesta en peligro su vida o pueda ser objeto de tortura o tratos inhumanos o degradantes incompatibles con el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁴, incluyendo en entre estas prácticas los malos tratos, incluso mediando razones de seguridad nacional⁴⁵ o aunque no sean de esperar por parte de las autoridades públicas⁴⁶ extendiendo esa interpretación a consideraciones humanitarias, como el seguimiento de un tratamiento contra el VIH/SIDA⁴⁷. De la misma manera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo en cuenta el arraigo del personal o familiar del inmigrante irregular para determinar la desproporcionalidad de la expulsión⁴⁸. En esta misma línea, faltaría una extensión a otras situaciones de riesgo igualmente reales y ciertas, como la pobreza absoluta, la violencia generalizada, etc.

En segundo lugar, garantizando la vigencia y efectividad de los derechos, de todos los derechos en periodos de detención. En este sentido es muy ilustrativo el Informe de la Relatora Especial de Trabajadores Migrantes de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en donde se recuerda a los Estados que se realizan en el mundo un gran número de privaciones de libertad, sin tener en cuenta los antecedentes personales de las los sujetos, convirtiéndoles en delincuentes por los actos y las situaciones en las que en realidad son las víctimas, limitándose mucho el garantismo en esos procesos que se consideran operaciones policiales. En segundo lugar, la privación de libertad, que no es deseada, debe realizarse en condiciones que garanticen la dignidad de las personas que están sometidas a la misma. Pero sobre todo, la Relatora especial hace énfasis en que estas medidas son erróneas porque contemplan la inmigración desde un ángulo punitivo, represivo y unilateral, que además se ha demostrado muy poco eficaz⁴⁹, mientras que cree necesario “*que el fenómeno de las migraciones irregulares se debería abordar mediante un nuevo concepto de la gestión de las migraciones del cual los derechos humanos son parte esencial*”⁵⁰.

Es precisamente frente a ese “*nuevo concepto*” que surgirá la respuesta previsible que se va a dar a este discurso coherente de los derechos, que iguala a los individuos, es el temor de una “*invasión*” de la “*famélica legión*” que anunciaba la Internacional Comunista.

⁴⁴ “Los derechos de los extranjeros...”, *op. cit.*, p. 122.

⁴⁵ Asunto Chahal vs. R.U, *vid. en ibidem*, pp. 123 y 124.

⁴⁶ Asunto H.L. R. vs. Francia, *ibidem*, p. 126.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 125.

⁴⁸ Caso Moustaqim y otros, *ibidem*, pp. 129 y 130.

⁴⁹ La concepción represiva de la política de inmigración, basada en la intervención a tiene unos efectos preventivos muy bajos como señalan los autores del estudio “La inmigración en España en 2001”, la presión sancionadora del Ministerio de Trabajo durante el año 2001 se incrementó un 65%, pero el volumen total de las intervenciones apenas pasó del 2 al 3%. pp. 154 y 156.

⁵⁰ *Vid* Informe de la Relatora Especial, D^a. Gabriela Rodríguez Pizarro, conforme a la Res. 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/2003/85, 30 de Diciembre de 2002).

IV- EXCURSUS: INMIGRACIÓN, DERECHOS Y POLÍTICA INTERNACIONAL

En primer lugar, parece que “tal” invasión no parece que se vaya a producir⁵¹. Así lo ha puesto de manifiesto el profesor y europarlamentario Sami Nair en lo que constituye una de sus principales líneas de trabajo académico y de argumentación política cuando ha señalado que “La respuesta no se puede reducir a patrullas policiales en las fronteras”⁵², ni en la creación de controles exhaustivos en los pasos fronterizos. Por el contrario, “(...) La apertura de las fronteras a la emigración laboral parece influir más en la forma que toman las migraciones que en su importancia cuantitativa. Antes de 1975, las migraciones hacia Francia eran a menudo migraciones de alternancia en las que los miembros de una misma familia se relevaban en el país de acogida. Esta movilidad se detuvo con el cierre de las fronteras a la emigración laboral. A partir de esa época, se desarrolló la emigración familiar (por definición, dirigida a instalarse de forma definitiva en el país de acogida). Así pues, a juzgar por estos ejemplos, sólo se puede afirmar que la apertura de las fronteras engendra la rotación probable de los flujos migratorios, mientras que el cierre provoca seguramente el agrupamiento familiar. Éste se produciría al cuadrado, es decir, que sería proporcional al número de solicitantes legalmente establecidos”⁵³.

Sin embargo, y en segundo lugar, dando por hecho que eso fuera cierto, y que nos enfrentásemos a una invasión de desposeídos, este argumento tiene una fácil contestación, que no es otra que acudir a las razones finales de esa temida invasión, y que constituyen la pobreza y la desigualdad que sufren los países del Sur. La verdadera respuesta coherente con la cultura y el Derechos de los derechos es reconocer su universalidad y hacerlos efectivos, es decir al mismo tiempo que reconocemos todos los derechos como los derechos de todas las personas, desarrollar los comportamientos que garanticen el disfrute de los derechos. Encontramos un buen ejemplo de esto en la propia historia de los derechos, especialmente en la Europa Occidental, cuando a lo largo del siglo XIX la pobreza y la desigualdad que sufrían las personas menos afortunadas planteaba una amenaza al poder y al estilo de vida de unos pocos privilegiados. Estos protegían su situación privando de derechos políticos a los pobres, mientras que éstos lo que querían eran esos derechos políticos. Fruto de esa presión resulta la universalización de los derechos políticos y los derechos sociales, económicos y culturales... Quizás ese sea el papel histórico que tenga que jugar la inmigración, crecer hasta hacerse irresistible de manera que cedan las restricciones de derechos⁵⁴.

Para abordar de esta manera la cuestión, tenemos que levantar todos los velos de abstracción. Y reconocer la situación que tenemos entre manos. Hay dos maneras de realizar la inmigración ilegal: pagando con el visado de turista, o infiltrándose en las fronteras. La más trágica de las inmigraciones es la que se realiza de esta segunda manera, es la inmigración de los pobres entre los pobres⁵⁵. De aquellos que sólo cuentan con unos pocos dólares o euros, sus piernas, sus brazos y un temor o una desesperación que sólo los impulsa hacia delante.

⁵¹ Incluso así lo pone en conocimiento del Ministerio de Defensa las conclusiones de uno de los grupos de trabajo del CESEDEN, *vid. Retos a la seguridad en el cambio de siglo: (armas, migraciones y comunicaciones)*, España, Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, Madrid, 2000. pp. 117 y 118.

⁵² SAMI NAIR. “*Los que vienen aquí*”, El País, Tribuna, 26-12-03.

⁵³ SAMI NAIR. “*Cinco ideas falsas sobre la inmigración en España*”, El País, Tribuna, ed. 16-05-2002.

⁵⁴ LUIGI FERRAJOLI. “De los derechos del ciudadano...”, *op. cit.*, p. 117.

⁵⁵ ÁNGELES SOLANES CORELLA. “La situación jurídica del inmigrante irregular en España”, en *Inmigración y derechos* (ed. NATIVIDAD FERNÁNDEZ Y MANUEL CALVO), Mira editores, Zaragoza 2002, p. 255.

Como señalé más arriba, no podemos olvidar la conexión que existe entre los movimientos de población y las acciones de desarrollo y emergencia y los derechos⁵⁶. Por otro lado, no se puede olvidar en la interpretación de la realidad que la pobreza no es un hecho en si mismo, sino que es una consecuencia del sistema social y de las relaciones internacionales en que se encuentra las sociedades pobres. Igualmente, es necesario recordar que la inmigración como problema no se puede plantear de manera abstracta y general, como movimientos poblacionales, sino que cuando se ve como un problema es cuando hablamos de la inmigración de los países del Sur a los del Norte, y esto exige una contextualización histórica, en la que es necesario recordar la actuación de los países receptores sobre los emisores... “la inmigración en la actualidad no es el mundo en movimiento... es un movimiento de gentes y un mundo en movimiento que previamente ha sido trabajado, amasado con el fermento opuesto a la levadura, que ha “minorizado” a los que se hallan excluidos del sistema y ha “desvirtuado todo y a todos a quienes se trataba de dominar”⁵⁷. Olvidar este dato supone atribuir la responsabilidad del cambio al marginado, en vez de a la sociedad⁵⁸. Mientras que tener esto en cuenta el establecimiento del fundamento moral de un deber de cooperación al desarrollo.

En este sentido, el Capítulo IV del Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social preconiza un enfoque complejo e integral respecto del problema de la inmigración irregular, y se ocupa en el párrafo 78 de dicho Plan de Acción de los intereses y las necesidades humanas básicas de los inmigrantes indocumentados, rogando a los Gobiernos en primer lugar, cooperar para reducir las causas de la inmigración irregular, salvaguardando los derechos humanos básicos de los migrantes indocumentados, previniendo su explotación y ofreciéndoles los medios adecuados para facilitarse el acceso a la justicia de acuerdo con la legislación nacional, y castigar a los criminales que llevan a cabo tráfico de seres humanos. En segundo lugar, la Cumbre señaló a los países de destino, a los países de tránsito y a los países de origen que deberían cooperar de manera apropiada en la gestión de los flujos de inmigración, previniendo la inmigración clandestina y, si resultara apropiado, facilitando el retorno de los migrantes y su reintegración en sus comunidades de origen⁵⁹.

Sin embargo, resulta altamente significativo que ya en 1998 hasta una institución tan poco sospechosa como el Banco Mundial denunciara en las conclusiones de este documento que “Resulta irónico ahora que sabemos como combatir la pobreza (en referencia al cambio de paradigma que desde la Convención de Viena) que la ayuda al desarrollo de los Estados ha llegado sus porcentajes más bajos de todos los tiempos”⁶⁰.

Por otro lado, los Estados del Norte, cada vez contemplan más la cuestión de la inmigración en general pero ante todo la irregular, como un problema policial y de seguridad interna, olvidando la dimensión y las causas globales del problema. Quizás un buen ejemplo sea el propio Estrecho de Gibraltar. Según reconoce el mismo Ministerio del Interior, “A lo largo de 2003 se ha procedido a la apertura de nuevos Centros en Algeciras y Tenerife,

⁵⁶ CARLOS MARTÍN BERISTAIN. *Reconstruir el tejido social*, p. 143.

⁵⁷ JESÚS AZCONA. “Las barreras de las culturas identitarias: migración y límites sociales”, en *Identidades culturales y Derechos Humanos* (ed. MANUEL CALVO), Dykinson, Madrid, 2002, p. 35.

⁵⁸ CARLOS MARTÍN BERISTAIN. *Reconstruir el tejido social*, p. 180.

⁵⁹ Programme of Action of the World Summit for Social Development. World Summit for Social Development Agreements (Copenhagen, 1995), se puede leer el texto de los Acuerdos en <http://www.un.org/esa/socdev/wssd/agreements/poach4.htm>

⁶⁰ *Development and Human Rights: the Role of the World Bank*. World Bank, Washington, 1998, p. 30.

así como a la mejora de las instalaciones de los Centros ya existentes. Las inversiones han supuesto un coste total de 7.686.692,55 euros”. “A lo largo de 2003 se ha destinado un presupuesto de 29.574.081,21 euros a este S.I.V.E., habiendo sido el ejercicio en el que se ha destinado una mayor inversión a la puesta en marcha del sistema desde su creación”⁶¹, que es, por ejemplo, menos de lo que España va a invertir en cooperación en Oriente Medio (una zona en la que está muy comprometida: 26 millones de Euros), y que, comparándola con las cifras de la cooperación con Marruecos en el ejercicio anterior a la puesta en marcha del SIVE, (11 millones) resulta ridícula...

Probablemente, esta visión global de la inmigración irregular que une derechos y desarrollo se trate de una concepción utópica, pero se trata de una “*utopía realista*”, como llamó John Rawls a aquellas propuestas que lejos de evadir o de disolver los problemas, se enfrentan a ellos y los resuelven⁶².

⁶¹ Fuente: Balance 2003 Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, Ministerio del Interior, Oficina de Relaciones Informativas y Sociales, Madrid 2004, p. 17.

⁶² JOHN RAWLS. *El derecho de gentes y “una revisión de la idea de razón pública”*, Paidós, Barcelona, 2001, pp. 18, y especialmente y por lo que se refiere a la inmigración 51 y 52.

EN TORNO A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA INSTRUCCIÓN 3/2003 DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO SOBRE LA PROCEDENCIA DE ORDENAR EL RETORNO DE LOS EXTRANJEROS MENORES QUE PRETENDAN ENTRAR ILEGALMENTE EN ESPAÑA

Juan Manuel López Ulla

*Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Cádiz*

I- PRESENTACIÓN

La comunicación que voy a presentar aparece en el programa de estas jornadas con el rótulo de “*El estatuto jurídico de los inmigrantes irregulares*”. Tengo que advertirles que éste pudiera ser un buen título para una ponencia pero no para una comunicación si es que el autor tiene la intención de respetar los quince minutos que normalmente dispone para exponer su trabajo.

Si yo pretendiera analizar el estatuto jurídico de los inmigrantes irregulares tendría que valorar cada uno de los derechos y libertades que se les reconoce en el Título I de la Ley de extranjería, subrayándoles las garantías jurídicas que para preservar tales derechos la ley contempla. Pero como nadie está obligado a lo imposible, me acojo a este principio general del derecho para centrar mi intervención en un tema que por su dimensión me permite en el tiempo que me han confiado trasladarles mi valoración sobre algún aspecto relacionado con los derechos de las personas que vienen a nuestro país a trabajar pero sin cumplir con los requisitos exigidos por la legislación vigente.

Como la invitación para participar en estas jornadas se me cursó en el mes de noviembre de 2003, realmente no fue nada difícil decantarme por un tema que en aquellas fechas ocupó la atención de los medios de comunicación durante varios días: me estoy refiriendo a la Instrucción 3/2003 del Fiscal General del Estado sobre la procedencia de ordenar el retorno de los extranjeros menores que pretendan entrar ilegalmente en España, de 20 de octubre pasado.

Desde que se dictó, han sido varias las voces que han denunciado la inconstitucionalidad de la instrucción, manejándose principalmente como motivos de invalidez que la misma es discriminatoria y que con ella se vulnera el “*interés superior del menor*”, principio reconocido en la Convención de los Derechos del Niño. En las líneas que siguen trataré de justificar por qué en mi opinión efectivamente la Instrucción supone un tratamiento diferenciado e injustificado de los menores extranjeros indocumentados con respecto a los menores nacionales que pudieran encontrarse en iguales circunstancias, pero también trataré de argumentar por qué considero que la Instrucción no vulnera el principio proclamado en la Carta de Naciones Unidas.

II- LA INSTRUCCIÓN ES DISCRIMINATORIA

De acuerdo con los arts. 35 de la Ley Orgánica 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España y su Integración Social (en adelante ley de extranjería) y 62 de su Reglamento de ejecución (RD 864/2001), cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un menor indocumentado en España o pretendiendo entrar irregularmente en el territorio nacional, comunicarán este hecho al Ministerio Fiscal, que lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores. Éstos se harán cargo de la tutela del menor mientras que la Administración del Estado trate de localizar a sus familiares allí donde se encuentren o, en su defecto, velarán por que los servicios competentes del país de origen del menor efectivamente se hagan responsables de él. Si transcurridos nueve meses la repatriación en estas condiciones no fuera posible, el menor recibirá el permiso de residencia con efectos retroactivos al momento en el que fue dispuesto a disposición de la entidad pública encargada de su tutela.

Dada la dificultad para garantizar de esta manera el retorno, el Fiscal General denuncia en la Instrucción que la minoría de edad se ha convertido en la práctica en una fórmula para conseguir de manera automática el permiso de residencia en nuestro país. Advierte que la consideración por parte de la autoridad gubernativa de que el menor en esta situación se encuentra en desamparo funciona al efecto como una coartada perfecta a través de la cual se violan (se esquivan, diría yo) las normas jurídicas que tratan de ordenar la entrada y permanencia en nuestro país. A mayor abundamiento se constata que el aumento progresivo de estos inmigrantes irregulares está colapsando el sistema español de protección de menores¹. Para poner remedio a esta situación, el Fiscal General del Estado entiende que a partir de los dieciséis años el menor puede considerarse que se encuentra emancipado. De esta manera no procedería la declaración de desamparo y podría ser repatriado sin obstáculo legal alguno.

En mi opinión la consideración de que el menor extranjero indocumentado se halla emancipado pudiera ser inconstitucional por conculcar el principio de no discriminación por razón de origen nacional, reconocido en varios textos internacionales suscritos por España y también en nuestra legislación interna. Por lo que a los primeros se refiere, podemos citar la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño², el Convenio Europeo de Derechos Humanos³, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴. En

¹ La Instrucción advierte que “los recursos materiales de los llamados países de acogida, entre los que se encuentra España, no son ilimitados, ni pueden asumir los actuales flujos migratorios sin poner en peligro su bienestar económico. Las entidades españolas de protección nunca van a disponer de los ingentes medios personales y materiales que serían necesarios para atender a todos los menores de edad que intentan acceder irregularmente a nuestro país, ni los tejidos productivos de la sociedad española serán capaces de absorberlos.// Por lo demás, no podemos más que constatar el desbordamiento del sistema español de protección de menores frente a un colectivo humano que, en la mayoría de los casos, rechaza sistemáticamente la escolarización y las atenciones que se le ofrecen en los centros públicos ...// El ya apuntado desbordamiento de los servicios sociales españoles puede generar a medio plazo que su función primordial, esto es, la asistencia a menores efectivamente desamparados, resulte irrealizable ante la necesidad de atender casos en los que no concurren los presupuestos que justifican la atención tutiva...”.

² Art. 2.1 de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas: “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

³ Art. 14: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

⁴ Art. 21: “1.- Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2.- Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.”

cuanto al Derecho nacional, el Código Civil⁵, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁶, o la Ley 1/1998, de 20 de abril, del Parlamento de Andalucía, de menores⁷, han recogido este principio. Pero no sólo se conculca a estos efectos el artículo 10.2 de la Constitución, que ordena que las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas se interpreten de conformidad con los Tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España, en nuestra opinión; en la medida en que el art. 124.1 de la Constitución confía al Ministerio Fiscal la misión de “*promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad*”, también se conculcaría, como consecuencia de lo anterior, este precepto. Las razones en las que fundamos este juicio negativo de constitucionalidad y de legalidad son las siguientes:

De acuerdo con el art. 9.1 del Código Civil es la ley nacional de la persona física la que rige la capacidad y el estado civil⁸, por lo que, en principio, habría que atender a lo que señala la legislación del país al que pertenezca el menor para averiguar si efectivamente se encuentra o no emancipado⁹. El Fiscal General del Estado olvida sin embargo este precepto y se apoya exclusivamente en el art. 319 de este mismo cuerpo legal, según el cual “*se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de estos...*”¹⁰. A nuestro juicio este precepto, por la razón que acabamos de apuntar, está pensando en el menor español no en el extranjero, que estará o no emancipado según lo que disponga su ley nacional, no la ley del territorio donde se halle. No obstante, y a mayor abundamiento, al invocar este artículo el Fiscal General del Estado parece no haber tenido en cuenta que para considerar la emancipación de hecho –la contemplada en el art. 319 del Código Civil- el Tribunal Supremo exige que se den los siguientes requisitos: que el menor viva de manera indepen-

⁵ Arts. 9.1, 172.1 y 319, que analizaremos en el texto de inmediato.

⁶ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, art. 3: “Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social”.

⁷ Ley 1/1998, de 20 de abril, del Parlamento de Andalucía, Art. 2: “Las Administraciones Públicas de Andalucía velarán para que los menores gocen en el ámbito de la Comunidad Autónoma de todos los derechos y libertades que tienen reconocidos por la Constitución, ala Convención de Derechos del Niño y demás acuerdos internacionales ratificados por España, así como por el resto del ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, etnia, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra consideración o circunstancia personal o social”.

⁸ Art. 9.1 del Código Civil: “La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior”.

⁹ A este respecto, la Instrucción 3/2003 señala que el setenta y cinco por ciento de los menores indocumentados proceden de Marruecos. Según legislación vigente en este país “el menor está sujeto a la tutela hasta que llegue a la mayoría de edad salvo en los casos en los que dicha tutela se prorrogue por causa de interdicción. A la edad de los dieciocho años, el menor, si su tutor le juzga apto, puede ser emancipado tras la realización de las formalidades legales necesarias para este fin” (art. 165 del Dahir de 1958). De acuerdo con lo dispuesto en el art. 9.1 del Código Civil este sería el precepto aplicable para determinar la posible emancipación de un menor de esta nacionalidad, y de su tenor literal fácilmente se deriva que de hallarse en España no podría ser considerado emancipado (tomo la cita del artículo de ADROHER BIOSCA, SALOMÉ, “Menores extranjeros no acompañados: una nueva emigración”, en la obra colectiva coordinada por ISABEL E. LAZARO GONZÁLEZ e IGNACIO V. MAYORAL NARROS, *Jornadas sobre derechos de los menores*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, pp. 259 a 282, concretamente p. 269).

¹⁰ Como es sabido, la emancipación permite al menor de dieciocho años y mayor de dieciséis regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad, si bien con algunas restricciones que ahora no nos interesan (art 323 del Código Civil). Puede tener lugar por concesión de quienes ejercen la patria potestad con consentimiento del menor, que se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro (arts. 317 y 318 del Código Civil), por vida independiente con consentimiento de los padres, (art. 319 del Código Civil), por concesión judicial a solicitud del menor (art. 320 del Código Civil) o por matrimonio (arts. 316 y 324 del Código Civil).

diente y que pueda vivir de su trabajo, si alguna de estas dos condiciones no se diera la emancipación no podría ser tenida en consideración¹¹. Pues bien, supongo que el lector coincidirá conmigo en que difícilmente se puede dar esta situación cuando se trata de un menor interceptado en frontera o tratando de acceder ilegalmente al país. Más fácil quizá lo tuviera el menor que ya se hallare en España, pero aún en este supuesto la constitucionalidad o no de la medida dependerá de si en iguales circunstancias un nacional recibe el mismo tratamiento. Esto es, si un español indocumentado y no acompañado, menor de edad pero mayor de dieciséis años, sin trabajo y sin domicilio conocido, es declarado en desamparo, un menor extranjero también debiera serlo. Proceder de otra manera por razón de la nacionalidad del sujeto entendemos que sería discriminatorio.

De acuerdo con una jurisprudencia muy reiterada, existe discriminación cuando el trato diferente no tiene una justificación razonable y objetiva, cuando no persigue una finalidad legítima y no se da una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el propósito que se pretende conseguir¹². Lo que nosotros consideramos discriminatorio no es, evidentemente, la orden de retorno del menor cuando se garantizan las condiciones determinadas en el art. 35 de la Ley de extranjería. Lo que entendemos discriminatorio es que por tener la condición de extranjero no documentado, a un menor se le prive de la protección que la ley reconoce a la generalidad de los menores sin establecer condiciones o distingos de ningún tipo. La legitimidad de la decisión del Estado de no admitir en su territorio a los menores que llegan o se hallan desprovistos de la documentación precisa, está fuera de toda duda. Lo que censuramos es el procedimiento por el que ha optado el Fiscal General del Estado para evitar la declaración de desamparo.

La Instrucción insiste en que todo el problema viene porque hasta la fecha se ha convertido “*en un axioma incontrovertible*” que todo extranjero menor de edad no acompañado se encuentra en desamparo, idea de la que se derivan dos consecuencias encadenadas: la tutela automática de la Administración y la regularización de su situación ilegal en España. Para destruir tal ecuación, la Instrucción, olvidando, como acabamos de apuntar, que es la ley nacional la que determina la capacidad de las personas (art. 9.1 del Código Civil) y sin reparar en los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo para aplicar el art. 319 del Código Civil, considera que, a no ser que se demuestre lo contrario, no procede la declaración de desamparo cuando se trata de un menor mayor de dieciséis años. Puesto que la Instrucción acepta la posibilidad del retorno de estos menores sobre la base de que la minoría de edad no es igual a desamparo, veamos cuándo procede esta declaración en el Derecho español.

Según el art. 172.1 del Código Civil “se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”. Esta es la única definición legal existente en nuestro ordenamiento sobre lo que por desamparo debemos entender pues la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor no clarifica mucho más¹³. De su lectura

¹¹ Sentencia de 22 de enero de 1991, Rep. Aranzadi 304.

¹² Sentencias del Tribunal Constitucional 22/1981, FJ. 3, 34/1981, Fundamento Jurídico 3 apdo C), 6/1984, Fundamento Jurídico 2, 76/1990, Fundamento Jurídico 9, A), 110/1993, Fundamento Jurídico 4, Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1994, Fundamento Jurídico 4, entre otras muchas.

¹³ En su Exposición de Motivos se reitera que la declaración de desamparo se justifica porque la gravedad de los hechos aconseja “*la extracción del menor de la familia*” quedando suspendida el ejercicio de la patria potestad a favor de la entidad pública competente que por ministerio de la ley asumirá la tutela del menor.

se deriva fácilmente que para realizar tal declaración se precisa una situación en la que de hecho se constate que un menor se encuentra desasistido moral o materialmente, pero el grado a partir del cual esta falta de asistencia puede provocar la declaración de desamparo es difícilmente predecible en abstracto. Estamos pues ante un concepto abierto e indeterminado que habrá que concretar atendiendo a las circunstancias de cada caso en concreto.

La Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros tampoco arroja mucha más luz. En ella se insta a que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para “prevenir la entrada y la estancia irregulares en su territorio de menores no acompañados”, se subraya que los menores que deban permanecer en la frontera “hasta tanto se dicte resolución sobre su admisión al territorio o sobre su retorno, deben disponer de todo el apoyo material y los cuidados necesarios para satisfacer sus necesidades básicas, como alimentación, alojamiento adecuado para su edad, instalaciones sanitarias y cuidados médicos”, y se advierte de la necesidad de prevenir que tras la repatriación el menor no quede abandonado a su suerte sino que sea asistido por sus padres, por otros adultos que cuiden de él, o por órganos estatales o no estatales. Mientras la repatriación no se pueda realizar en estas condiciones, la Resolución insta a los Estados miembros a que el menor permanezca en su territorio¹⁴.

Como se habrá comprobado, el art. 35 de la Ley de extranjería cumple con todos las recomendaciones señaladas en esta Resolución. En ambas la directriz es que el menor sea

¹⁴ Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (97/C 221/03): “El Consejo de la Unión Europea, ... Considerando que en ocasiones se produce la entrada y permanencia, en el territorio de los Estados miembros, de menores de países terceros, no acompañados por un adulto responsable, que no han obtenido las autorizaciones necesarias para ello; Considerando que los menores no acompañados de países terceros pueden ser víctimas de redes ilegales de inmigración, y que es importante que los Estados miembros colaboren en la lucha contra dicho tráfico; Considerando que los menores no acompañados de países terceros suelen encontrarse en una situación vulnerable, por lo que precisan protección y cuidados especiales; Considerando que el reconocimiento de esta situación vulnerable de los menores no acompañados en el territorio de los Estados miembros justifica que se fijen criterios comunes para tratar tales situaciones; ... Considerando que la presencia irregular en el territorio de los Estados miembros de menores no acompañados que no tengan la consideración de refugiados debe tener carácter provisional y que los Estados miembros deben procurar cooperar entre sí y con los países terceros de procedencia para devolver al menor a su país de origen o a un país tercero dispuesto a admitirlo, sin poner en riesgo la seguridad del menor, con el fin de encontrar, cuando sea posible, a las personas responsables del menor, y de reunirlo con dichas personas ... ha adoptado la presente resolución: Artículo 1:1. La presente Resolución se refiere a los menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos.//La presente Resolución podrá aplicarse también a los menores nacionales de países terceros que, después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos.//Las personas contempladas en los dos párrafos anteriores se denominarán en lo sucesivo «menores no acompañados»...3. El propósito de la presente Resolución consiste en establecer directrices para el trato de los menores no acompañados por lo que respecta a su acogida, permanencia y retorno y, en el caso de los solicitantes de asilo, la realización de los trámites aplicables//... Artículo 2:1. Conforme a su legislación y prácticas nacionales, los Estados miembros podrán denegar la admisión en la frontera a los menores no acompañados, en particular, cuando no posean los documentos y autorizaciones requeridos para ello...// 2. Los Estados miembros deberían adoptar las medidas adecuadas, conforme a su legislación nacional, para impedir la entrada no autorizada de menores no acompañados y deberían cooperar para prevenir la entrada y permanencia ilegales de menores de edad no acompañados en su territorio.//3. Los menores no acompañados que en cumplimiento de disposiciones nacionales deban permanecer en la frontera, hasta tanto se dicte resolución sobre su admisión al territorio o sobre su retorno, deberían disponer de todo el apoyo material y los cuidados necesarios para satisfacer sus necesidades básicas, como alimentación, alojamiento adecuado para su edad, instalaciones sanitarias y cuidados médicos...//Artículo 3.3. Con fines de reagrupación familiar, los Estados miembros deberían procurar encontrar lo antes posible a la familia del menor no acompañado, o localizar el lugar de residencia de sus familiares, independientemente del estatuto jurídico de los mismos y sin prejuzgar la fundamentación de una posible solicitud de residencia...//Artículo 5.1. Cuando un menor de edad no sea autorizado a prolongar su estancia en un Estado miembro, éste sólo podrá devolverlo al país de origen o un país tercero dispuesto a admitirlo cuando a su llegada se reúnan en éstos las condiciones adecuadas de acogida y asistencia para el menor, en función de sus necesidades, habida cuenta de su edad y de su nivel de autonomía. De ello podrán encargarse los padres u otros adultos que cuiden de él, así como órganos estatales o no estatales.//2. Mientras no sea posible realizar la repatriación en dichas condiciones, los Estados miembros deberían en principio dar la posibilidad de que el menor permanezca en su territorio...”

repatriado sólo cuando quede garantizado que al retornar su familia o en su defecto el organismo competente se encargará de proporcionarle la asistencia debida. Mientras tanto, los servicios de protección de menores del país de acogida habrán de hacerse cargo de él. Evitarlo considerando que el menor ya se encuentra emancipado exigiría, como antes hemos dicho, estudiar lo que al respecto determine la legislación nacional del menor y en su defecto atender a los requisitos exigidos por la jurisprudencia para considerar, ex art. 319 del Código Civil, que el menor efectivamente se encuentra emancipado.

Para evitar lo que el Fiscal General del Estado denuncia en su Instrucción, esto es que la minoría de edad en la práctica funcione como instrumento infalible para conseguir el permiso de residencia, nos parece más acertada la decisión del Gobierno de llevar a cabo acuerdos bilaterales con los países de procedencia de estos menores al objeto de garantizar que la autoridad competente en el país de origen se haga cargo de ellos cuando sean retornados.

A estos efectos, el Memorándum de entendimiento entre España y Marruecos sobre repatriación asistida de menores no acompañados, acordado en la cumbre de Marraquech el 9 de diciembre de 2003 y rubricado el día 23 del mismo mes en Madrid, permitirá que los menores marroquíes no acompañados que se hallen en España o que lleguen por un puesto fronterizo -en cualquier medio de transporte-, sean entregados "*de forma inmediata*" a las autoridades de frontera de su país. El primero de estos supuestos podría significar el retorno de al menos 2.880 menores marroquíes, que son los que hasta octubre de 2003 se encontraban acogidos por parte de las Comunidades Autónomas, o lo que es lo mismo, el 72,64% del total de menores extranjeros que viven en España sin familia.

Ciertamente este pacto pudiera suscitar dudas sobre el cumplimiento que del mismo pueda hacer la autoridad alauí una vez que el menor regrese a su país. Quizá por ello se haya previsto en el acuerdo la creación de un comité *ad hoc* que evaluará y seguirá de cerca las condiciones de acogida y reinserción de los menores repatriados. Del buen funcionamiento de este órgano de control dependerá que España cumpla efectivamente con la obligación asumida en Derecho internacional de no actuar en contra del interés superior del menor. El problema es que el Memorándum no es un texto con naturaleza jurídica sino una declaración de compromisos políticos, por lo que si se constatará que la otra parte no pudiera cumplir con la obligación contraída de no dejar desamparados a los menores retornados por la autoridad española, la repatriación debiera cesar inmediatamente.

III- PERO LA INSTRUCCIÓN NO ES CONTRARIA AL PRINCIPIO "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR"

En el epígrafe anterior hemos acordado que la propuesta del Fiscal General del Estado de considerar por defecto que todos los menores extranjeros indocumentados se encuentran emancipados, con el propósito de no considerarlos en desamparo y así poder repatriarlos, es ilegal e inconstitucional. Las razones que hemos esgrimidos son: 1.- que según el art. 9.1 del Código Civil es la ley nacional la que rige la capacidad; 2.- que según la interpretación que el Tribunal Supremo ha realizado del art. 319 del mismo cuerpo legal, este precepto difícilmente es aplicable a los menores que pretenden entrar de manera ilegal en España; y 3.- que el Fiscal General del Estado no puede negar a un menor la protección que el legislador reconoce a la generalidad de los menores cuando describe el supuesto de hecho que justifica la declaración de desamparo (art. 172.1 del Código Civil).

Cerramos el apartado anterior reconociendo que en vez de esta construcción tan alambicada que realiza el Fiscal General del Estado y que hemos juzgado discriminatoria, nos parece más respetuosa con la Constitución la política acuerdos bilaterales con los países de origen de estos menores a los efectos de que las autoridades competentes se hagan cargo de ellos en el caso de que sus familiares no pudieran hacerlo o no fueren encontrados. Hemos subrayado, no obstante, que si se advirtiera que la otra parte no pudiera cumplir con el compromiso adquirido de no dejar desamparados a estos menores, España tendría que denunciar el acuerdo.

Esto no significa sin embargo que entendamos que la Instrucción por sí sola vulnere este principio, que es lo que trataremos de exponer en este tercer epígrafe. Es decir, no es lo mismo afirmar que la Instrucción es inconstitucional porque vulnera el principio del interés superior del menor que sostener, como hacemos nosotros, que el mantenimiento de un acuerdo de colaboración a los efectos de la repatriación de menores podría vulnerar este principio si se mantuviera el convenio a sabiendas de que la otra parte no cumple con lo prometido. Veamos:

Puesto que el Fiscal General del Estado abiertamente reconoce que “lo que se busca mediante la presente Instrucción es contribuir a racionalizar la capacidad de asistencia (social) de las autoridades españolas”, desde determinados ámbitos se ha denunciado que en ella se hace prevalecer el interés del Estado por asegurar el buen funcionamiento de las entidades públicas de protección por encima del “interés superior del menor”, principio que según el art. 3.1 de la Convención de Derechos del Niño debe inspirar todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas, por lo que de manera indirecta se estaría conculcando el art. 10.2 de la Constitución que ordena que todas “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce, se (interpreten) de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España”¹⁵. Nosotros, como ya hemos adelantado, no compartimos ese juicio de inconstitucionalidad.

El alcance de este principio del interés superior del menor es difícil de determinar en abstracto. No obstante, la necesidad de asociar el “*interés superior*” del menor con sus derechos fundamentales a la hora de hacer cualquier valoración sobre la posible quiebra de este principio parece evidente¹⁶. Así, la doctrina parece estar de acuerdo en que el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo, son algunos de los elementos que el órgano juzga-

¹⁵ Convención de Derechos del Niño, art. 3.1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, art. 2: “En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir...”; art. 11. 2 del mismo cuerpo legal: “Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes: a) La supremacía del menor”. En el mismo sentido la Ley 1/1998, de 20 de abril, del Parlamento de Andalucía, de menores, art. 3: “En el ejercicio de las competencias en materia de promoción y protección de los derechos de los menores, las actuaciones públicas o privadas se ajustarán a los siguientes principios rectores: I.- Primará el interés superior del menor frente a cualquier otro interés legítimo”.

¹⁶ La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor reconoce que la Convención de Derechos del Niño “marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo del mismo...”

dor habrá de tener presentes a la hora de resolver un conflicto de intereses en el que un menor pueda estar involucrado.

Ahora bien, como los derechos son facultades que la ley reconoce, no entendemos que el interés del menor en entrar o permanecer en España de cualquier manera pueda ser considerado un “interés superior” que pueda imponerse al interés de las autoridades españolas por hacer cumplir lo preceptuado legalmente para ejercitar esa pretensión. En este supuesto el menor no estará ejerciendo ningún derecho fundamental por lo que no podemos calificar de interés superior la pretensión del menor de no ser retornado o devuelto a su país o allí donde se encontrara su familia. A buen seguro que esta será la preocupación principal del menor, que habrá emigrado tratando de buscar un futuro mejor, pero en la medida en que para ello recurre a procedimientos contrarios a las normas que ordenan la entrada y permanencia en el país, se convierte en una pretensión no fundamentada en Derecho y por tanto no admisible. Hacer prevalecer el interés del menor, sea cual fuere la legitimidad del mismo, por encima de cualquier otro mejor fundado en Derecho terminaría lógicamente transformando este principio rector en cláusula abusiva. Así las cosas, realmente sólo cuando fracasaren las pesquisas del Estado de acogida para asegurar el retorno del menor en las condiciones señaladas en el art. 35 de la Ley, coincidirán verdaderamente el interés superior de uno (el menor) y otro (el Estado de acogida). Por esta razón tampoco admitimos que el Fiscal General del Estado haya actuado en contra de las funciones que la Constitución le confiere en el art. 124. Al contrario, al advertir las disfunciones que en las entidades públicas competentes está generando la necesidad de atender a estos menores, el Ministerio Fiscal estaría respondiendo, en nuestra opinión, a la misión que la Constitución le confía de “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley”.

Lo que no podemos compartir porque entendemos que es discriminatorio es la consideración automática de que en estos menores no concurren los presupuestos que justifican la atención tuitiva del Estado. Reconocemos que la declaración automática de desamparo no deja de ser en una gran mayoría de casos una ficción que el Ministerio Fiscal se ha limitado a denunciar, y que hasta la fecha la interpretación de la normativa vigente efectivamente ha conducido a que la residencia legal del menor esté asegurada si la reagrupación familiar no es posible. Probablemente también sea verdad que en estos países, donde los menores desde muy pequeños tienen que aprender a buscarse la vida, la persona alcance de manera más prematura la madurez suficiente para regirse por sí misma. Pero estos no son argumentos ajustados a Derecho que permitan considerar emancipado a quien legalmente no lo está.

Es cierto que el Tribunal Constitucional ha reconocido que a pesar de que el concepto legal de niño a efectos generales se deriva del art. 12 de la Constitución¹⁷, en determinados ámbitos es posible la existencia de otros conceptos a efectos especiales¹⁸. Sin embargo en el

¹⁷ Art. 12 CE: “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”. Art. 1 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

¹⁸ Auto del Tribunal Constitucional 286/1991, Fundamento Jurídico 2: “En efecto, el que, de acuerdo al art. 1 de la Convención de los Derechos del Niño, sea niño todo ser humano menor de 18 años, no impide para que esta Convención en su art. 40.3 a) reconozca a los Estados firmantes la potestad de fijar por ley una edad por debajo de la cual se presume la inimputabilidad del niño. Ello supone que existe un concepto legal de niño a efectos generales y otros a efectos especiales; uno de estos efectos especiales es potestativamente el penal. Desde este aspecto España cumple, y sin acudir como otros ordenamientos a la teoría del discernimiento, con el compromiso internacional adquirido, fijando taxativamente la irresponsabilidad penal por debajo de los 16 años. De esta suerte, el someter a la jurisdicción penal un mayor de 16 años, pero menor de 18, no contraviene ningún compromiso internacional que acarree inconstitucionalidad (art. 10.2 de la Constitución)”

caso que estamos analizando el legislador no ha distinguido a la hora de describir cuándo procede la declaración de desamparo, y si bien antes hemos reconocido que el supuesto de hecho no está bien determinado en el art. 172 del Código Civil, permitir una interpretación restrictiva dirigida no ha concretar la situación prevista en la norma –la falta de asistencia material y moral del menor– sino a excluir automáticamente a potenciales beneficiarios de la misma entendemos que es discriminatoria. Allí donde el legislador no ha distinguido no puede distinguir el Fiscal General del Estado.

Esta es la primera impresión que nos ha provocado la Instrucción 3/2003. El Fiscal General del Estado apunta de soslayo que la finalidad de la misma es unificar criterios cuando se trate de interponer un recurso contencioso-administrativo con el objeto de impugnar una decisión de retorno. El objetivo sorprende porque precisamente la Instrucción trata de lo contrario, esto es, de la “*procedencia del retorno de extranjeros menores*”, como se anuncia en su mismo título. Con todo, aunque en la conclusión tercera de esta Instrucción se cite el art. 60.1 de la Ley de extranjería para ordenar a los señores Fiscales que dictaminen a favor del retorno de estos menores a su punto de origen a la mayor brevedad posible, hay que tener presente que de acuerdo con este precepto es la autoridad gubernativa competente para la expulsión la que tendrá que tomar por resolución administrativa la decisión final sin necesidad de incoar un expediente de esta naturaleza.

En cualquier caso, como la ley y los Tratados Internacionales permiten la repatriación siempre que el menor no quede en desamparo, reiteramos que la decisión de celebrar acuerdos bilaterales con los países de origen de estos menores nos parece acertada siempre que exista un órgano de control que vele porque efectivamente lo acordado se cumple.

Las posibilidades de reacción frente a la resolución administrativa que ordena el retorno no son fáciles: el interesado (o su representante legal), probablemente ya en su país¹⁹, tendría que recurrir en alzada esta resolución administrativa, acudir en su caso a la vía contenciosa, y allí solicitar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la Constitución). Como es sabido, sólo los jueces están legitimados para elevar una duda de inconstitucionalidad, pero las partes podrían instarla argumentando que si se acuerda el retorno a sabiendas de que en el país de origen el menor va a quedar en desamparo, la autoridad gubernativa no estaría valorando el interés del menor por encima del interés del Estado en ordenar los flujos migratorios, por lo que se estaría conculcando el art. 3.1 de la Carta de los Derechos del Niño, principio que según el art. 10.2 de la Constitución debe ser tomado en consideración a la hora de interpretar los derechos fundamentales y las libertades que la Ley Fundamental reconoce.

Si el órgano judicial no planteara la Cuestión de Inconstitucionalidad, al interesado no le quedaría otra solución que recurrir ante la instancia judicial superior y solicitar allí de nuevo el planteamiento de la Cuestión. Una vez agotada la vía judicial quedaría expedita la vía del amparo constitucional, en la que se podría invocar la lesión del art. 24.1 que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, no porque no se hubiese planteado la Cuestión de inconstitucional sino denunciando que a la hora de resolver no se ha tomado en consideración el principio reconocido en el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño. De estimarse el amparo, la Sentencia restauraría al recurrente en sus derechos. En fin, todo un *vía crucis* si tenemos presente que el recurrente es un extranjero que no se halla en España y que fue repatriado o retornado cuando era menor de edad.

¹⁹ Art. 65.2 de la Ley de extranjería: “En todo caso, cuando el extranjero no se encuentre en España, podrá cursar los recursos procedentes, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, quienes lo remitirán al organismo competente”.

LA SITUACIÓN REAL DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES

Juan Mellado Romero

*Responsable Autonómico de Derecho Internacional Humanitario
Cruz Roja Española - Andalucía.*

¿Adónde ha ido a parar la ética que configuró la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Carta de las Naciones Unidas? Tal pregunta se formulaba Juan Goytisolo en un artículo de estos últimos años sobre el tema de la inmigración. Es comprensible dadas las dramáticas situaciones que encuentran las organizaciones humanitarias como Cruz Roja Española.

De enviar emigrantes a recibir inmigrantes no ha transcurrido mucho tiempo, siendo motivo de estos traslados, generalmente, la esperanza en una vida mejor; sin embargo, la situación real, en muchos casos, es que se carece de un contrato de trabajo y de condiciones de vida dignas, encontrándose con el desarraigo, la exclusión y la incompreensión. Estas condiciones colocan a los inmigrantes en una posición muy clara de vulnerabilidad y de explotación. Para Cruz Roja Española es una prioridad la asistencia humanitaria y la prevención de estas circunstancias, promoviendo el respeto de todos los seres humanos y protegiendo su dignidad.

El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja en su actuación se guía por sus Principios Fundamentales de los cuales el de Humanidad destaca por representar el fin prioritario de la Institución, es principio esencial y substancial. En su formulación se contiene: “... se esfuerza, bajo su aspecto internacional y nacional, en prevenir y aliviar el sufrimiento de los hombres en todas las circunstancias. Tiende a proteger la vida y la salud, así como a hacer respetar a la persona humana. Favorece la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz duradera entre todos los pueblos.” Paz duradera que de acuerdo con el preámbulo de sus estatutos y reglamento “no debe entenderse como la simple ausencia de guerra, sino como un proceso dinámico de colaboración entre todos los Estados y los pueblos, colaboración fundada en el respeto de la libertad, de la independencia, hombres en todas las circunstancias. Tiende a proteger la vida y la salud, así como a hacer respetar a la persona humana. Favorece la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz duradera entre todos los pueblos.” Paz duradera que de acuerdo con el preámbulo de sus estatutos y reglamento “no debe entenderse como la simple ausencia de guerra, sino como un proceso dinámico de colaboración entre todos los Estados y los pueblos, colaboración fundada en el respeto de la libertad, de la independencia, hombres en todas las circunstancias. Tiende a proteger la vida y la salud, así como a hacer respetar a la persona humana a través de acciones de solidaridad, de cooperación al desarrollo y de bienestar social en general y de servicios asistenciales y sociales, con especial atención a colectivos y a personas con dificultades para su integración social.”

Las referencias recogidas sirven para fundamentar las actuaciones y actividades que se realizan y las que pueden realizarse dirigidas a prevenir y aliviar las necesidades sentidas por las personas inmigrantes en situaciones de pobreza y exclusión social. La planificación consecuente se demuestra en dos hechos recientes: la V Asamblea general de la Cruz Roja Española, celebrada en marzo del año pasado, y la XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja reunida en diciembre de ese mismo año. En ambos acontecimientos se hace referencia a la situación de estas personas.

Justificados el interés y la acción se debe ver el objetivo de la misma, las motivaciones que lo hacen prioritario: la situación real de las personas inmigrantes irregulares y sus necesidades. En una primera aproximación se subraya que son seres humanos con libertades fundamentales, reconocidas universalmente, independientemente de su situación administrativa, que padecen carencias o sufrimientos que los empujan a emprender unos caminos en los que llegan a exponer su propia vida. En este trayecto el inmigrante no viaja solo, además de su decisión trae consigo su identificación, su cultura, sus principios y su religión, sus afectividades y su arraigo a un pueblo que deja atrás con sus condicionantes y estructuras sociales, económicas, políticas y culturales. No suele tenerse en cuenta el proyecto migratorio de cada uno de estos seres humanos que aisladamente o con parte de su familia se deciden a abandonar su país, incluso su entorno afectivo, para enfrentarse con una sociedad desconocida ante la que inicialmente suelen provocar desconfianza. El origen de esta huída está en la falta de cobertura de las necesidades básicas en sus países de origen, en la situación de conflicto social o de miseria o hambruna, en la marginación, en conflictos armados, en casos de desastres naturales o ecológicos o por enfermedades o por agresiones u ocupaciones extranjeras, en la falta de perspectiva de desarrollo socioeconómico, en las violaciones de los derechos humanos, en suma, cuando está en peligro la propia existencia se hace innecesaria la distinción entre refugiado, por razones políticas, e inmigrante, por motivos económicos.

La situación de irregularidad, originada por su entrada o sobrevenida por su permanencia, genera procesos de precariedad que van desde la pobreza a casos de absoluta exclusión social; con carencia de medios de subsistencia y asistenciales, que pueden implicar peligro incluso para la propia vida, ausencia de entornos sociales, culturales, educacionales y religiosos, provocando situaciones de marginalidad; temen ser expulsados y la falta de documentación que les acredite la permanencia les impide realizar cualquier gestión administrativa o transacción civil o mercantil.

La satisfacción de subsistencias y necesidades básicas, el conocimiento del idioma, el acceso a una vivienda digna y, desde luego, procurarles la documentación imprescindible para tener los derechos asistenciales cubiertos, se podrían clasificar como la primera línea de exigencias. En un segundo plano, en relación con la perentoriedad de las anteriores, se situarían la educación, la formación para el empleo y la entrada a las prestaciones asistenciales de los demás servicios sociales. Aún quedaría un elemento indispensable, aunque en gran medida externo, la integración social para la cual se precisa tanto la formación de los propios inmigrantes como la sensibilización de la sociedad de acogida.

La realidad desvela situaciones de una gravedad mayor de lo que se podría decir o contar al ver "*en el terreno*" la pobreza y la carencia de recursos mínimos e imprescindibles, el hacinamiento en viviendas que no merecen tal nombre o los asentamientos en los alledaños de algunos municipios que, en modo alguno, revisten las características de campamentos o zonas de acampada, o las posibilidades de trabajos en una economía sumergida y sin ningún

tipo de garantías laborales o asistenciales. Son casos que hacen que la pregunta inicial suene con mayor rotundidad y que la defensa de los derechos humanos se haga más imperativa para lograr su aplicación y su garantía, pues se trata de proteger la dignidad que como seres humanos tienen.

La integración o la inclusión social de los inmigrantes, en su caso también el desarrollo de los países de origen, es campo donde la labor de las organizaciones humanitarias tiene una especial actividad que realizar y para ello el mejor espacio es el ámbito local, el municipio como eje de relación social y como lugar de convivencia. Es en este espacio donde han de planificarse las actividades cuya finalidad sea procurar la inclusión social de estas personas, yendo acompañadas de tareas de sensibilización de la sociedad de acogida. Tareas de integración social que pueden ser coordinadas entre organizaciones humanitarias e instituciones y administraciones. Se trata de comprender el hecho migratorio en sí mismo como un conjunto de causas y efectos que inducen continuos procesos de adaptación mutua; los que llegan, en la mayoría de los casos lo hacen con vocación de permanencia y son personas con derechos y libertades fundamentales, derechos humanos que comprenden derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales. En este sentido aspiran a tener plena ciudadanía, caso que se da, sobre todo, en los de segunda generación.

La exclusión social, falta de participación en la sociedad, se produce no solamente por carencia de recursos económicos, sino por la ausencia de ámbitos o espacios relacionales, económicos, sociales, personales, políticos o culturales. La situación del inmigrante irregular, sin documentación ni acceso a condiciones laborales regulares, si acaso empleo precario, sin posibilidad de acudir a los servicios sociales, con problemas de educación, de asociación, de relación, incluso familiar, en situación de hacinamiento o de aislamiento en asentamientos esporádicos o marginales, posee la mayoría de los indicadores para reconocer su estado de exclusión social. La situación personal es inicialmente problemática por la crisis de su identificación y la búsqueda de una nueva identidad que le implica cambios y adaptaciones, papel en el que la aportación de las organizaciones humanitarias reviste una gran trascendencia por las asistencias y ayudas que en el campo afectivo y social le suponen en cuanto a generación de confianza en sí mismo, que será base de su inclusión en la sociedad. Se tiende, por error, a relacionar inmigración con delincuencia; sin embargo, la gravedad o la necesidad del hecho migratorio no es en sí misma característica esencial de delincuencia, sería incurrir en prejuicios injustos, no avalados por la realidad y con consecuencias discriminatorias contra los inmigrantes. El desamparo o la marginación son circunstancias que una adecuada planificación de inclusión social debería tender a suprimir y evitar.

Dos líneas de actuaciones se dibujan con claridad en la función a desempeñar por instituciones como Cruz Roja Española, en su labor en pro de los más vulnerables, cuestión más que evidente en estos casos; una se relacionaría con el déficit de ayudas asistenciales y la eficacia de las mismas, incluyéndose en ellas la prestación de apoyo en sus problemas afectivos y sociales, la otra iría en el sentido de la sensibilización para una efectiva integración de la sociedad. En ambos casos la coordinación de los esfuerzos entre organizaciones humanitarias y entidades y administraciones, en especial la administración local, para la eficacia de los servicios prestados o para el desarrollo de programas de atención o de sensibilización, daría mejores resultados en cuanto a economía de medios y a efectos de las actividades.

Vistos la justificación de las intervenciones y los fines de las mismas queda por indicar su planificación, la plasmación de estos principios en las actuaciones reales en los casos

concretos y de acuerdo con la perentoriedad de las mismas, conforme con las necesidades sentidas. Tales objetivos han sido pergeñados ya en la V Asamblea General de Cruz Roja Española: promover la actuación de esta Institución como mediadora de los colectivos vulnerables y la defensa de sus derechos a través de la sensibilización social y la educación para el desarrollo, los derechos humanos y la paz; favorecer el desarrollo de una sociedad inclusiva, impulsando el papel del voluntariado como elemento de cohesión social y el desarrollo local como medio para ofrecer respuestas centradas en las necesidades de cada comunidad y de todos sus distintos colectivos, estimulando la capacidad de la red local en las estrategias a favor de la inclusión social, aprovechando el papel de Cruz Roja Española como interlocutor de las administraciones públicas y actor en la prestación de servicios para colectivos vulnerables, potenciando la coordinación con redes, plataformas, organizaciones sociales para mejorar el alcance y resultado de las acciones; facilitar el acceso de los colectivos vulnerables o en riesgo de exclusión social a los derechos económicos, sociales y culturales indispensables para su dignidad y para el libre desarrollo de su personalidad, potenciando la inclusión económica, la inclusión socio-sanitaria, teniendo en cuenta la dimensión bio-psico-social de la salud, y la inclusión educativa; ofrecer respuestas específicas a personas y grupos sociales en situación de riesgo o de exclusión social, vinculando la intervención que se desarrolla con todos los colectivos a una red de alerta temprana para la detección de situaciones de exclusión o riesgo, potenciando las acciones de inserción laboral como vía para la inclusión social, desarrollando actuaciones de sensibilización y defensa de derechos, así como de sensibilización ciudadana sobre la realidad particular de cada colectivo. Son algunos de los objetivos específicos más característicos señalados en los documentos aprobados por la Asamblea General de Cruz Roja Española.

Es preciso llegar al convencimiento de la necesidad de superar las distancias y barreras y entrar plenamente en la aplicación real y efectiva de los derechos reconocidos universalmente y que son inherentes a todo ser humano, prevenir situaciones de conculcación de los mismos y promover los mecanismos de garantía en su defensa. La distinción solamente ha de existir en cuanto a la urgencia en la satisfacción de necesidades o prevención de posiciones de exclusión. Colocarse en la situación del otro, del que llega o del que está, facilitará la comprensión del hecho migratorio, con mayor motivo habiéndose producido en esta sociedad antaño el proceso inverso. Este constituiría el primer paso para la aceptación de las diferencias y la eliminación de las limitaciones que llegan a separar a unos de otros habitantes en un mismo espacio vital y social.

BIBLIOGRAFÍA

- JUAN GOYTISOLO. *España y sus Ejidos*. Madrid, 2003.
- GEMA MARTÍN MUÑOZ (dirección). *Marroquíes en España. Estudio sobre su integración*. Madrid, 2003.
- AA. VV. *Migraciones. V Jornadas Autonómicas de Derecho Internacional Humanitario*. Cruz Roja Española, As. Pr. de Jaén y Universidad de Jaén, Valencia, 2003.
- AA. VV. *La acogida de los inmigrantes. VI Jornadas Autonómicas de Derecho Internacional Humanitario*. Cruz Roja Española, As. Autónoma de Andalucía y Universidad de Almería, Almería, 2003.
- *Patrones de exclusión social en el marco europeo*. Cruz Roja Española, Madrid, 2003.
- *Inmigración. Una apuesta por la dignidad*. Cruz Roja Española, 2003.
- BENITO DE CASTRO CID (director). *Introducción al estudio de los Derechos Humanos*. Madrid, 2003.

