



**S.O.S. RACISME**

**El racisme i la xenofòbia  
a les societats democràtiques**

**manifestacions i eines per combatre-les**

Seminari, 22 d'octubre del 2008 – Barcelona

# **El racisme i la xenofòbia a les societats democràtiques: manifestacions i eines per combatre-les.**

Ponències i conclusions de les Jornades.

Octubre de 2008

**SOS Racisme – Catalunya**



## Índex

Introducció. pàg. 4

### **Taula 1: Legislacions europees per combatre el racisme i la xenofòbia**

*Racisme i xenofòbia a Alemanya. Obligacions internacionals i sancions penals.* Nils-Meyer Abich, Col·laborador científic de la càtedra de Dret Penal, Dret Penal Processal, Dret Comparat i Dret Penal Internacional a l'Institut de Ciències Criminals de la Universitat Georg-August de Göttingen. Pàg. 6

*Les polítiques antidiscriminatòries a França.* Jean Eric Malabre, GISTI (Grup d'Informació i suport als immigrants). Pàg. 10

*Legislació i polítiques antidiscriminatòries als Països Baixos.* Dra. Ineke van der Valk, Investigadora i consultora en el camp de les relacions ètniques i en la mediació intercultural a Holanda. Pàg. 15

*Els límits de la intervenció penal contra el racisme i la xenofòbia.* Dra. M<sup>a</sup> Luisa Maqueda, Catedràtica de Dret Penal de la Universitat de Granada. Pàg. 20

### **Taula 2: Denúncia del racisme i la xenofòbia per la via judicial<sup>1</sup>**

*El marc legal espanyol davant de les conductes racistes i xenòfobes. Visió des de l'àmbit judicial.* Santiago Vidal, Magistrat de la Sala penal núm. 10 de l'Audiència Provincial de Barcelona i coordinador pedagògic de l'àrea de Drets Humans i Ètica Policial de l'EPC-Mossos d'Esquadra. Pàg. 33

*Persones o treballadors?: la regulació juridico-penal de la immigració i el tràfic de persones.* Dr. Iñigo Ortiz de Urbina, Professor visitant de Dret Penal i criminologia en l'Àrea de Dret Penal de la Universitat Pompeu Fabra. Pàg. 38

*L'eliminació del racisme i la xenofòbia mitjançant la defensa del principi de no discriminació per raó de nacionalitat i la seva interpretació judicial. Una repassada per la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans.* Aurelia Álvarez, Professora Titular de Dret Internacional Privat de la Universitat de León. Pàg. 47

Presenta annex el treball

*Immigració i Drets Humans.* Fernanda Sabah Gomes Soares. Investigadora de la Universitat de León. Pàg. 66

---

<sup>1</sup> Aquest CD no recull la ponència de D. Javier Hernandez, Magistrat de l'Audiència Provincial de Tarragona i Professor de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra



### **Taula 3: Centres d'Internament per a Estrangers a Europa**

*Els Centres d'Internament per a estrangers. La regulació en la Directiva de Tornada.* Luís Carlos Nieto, Magistrat d'Àvila especialista en menors. Pàg. 82

*L'externalització de la gestió de fronteres de la UE a Líbia.* Gabrielle del Grande. Fortresseurope Pàg. 90

*Els camps d'estrangers, disositiu clau de la política d'immigració i d'asil de la Unió Europea.* Olivier Clochard, Migreurop Pàg. 93

*Els drets de les persones ingressades als Centres d'Internament per a Estrangers al territori espanyol.* Sabina Puig, Professora associada a Pràcticum en Protecció Internacional dels Drets Humans de la UPF. Pàg. 104

Conclusions. SOS Racisme-Catalunya. Pàg. 115

Elements de difusió Pàg. 116



## INTRODUCCIÓ

Al llarg de la seva trajectòria i experiència SOS Racisme ha anat donant resposta a situacions i pràctiques de racisme i xenofòbia a partir de la seva Oficina de Denúncies, de la interlocució política, la denúncia pública, la via judicial o la tramitació de queixes a institucions com el Síndic de Greuges entre d'altres. Els resultats no sempre han estat totalment satisfactoris. En els resultats d'aquestes resolucions juguen molt la configuració estructural del racisme a la nostra societat, el no reconeixement institucional de la seva existència, la poca jurisprudència en la matèria i la diversificació i augment de les tipologies racistes que cada cop es manifesten en més àmbits i amb diferents actors implicats.

Són per aquests motius que les jornades **“El racisme i la xenofòbia a les societats democràtiques: manifestacions i eines per a combatre-les”** han volgut ser un instrument de reflexió col·lectiva pels diferents agents implicats en la lluita contra el racisme, aportant elements d'anàlisi d'experts europeus i nacionals i eines d'intervenció.

Les Jornades s'han plantejat per a avançar en les reflexions que com associació antiracista amb una llarga experiència hem constatat. I que a continuació plantejarem:

- El racisme és un indicador més del grau de respecte a la democràcia i als drets humans d'una societat i per tant mai pot ser analitzat com un fenomen aïllat.
- El racisme va més enllà del fet migratori i afecta no només a la població nouvinguda sinó a les persones immigrades ja assentades, i a més al col·lectiu gitano i als fills i filles de famílies immigrades.
- El racisme, a diferència d'altres tipus de discriminació, té una part estructural originada i mantinguda per les pròpies lleis i polítiques. Per tant, té una base institucional que condiona i porta com a conseqüència una visió social de diferents col·lectius com a ciutadans de segona categoria, imatge col·lectiva que permet la impunitat i l'acceptació de conductes discriminatòries. Aquesta existència estructural xoca amb el fet de que la no discriminació i la lluita contra el racisme i la xenofòbia estan contemplades en totes les legislacions actuals, des de la declaració dels Drets Humans fins a l'Estatut d'Autonomia de Catalunya.
- A nivell institucional hi ha una manca de reconeixement de la seva existència que comporta no establir mecanismes ni estratègies per a la seva eradicació. Reconèixer l'existència de racisme i/o xenofòbia no és políticament correcte avui en dia.
- El racisme social, aquell perpetrat pels mateixos ciutadans troba un “caldo de cultiu” en els missatges d'alguns partits polítics, representants polítics i dels mitjans de comunicació.

Un cop analitzat el context sociopolític des de SOS Racisme presentem aquestes Jornades, compostes per tres taules rodones amb experts en la matèria i realitzades al llarg d'un dia en format seminari, per tal d'analitzar diversos paràmetres en relació a l'àmbit del racisme i ser un punt de trobada dels agents implicats: món associatiu de defensa dels drets humans, del dret, universitats i institucions i partits polítics.

Les Jornades s'han centrat en l'anàlisi de tres perspectives complementàries per tal d'incidir en alguns dels aspectes comentats anteriorment. Aquestes són:



- Les societats democràtiques europees es doten d'una sèrie de legislacions per a fer front a les diferents manifestacions del racisme i de la xenofòbia. Aquestes van des dels diferents Còdixs Penals fins a les normatives europees antidiscriminatòries, tot i la seva existència, moltes accions racistes queden impunes. Des de SOS Racisme som conscients que la lluita contra el racisme i la xenofòbia no es pot fer només a partir de les legislacions i que aquesta ha d'abraçar un ampli sector social, però també volem poder reflexionar sobre la seva efectivitat i utilitat, així com el que representa per a una democràcia dotar-se d'eines legislatives per a vetllar per la convivència i la no discriminació.
- A nivell judicial els casos de racisme topen amb moltes dificultats per a una bona resolució. D'una banda, aquelles relacionades amb la dificultat de la temàtica, és a dir, la dificultat de demostrar l'agreujant de racisme, el contemplar la discriminació com a falta i no com a delictes, fet que implica no poder aplicar el Codi Penal, la no aplicació de les directives europees antidiscriminatòries, etc. D'altra banda, aquelles vinculades a la poca sensibilitat judicial, el paper de la Fiscalia, etc. Amb l'objectiu d'evitar la desprotecció de les víctimes creiem que és fonamental reflexionar sobre el món judicial i els mecanismes de l'estat de dret davant dels casos de racisme i xenofòbia.
- Tanmateix, és de les mateixes estructures legislatives i polítiques europees que se'n deriva un racisme institucional. Més enllà de les pròpies lleis d'estrangeria, la mostra més flagrant i més contradictòria en una societat democràtica és l'existència dels centres d'internament d'estrangers. Cal recordar que aquesta és l'única excepció per a privar de llibertat a persones que no han comès un delictes sinó una falta administrativa i que acaben en uns centres paral·lels als penitenciaris i amb normativa pròpia de dubtosa constitucionalitat. En l'actualitat la majoria de països europeus tenen centres d'internament i la política europea en aquest àmbit presenta signes greus de no respectar els drets humans: l'allargament del temps d'internament i la posada en marxa de centres al nord d'Àfrica (Líbia) com a estratègia dins de la política d'externalització de fronteres.

Aquestes Jornades han intentat analitzar les manifestacions racistes i els instruments d'intervenció de què es poden dotar els sistemes democràtics per a fer-hi front, mitjançant l'opinió d'experts en les diferents matèries i vinguts de diferents països, amb l'objectiu de millorar, i en el cas necessari buscar, noves eines d'intervenció. Tot ampliant la reflexió a nivell europeu per a poder desenvolupar posteriorment recomanacions a nivell nacional. Són unes Jornades que volen ser en sí mateixes un punt de denúncia pública del racisme, a la vegada que un lloc de reflexió i ampliació de coneixements per a poder eradicar aquestes pràctiques utilitzant aquells elements que com a estat democràtic i de dret tenim: el marc legal i el món judicial.

**TAULA 1: LEGISLACIONS EUROPEES PER COMBATRE EL RACISME I LA XENOFÒBIA****Ponència de Nils Meyer Abich.**

*Advocat penalista d'Hamburg. Llicenciat en antropologia social i en Dret a Göttingen, des del 2005 és col·laborador científic del Professor Kai Ambos en la seva càtedra de Dret Penal, Dret Penal Processal, Dret Comparat i Dret Penal Internacional a l'Institut de Ciències Criminals de la Universitat Georg-August de Göttingen. Ha publicat diferents textos en matèria de Drets Humans i Dret Penal Internacional.*

**RACISME I XENOFÒBIA A ALEMANYA. OBLIGACIONS INTERNACIONALS I SANCIONS PENALS.****I.**

Per entendre la situació normativa i les discussions actuals a Alemanya crec que és raonable donar una idea de la situació sociopolítica a Alemanya al voltant de les actituds racistes i xenòfobes.

El primer que té una influència important a Alemanya en les discussions públiques, de la mateixa manera que les lleis existents, són les experiències patides amb el nacionalsocialisme el segle passat. El segon és el fenomen de l'enorme creixement dels atacs racistes i xenòfobs a partir de principis dels anys 90, després de la reunificació alemanya, que fins ara segueix, segons les estadístiques, a un nivell bastant alt<sup>2</sup> i que, al mateix temps, s'ha desenvolupat, especialment a l'est d'Alemanya, en una subcultura juvenil amb pensaments de la dret extrema, és a dir, idees racistes. També a nivell polític les forces racistes i xenòfobes, també majoritàriament a l'est d'Alemanya, han tingut èxits electorals i són presents a diferents parlaments i diputacions<sup>3</sup>.

Per aquestes raons, el tema és molt present a les discussions públiques alemanyes i s'han creat moltes iniciatives, tan estatals com no-estatals, amb enfocaments en diferents nivells preventius<sup>4</sup>. En l'àmbit repressiu, grups d'extrema dreta van ser desmantellats o prohibits.

Les fiscalies i jutjats, davant d'aquest desenvolupament, no van reaccionar de manera compromesa, fet que va provocar moltes crítiques. Però després van realitzar les investigacions amb més intensitat i els tribunals van interpretar les normes penals d'una manera més restrictiva.

En l'àmbit normatiu, el Codi Penal es va canviar dues vegades per ampliar la protecció penal davant d'aquest desenvolupament. El 2006 va ser aprovada la llei general sobre la igualtat de tracte, que prohibeix perjudicis discriminatoris per raons racials, per l'origen ètnic, pel sexe, la religió,..., en les àrees del dret laboral, civil i públic.

<sup>2</sup> Abans de 1990, aproximadament 250 Taten a l'any; el 1991, 2427; el 1992, 6336 bereits amb 26 morts oficialment i 93 no oficialment (no només a causa del racisme); el 2000, 15951; el 2005, 15914; el 2006, 18142; i el 2007, 17607.

<sup>3</sup> Mencionant només les experiències i amenaces més importants, no obstant oblidem el racisme quotidià als mercats de treball, d'habitatge, o en contactes amb les autoritats estatals com la policia o a la oficina d'estrangeria.

<sup>4</sup> Entre el 2000 i el 2006, el govern alemany va recolzar 4500 iniciatives amb uns 200 milions d'euros.



## II.

Tot això per tenir una idea de la situació. Ara bé, parlem de les possibilitats de sancionar comportaments racistes i xenòfobs a Alemanya.

1. Tan la Constitució Alemanya com la Declaració Universal dels Drets Humans, la Convenció Europea dels Drets Humans i el Pacte Internacional dels Drets Econòmics, Socials i Culturals, contenen principis d'igualtat de tracte o prohibicions de discriminació, que obliguen a la República Federal d'Alemanya a no realitzar actes discriminatoris contra la seva població i –en part i fins a cert punt- també a protegir la seva població contra aquests actes comesos per persones o grups privats.

Més enllà d'aquestes garanties generals que no concreten mesures per aconseguir el compliment d'aquesta protecció, hi ha l'article 20, de l'apartat 2, del Pacte Internacional dels Dret Civils i Polítics, que obliga a Alemanya a prohibir per la llei "tota apologia de l'odi nacional, racial o religiós, que constitueixi incitació a la discriminació, l'hostilitat o la violència"; no obstant, no es reclamen sancions en casos de transgressions.

Les que sí que exigeixen sancions en aquests casos són, per una banda l'article 4a) i b) de la Convenció internacional sobre l'Eliminació de totes les formes de discriminació racial i, per altra banda els articles 1 a 4 de la Resolució marc de la Unió Europea per combatre el Racisme i la Xenofòbia, acordat l'any passat. Aquestes normes postulen una obligació a criminalitzar la "difusió d'idees basades en la superioritat o en l'odi racial", la "incitació a la discriminació racial" i actes de "violència o [...] incitació a cometre aquest efecte contra qualsevol raça o grups de persones d'un altre color o origen ètnic", com també la participació en organitzacions que persegueixen aquests objectius. La resolució marc de la UE també obliga a declarar punible a aquells que públicament aprovin, neguin o minimitzin el Genocidi o Crims contra la humanitat o de guerra en el sentit de l'Estatut de la CPI A més a més d'això, segons l'article 4 de la resolució, els estats signants han d'assegurar que les motivacions racistes i xenòfobes siguin considerades factors agreujants almenys en la qualificació de la pena. D'aquesta manera, molt superficialment, les obligacions internacionals.

2. A Alemanya existeixen tres tipus de normes que serveixen per perseguir i sancionar delictes amb motivacions racistes i xenòfobes. El primer grup el constitueixen els tipus penals que s'enfoquen explícitament a aquests delictes. Al segon grup s'hi troben els tipus que no tenen aquest enfocament explícitament pronunciat, però els atributs típics dels quals permeten la subsumpció d'aquestes motivacions o que van ser introduïts justament per poder jutjar primerament aquests delictes. El tercer grup, finalment, està constituït per tots aquells tipus penals que no enfoquen de cap manera delictes amb motivacions racistes i xenòfobes, però que típicament són aplicables a aquests actes, és a dir que actes racistes i xenòfobs regularment queden impunes per l'existència d'aquests tipus.

a) Els tipus penals més importants al primer grup són el § 86 CP, que penalitza la Difusió de mitjans de propaganda d'organitzacions anticonstitucionals; el § 86a, que penalitza l'ús de distintius a aquestes organitzacions; i el § 130 CP, que penalitza l'amotinament o la incitació del poble.

La difusió de mitjans de propaganda d'organitzacions anticonstitucionals en el sentit del § 86 CP, inclou també aquests mitjans que, d'acord amb el seu contingut, estiguin destinats a continuar esforços d'una anterior organització nacionalsocialista, per exemple per mitjà de frases nazis escrites als murs.





L'ús públic de distintius d'organitzacions anticonstitucionals, que prohibeix el § 86a, inclou no només l'ús o la distribució,...., de banderes, escuts (com l'svastika) i uniformes, sinó també consignes i formes de salutació com, per exemple, "la salutació de Hitler", (...), o la consigna "Sieg Heil", fins a cançons nacionalsocialistes.

La Norma central, especialment davant de les esmentades obligacions que sorgeixen de la Convenció Internacional sobre l'Eliminació de totes les formes de discriminació racial i de la Resolució marc de la Unió Europea per combatre el Racisme i la Xenofòbia, és el § 130 CP, que regula la incitació del poble, i va ser ampliada dues vegades en els darrers 15 anys a causa dels múltiples atacs i expressions racistes i xenòfobes.

En el seu apartat 1 amenaça amb pena privativa de llibertat o amb multa a "qui, d'una manera o altra que sigui utilitzada per pertorbar l'ordre públic,

1. inciti a l'odi contra parts de la població o exhorti prendre mesures violentes o arbitràries contra aquestes, o
2. agredeixi la dignitat humana d'altres insultant, menyspreant malèvolament o calumniant part de la població."

L'apartat 2 conté un tipus anti-discriminatori general i amenaça amb pena privativa de llibertat o multa a qui, d'alguna manera, produeixi, tingui disponible, o faci accessible,...., "1. publicacions (que inclou també els suport de so i imatge i arxius de dades) que inciten l'odi contra parts de la població o contra un grup nacional, racial, religiós o determinat per la seva ètnia, que exhortin mesures de violència o arbitrarietat contra aquests o agredeixin la dignitat humana d'altres per insultar, menysprear malèvolament o calumniar part de la població o els grups esmentats anteriorment."

El tipus de l'apartat 1 ha estat aplicat per la jurisprudència, per exemple, a la denominació de sol·licitats d'asil polític de "paràsits socials" i a un grup d'skinheads cridant "estrangers, fora", també l'exclusió d'organitzacions i càrrecs amb argumentacions racistes. No obstant, es requereix una potenciada posició hostil contra la part de la població perseguida; un simple rebuig o menyspreu no és suficient, així que no totes les discriminacions hi són incloses.

L'apartat 3 regula l'anomenada "mentida" o, millor dit, "negació d'Auschwitz" (sinònim per la matança de milions de jueus pels nazis), és a dir, penalitza a qui "públicament o en una reunió, aprovi, negui o minimitzi un fet comès sota el règim del Nacionalsocialisme de la índole assenyalada al § 6 VStGB/CPenal Internacional (genocidi), de tal manera que sigui apropiada per pertorbar la pau pública".

L'apartat 4, que va ser introduït al 2005, per poder oposar-se de manera més efectiva a les creixent reunions de l'extrema dreta, estén el camp d'aplicació de l'apartat 3, per mitjà de sancionar qualsevol pertorbació de la pau pública per aprovar, glorificar o justificar el despotisme o arbitrarietat del Nacionalsocialisme en una forma que danya la dignitat de les víctimes. Per damunt d'això, s'hi troben normes que penalitzen actes racistes, també en lleis per la protecció de nens i joves, i per descomptat, a l'esmentat VStGB, que conté els crims regulats a l'estatut de la CPI.

b) El segon grup està constituït per dos tipus penals. Es tracta del § 168 apart. 2 CP que regula la Pertorbació al repòs dels morts i va ser introduït –sense mencionar-ho explícitament- per poder sancionar primerament actes de burla i de provocació d'extremistes de la dreta en llocs commemoratius per les víctimes dels nazis.





El segon tipus d'aquest grup és el de l'assassinat de § 211 CP. A diferència de l'homicidi comú, que està amenaçat regularment amb pena privativa de llibertat d'almenys 5 anys, l'assassinat preveu obligatòriament la pena perpètua. Això es justifica amb l'elevada injustícia que s'atribueix a determinades maneres o motivacions que s'expressen o que existeixen en la realització de l'acció. La jurisprudència ha decidit que aquests "motius baixos" existeixen, per exemple, sempre i quan l'actor actua per motius racistes i xenòfobs.

c) Al tercer grup s'hi troben tots els tipus penals que no penalitzen explícitament motivacions o actes racistes i xenòfobs o que no permeten ser considerats a través de la interpretació del tipus penal. Aquí s'hi troben tots els tipus penals que impedeixen que determinades conductes quedin impunes, tot i que sense poder considerar, al nivell de la tipicitat, motivacions racistes o xenòfobes. Per exemple, injúria, difamació, calúnia, lesions corporals comunes, perilloses i greus, constrenyiment, amenaça, pertorbació de l'ordre públic, pertorbació de la pau pública mitjançant amenaces de fets punibles, conformació de grups armats, associacions criminals o terroristes, per mencionar-ne només els més importants.

d) Un quart i important nivell de la consideració de motivacions racistes i xenòfobes resulta del § 46 de la part general del CP que obliga als tribunals a prendre en consideració "els mòbils i objectius de l'autor" i "l'ànim amb el que parla del fet, i la voluntat utilitzada en el fet", a nivell de la fixació de la pena. El resultat és que motivacions racistes i xenòfobes poden ser considerades en l'aplicació de tots els tipus penals de la part especial.

e) Per damunt d'això cal esmentar que també en els àmbits del dret penal processal i en dret penal juvenil, aquestes motivacions són considerades almenys en alguns llocs.

3: Aquesta breu anàlisi demostra que Alemanya no només compleix –almenys a nivell normatiu- les obligacions que resulten de l'article 4 a) i b) de la Convenció Internacional sobre l'Eliminació de totes les formes de discriminació racial i dels articles 1 a 4 de la Resolució marc de la Unió Europea per combatre el racisme i la Xenofòbia mitjançant les normes que penalitzen la incitació del poble, incloent-hi conductes que aprovin, neguin o minimitzin el Genocidi,..., i el § 46, que permet que les motivacions racistes i xenòfobes siguin considerades almenys al nivell de la fixació de la pena, sinó que amb les normes que penalitzen la difusió de mitjans de propaganda i l'ús de distintius d'organitzacions anticonstitucionals, Alemanya disposa de normes que encara van més endavant dels deures internacionals.

### III.

L'esmentada quantitat de múltiples atacs racistes i xenòfobs a Alemanya demostra que el problema, malgrat l'existència d'amplis mecanismes jurídics i penals, està lluny de solucionar-se. En aquest sentit, existeixen també demandes de reforma del Codi Penal per introduir tipus que penalitzin més explícitament actes racistes i xenòfobs. Però aquestes propostes no han tingut èxit i, de moment, no existeix cap proposta concreta en aquest nivell de la tipicitat. Allò que sí que existeix i que ja està en procés legislatiu és la proposta de llei de tres governs federals de l'est d'Alemanya amb el contingut de reformar l'esmentat § 46 apart. 2 CP a través d'una menció explícita de motius "inhumans, racistes i xenòfobs" i, al mateix temps, millorar les possibilitats d'imposar penes privatives de llibertat en aquests casos. No puc pronosticar si aquest projecte de llei tindrà èxit... El govern ja es va pronunciar de forma molt crítica al projecte amb l'argument que, en el fons, també les lleis existents permeten aquesta consideració o



conseqüència jurídica. També cal preguntar-se si la presó és una solució adequada en aquests casos, una pregunta que ha de quedar oberta aquí.

De totes maneres, i amb això acabo, cal veure si el dret penal, que només és la darrera ràtio, pot solucionar conflictes que tenen les seves arrels en la vida social de la gent, de manera que el dret penal no pot ser una resposta a totes les formes de discriminació. El que sí que cal és que el dret penal garanteixi la resposta clara a casos en què un pensament racista o xenòfob s'expressi d'una forma que va més enllà de la lliure expressió d'opinions i que és utilitzat per pertorbar la pau o l'ordre públic. En aquest sentit, existeixen diferents normes a Alemanya, que permeten la sanció d'aquests delictes. La resta és treball de policies, fiscals i jutges,..., en l'àmbit jurídic-penal i –al costat d'altres mesures necessàries de caràcter preventiu- que, com s'ha dit anteriorment, existeixen en abundància a Alemanya –de tots nosaltres, de la societat civil en la vida quotidiana.

### **Ponència de Jean Eric Malabre.**

*Advocat francès especialitzat en dret dels estrangers, asil polític i dret internacional. Membre de GISTI (Grup de Suport i Informació a Estrangers) i d'Advocats Sense Fronteres.*

## **LES POLÍTIQUES ANTIDISCRIMINATÒRIES A FRANÇA.**

Al preparar aquesta conferència, vaig treure dels meus arxius un altre article publicat al 2005, a seguir una conferència internacional a Oxford. I em vaig adonar que podia, en bona part, tornar a dir i a escriure més o menys el mateix avui; això, amb sentiments contradictoris d'alleugeriment (perquè és menys treball), i de vergonya (perquè significa que França segueix sent un dels mals alumnes de la UE en aquesta matèria) "a França, la lluita contra les discriminacions té les mans netes ; De cop i volta, no té mans" ( Montaigne Institute, an employers think tank, a Le Monde 16/10/04 ). Aquesta cita resumeix bastant bé el que pot dir-se sobre tema, i el mateix podria acabar la meua intervenció aquí mateix. Probablement no és el que esperen, i seria un poc injust, ja que en aquests últims anys si s'han desenvolupat algunes eines, al nivell polític i jurídic, en contra de les discriminacions.

### **INTRODUCCIÓ**

La llei anti-discriminació francesa és bastant antiga, i durant molt temps va poder mantenir-se en menys de 10 paraules: "Tots els homes neixen i viuen lliures i iguals". Això és el primer article de la declaració de drets humans revolucionària, del 26 d'agost de 1789, la qual forma part de les Constitucions que vam tenir en els segles XIX, XX i XXI. Continua així: "Les distincions socials solament poden estar basades en la utilitat comuna".

L'art. 6 preveu que "(la llei) ha de ser la mateixa per a tots, ja sigui per a protegir, ja sigui per a castigar. Sent tots els ciutadans iguals davant la llei, tenen el mateix dret d'aconseguir accés a totes dignitats, càrrecs, posicions públiques, en funció de les seves capacitats, i sense altra distinció que les seves virtuts i talents".

Ja podem veure - però abordaré aquest assumpte més tard en els meus comentaris finals - que tenim dos nivells d'igualtat; alguns són potser, com es diu, més iguals que els altres: "Tots els homes" d'una banda, "tots els ciutadans" per una altra.



Això cobreix bàsicament tots els camps possibles de discriminació, són principis legals molt amples i universals, dels quals nosaltres els francesos som tan bons per a escriure, i considerar que el món sencer hauria de compartir.

Potser per aquest motiu va prendre molt temps, dos segles, i en bona part a causa de les directives de la UE del 2000, perquè pensem a tenir lleis addicionals, amb detalls específics i incòmodes sobre sexe, la carrera, la religió, l'ocupació, allotjament, la protecció social...

Ara, com vostès saben, "el diable s'amaga en els detalls", i els principis generals - amb tot el respecte a causa del "geni" francès i la universalitat de Drets Humans - no sempre són suficients. Així que, per exemple "tots els homes" va ser comprès durant anys, durant més d'un segle i mig, significant precisament, "tots els homes". Així, excloent la meitat de la humanitat, "la meitat del cel" segons Mao, les dones, a les quals no se'ls va permetre votar a França fins a 1946- bastant més tard que en països més civilitzats i avançats, com Turquia per exemple.

"Tots els homes" també s'ha comprès com significant "homes blancs", des que els africans, en la llei, no eren homes sinó béns, fins a relativament fa poc - i per descomptat això no solament a França. Es necessitaria molt més temps - i un filòsof, no un advocat - per a tractar d'explicar, la visió francesa de - i el problema francès amb l'anti-discriminació començant perquè per a "anti" discriminar, vostè ha de discriminar primer, per a reconèixer la discriminació, la seva existència, i buscar en els seus fonaments - gènere, raça, religió... Solament un exemple: la controvèrsia entre historiadors francesos i estadístics: s'ha de permetre estadístiques anònimes, com les dades de cens, que esmentin l'ètnia, el país d'origen del pare...? Per a molts, això era inconcebible, i il·legal, era discriminació. Per a uns altres, era un instrument necessari per a identificar i lluitar contra la discriminació. Segueix prohibit per la Llei "Informàtica i llibertats" de 1978, article 8-I: prohibició de col·lecta de "dades de caràcter personal que fan aparèixer, directa o indirectament, els orígens racials o ètnics, les opinions polítiques, filosòfiques o religioses o la pertinença sindical de les persones, o les dades relatives a la salut o a la vida sexual d'aquestes". El que té de bo ser cec és vostè no pot discriminar segons la raça, el color... L'inconvenient, doncs és que vostè no hi veu gens. Doncs, sembla que la ceguesa és un principi constitucional, ja que, el 15 de desembre de 2007, la Cort Constitucional va censurar, per una raó tècnica (insuficientment relacionada amb la resta de la llei, que era... d'estrangeria) l'article 63 de la Llei relativa al control de la immigració, a la integració i a l'asil. Aquest article no era no obstant això més que la traducció d'una de les deu recomanacions formulades al maig de 2007 per la Comissió nacional de la informàtica i de les llibertats (CNIL) sobre la mesura de la diversitat i de la protecció de les dades personals i no tenia per objectiu d'edificar un referencial "ètnico-racial". Molt progressista per a alguns (el partit socialista reclamava la llei), molt conservadora (i el CC és al 90 % conservador) per a uns altres... Però que s'ha d'entendre no pel que fa a la cultura francesa, sinó també a la història, i a la utilització, 68 anys enrere, d'aquest tipus de dades i fitxers. El mateix CC va decidir que quotes a favor de dones per llei no podien ser obligatòries...

Per a resumir, el comunitarisme sempre ha estat pensat com una amenaça, com la negació del propi "model" francès - o la ficció - del universalisme. Des d'aquest punt de vista, no podria haver res pitjor que una país/nació on el negre roman amb el negre, els pakistanesos amb els pakistanesos, el musulmà amb el musulmà, les dones amb les dones - parlo d'urbanitzacions, de gimnasos, d'escoles... I, per favor, no esperin que digui una mica sobre assumpte de la bufanda o vel islàmic - nosaltres sentim molt que ningú en el món ens entengui - menys els turcs- sobre aquesta cosa nostra de la"



laicitat" / el laïcisme. Però llavors, arriba la realitat, davant la qual no podem simplement tapar-nos els ulls: els suburbis, les urbanitzacions públiques barates, amb pocs serveis públics i infraestructures, atur, alt nivell de crim, drogues, sota nivell d'educació. ..., i on, per ventura, succeïx que els habitants són, de manera desproporcionada, immigrants de segona generació de Àfrica, de les antigues colònies franceses. I molts van estudiar en la famosa escola pública francesa, en les universitats, suposadament l'"ascensor" o "equalitzador" social que resol tot, donant oportunitats iguals a tots; i encara no aconsegueixen treball: , entre moltes altres perquisicions: - Escola secundària (liceus) Sub-representació (dues vegades menys) d'estrangers (o d'origen) en cursos "nobles", sobre-representacion (dues vegades més) en cursos professionals (Ministeri de l'educació, estadística de 2003/04). Un altre exemple, a Le Monde, el 14/12/04, Le Figaro, 15/12/04: 5 a 15% d'origen nord-africà en el cos de policia (nivell bàsic), i només 1% de comandants.

Una de les primeres enquestes, realitzada al maig de 2004 per un Observatori de les discriminacions, feia ressaltar una taxa de respostes positives (obtenció d'una entrevista) per al candidat d'origen magrebí 5 vegades inferior a la del candidat de referència (home, nom i cognom francès, resident a París, blanc, d'aparença estàndard). Des de llavors, s'han portat a terme moltes altres enquestes. Aquestes difereixen pel seu camp d'aplicació - mercat de treball, mercat de l'allotjament, accés a la salut-, pel seu protocol de realització.

Això tot només per dir, il·lustrar i intentar donar a entendre que tenim una tradició i una història que expliquen una visió distinta i inquieta de la "anti-discriminació".

## **EVOLUCIÓ RECENT**

La antidiscriminació es va posar bastant de moda els últims anys, amb declaracions polítiques, entre d'altres, a favor d'accions de "discriminació positiva".

–Diverses accions polítiques, privades:

-Capacitació (obligatòria per amos de bars p. ex..., per a jutges, advocats, policies) plans de grans empreses, currículum anònim...

- Agències/administracions especialitzades (discapacitats per exemple)

Sobretot dos pilars al meu entendre, sobre els quals vull insistir un poc: la llei, i especialment la llei penal, i la HALDE.

### **La llei**

Tenim per damunt els principis constitucionals ("llibertat, igualtat, fraternitat"), i la CEDH (art. 14). Una altra característica francesa és l'enfocament en la repressió penal de les discriminacions. L'art. 225-1 del codi penal prohibeix qualsevol conducta i distinció que vulneri el principi d'igualtat, per motius basats en l'aparença física, el nom, l'estat de salut, les discapacitats, la genètica, la situació familiar, moralitat, orientació sexual, l'edat, opinions polítiques, l'ètnia, la nacionalitat, activitats d'unió, la carrera, la religió, veritables o assumits.

Això sona bufó, però en la vida real, o bé França és un paradís on molt poques discriminacions succeïxen tots els anys... o bé, i és el més probable, elles no són processades i la llei no arriba a imposar-se, ja que els processos, i àdhuc més les condemnes, són molt poques. Això també perquè utilitzar el dret penal és pesat, i tenim un principi constitucional de presumpció d'innocència que és difícil combinar amb la normes UE sobre el onus de la prova, la presumpció de discriminació...

Les ONG de 5 anys d'existència poden actuar davant els tribunals, però solament amb l'autorització del discriminat.



### **La Llei del Treball:**

Una llei del 16/11/01 va reforçar disposicions contra discriminacions i a favor de la igualtat d'oportunitats en el context del treball, i el principi "mateix treball, mateix salari" aquesta en l'article L. 122-45 del codi de treball. Quan es mostra un cas suficient a primera vista de discriminació, el onus de la prova passa a l'empresari. Segons aquest article L122-45-1 del mateix codi, els sindicats poden demandar fins i tot si les víctimes no ho fan, si aquestes han estat informades i no van notificar la seva oposició en el termini de 15 dies. ONGs anti-discriminació poden fer el mateix però amb autorització escrita de la víctima (que pot decidir en temps de parar el plet).

Però van ser necessaris 3 procediments per incompliment de la Comissió UE, i requeriment de França per la UE al març de 2007, per a traslladar per fi completament les directives de 2000. Per fi una llei de maig 2008 respon al que demanava la Comissió: una definició precisa de les discriminacions directa i indirecta que faltava; l'assimilació de l'assetjament i de la conminació a procedir a una discriminació; l'obertura del camp de l'assetjament que no concerneix solament el món del treball; el reforç de la protecció de les persones que han testificat sobre accions discriminatòries; l'obertura del camp d'aplicació de mesures anti-discriminació als no assalariats, particularment als treballadors independents.

### **LA HALDE**

L'alta autoritat de lluita contra les discriminacions (HALDE), autoritat administrativa independent, per la llei del 30 de desembre de 2004 sobre la igualtat d'oportunitats.

(Existeixen també l'Agència per a la cohesió social i la igualtat d'oportunitats (ACSE), encarregada d'aplicar la política governamental, i les Comissions per a la promoció de la igualtat d'oportunitats i de la ciutadania (COPEC), que tenen per missió definir accions de prevenció i de sensibilització contra les discriminacions. )La realitat de les discriminacions ja no és avui dia posada en dubte. Els tipus de mesures ordenades per la HALDE són, per ordre decreixent: recomanacions; intervencions davant dels tribunals; mediacions; transaccions penals; cridades de la llei. Una part important d'arranjaments amistosos és efectuada també, així que reorientacions cap a altres autoritats administratives. S'ha de notar que, a pesar que no té cap poder normatiu o judicial, la HALDE ha publicat moltes opinions, resolucions, i especialment pel que fa a discriminacions sofertes per estrangers: antics combatents, antics funcionaris públics, beneficis socials per a menors estrangers, sobre la última llei de extranjeria i, últimament, el 22/10/2008 sobre el projecte de llei sobre un ingrés mínim, que també exclou per part a estrangers. Segons un informe de 2007 de la HALDE, entre els motius de sol·licitació de la justícia, l'origen és el criteri més evocat (27 %), seguit per l'estat de salut i la discapacitat (22 %). Després ve l'edat (6 %) i el sexe (6 %). L'ocupació roman com el principal camp en el qual s'exerceixen les discriminacions. Avui, la consagració legislativa dels tests de discriminació (article 25 de la llei sobre la igualtat d'oportunitats del 31 de març de 2006) i la invitació als agents de la HALDE a participar a aquestes operacions (article 41 de la mateixa llei), podrien contribuir a desenvolupar el *testing* judicial. S'han registrat 32 557 cridades al núm. de telefon especial previst entre l'1 de gener i el 31 de desembre de 2007. En total 6222 reclamacions escrites han estat registrades durant l'any 2007 (contra 4058 en 2006, és a dir 53 % d'augment.) Repartició de les principals reclamacions per criteri de discriminació: 27 % origen; 22 % estat de salut - invalidesa; 6 % edat ; 6 % sexe ; 6 % activitats sindicals; 2 % situació familiar; 2 % orientació sexual; 2 % conviccions religioses; 1 % opinions





polítics; 25 % altres criteris (reclamacions que no es deuen a una discriminació). Repartició de les principals reclamacions per camps de discriminació: 50 % ocupació; 20 % reglamentació i funcionament dels serveis públics; 13 % béns i serveis privats; 6 % allotjament; 5 % educació; 6 % altres camps (que no concerneixen la competència de la HALDE).

## **CONCLUSIÓ**

No sóc un advocat anti-discriminació ("anti discrimination lawyer") - una professió que no existeix com a tal, encara, a França -, sinó un advocat de dret de estrangeria, d'immigració. Espero que el que vaig explicar en la introducció ajudi a entendre perquè França és d'alguna manera un país poc inclinat a la anti-discriminació, a accions de discriminació positiva, per motiu que de vegades comparteixo, i de vegades no. Però si que considero molt bé, que la UE obligui a tots - fins i tot a França- a reconèixer, a combatre i a solucionar les discriminacions. Encara que, també em sembla en certa manera esquizofrènic fer això d'una banda, i per l'altra seguir construint la "fortalesa Europa", que exclou tot el que no és europeu - no arran de ser musulmà, o africà, sinó arrel de la seva nacionalitat. Parlo d'immigració, de lleis de estrangeria, d'asil; parlo de camps d'estrangers (cf ponència de Migreurop i de Gabrielle dell Grande), de Lampedusa, de les noves parets de Berlin, com a Ceuta i Melilla per exemple, solament que moltíssim més eficients, construïdes amb diners europeus (els nostres diners), amb l'última tecnologia, càmeres de llums infrarojos, radars tèrmics, etc.

Parlo de les converses al més alt nivell en la UE sobre la construcció de més camps fora d'Europa - en països summament democràtics i segurs com Líbia, o Ucraïna. Mentre que em sembla a mi que solament el concepte, la idea, o la paraula "camps" en la UE de segle XXI hauria de fer sonar unes alarmes ; parlo de milers de persones, tots els anys, ofegant-se en el Mediterrani. Parlo de les màfies tan felices amb les nostres polítiques i lleis, ja que cada vegada que fem que sigui més difícil i més perillós arribar i treballar aquí, més diners guanyen elles.

Parlo del mercat de treball informal, negre, (construcció, agricultura...) on la precarietat dels treballadors indocumentats, és la condició perquè sigui rendible emprar-los en condicions infra-legals, sense prestació social, sense segur de malaltia, sense salari mínim, sense protecció contra un acomiadat arbitrari...

Però bé, estem aquí per a parlar de discriminació. El que acabo d'esmentar són, entre altres coses, discriminacions en el treball. Permetin-me un altre exemple, i oblidem una estona als estrangers indocumentats. Sap vostè que per exemple a França, per llei, 1/3 del mercat de treball no és accessible a ciutadans non-UE? : Funcionaris, treballs per administracions públiques (ferrocarrils, el transport públic hospitals. ..), i molts altres camps: metges, amos de bars... Això és discriminació legal. Què fem referent a això? Bé, la resposta està en les directives EU COUNCIL DIRECTIVE 2000/43/EC of 29 June 2000 (equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin) i EU COUNCIL DIRECTIVE 2000/78/EC of 27 November 2000 (general framework for equal treatment in employment and occupation): Directiva sobre discr. racials punt 12 del preàmbul: "no cobreix diferències de tractament basat en la nacionalitat, sense perjudici a provisions que governen l'entrada i la residència de nacionals de països tercers" Idem en la directiva igualtat de tractament i ocupació. Aquest indica encara més en l'art. 2 d'ambdues directives. Així que jo -l'Estat, un empresari, qui sigui- no puc discriminar-li a vostè perquè vostè sigui pobre, comunista, lesbiana, dona, musulmana,





i amb sida (i a més una persona amb bastanta mala sort), però si puc, legalment, des que jo ho faig arran de que vostè és una nacional algeriana.

Així, més allà de les especificitats franceses, em sembla que hi ha una imperfecció greu i bàsica en les previsions de la UE, i en les directives, que són la base comú de la legislació sobre discriminacions en la UE; el francès gaudeix de vi, i de filosofia -el primer afavorint generalment a l'últim -, i podem discutir durant hores si una ampolla ha de ser considerada mitja plena o mitja buida; és probablement just el mateix que passa ara amb les directives que són ara la llei comuna de la UE sobre anti-discriminació.

### **Ponència de la Doctora Ineke Van der Valk.**

*Investigadora i consultora en el camp de les relacions ètniques i en la mediació intercultural a Holanda. Anteriorment va ser investigadora en Estudis del Discurs a la Universitat d'Amsterdam amb particular atenció en el racisme en la comunicació oral i escrita. Ha treballat com a organitzadora comunitària amb el moviment migrant, el moviment antiracista i el moviment a favor dels Drets humans.*

## **LEGISLACIÓ I POLÍTIQUES ANTI-DISCRIMINATÒRIES ALS PAÏSOS BAIXOS.**

Els instruments jurídics per combatre la discriminació racista es poden trobar en el dret penal, en el dret administratiu i en el dret civil. També els instruments d'autoregulació com Codis de Conducta es poden utilitzar per combatre actuacions il·legals. Actualment en els Països Baixos tots aquests instruments estan disponibles. S'han desenvolupat gradualment en un procés de quaranta anys en el qual agents socials, polítics, governs i acadèmics han exercit un paper significatiu.

Els Països Baixos han ratificat les convencions i les obligacions internacionals rellevants sobre la discriminació racista. Aquestes són convencions i declaracions promulgades per Nacions Unides - l'OIT i l'UNESCO, el Consell d'Europa i la Comunitat Europea. Em refereixo entre d'altres al La Convenció Europea dels Drets Humans (Roma 1953), a l'article 26 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics (ICCPR) (Nova York desembre de 1966) i a la Declaració de les Nacions Unides sobre l'eliminació de totes les formes de discriminació racial (tractat de Nova York 1965) (ICERD). Aquest últim va ser ratificat pels Països Baixos el 1971. Ha funcionat com un document de referència sobre la introducció de legislació penal holandesa en contra la discriminació racista.

### **El Codi Criminal**

Encara que el govern holandès no va considerar en aquest llavors la necessitat, donada la situació sociopolítica, tanmateix va introduir els principis bàsics del tractat que havia subscrit en el Codi Criminal holandès el 1971 - més endavant es van realitzar canvis el 1981 i el 1992. El Codi criminal estipula des de llavors que les ofenses públiques, la incitació a l'odi o a la discriminació o l'ajuda financera o material per a les activitats que se centren en la discriminació, o la discriminació en el camp professional contra grups de persones a causa de la seva raça, religió o creences, són condemnables. Això s'aplica igualment a la difusió d'expressions i de publicacions discriminatòries. Darrerament la majoria dels articles han estat elaborats centrats en la discriminació de gènere i d'orientació sexual. El codi criminal està menys capacitat per combatre formes més subtils de discriminació i exigeix un nivell elevat de proves. Els



procediments són sovint llargs i no assignen un paper clar per a la víctima. A molts països com el Regne Unit aquestes restriccions han conduït a una preferència perquè sigui la legislació civil la que combati la discriminació.

## **La Constitució**

Durant diversos anys després de la seva introducció, els diversos articles de la llei penal contra la discriminació amb prou feines van ser aplicats en la jurisprudència. Tanmateix, poc després de la introducció de la legislació nacional, i en particular en els anys vuitanta, la societat holandesa va patir un major nombre de casos de discriminació, partits d'extrema dreta que promovien punts de vista racista i l'increment de la violència racial (vegi's entre d'altres els Informes Anuals sobre Extrema Dreta i Violència Racial publicats per la Fundació Anne Frank / Universitat de Leiden, veure també Van der Valk 2002).

La discriminació racista va començar a ser considerada és un problema social dominant. Per tant, el 1983 el principi de la igualtat i la prohibició de la discriminació van ser introduïts en la legislació constitucional: L'article 1 de la Constitució Holandesa de 1983 estipula que totes les persones als Països Baixos seran tractades igualment en similars circumstàncies. La discriminació per motius de religió, opinió política, raça, gènere o qualsevol altre argument no es permet. El principi d'igualtat i la prohibició de la discriminació són fonamentals pel sistema polític holandès. Podem observar tanmateix que ni la nacionalitat, ni l'orientació sexual ni l'edat van ser esmentades explícitament a l'article 1 de la constitució. La fórmula "en cap cas" va ser utilitzada per preveure la discriminació per aquests motius.

L'increment de la xenofòbia i el racisme en els anys vuitanta va crear moltes reaccions entre la societat civil. Les organitzacions socials i polítiques conjuntes d'immigrants i holandesos han emprès accions i creat associacions per lluitar contra aquests fenòmens. A nivell regional i local les oficines anti-discriminació van ser constituïdes per recolzar les víctimes del racisme. També van ser creades organitzacions i institucions nacionals. Des de començaments de la dècada dels noranta, sota pressió dels problemes socials i gràcies als esforços de la societat civil per combatre el racisme, el govern holandès ha exercit una política més activa en contra de la discriminació.

Junt amb les institucions socials i les organitzacions, les institucions de govern van elaborar una declaració general contra la discriminació racista. El Ministeri de Justícia va crear una comissió nacional d'experts, anomenada l'Oficina Nacional de Lluita contra el Racisme, per recolzar la seva política en contra de la discriminació. Les campanyes promocionals van ser instaurades a les escoles i en els mitjans de comunicació. Les ONGs van ser subvencionades i institucions i organitzacions van ser incitades a desenvolupar Codis de Conducta. La prevenció i el combat contra els prejudicis, la discriminació i el racisme també van ser formulats habitualment com una prioritat de la política d'integració del govern holandès per a les minories ètniques i els immigrants. Atenció especial va ser donada als camps del treball i de l'educació, a les autoritats locals, al compromís de les institucions i de les organitzacions a respectar la legislació existent, i als procediments per a la denúncia. Les activitats promocionals, l'educació i una política de representació positiva van ser utilitzades com a instruments preventius. La introducció de Codis de Conducta, l'impuls de la formació per al *management* intercultural i la mediació, i les sancions van ser utilitzades per combatre pràctiques racistes. Els informes de l'Administració van accentuar la necessitat d'una



política descentralitzada però ben coordinada l'eficàcia de la qual s'hagués d'impulsar amb la col·laboració i l'intercanvi entre totes les parts com les autoritats locals, els sindicats, la patronal, la policia i els mitjans de comunicació. Penes més altes per a la discriminació racista van ser introduïdes el 1994. Els informes també van estipular la necessitat de la coordinació internacional per combatre el racisme en Internet. Finalment, el govern va expressar la intenció d'impulsar la lluita internacional contra racisme participant activament en organitzacions i activitats internacionals.

### **La Llei d'Igualtat de Tracte**

La Llei d'Igualtat de Tracte va ser decretada el 1994 (la legislació addicional va ser realitzada després sobre diversos temes: discriminació per edat, per discapacitat, per hores de treball, etc.). La llei es proposa implementar encara més l'article 1 de la constitució, verticalment - entre l'estat i els seus ciutadans, i horitzontalment - entre els ciutadans. La llei prohibeix no només la discriminació per motius racials però també la discriminació en base de nacionalitat, edat, gènere, discapacitats físiques i orientació sexual. A més, no només es prohibeix la discriminació sinó també el tracte diferenciat.

La Comissió d'Igualtat de Tracte va ser instituïda el 1995 i va ser equipada per a la implementació de la Llei d'Igualtat de Tracte. La Comissió constitueix una institució propera on les víctimes de la discriminació i/o les organitzacions intermediàries poden denunciar sense contractar un advocat i gratuïtament. Aquesta institució actua en camps com el treball, l'educació, la sanitat, l'habitatge i les empreses i negocis de mercaderies i de serveis. La comissió tracta denúncies per tracte desigual, les examina i pot fer recomanacions al govern i a les institucions i organitzacions socials. La Comissió d'Igualtat de Tracte no pot basar directament les seves opinions en altres disposicions (internacionals) rellevants de la no discriminació però té l'oportunitat i l'obligació d'interpretar la Llei d'Igualtat de Tracte holandesa d'una manera consistent amb els tractats rellevants.

Com explica la pàgina Web de la Comissió, en el cas de la legislació europea, la Comissió ha d'interpretar la legislació holandesa d'acord amb els estàndards usats pel legislador de la Comunitat Europea. D'aquesta manera, la comissió holandesa d'igualtat de tracte pot incorporar certs elements d'aquests tractats en la llei holandesa d'igualtat de tracte. Això s'aplica especialment a l'ús uniforme de definicions, com la definició de la discriminació indirecta o la definició de 'raça' en quant a la no discriminació (vegi's la legislació de [www.cgb.nl](http://www.cgb.nl)). L'opinió de la Comissió és important, encara que no legalment executable. Això significa que la Comissió no pot forçar a la part que és culpable del tracte desigual a actuar segons la seva opinió. Tanmateix, a la pràctica, les opinions són molt tingudes en compte. Cada any la Comissió examina prop de 600 denúncies de les quals 19% consisteixen en denúncies en base a la "raça".

### **Les Normes Indicatives**

En la consideració de lleis i de regulacions contra la discriminació es pot fer una distinció entre el *soft law* (les normes coercitives) i el *hard law* (les normes indicatives). Les normes indicatives són les disposicions d'autoregulació. Un instrument principal de l'autoregulació en el camp del treball són els Codis de Conducta. Els Codis de Conducta van ser introduïts en els Països Baixos a partir de la segona meitat dels anys vuitanta. S'utilitzen avui en dia als sectors següents, principalment en el camp social: organitzacions de la salut i de l'assistència, institucions educatives,



organitzacions governamentals, organitzacions agrícoles, petit comerç, hoteleria i càtering, assegurances, organitzacions del treball i sindicats. En un Codi de Conducta el principi del no discriminació segons l'establert a la constitució s'executa per a una companyia o una institució o a tota una branca de la indústria. Un Codi de Conducta estipula directives sobre com prevenir la discriminació o com actuar quan una companyia s'enfronta a casos de discriminació dins la seva organització. De vegades els codis tenen una funció principalment interna. Ofereixen les pautes per a l'estil del *management* i procediments interns de comunicació. Altres codis també tenen funcions externes per exemple cap a consumidors i clients. Els codis contenen igualment procediments de denúncia.

### Lleis i pràctiques

La investigació ha identificat sovint una àmplia esquerda entre les denúncies de discriminació i els casos que són examinats als tribunals i per la Comissió d'Igualtat de Tracte. La imatge d'una piràmide s'utilitza sovint per visualitzar aquesta diferència entre les denúncies de discriminació i el nombre dels casos que són examinats per un jutge (Biegel et al 1987). Per què passa això? En primer lloc les víctimes no es queixen fàcilment. A més en tots els nivells del tractament dels casos l'input és molt més nombrós que l'output als nivells més alts d'examen i de judici. Això serveix tant per les ONGs com per la policia i el querellant públic. Aquesta persistent esquerda apunta a la necessitat no només de bones lleis i regulacions, com d'un sistema ben organitzat d'ajuda a les víctimes, d'examen de denúncies i del tractament dels casos.

Les lleis i les regulacions són necessàries però no una condició suficient per combatre amb eficàcia les formes racistes (i d'altres) de discriminació. Les lleis i les regulacions han de ser observades i mantingudes. És recomanable que el procés integral per combatre la discriminació racista estigui supervisat en nivells locals, regionals i nacionals. És per tant absolutament necessari comptar amb una bona infraestructura, no només en el sistema judicial però també entre la societat civil. D'altra banda, tots els agents han d'estar bé preparats per a la seva tasca i responsabilitat en aquest camp, i cooperar per tenir èxit en la lluita contra la discriminació:

- La policia i el querellant públic han de comptar amb oficines especialitzades i estar recolzats i supervisats per comissions d'experts.
- La policia ha de poder oferir dades nacionals sobre la discriminació, incloent-hi delictes comuns amb un rerefons racista, com per exemples delictes de coacció o amenaces - als Països Baixos no va ser fins a 2006 que aquest és el cas! Un sistema del registre sòlid i uniforme és imprescindible, incloent protocols sobre com reaccionar quan es presenten denúncies de ciutadans. Això ha de ser així igualment per a tots els agents que actuen en aquest camp.
- Tant els agents com el querellant públic, la policia, els municipis i components de la societat civil i les oficines locals i regionals de lluita contra la discriminació i l'Oficina Nacional de Lluita contra el Racisme s'han de reunir periòdicament per intercanviar informació i per coordinar els seus esforços per combatre la discriminació.
- La lluita contra la discriminació i el racisme han de ser assumptes que formin part de l'educació i la formació dels (futurs) policies i altres funcionaris..



## La infraestructura de les ONGs

Al començament del segon mil·lenni les oficines locals i regionals de lluita contra la discriminació i l'anterior Oficina Nacional de Lluita contra el Racisme han unificat recursos per ser més efectius en la batalla contra la discriminació. Una nova organització va ser creada sota el nom de Art.1; de tal manera es refereixen al primer article de la constitució. Aquesta organització s'ha constituït com l'associació nacional de referència contra la discriminació. Els membres d'Art.1 són les oficines locals i regionals de lluita contra la discriminació. Es recolzen i coordinen mútuament i amb l'Oficina Nacional. Entre els serveis que ofereixen els seus membres a nivell local i regional hi ha l'ajuda i l'assessorament sobre l'elaboració de denúncies, l'organització de projectes, el subministrament de la informació, i el registre de denúncies i d'informes sobre discriminació.

D'aquesta manera, una infraestructura unificada s'ha establert als Països Baixos per a la prevenció i el combat de totes les formes de discriminació pels motius següents: gènere, color de pell, edat, discapacitat, religió, orientació sexual. Amb les oficines locals i regionals de lluita contra la discriminació com a membres, i l'anterior Oficina Nacional de Lluita contra el Racisme com a oficina nacional, Art.1 és capaç de millorar la coordinació entre les polítiques nacionals i regionals. És també objectiu d'Art.1 proporcionar cobertura a nivell nacional a través de les oficines locals i regionals, de manera que tots els ciutadans puguin fer una denúncia o obrir una investigació directament des d'una oficina a la seva pròpia ciutat o regió.

Per concloure, en el marc dels esforços internacionals que han tingut lloc des de la final de la Segona Guerra Mundial per acabar amb totes les formes de discriminació racista, els Països Baixos han desenvolupat una legislació sobre el tema durant els últims quaranta anys. En aquest article he explicat les diverses lleis i regulacions i el context polític en les quals van ser promulgades. També he assenyalat la limitació de la legislació i la necessitat d'una infraestructura organitzada en la qual cooperin les diverses parts implicades. El sistema holandès segurament ha representat un avenç, encara que molts problemes encara necessiten ser resolts.

### Bibliografia:

Biegel, C. & A.Böcker & K. Tjoen-Tak-Sen (1987) *Rassendiscriminatie... tenslotte is het verboden bij de wet*, Zwolle: Tjeenk Willink.

Donselaar, J. van ( since 1997- 2006 ) *Monitor Racisme en Extreem rechts* , Leiden/Amsterdam: Anne Frank Stichting/Universiteit Leiden

Neut, J. van der (1986) *Discriminatie en Strafrecht*, Gouda/Arnhem: Quint bv

Rodrigues, P.R. (1997)*Discriminatie naar ras en nationaliteit bij consumententransacties*, Lelystad, Koninklijke Vermande

Rodrigues, P.R. (2006) *Opsporing en vervolging in 2005* in : Monitor Racisme en Extreem Rechts, zevende rapportage, AFS/RUL

Van der Valk, I (2002) *Difference, Deviance, Threat, Mainstream and Right-Extremist Discourse on Ethnic Issues in the Netherlands and France*, Amsterdam Aksant Publishers



**Ponència de la Doctora M<sup>a</sup> Luisa Maqueda Abreu.**

*Llicenciada i Doctora en Dret per la Universitat de Granada. Catedràtica de Dret Penal des de 1990, ha desenvolupat la seva activitat docent i investigadora majoritàriament a les Universitats d'Almeria i de Granada. A més, ha realitzat algunes investigacions en centres d'estrangers: en el Comitè de Probation de Grenoble (França), en el Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht de Freiburg i Br. (Alemanya) i en l'Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht de Freiburg.*

**ELS LÍMITS DE LA INTERVENCIÓ PENAL CONTRA EL RACISME I LA XENOFÒBIA**

Recentment, una sentència del Tribunal Constitucional espanyol<sup>5</sup> ha reobert el debat sobre l'adequat marc de protecció penal enfront de comportaments discriminatoris de caràcter racista o xenòfob. El conegut cas de la Llibreria Europa, que va dur a un Jutjat de Barcelona a condemnar al seu director per un delictes de genocidi per la difusió de textos que ho negaven (art. 607,2 CP. ) i per un altre de provocació a la discriminació i a l'odi racial contra el poble jueu (art.510,1)<sup>6</sup>, ha servit de pretext per a que el nostre tribunal més alt actualitzi la seva doctrina sobre els límits d'una política criminal antidiscriminària, constitucionalment conforme. Encara quan la seva anàlisi se centra en el que es coneix com "el discurs de l'odi" per a determinar el que està justificat –per resultar emparat per la llibertat d'expressió- i el que ha de ser criminalitzat –a partir de la seva idoneïtat per a crear un clima d'hostilitat xenòfoba-, la veritat és que ofereix elements de judici decisius per a establir els difícils límits de la intervenció penal contra el racisme i la xenofòbia. Vegem-los en el context del dret penal espanyol antidiscriminatori.

I

És difícil ignorar, ara per ara, el procés creixent de violència i segregació al qual es veuen sotmeses certes minories ètniques, racials o religioses, en els països del nostre entorn i en el nostre propi. Fa més d'una dècada, la Cimera de Caps d'Estat Europeus celebrada a Viena alertava precisament enfront d'aquest ressorgiment del racisme i la discriminació i instava als Estats a "reforçar i engegar mesures de prevenció amb la finalitat de combatre la xenofòbia i l'antisemitisme, així com la intolerància destinant una atenció especial i particular a les mesures orientades a reforçar la presa de consciència d'aquests fenòmens i establir la confiança en la societat"<sup>7</sup>. Entre aquestes mesures haurien d'estar, ineludiblement, les penals.

No obstant això, pensar aquesta realitat complexa -i molt greu- des del Dret Penal, amb els toscs instruments amb que aquest sector de l'ordenament jurídic compta i l'alt

<sup>5</sup> Em refereixo a la sentència 235/2007, de 7 de novembre en relació a una qüestió d'inconstitucionalitat 5152-2000 plantejada per la Secció Tercera de la Audiència Provincial de Barcelona respecte a l'article 607,2 de Codi Penal.

<sup>6</sup> A qui regentava una llibreria a Barcelona dedicada a la distribució, difusió i venda de tot tipus de material (vídeos, llibres, cartells, etc...) de contingut clarament vexatori per a la comunitat jueva ... (on) es negava la persecució i genocidi duts a terme contra el poble jueu pels responsables de l'alemanya nazi..., segons els fets que donen per provats a la sentència.

<sup>7</sup> Al 1993, coincidint amb l'onada de violència racista i xenòfoba a Europa. Borja (1999), pàg. 196 ss.





nivell d'exigències garantístiques que ho limiten, reclama una actitud cautelosa i reflexiva que eviti el risc de caure en un ús abusiu del que només podrien derivar-se solucions sense sentit, d'eficàcia o, el que és més greu, de legitimitat<sup>8</sup>.

El propi legislador penal és conscient de la limitada utilitat del recurs punitiu per a lluitar contra els fenòmens discriminatoris. O això semblava, quan en l'Exposició de Motius del Codi penal actual, reconeixia que "aquest no és l'instrument més important per a portar a terme aquesta tasca -la de fer complir el mandat constitucional d'igualtat i no discriminació- (encara que entén que) pot contribuir a això, eliminant regulacions que són un obstacle per a la seva realització o introduint mesures de tutela enfront de situacions discriminatòries".

La veritat és que, no obstant això, són múltiples -i molt amplis- els àmbits que el legislador espanyol modern reserva a la prevenció d'aquesta classe de conductes. De quantes reformes penals s'han ocupat de la tutela antidiscriminatòria (1971, 1976, 1983 ...), la de l'11 de maig de 1995, que va precedir uns mesos al Codi Penal del mateix any i que fou la seva inspiradora en la matèria, exhibia ja un important avenç criminalitzador que és el que es deixa veure en la regulació vigent. En aquest procés d'expansió penal ha estat decisiu, en opinió dels autors, a part de la pressió dels organismes internacionals, el reconeixement d'un valor constitucional autònom -i essencial- al mandat de no discriminació recollit en l'art. 14 CE.<sup>9</sup>

Em refereixo a aquesta doctrina constitucional que, des dels anys vuitanta, proposa la separació entre les nocions d'igualtat de tracte i no discriminació, vinculant aquesta darrera a la idea de dignitat humana i ressaltant amb això el seu caràcter fonamental. A part d'oferir la necessària autonomia al tracte discriminatori, aquesta línia jurisprudencial ha establert una base important per a poder justificar la seva especial gravetat i la necessitat de recórrer a una elevada intervenció penal per a combatre-ho<sup>10</sup>, entre altres casos, quan hi ha motius racistes o xenòfobs<sup>11</sup>.

El plantejament que subjeu al nou pensament de la discriminació podria resumir-se com segueix: si l'exigència constitucional de "igualtat" va dirigida a tots els membres de la societat, limitant-se a proscriure el tractament diferent -i injustificat- de situacions iguals, la de "no discriminació" seria més estricta i s'orientaria selectivament cap a determinats col·lectius que, per la seva naturalesa de *minories* (ètnico-culturals ...)<sup>12</sup>, es troben en una situació de marginació i rebuig social ... i el tracte desigual del qual, afectaria a la dignitat de que gaudeix tot ser humà pel fet de ser-ho. Dues sentències han estat decisives en la implantació i consolidació d'aquesta orientació constitucional, que vincula discriminació i atac a la dignitat humana.

La sentència 128/1987, del 16 de juliol, que va iniciar la nova línia interpretativa, afirmava que l'art. 14 de la Constitució espanyola representa "una explícita interdicció del manteniment de determinades diferenciacions històricament molt arrelades i que han situat, tant per l'acció dels poders públics, com per la pràctica social, a sectors de la població en posicions, no només desavantatjades, sinó obertament contràries a la

<sup>8</sup> Irigoyen (1996), p. 79.

<sup>9</sup> Així, Lorenzo (1996a), pàg. 225 ss.

<sup>10</sup> Lorenzo (1996b), pàg. 221. Sobre els orígens i la consolidació del concepte de discriminació, Rodríguez Yagüe (2007), pàg. 35 ss.

<sup>11</sup> Sobre aquells conceptes i la seva vinculació amb la discriminació, vegis Borja (1999), pàg. 20, 242, 246 ss.

<sup>12</sup> En el sentit utilitzat per Prieto (1995), pàg. 7 ss.



dignitat de la persona que reconeix l'article 10 CE.". I referint-se als tractes discriminatoris, assenyalava que representen una resposta a aquelles "pràctiques socials i institucionals consistents en la submissió d'un grup concret a una situació de marginació i victimització en atenció als seus trets característics comuns que els situen en inferioritat respecte al grup dominant, la qual cosa condicionarà la vida dels pertanyents a aquest col·lectiu en els diferents àmbits d'activitat, així com en el seu propi desenvolupament com a persones".

Més tard, la sentència del Tribunal Constitucional de l'11 de novembre de 1991, coneguda com el cas Violeta Friedman, va venir a confirmar aquesta doctrina, quan afirmava que "la dignitat, com rang o categoria de la persona com a tal ..., no admet discriminació alguna per raó de naixença, raça, sexe, opinions o creences" i "... l'odi i el menyspreu a tot un poble o a una ètnia -a qualsevol poble o a qualsevol ètnia- són incompatibles amb el respecte a la dignitat humana, que només es compleix si s'atribueix per igual a tot home, a tota ètnia, a tots els pobles ...".

Podria dir-se que, conforme a aquesta doctrina constitucional, la no discriminació es configura com "un dret de determinats grups"<sup>13</sup>, i la prohibició discriminatoria, no com quelcom "bilateral" -la qual cosa succeiria si protegís indistintament a qualsevol membre de la societat- sinó "unilateral", perquè estaria pensant només en determinats col·lectius que es troben en situació d'inferioritat enfront d'uns altres, sotmesos a "un procés profund de victimització sistemàtica ..."<sup>14</sup>. Aquells als quals aniria referit, per tant, el mandat constitucional de l'art. 14,2 quan assenyala que "no podrà prevaler discriminació alguna per raó de naixença, raça ...", i respecte dels quals un Estat Social no pot descuidar la necessitat d'una protecció estricta (art. 9,2 CE.)<sup>15</sup>.

Per aquesta via s'han orientat també els intents de la doctrina científica amb vista a configurar un bé jurídic digne de tutela penal. Si el que es busca garantir és un àmbit d'exercici dels drets fonamentals, igual per a tots els ciutadans, sembla lògic -i legítim- que extremi els seus esforços per protegir a aquests col·lectius marginats -i més vulnerables, per tant- enfront dels actes vexatoris i de la violència discriminatoria de que són objecte i que redunden, inevitablement, en majors obstacles per a l'exercici d'aquells drets.

Conforme a aquesta idea, la tutela penal antidiscriminària estaria orientada a garantir a aquests col·lectius -i, en particular, als seus membres- no ja el seu dret a la igualtat sinó a la diversitat, això és, que les seves diferències no els van a suposar cap perjudici i van a ser tractats "dignament". La dimensió individual(ista) d'aquest bé jurídic, com expressió de "un dret bàsic del ser humà", no ha de perdre's de vista -perquè és essencial- i està present quan s'assenyala que, la raó de ser de la intervenció penal en els delictes de discriminació resideix a evitar comportaments que suposin un tracte menyspreador, vexatori o violent cap a determinades persones o grups per presentar aquests certs trets d'identitat -biològics o socials- que els distingeix de la generalitat<sup>16</sup> i que repercuteixen sobre la seva posició de desavantatge en el conjunt social<sup>17</sup>. El Grup d'Estudis de Política Criminal en les seves conclusions de 1998 es referien a aquest efecte de "replegament dels membres de tals col·lectius

<sup>13</sup> Velasco (1995), pàg. 2.

<sup>14</sup> Literalment, Aparisi (1995), pàg. 5.

<sup>15</sup> De Lucas (1992), pàg. 25.

<sup>16</sup> Literalment, Laurenzo (1996b), pàg. 237. També Machado (2003), pàg. 403ss.

<sup>17</sup> Borja Jiménez (1999), pàg. 31.



en la seva presència social ... (la qual cosa) afecta a les seves expectatives de seguretat<sup>18</sup>.

## II

El Dret Penal duu a terme la tutela del dret a no ser discriminat, sota la seva lògica pròpia, que és la del càstig. En aquest sentit, aborda la criminalització de determinats comportaments que, respecte de ciutadans iguals, integrats, normals (blancs, catòlics, nacionals ...), resultarien impunes, o bé imposa penes més greus quan es dirigeixen enfront d'aquests col·lectius marginals i els seus membres. Són les dues classes de mesures existents en l'actual Codi Penal: les quals creen noves figures d'il·lícits penals i les que qualifiquen les ja existents.

Al primer grup pertanyen, entre els delictes contra la Constitució (T. XXI), la provocació a la discriminació, a l'odi i a la violència (art. 510,1) i la seva promoció a través d'associacions il·lícites (art. 515,5); i, entre els delictes contra la Comunitat Internacional (T. XXIV), el genocidi i la seva apologia (art. 607, 1 i 2). O bé, en àmbits més específics, la discriminació en l'ocupació (art. 314) o la denegació de prestacions corresponents a un servei públic o privat (art. 511 i 512). Al segon grup, caldria adscriure les qualificacions típiques dels delictes de descobriment i revelació de secrets (art. 197,5), d'amenaques (art. 170) i d'injúries (art. 510,2), i l'agreujament genèric de l'art. 22,4, tots del Codi penal.

El criteri que permet unificar-los és el d'uniques determinades *causes de discriminació* que, menys algunes particularitats, es concreten en trets d'identitat personal o grupal tals com la raça, l'ètnia, la nacionalitat, la ideologia, la religió o altres creences, la situació familiar, el sexe, l'orientació sexual o la malaltia o minusvalidesa. I, en la seva gran majoria, són figures de delictes que persegueixen obtenir, per a aquestes persones i aquests grups, una "tutela horitzontal". Així es qualifica, a la qual es dirigeix, preferentment, enfront de la discriminació que neix no ja dels poders públics sinó de la pròpia societat civil<sup>19</sup>, que sent la presència d'aquestes minories com una amenaça. Es tracta d'un problema de percepció social que se sustenta en la conjunció de variats factors, tots conflictius i sobredimensionats pels mitjans de comunicació, entre els quals es contenen factors d'alarma com l'augment de l'atur o la crisi econòmica, concentració espacial d'immigrants en certs barris o ciutats, possible correlació entre economia subterrània i ocupació il·legal d'immigrants, la inseguretat ciutadana, la por a la delinqüència, etc.<sup>20</sup>.

## III

És una opinió generalitzada en la doctrina científica que l'encert no ha acompanyat al legislador penal en la seva tasca tipificadora<sup>21</sup>. S'entén que es tracta, en general, d'una regulació irregular, en molts casos excessiva, que hagués d'haver estat més atenta a les situacions d'autèntica necessitat de tutela per ser el risc de discriminació més pròxim i intens. No en va quan el legislador repara en aquests àmbits "més sensibles" a la victimització de tals col·lectius, com el laboral (art.304) o el dels serveis públics o professionals (arts. 511 i 512), o bé s'orienta cap a la protecció qualificada de

<sup>18</sup> GEPC (1998), pàg. 31.

<sup>19</sup> Prieto (1995), pàg. 12.

<sup>20</sup> Irigoyen (1996), pàg. 81. Àmpliament, Maqueda (2004).

<sup>21</sup> Per tots, Landa (2001), pàg. 5.



béns jurídics especialment proclius a suportar un tracte discriminatori, com la llibertat (art. 170), la intimitat (art. 197,5) o l'honor (art. 510,2), és quan encerta<sup>22</sup>.

Però la veritat és que la gran majoria de les tipicitats existents s'han orientat, no obstant això, per una via distinta i no es proposen ja castigar accions discriminatòries concretes -com hagués estat desitjable-, sinó fonamentalment prevenir el risc de la seva realització futura a partir de la penalització d'actituds despectives i hostils cap a aquests col·lectius protegits. Són les quals han nascut sota *el signe* de la polèmica, no ja en via parlamentària, on han gaudit d'un rar consens<sup>23</sup>, sinó, sobretot, en l'àmbit de la crítica científica. Bàsicament, la raó del seu qüestionament per sectors d'opinió rellevants, resideix en la distant separació existent entre el comportament que prohibeixen i el bé jurídic que tracten de protegir.

Una llunyania que és palesa, per exemple, en conductes pròpiament preparatòries com *la provocació a la discriminació, la violència o l'odi* de l'art. 510,1 o la coneguda com *apologia del genocidi* de l'art. 607,2, on el que es castiga no és ja l'execució d'actes discriminatoris determinats sinó el perill de generar en uns altres, actituds que, per ser intolerants i de rebuig cap a certs col·lectius, existeix el temor que poguessin desembocar en "genèriques" accions discriminatòries respecte d'ells. Ni tan sols es requereix que l'hostilitat que són capaços de generar les conductes prohibides -que és la *ràtio* de la seva punició- arribi a concretar-se en actes discriminatoris determinats sinó que basta la seva capacitat potencial, la seva aptitud per a provocar-los. Per això es qualifica a aquests delictes com de *perill abstracte*.

Doncs bé, si l'avançament de les barreres d'intervenció penal que inevitablement comporten aquests delictes s'ha considerat ja criticable per molts -els més estrictes d'entre els garantistes que veuen en això un atemptat al principi de fragmentarietat penal<sup>24</sup>, doblement qüestionades han estat aquestes tipicitats, quan les actituds que es proposen prevenir mitjançant l'amenaça d'una pena són tan subjectives, tan íntimes, com l'odi o certs pensaments o motivacions que poden resultar èticament reprovables, injustificables, odiosos ..., però que s'entén que no ser modificats o reprimits amb ajuda d'un instrument tan selectiu com el Dret Penal, regit per principis tan incontrovertibles com el principi del fet que és obertament contrari a fonamentar la responsabilitat penal en la perillositat d'una manera de pensar o d'un determinat sentir<sup>25</sup>.

I s'entén que això és el que succeïx quan la justificació d'una pena es fa residir en la cridada a un sentiment col·lectiu de menyspreu o ressentiment, tan difús com l'odi cap a determinats grups per la pertinença dels seus membres a una ètnia o raça o pel seu origen nacional o per la seva religió o creences (art. 510,1); o quan l'exigència de càstig se satisfà amb la mera difusió *d'idees o doctrines justificadores o simplement negatòries de delictes de genocidi o que pretenguin la rehabilitació* de règims o institucions que emparin pràctiques generadores dels mateixos (art. 607,2); i fins i tot quan es preveu un *agreujament penal general*, com la de l'art. 22,4 del Codi Penal que fa extensiu el seu àmbit d'aplicació a qualsevol delicte -i no només als relatius a les persones i el patrimoni, com abans-, i la *ràtio* del qual per a la pena superior que conté, es fa residir en una desvaloració especial dels mòbils que duen al subjecte a delinquir -

<sup>22</sup> Lorenzo (1996), pàg. 227.

<sup>23</sup> Tamarit (1996), pàg. 1434, 1641.

<sup>24</sup> Vegis Landa (2001), pàg. 70.

<sup>25</sup> Gómez Navajas (1998), pàg. 3.



"cometre el delictes per motius racistes ..." - i que per al legislador resulten ser particularment reprovables.

Tal vegada, l'acord doctrinal es ressent menys a l'hora d'oferir una interpretació més estricta del text d'aquesta agreujant. És opinió generalitzada que l'exigència d'elements *objectius* addicionals, tals com el que la motivació reprovada arribés a concretar-se en un efecte sobre la víctima i sobre el seu dret a "ser tractada com un ésser humà igual a qualsevol altre", incrementant la seva condició marginal i discriminada<sup>26</sup>, pogués salvar la raonable crítica de la proximitat d'aquesta agreujant als postulats característics d'un dret penal d'autor, que és aquell que es permet envair la consciència dels ciutadans sense exigir l'exteriorització maliciosa dels seus pensaments i sentiments més íntims.

Major complexitat implica establir unes bases d'enteniment amb les quals justificar la criminalització de les conductes descrites en els articles 510, 1 i 607,2 del Codi penal. Es qüestiona, segurament amb raó, el motiu pel qual el nostre legislador ha preferit seguir el camí traçat per altres ordenaments jurídics pròxims<sup>27</sup>, creant figures de delictes noves, sense precedents en el nostre dret històric<sup>28</sup>, en lloc d'acollir-se al model d'intervenció penal que ell mateix dissenya en la Part General del Codi, on fixa el límit últim -infranquejable (?) - del recurs a la pena, en la incitació pública i directa a la comissió d'un delictes, això és, en la *provocació* delictiva de l'art.18. A més, sent punible pel seu compte la *provocació al genocidi* (art. 615), escàs sentit tindria rehabilitar una forma d'apologia específica, on ni tan sols sembla exigir-se el perill -mediato- que puguin repetir-se els actes genocides que, si escau, s'arribessin a lloar o enaltir<sup>29</sup>. Finalment, no falten opinions que consideren, fins i tot, que ens trobem davant meres manifestacions de la llibertat d'expressió, tret que en el seu exercici s'haguessin abocat judicis pejoratius i humiliants enfront dels membres del col·lectiu afectat pel genocidi, en aquest cas, el bé lesionat seria l'honor -o la integritat moral- i en poc temps s'anaven a veure implicats els interessos de la comunitat internacional, sota la rúbrica de la qual s'allotja aquest delictes<sup>30</sup>.

No sembla, per altra banda –i això és important-, que pugui reivindicar-se com substent d'aquesta polèmica política legislativa el model que ofereixen els textos internacionals sobre la matèria. L'art. 20,2 del Pacte Internacional de Drets civils i polítics de 1966, que pot considerar-se font inspiradora del nostre art. 510, declara "prohibida per la llei ...tota apologia de l'odi nacional, racial o religiós, que constitueixi incitació a la discriminació, l'hostilitat o la violència". Una declaració que podria subscriure's sense dificultat si es considera capaç de reconduir la polèmica figura de "provocació a l'odi" a les més preferibles de provocació a la discriminació i a la

<sup>26</sup> Lorenzo (1996b), pàg. 275 i GEPC (1998), pàg. 33. També Machado (2002), pàg. 403.

<sup>27</sup> Gómez Navajas (1999), pàg. 3.

<sup>28</sup> Com l'alemany, en el que el seu article 131 recull la incitació a l'odi racial, en la que, no obstant això, es detectable una major càrrega de lesivitat de les conductes prohibides, doncs exigeix que la difusió de "escrits que inciten a l'odi racial o mostrin els actes de violència cruels o inhumans contra les persones", es faci de manera que "expressi glorificació o minimització de tals actes de violència o que presenti allò cruel o inhumà del fet d'una forma lesiva per a la dignitat humana". No sent, necessàriament, un exemple a seguir, la veritat és que trasllada a un sol tipus penal conductes que el legislador espanyol ha preferit individualitzar i repartir en diversos preceptes, ampliant amb això els àmbits de punició: pensis que, a part del polèmics arts. 510,1 i 2 i 607,2, estan les injúries (art. 208) agravades amb l'ajuda de l'art. 22,4 i les de l'art. 510,2. Tamarit (1996), p 1434. Més exemples del Dret Comparat a Borja Jiménez (1999), pàg. 19 i 196.

<sup>29</sup> Muñoz Conde (2007), pàg. 753.

<sup>30</sup> Tamarit (1996), pàg. 1633, 1641.





violència<sup>31</sup>. De la mateixa manera, cap destacar que la "provocació al genocidi", mentre que "instigació directa i pública" a cometre'l, és l'única conducta que sanciona el Conveni per a la prevenció i sanció del delictes de genocidi de 9 de desembre de 1948 (art. 3,3) i troba ja una reposada punitiva adequada en l'art. 615 del nostre Codi Penal. En relació a ella, el nou art. 607,2 resulta clarament extensiu.

En suport d'aquest últim precepte al que ens referim -l'art. 607,2 CP-, no cap invocar tampoc la doctrina constitucional establerta en els coneguts casos de "Violeta Friedman" i del còmic "Hitler = SS", per més que resulti difícil desconèixer la seva estreta vinculació<sup>32</sup>.

En la primera d'aquestes sentències, de 11 de novembre de 1991, el Tribunal Constitucional declarava lesives de l'honor i, per tant, no emparades per la llibertat d'expressió, afirmacions del ex cap de les SS., Degrelle, en les quals es banalitzaven els fets ocorreguts sota l'holocaust nazi, arribant a negar fins i tot la seva existència amb referències humiliants al poble jueu ("*... si hi ha tants (jueus) ara resulta difícil creure que hagin sortit tan vius dels forns crematoris. A més, dubto molt que les càmeres de gas existissin alguna vegada, perquè fa dos anys que hi ha una recompensa en els EUA per a aquell que aporti proves de les càmeres de gas. Són 50 milions de dòlars i encara no ha anat ningú a recollir-los... El problema amb els jueus és que volen sempre ser les víctimes, els eters perseguits, si no tenen enemics, els inventen ...*"). Si bé, no ha de perdre's de vista que el que va servir d'inspiració al legislador penal per a la configuració de l'art. 607,2 -en particular, l'actitud frívola de qui nega o justifica un genocidi inqüestionable i reivindica l'aparició d'un líder capaç de restaurar el règim sota el qual es van realitzar les pràctiques genocides ("*Falta un líder, tant de bo que vingués un dia l'home idoni, aquell que podria salvar a Europa ... però ja no sorgeixen homes com el Führer:::*") -, no va ser, no obstant això, el que va dur decidivament a la resolució favorable d'aquesta demanda d'emparament, mentre que van ser qualificades com "*simples opinions subjectives i interessades sobre esdeveniments*" (FJ.7 i 8). Van ser els judicis ofensius i humiliants "*efectuats en el descrèdit i menyspreu de les pròpies víctimes ... que van sofrir els horrors del nacionalsocialisme ...*", segons expressa la sentència, els quals van dur al Tribunal a concedir l'emparament a la demandant per estimar existent un atemptat al seu honor (FJ.8)<sup>33</sup>.

Pel que fa al cas del còmic "Hitler-SS" relatiu a similars actituds -o més greus- expressades en to jocós i de mofa enfront del genocidi nazi (amb representació dels "*campes d'extermini, amb alemanys de les SS i jueus com protagonistes i antagonistes de conductes ... inhumanes, vils i abjectes, amb un clar predomini d'aberracions sexuals ...*"), la STC. de 11 de desembre de 1995 torna a reparar, com el seu precedent, "*en les expressions insultantes o despectives ("animals" o "carronya" ...)*" empleades en el còmic així com en el contingut ofensiu del seu missatge ("*... en el que diu i en el que calla, entre línies, batega un concepte pejoratiu de tot un poble... amb menyspreu de les seves qualitats per a aconseguir així el desmereixament en la consideració aliena, element determinant de la infàmia o la deshonra*") per a qualificar de "adequada", des de la perspectiva constitucional, l'aplicació del tipus de les injúries (FJ. 5).

<sup>31</sup> En aquest sentit, també Lorenzo (1996a), pàg. 259.

<sup>32</sup> Cuerda Arnau (1995), pàg. 5245.

<sup>33</sup> Així també. Lorenzo (1996b), pàg. 262.





És cert, no obstant això, que, al fil de les seves consideracions entorn de la tutela de l'honor i els límits a la llibertat d'expressió, aquesta última sentència incideix en reflexions sobre la discriminació racial, i ho fa destacant el perill incitador que determinades actituds racistes -en particular, les quals manifesta el còmic- poguessin tenir amb vista a provocar actes de violència xenòfoba. Així, quan afirma que "*al llarg de les seves gairebé cent pàgines es parla el llenguatge de l'odi, amb una densa càrrega d'hostilitat que incita de vegades directa i unes altres subliminalment a la violència per mitjà de la vexació*". I quan, més endavant, destaca l'eficàcia causal d'aquest escrit amb vista a provocar una influència contraproduent sobre els seus lectors i sobre la societat en el seu conjunt - "*L'efecte explosiu de tals ingredients així barrejats és una mica que l'experiència davant els nostres ulls permet predir, sense tot just marge d'error, per haver un encadenament causal entre els uns i els altres*", no havent de perdre's de vista una circumstància que el Tribunal destaca especialment: el fet que la major part dels destinataris del text literari serien nens i adolescents ("*Per aquesta condició del públic lector al qual es dirigeix el missatge, cal ponderar la seva influència sobre personalitats en **general**, encara no formades per complet en temes que, a més, poden depravar-los, corrompre'ls i, en definitiva, deformar-los*") (FJ. 5).

Em sembla que aquesta és la dada més decisiva que incorpora la sentència del Tribunal Constitucional de 11 de desembre de 1995: la necessària vinculació que reclama entre la conducta incitadora i la possible realització d'actes vexatoris o violents de signe discriminatori. I el seu punt d'enllaç no és altre que la perillositat de l'acció, capaç de generar una amenaça probable de conductes de discriminació punibles.

El problema que encara se segueix plantejant, la doctrina és si ha d'acceptar-se -i declarar delictives conforme a l'art. 607,2 - situacions com aquesta, que el missatge incitador a la violència discriminatòria és només indirecte, vetllat, subliminal ...<sup>34</sup>, a la manera de l'apologia clàssica. Em refereixo a aquesta figura delictiva -clàssicament punible en el nostre país, d'altra banda- consistent en la realització d'un judici públic d'elogi o exaltació d'un fet delictiu passat o del seu autor i el possible fonament del qual de punició havia de trobar-se en la seva capacitat objectiva de generar adhesions que conduïssin a la reiteració del delicte elogiat o exaltat. Una objectivació que es feia descansar en la pròpia naturalesa incitadora -indirecta- del discurs apologètic, això és, en la seva aparença suggestiva i impactant, en la capacitat persuasiva del apologista o en l'ambient permeable que s'hagués produït, psicològicament favorable a fomentar, segons criteris de probabilitat, la comissió de delictes futurs<sup>35</sup>.

La veritat és que, desaparegut avui del Codi penal aquest model clàssic d'apologia l'opinió majoritària s'inclina a exigir la presència d'una incitació directa, a la manera que ho requereix l'article 18 per a la provocació i l'apologia punibles. La interpretació contrària, s'arriba a dir, podria dur a qüestionar la mateixa constitucionalitat del precepte<sup>36</sup>. La sentència del Tribunal Constitucional de 7 de novembre de 2007, amb l'esment del qual començàvem aquest article, ha vingut a resoldre aquesta incertesa que es movia la doctrina penal.

<sup>34</sup> Lorenzo (1996a), pàg. 267.

<sup>35</sup> Maqueda (1988), pàg. 23.

<sup>36</sup> Vives/Carbonell (2004), pàg. 1071. També Muñoz Conde (2007), pàg. 754.

**IV**

La qüestió d'inconstitucionalitat que va donar lloc a aquesta sentència de 2 de novembre de 2007, va ser plantejada, en 2000, per la Secció Tercera de l'Audiència Provincial de Barcelona, amb semblants arguments als quals venien sent habituals en la interpretació doctrinal de l'article 607,2 del Codi penal<sup>37</sup>. Entén la Sala que el bé jurídic protegit sota aquest tipus penal, presenta una naturalesa molt difusa, ja que seria identificable amb l'interès a evitar que es creu un "clima afavoridor de conductes discriminatòries", ja que la incitació o invitació a realitzar comportaments dirigits a conculcar drets fonamentals o que suposin menyspreu a la dignitat de la persona ja estan contemplades com conductes delictives per altres tipus penals. Es tractaria, al seu judici, d'un delictes autònom que, al no poder integrar-se amb les definicions de l'apologia ni de la provocació als delictes de genocidi ni amb la incitació a l'odi racial, ni altra conducta penalment rellevant<sup>38</sup>, podria representar un límit injustificat al dret a la llibertat d'expressió constitucionalment consagrat.

Resulta interessant l'intent del Tribunal Constitucional per trobar un espai –legítim– a la intervenció penal en quan a l'article 607,2 CP, malgrat reconèixer que aquest precepte va més enllà de les obligacions internacionals contraetes per l'Estat espanyol<sup>39</sup>. Si, com el propi Tribunal reconeix, *no es pot fer del dret penal un factor de dissuasió de la llibertat d'expressió*<sup>40</sup> -que ha de considerar-se que empara la circulació d'idees, encara que siguin contràries a l'essència mateixa de la Constitució o al propi sistema democràtic<sup>41</sup>-, com justificar, llavors, la lesivitat d'una difusió "neutra" d'opinions o idees que no inclouen el propòsit (dol específic) de destruir a un grup social..., *ni requereixen accions positives de proselitisme xenòfob o racista, ni menys encara la incitació, si més no indirecta, a cometre genocidi... ,ni tampoc impliquen necessàriament el lloament dels genocides ni la intenció de descrèdit, menyspreu o humiliació de les víctimes...?*<sup>42</sup>. Entenc que aquesta és la qüestió clau que planteja la sentència.

La seva doctrina no difereix essencialment de la qual va mantenir en ocasions precedents, si bé avança en aquesta direcció fins a establir la inconstitucionalitat d'una de les modalitats típiques: les quals consisteixen en la mera negació d'un delictes de genocidi.

Entén el Tribunal, enfront de les opinions de l'Advocat de l'Estat i el Ministeri Fiscal, que aquesta conducta no suposa un perill potencial de desestabilització de l'ordre

<sup>37</sup> Consistent en difondre per qualsevol mitjà idees o doctrines que neuguin o justifiquin els delictes de genocidi o pretenguin la rehabilitació de règims o institucions que emparin aquelles pràctiques.

<sup>38</sup> És, afirma la Audiència, un delictes autònom que no pot integrar-se amb la definició que de l'apologia del delictes ofereix l'article 18 CP, ni tampoc la provocació a la seva submissió o la incitació a l'odi racial, al venir ja tipificades aquelles conductes en altres preceptes del Codi Penal (arts. 510, 515,5 , 519, 615 cp.)

<sup>39</sup> Es refereix a la sentència al Pacte Internacional de Drets Humans i a la Convenció de Nacions Unides que, com ja hem vist al llarg d'aquest article, es limiten a declarar punibles les conductes consistents en incitació o instigació directe i pública, pàg. 23. Ho reconeix, així mateix, el Ministeri Fiscal en les seves al·legacions favorables a la constitucionalitat del precepte, pàg. 12.

<sup>40</sup> A la sentència citada, pàg. 23-24.

<sup>41</sup> A la sentència citada, pàg. 18-19. Llevat que vagin dirigides a persones o grups en raó a pertànyer a un àmbit discriminat, pàg. 20.

<sup>42</sup> A la sentència citada, pàg. 24-25.



constitucional i del sistema democràtic<sup>43</sup>, mentre que, per si mateixa, no és idònia per a crear una conducta d'hostilitat contra aquelles persones que pertanyin als mateixos grups que en el seu moment van ser víctimes del concret delictes de genocidi la inexistència del qual es pretén. I, una vegada descartada la seva perillositat cap al col·lectiu afectat, acaba per concloure que aquesta conducta roman en un estadi previ al que justifica la intervenció del dret penal quan no constitueix si més no un perill potencial per als béns jurídics tutelats per la norma en qüestió<sup>44</sup>. O, com afirma en altre lloc, la negació del genocidi no ha de considerar-se una modalitat de el “discurs de l'odi” al que al·ludeix en diferents ocasions el Tribunal de Drets Humans, per a quan existeix un propòsit “de difamació racial cap als jueus i d'incitació a l'odi cap a ells”<sup>45</sup>.

Diferent és la seva conclusió, quan es tracta de conductes que comporten determinada adhesió valorativa al fet criminal, promocionant-lo a través de l'exteriorització d'un judici positiu, que pot suposar una certa identificació amb els seus autors<sup>46</sup>, això és, quan concorre la modalitat típica de justificació del delictes de genocidi.

Per a donar per constitucional la difusió d'idees que justifiquin el genocidi, el Tribunal exigeix que entri en conflicte amb béns constitucionalment rellevants d'especial transcendència que hagin de protegir-se penalment i això succeeix, al seu entendre, quan *busqui alguna sort de provocació a l'odi ... de tal manera que representi un perill cert de generar un clima de violència i hostilitat que pot concretar-se en actes específics de discriminació. És la idea d'incitació indirecta a la discriminació, a l'odi o a la violència, el que constituïria, llavors, el fonament constitucional del càstig d'aquesta conducta descrita en l'article 607,2 CP.*<sup>47</sup> 28.

Amb aquesta doctrina, el Tribunal Constitucional es declara en la línia ideològica dels textos internacionals més recents. En particular, amb la Proposta de la Decisió Marc relativa a la lluita contra el racisme i la xenofòbia, aprovada pel consell de la Unió Europea en reunió de 20 d'abril de 2007, en l'article del qual primer es limita l'obligació dels Estats membres d'adoptar mesures per a garantir que es castigui l'apologia pública, la negació o la trivialització flagrant dels crims de genocidi als casos en els quals “la conducta s'executi de tal manera que pugui implicar una incitació a la violència o a l'odi contra el grup social afectat”<sup>48</sup>.

I, el que és més important, manté la seva coherència amb la doctrina que, des de fa anys, ve desenvolupant la jurisprudència constitucional sobre concepte de discriminació, quan reclama la necessitat d'un efecte d'influència –si més no sigui previsible o probable- sobre la situació de victimització de les persones o grups afectats<sup>49</sup>. És el que reclama ara aquesta sentència del Tribunal Constitucional quan exigeix la perillositat potencial de la conducta –justificadora- amb vista a crear o

<sup>43</sup> A la sentència citada, pàg. 17.

<sup>44</sup> A la sentència citada, pàg. 26-27.

<sup>45</sup> Es citen a la sentència, diferents decisions del TDH respecte de la negació de “fets històrics clarament establerts com els de Lehideux i Isorni de 23/9/1998; Garaudy de 24/6/2003 i Chauvy i altres de 23/6/2004, tots contra França, pàg. 21.

<sup>46</sup> A la pàg. 25 i 26.

<sup>47</sup> A la pàg. 28.

<sup>48</sup> Literalment pàg. 28.

<sup>49</sup> Així, àmpliament Rodríguez Yagüe (2007) pàg. 61. En concret, respecte a l'article 510 CP, Landa Gorostiza (2001) pàg. 171.



incrementar- sentiments de rebuig i xenofòbia que poguessin arribar a manifestar-se en actes de violència discriminatòria<sup>50</sup>.

D'aquesta manera, les exigències de tutela enfront dels comportaments discriminatoris es personalitzen –en coherència amb la idea, que li és tan pròxima, de protecció de la dignitat<sup>51</sup> i abandonen el perillós referent de tutela a una abstracta i difusa estabilitat de l'ordre democràtic, com el qual proposa, en defensa d'aquest precepte, el Ministeri Fiscal<sup>52</sup>. Amb això, queda així mateix fora de perill el requisit del mal social de tals conductes que implica, si més no, que exhibeixin una perillositat criminal o, el que és el mateix, una aptitud provada per a motivar la realització de conductes greus d'hostilitat i violència discriminatòries<sup>53</sup>.

Ni la salvaguarda d'un ordre social pacífic - lliure de violència o de intranquil·litat<sup>54</sup>-, ni la consecució d'un efecte pedagògic sobre la “ment del ciutadà”<sup>55</sup>, poden servir de pretext per a reprimir opinions o actituds racistes i xenòfobes enfront de col·lectius discriminats -per execrables i detestables que puguin aparèixer<sup>56</sup>-, simplement perquè van més enllà de les aspiracions legítimes d'un dret penal democràtic.

### **Bibliografia:**

APARISI MIRALLES, A.(1995) "Notas sobre el concepto de discriminación", XV Jornadas de Filosofía jurídica y social de abril de 1995. Universidad Carlos III.

BORJA JIMÉNEZ,E. (1999) Violencia y criminalidad racista en Europa Occidental: la respuesta del Derecho Penal. Comares.

---

<sup>50</sup> Ens trobaríem davant un possible efecte provocador, però indirecte, deixant un espai d'interpretació diferent, com afirma la sentència, per la provocació de l'article 18 i de l'article 615, on la incitació a de ser directa, pàg. 27.

<sup>51</sup> Referint-se a la dignitat, afirma la sentència que “tan íntima vinculació amb el valor nuclear de qualsevol sistema jurídic basat en el respecte als drets de la persona, permet al legislador perseguir en aquest delictes modalitats de provocació, fins i tot indirecta, que en un altre cas podrien quedar fora del reprobament penal”, pàg. 28.

<sup>52</sup> En la sentència citada, pàg. 23. És el perill de reivindicar com a bé jurídic addicional, un referent social com la incidència de la conducta discriminatòria sobre el “model de convivència plural i multicultural del que parteix la nostra Constitució”, en el sentit proposat per Lorenzo (1996b), pàg. 236-237, que, no obstant això, insisteix en que “la perspectiva essencial és en tot cas la individual” pàg. 237. Recalca així mateix la perspectiva comunitària, la STC de 11 de desembre de 1995, quan qualifica les actituds racistes com contràries “al conjunt de valors protegits constitucionalment” o “en contradicció amb els principis democràtics d'una convivència pacífica”.

<sup>53</sup> Així ho reconeixia, per exemple, *l'auto del Jutjat d'Instrucció núm. 37*, de Madrid, en relació al conegut cas del professor Quintana. Els seus escrits, d'un acientifisme i una ingenuïtat notables, es mostraven incapaçs de generar sentiments de rebuig entre els seus alumnes cap a col·lectius menyspreats, que eren per cert masses (dones, negres, nòrdics,...) (“El País”, 30 d'Abril de 1997). Unes altres sentències que mereixen ser analitzades, pels seus continguts polèmics, són les de l'Audiència Provincial de Madrid de 19 de març de 2001, 28 de maig de 2003, 12 de gener de 2004, del Jutjat del Penal núm. 3 de Barcelona ([leticia.jerico@unavarra.es](mailto:leticia.jerico@unavarra.es)), i del Jutjat Penal núm. 2 de Lleida a la sentència 271/2006. Altres més antigues a Landa Gorostiza (2001), pàg. 196.

<sup>54</sup> Com a vegades s'ha defensat en algun debat parlamentari. Maqueda (1988), pàg. 23. Tampoc sembla admissible justificar la condemna, com fa el Jutjat del Penal de Barcelona en la seva sentència de 1998, en l'efecte exemplar i simbòlic de la pena pot tenir en aquest cas, per aquells que es serveixen d'aquests texts per alimentar el seu odi racista cap aquesta determinada ètnia, com succeeix amb els grups neonazis. Vegis Gomez Navajas, (1999) pàg. 1.

<sup>55</sup> Són expressions que utilitza el propi TC en pàg. 23, 24.

<sup>56</sup>



CUERDA ARNAU, M.(1995) "Observaciones en torno a las nuevas figuras de la apología", Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior.

GOMEZ NAVAJAS, J.(1999) "Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998).Revista Jurídica La Ley.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (GEPC) (1998). "Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y la extranjería". Tirant lo blanch.

LANDA GOROSTIZA, JM. (2001)La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho Penal. Comares.

LAURENZO COPELLO, P. (1996a) "La discriminación en el Código Penal de 1995", Estudios Penales y Criminológicos, XIX, Santiago de Compostela, 1996.

LAURENZO COPELLO, P. (1996b) "Marco de protección jurídico penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia". Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado. Cuadernos de Derecho Judicial.

LUCAS, J. de (1992) "Un test para la solidaridad y la tolerancia: el reto del racismo", Sistema, nº 106.

MACHADO, D. (2002) "El derecho a no ser discriminado". El derecho y las minorías. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, nº 5.

MAQUEDA ABREU, ML.(1988) "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", Poder Judicial, núm. 9.

MAQUEDA ABREU, ML. (2004) "Políticas de seguridad y Estado de Derecho". Serta. In memoriam Alexandra Baratta. CISE/Universidad de Salamanca.

MUÑOZ CONDE, F. (2007) Derecho Penal. Parte Especial, 16 ed., Tirant lo blanch.

PRIETO SANCHÍS, L.(1995) "Igualdad y minorías", XV Jornadas de Filosofía jurídica y social de abril de 1995. Universidad Carlos III.

RODRÍGUEZ YAGÜE, AC.(2007) "La tutela penal del derecho a no ser discriminado. Bomarzo

TAMARIT SUMALLA, JM. en AA.VV. (2002) Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 3ª ed. Aranzadi.

VELASCO ARROYO, JC.(1995) "Derechos de las minorías en una sociedad democrática multicultural", XV Jornadas de Filosofía jurídica y social de abril de 1995. Universidad Carlos III.

VIVES ANTÓN, TS. / CARBONELL MATEU, JC. en AA.VV. (2004), Derecho Penal. Parte Especial, 2 ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1996.



**S.O.S. RACISME**

## **El racisme i la xenofòbia a les societats democràtiques**

**manifestacions i eines per combatre-les**

Seminari, 22 d'octubre del 2008 – Barcelona

YRIGOYEN FAJARDO, R. "Control penal y diversidad étnico-cultural" en AA.VV.,(1996)  
Conflicto social y sistema penal, Colex.



**TAULA 2: DENUNCIA DEL RACISME I LA XENOFÒBIA PER LA VIA JUDICIAL****Ponència de Santiago Vidal.**

*Santiago Vidal és magistrat de la Sala penal núm. 10 de l'Audiència Provincial de Barcelona i coordinador pedagògic de l'àrea de Drets Humans i Ètica Policial de l'EPC-Mossos d'Esquadra.*

**EL MARC LEGAL ESPANYOL DAVANT DE LES CONDUCTES RACISTES I XENÒFOBES. VISIÓ DES DE L'ÀMBIT JUDICIAL.****1.- Introducció**

El vigent Codi Penal instaurat a l'estat espanyol des de l'any 1995, amb les importants reformes parcials introduïdes per la L.O. 15/03 de 25 de novembre, conté un ampli conjunt de disposicions legals específicament dirigides a prevenir i sancionar les conductes racistes, xenòfobes i discriminatòries que, malauradament, encara perduren en la nostra societat.

Tanmateix, la realitat ens demostra que malgrat els esforços pedagògics i normatius, aquesta primera dècada del segle XXI no ha comportat cap millora rellevant en l'eradicació de les ideologies i grups totalitaris que menyspreen hom pel sol fet de ser diferent. En l'entorn de convivència multiètnica que els envolta, fruit del fenomen migratori progressiu dels darrers 20 anys, aquest dèficit formatiu genera freqüents conflictes que, tot sovint, acaben en un esclat de violència. No cal dir, que tot Estat democràtic de Dret ha de lluitar decididament contra aquesta xacra.

No soc pas sociòleg, i per tant no em correspon analitzar què provoca aquesta xenofòbia persistent, ni tampoc com podem eradicar-la des de l'àmbit educatiu. Com a jurista però, crec que sí em puc permetre aportar algunes idees de com s'escau lluitar des de l'aplicació de la llei contra aquests grups integrats per individus empesos per un sentiment d'odi vers la diversitat d'ètnies, religions i cultures que caracteritzen la societat actual, i que hem "etiquetat" amb el nom de "neonazis".

Voldria fer d'entrada una matisació en clau tranquil·litzadora. La presència d'aquests individus en els mitjans de comunicació i en el món de la justícia és certament esporàdica i caracteritzada per la implicació en accions violentes de caire marginal. Afortunadament, no sembla pas que estiguem davant d'una crisi de valors greu en aquesta matèria. Però cal no oblidar que en fenòmens complexos d'aquestes característiques acostumem a veure tant sols la punta de l'iceberg, sense ser sovint massa conscients que "l'ou de la serp" està encara avui dia molt arrelat en amplis sectors socials.

Atesa la pluralitat de ponències temàtiques que integren aquesta Jornada de reflexió i debat, cosa que demostra l'encert dels organitzadors a l'hora de plantejar les múltiples afectacions que el racisme pot arribar a provocar en l'àmbit dels drets humans, la meua intervenció se centrarà única i exclusivament en l'estudi del marc normatiu de què gaudim els juristes per lluitar contra aquesta xacra, així com el rol que la llei atorga als membres del Poder Judicial i la Fiscalia, a fi i efecte de poder donar resposta a la



següent pregunta clau: ¿ compleix el sistema judicial de manera prou satisfactòria la funció constitucional de tutela ( arts. 24.1 i 117.2 CE) dels drets fonamentals de tots els ciutadans possibles víctimes de discriminació racista?.

Potser caldria començar recordant que l'Estat Democràtic de Dret és una complexa construcció jurídica i política amb una finalitat molt simple i , a l'ensem, difícil d'aconseguir: garantir el lliure exercici dels drets per part de tots els ciutadans. I per assolir aquesta fita, cal que la llei proporcioni als operadors jurídics eines adients per a prevenir el delictes i no tant sols per a sancionar-lo quan ja s'ha consumat.

Soc plenament conscient que parlar de prevenció en l'àmbit del dret penal provoca de forma immediata la reacció de determinats sectors doctrinals, habitualment de ideologia progressista, sempre disposats a matisar que la pedagogia es fa a les escoles i no pas als tribunals. Però –sense discrepar frontalment d'aquest aforisme- quan parlem de delictes tant greus com la justificació i incitació al genocidi ètnic, a l'odi racial o a la violència gratuïta per motius racistes, entenc que la frontera divisòria entre la prevenció social i la reacció penal ha de ser prou flexible.

El legislador espanyol (seguint les pautes d'altres Parlaments europeus que més endavant esmentaré) així ho va entendre quan amb la promulgació de les lleis orgàniques 4/95 i 10/95 va introduir en el nostre sistema penal no tant sols el mòbil racista i xenòfob com una circumstància agreujant genèrica de la responsabilitat criminal (art. 22.4t CP), sinó un seguit de figures típiques i punibles que fins llavors no apareixien en el Codi Penal, com per exemple el delictes de provocació a l'odi, violència o discriminació racial de l'art. 510.1r , i el delictes de negació o justificació del genocidi de l'art. 607.1-2n CP, recentment analitzats –i parcialment posats en qüestió- pel Tribunal Constitucional en resoldre (amb un retard de 9 anys) el cas de la llibreria neonazi Europa. La STC de 7 de novembre de 2007 és un clar exemple de les reticències dels jutges i el món acadèmic ( l'Alt tribunal està sempre integrat per magistrats de carrera i catedràtics d'universitat) a avançar les fronteres del dret penal.

## ***2.- El marc jurídic internacional i estatal contra el racisme, la xenofòbia i la discriminació.***

D'entrada, sembla prou clar que ningú a l'estat espanyol és capaç de rebutjar amb veu alta avui dia la idea nuclear que cal lluitar decididament contra totes les actituds i conductes racistes, tot i que l'abast del fenomen migratori de les últimes dues dècades –en especial en els actuals temps de crisi econòmica- hagi fet recular en més d'un demòcrata l'acceptació del paràmetres d'igualtat inherents al ser humà i reconeguts en la Declaració Universal aprovada per l'assemblea general de l'ONU.

La llei, i en concret el codi penal, disposa d'un seguit de normes sancionadores a l'hora d'enfrontar-se amb aquesta xacra social, i la meua experiència professional em diu que són suficients per a lluitar-hi amb eficàcia sempre i quan la interpretem en clau de tutela del més feble. És a dir, tenint en compte els distints drets en conflicte i el seu entorn global, malgrat cada cas concret afecti a unes persones nominalment identificades. Al meu modest entendre, quan s'ha produït un delictes amb mòbils racistes les víctimes a protegir són moltes més que els individus concrets implicats en l'incident puntual. Sovint, està en joc el missatge que volem transmetre a tots els potencials agressors i víctimes, i àdhuc a la resta de la societat. Aquesta és una dada que caldria no menystenir mai, però em sembla que no sempre en som prou conscients els jutges i fiscals encarregats d'administrar justícia. No es tracta de dictar



sentències exemplars, com a vegades se'ns reclama, però sí de deixar ben clar quins són els límits que no estem disposats a tolerar es traspassin.

Els organitzadors d'aquesta Jornada m'han demanat que contesti tres preguntes bàsiques entorn d'aquesta matèria:

1. Gaudim de prou eines jurídiques per lluitar amb eficàcia contra el racisme i la xenofòbia?
2. Què n'opines sobre la seva aplicació interpretativa per part del món judicial?
3. Cal crear una Fiscalia especialitzada que persegueixi els delictes amb component racista, a l'igual que s'ha fet en altres àmbits com la violència de gènere o el trànsit viari?

Per contestar la primera, permeteu-me un breu resum cronològic dels tipus penals en vigor on es recull la variable discriminatòria com a element subjectiu o objectiu del delicte:

- Art. 161.2n CP: manipulació genètica per tal de seleccionar la raça i color de pell.
- Art. 170 CP: amenaces i/o coaccions dirigides a un grup ètnic o religió específic.
- Art. 197.5è CP: vulneració del secret de les dades personals que afectin a la intimitat per motius d'ideologia, religió, sexe o racials.
- Art. 314 CP: discriminació laboral per raó d'ètnia, orientació sexual, nacionalitat, etc....
- Art. 510.1 CP: provocació a l'odi, violència o discriminació per motius antisemites o racistes.
- Art. 515.5è CP: associació il·lícita per tal de promoure la violència racial.
- Art. 607.1-2n CP: difusió apologètica d'idees que justifiquin el genocidi.

A aquest ventall de tipus penals específics cal afegir la circumstància modificativa de la responsabilitat criminal agreujant de l'art. 22.4t CP que abans ja he esmentat, aplicable a tota la resta de delictes comesos amb mòbil racista.

La conclusió lògica davant d'aquest panorama normatiu és que no cal aprovar més lleis ni modificar les actualment vigents per a poder fer front al racisme i la xenofòbia, sinó que escau interpretar-les i aplicar-les amb més fermesa. Reformar lleis no és gairebé mai una solució als problemes, sinó una cortina de fum que els polítics utilitzen per fer creure a la ciutadania que ja està tot resolt.

Lluny del que afirmen alguns sectors de la dogmàtica jurídica internacional i espanyola ( *Karl Popper, Vives Antón, Cuerda Arnau*, etc), potser massa sovint enclaustrats en l'àmbit estrictament universitari i acadèmic, una societat democràtica no ha de tenir pas por d'actuar amb rigor davant de determinades conductes antijurídiques, i les que posen en perill la dignitat de les persones i existència de col·lectius ètnics minoritaris són prou greus com per a justificar la intervenció decidida del dret penal, àdhuc amb penes privatives de llibertat si és menester.

En un recent article d'opinió publicat al "*The New York Times*" de data 17 de juliol de 2008, l'autor (Adam Liptak) es feia ressò del debat existent al sí del món jurídic nordamericà en relació a l'abast de la 1ª Esmena Constitucional, i en concret, vers als límits de la llibertat d'expressió front de les manifestacions verbals o escrites d'incitació a l'odi racial. El debat sobre "la cultura de l'odi".



Als EEUU, qualsevol particular, associació o fundació, pot publicar el que vulgui sobre la seva opinió vers els grups ètnics o religiosos minoritaris, sense que la llei pugui intervenir en clau de censura o sanció. No hi ha cap límit –penal- encara que les declaracions siguin provocatives, injurioses o ofensives, puix els perjudicats només poden acudir a la jurisdicció civil en demanda de protecció al seu honor i dignitat. És a dir, les úniques accions legals que poden endegar estaran dirigides a obtenir una indemnització econòmica i un rescabament moral. És l'exemple més clar de fins a quin punt la justícia americana està mercantilitzada: tot s'acaba reduint a una qüestió de diners!.

Afortunadament, a la majoria de països civilitzats ( Alemanya, França, Canadà, Àustria, Espanya, etc..) la situació legal és molt distinta, però la recent sentència del Tribunal Constitucional que ha anul·lat un paràgraf de l'art. 607.1 del nostre Codi Penal, pot significar un preocupant punt d'inflexió.

En efecte, entrant en la resposta de la segona pregunta, molt em temo que la tendència del món jurídic i judicial en relació a la protecció dels drets de les minories està evolucionant vers una preocupant relaxació.

Un exemple paradigmàtic n'és la STS de 24 d'abril de 2002, on es recull que l'agreujant genèrica d'actuar per mòbils racistes de l'art. 22.4t CP es refereix a aspectes conductuals difícilment objectivables, fet que introdueix una censurable inseguretats jurídica en l'aplicació de la norma, i en conseqüència, decideix no imposar la pena augmentada amb dita agreujant com ordena l'art. 66.1 del Codi Penal.

La recent sentència de la Secció 3<sup>a</sup> de l'Audiència provincial de Barcelona, dictada el propassat 5 de març de 2008 una vegada resolta pel TC la Qüestió d'Inconstitucionalitat del cas de la llibreria Europa, també reflecteix aquesta minusvaloració de la motivació xenòfoba en el delictes de justificació del genocidi de l'art. 607.2n, atès que acaba reduint la condemna en el seu dia imposada ( 5 anys de presó) a només 7 mesos de presó amb l'argument que escau apreciar la circumstància atenuant de dilacions indegudes perquè el Tribunal Constitucional ha tardat 9 anys en resoldre el recurs, alhora que absol l'acusat del delictes de provocació a la discriminació, a l'odi i a la violència de l'art. 510 CP, perquè considera que cal fer una interpretació molt restrictiva de l'art. 18 que regula les formes de provocació, en el sentit que només és punible quan es dirigeix a un col·lectiu concret de persones i les incita directament a cometre un delictes amb motius discriminatoris i vers un/s destinatari/s en situació de vulnerabilitat.

Des del màxim respecte pels meus companys de professió, he de dir que no comparteixo pas aquesta lectura tant restrictiva de les normes penals en aquest concret àmbit, puix si l'admetem estariem deixant sense efecte la "*ratio legis*" de la reforma del Codi Penal introduïda per la LO 10/95, és a dir, la voluntat del legislador parlamentari com a representant del poble, i ens apartariem de la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans i de la que venen sostenint la majoria dels Tribunals Constitucionals dels països democràtics de la UE, entre ells, Alemanya, França, Àustria i Suïssa.

Aquesta jurisprudència internacional ha resolt ja –de forma sistemàtica i continuada- el dubte sobre la hipotètica col·lisió entre el dret fonamental a la llibertat d'expressió i les normes penals que prohibeixen difondre idees o doctrines que neguin o justifiquin



el genocidi, així com també aquelles que incitin a l'odi racial. Els arts. 130 del StGB alemany, art. 261 del CP suís, art. 3 de la llei austríaca de 18/6/93, o el 24 bis) de la llei de 13/7/90, contenen similars redactats a la normativa espanyola, i els seus respectius Tribunals Constitucionals han validat reiteradament la legalitat de les sancions previstes contra els neonazis i racistes. ¿Com pot ser doncs que a Espanya encara ens faci por aplicar aquesta legislació i optem per defugir-ne les conseqüències tot fent interpretacions demagògicament “progressistes” en favor de la llibertat d'expressió, com si aquest fos un dret suprem i il·limitat?.

Com ens recorda un dels Vots Particulars minoritaris que conté la STC de 7/11/07, (sic) “ *se trata de impedir con dichas normas aquellas acciones que el legislador ha valorado como causas de impulso directo a la perpetración de delitos que lesionan los intereses más esenciales de la convivencia humana*”. I en aquesta mateixa línia van les STEDH de 23.9.98 i 24.6.03.

Com és prou conegut, la involució de la jurisprudència constitucional en aquesta matèria ha estat qüestionada per 4 dels 12 magistrats que integren el Ple del Tribunal Constitucional, i cal confiar que en el futur la renovació d'aquest òrgan porti al seu sí juristes més conscients de la gravetat de ser tant tolerants amb els qui difonen la “*cultura de l'odi*” emparats sota la bandera del dret a la llibertat d'expressió.

### **3.- Idoneïtat i eficàcia d'una Fiscalia especial contra el racisme i la xenofòbia.**

La darrera qüestió a debatre en aquesta ponència és un tema recurrent en l'àmbit jurídic cada vegada que els mitjans de comunicació es fan ressò d'uns fets greus que afecten a la convivència i seguretat ciutadana.

Front de l'alarma social generada per les xifres estadístiques de violència domèstica o de morts en accidents de trànsit, el poder polític ha respost amb la creació de Fiscals i Jutjats especialitzats en aquestes matèries. Els avantatges de l'existència d'aquestes unitats orgàniques són prou evidents: autonomia funcional, dotació presupostària pròpia, formació especialitzada del seu personal, etc..

I malgrat tot, la meua opinió és contrària a la seva creació en determinats àmbits de reacció penal, doncs precisament el seu caràcter especialitzat provoca un aïllament conceptual difícilment compatible amb la política criminal transversal que requereix una matèria com el racisme i la xenofòbia.

En aquest sentit, només cal recordar que la Decisió Marc aprovada pel Consell de Ministres de la Unió Europea en la reunió del 20.4.07, relativa als mecanismes de lluita contra el racisme, ja va matisar que cada Estat membre és lliure de configurar les normes jurídiques i els instruments més adients per a perseguir els grups i/o persones que difonen el “*discurso del odio*”, però també que alhora cal encarregar d'aplicació d'aquests mecanismes a tot el sistema legal atesa la naturalesa polièdrica del conflicte social que generen els promotors de la xenofòbia. És a dir, si volem avançar en aquesta lluita, és necessari que tot l'aparell judicial –i no només la Fiscalia– estigui conscienciat de l'abast del problema i gaudeixi de la formació adient.

La policia –i en el nostre país el Cos de Mossos d'Esquadra– sí ha de disposar dins l'organigrama dissenyat per la Llei 4/03 de 7 d'abril, reguladora del sistema de Seguretat Pública de Catalunya, d'unitats funcionals especialitzades en la recerca i seguiment de grups neonazis, skins o d'altres ideologies similars. I no cal dir, que





d'acord amb l'art. 24 de dita llei, tota la informació recollida en les Bases de Dades d'aquestes unitats especialitzades ha de poder ser compartida amb la resta de forces de seguretat estatal i local. Però el Ministeri Fiscal no ha d'entrar en aquesta configuració estructural compartimentada, doncs la seva funció tuteladora dels drets de les minorïes és molt més integral.

L'experiència professional m'ha demostrat moltes vegades que en aquells camps on la Fiscalia i la Judicatura tenen òrgans especialitzats per raó de la matèria, els mitjans humans i materials de que disposen sempre són massa minsos per a dur a terme la seva tasca amb l'eficàcia deguda. També he pogut constatar que els professionals que hi treballen ja estaven prou formats i conscienciats abans d'accedir-hi, mentre que la resta d'operadors utilitza l'excusa de l'existència d'aquells per declinar la seva implicació en la persecució de les conductes antijurídiques que arriben al seu coneixement. La proliferació arreu d'episodis de violència racista, antisemita i xenòfoba ens obliga a tots a implicar-nos decididament en la seva eradicació, sense distincions, i per tant, segmentar aquesta lluita sota l'argument de l'especialització ens pot portar a resultats força decebedors.

### **Ponència del Professor Íñigo Ortiz.**

*Doctor en Dret per la Universitat Complutense de Madrid i professor visitant de Dret Penal i criminologia en l'Àrea de Dret Penal de la Universitat Pompeu Fabra. És autor de tres llibres de Dret Penal, editor d'uns altres dos i ha escrit més de vint articles i capítols de llibre per a publicacions espanyoles i estrangeres. Ha impartit més de quaranta cursos, seminaris i conferències de la seva especialitat.*

## **PERSONES O TREBALLADORS?: LA REGULACIÓ JURÍDICO-PENAL DE LA IMMIGRACIÓ I EL TRÀFIC DE PERSONES.**

### **Resum**

Tot indica que fins a l'any 2000 el legislador espanyol no va descobrir la veritable importància que el fenomen de la immigració clandestina i el tràfic de persones pot tenir per als drets humans dels implicats. Fins a aquest any, el Codi penal espanyol mancava de qualsevol tipus de regulació específica d'aquestes conductes, preveient tan sols alguns supòsits, no particularment ben regulats, de tràfic de mà d'obra. A partir de l'any 2000 el legislador espanyol ha emprès una desordenada carrera per a regular penalment aquests supòsits. El desordre arriba a la manera en que s'ha procedit a regular (que ha estat precisament qualificat "d'al·luvió legislatiu" pel Tribunal Suprem) i la falta de claredat en els objectius a aconseguir. Ambdues característiques resulten en una normativa caòtica que genera multitud de problemes d'aplicació.

#### Índex

1. La situació prèvia al Codi penal de 1995.
  - A - Dret positiu
  - B – Jurisprudència
  - C- Projectes de reforma
  
2. El vigent Codi penal: redacció original i reformes
  - A- Redacció original
  - B- Successives reformes



3. L'aplicació judicial dels [arts.](#) 312 i 313 del CP 1995 i la seva relació amb l'article 318 [bis](#).

1. La situació prèvia al Codi penal de 1995:

A. Dret positiu:

La regulació penal dels moviments migratoris en l'ordenament jurídic penal espanyol s'introdueix en el nostre ordenament com part del primer intent de regulació general dels delictes contra els drets dels treballadors, la **Llei 44/1971, de 15 de novembre**, sobre reforma del Codi penal, que introdueix l'art. 499 [bis](#) (del que ens interessa el seu paràgraf 3r).

**499 bis.** Serà castigat amb pena d'arrest major i multa de 5.000 a 100.000 pessetes:

1º El qual usant de [maquinacions](#) o procediments maliciosos imposi als treballadors al seu servei condicions laborals o de seguretat social que perjudiquin els drets que tinguin reconeguts per disposicions legals o convenis col·lectius sindicals.

2º El qual per cessió de mà d'obra, simulació de contracte, substitució o falsejament d'empresa o de qualsevol altra forma maliciosa suprimeixi o restringeixi els beneficis de l'estabilitat en l'ocupació i altres condicions de treball reconegudes als treballadors per disposicions legals.

3º El qual trafiqui de qualsevol manera il·legal amb la mà d'obra o intervingui en migracions laborals fraudulentas, encara que d'això no es derivi perjudici per al treballador.

Com pot observar-se, la regulació es restringeix a les migracions laborals fraudulentas, entenent-se per aquestes les migracions a la recerca de treball induïdes mitjançant la creació de falses expectatives laborals. Quedarien per tant fora de l'abast d'aquest article tots els supòsits d'immigració voluntària en els quals no concorregués engany. La pena prevista era la d'arrest major (des d'un mes i un dia fins a sis mesos de privació de llibertat) i una pena de multa, inicialment prevista de 5.000 a 100.000 ptes. (30 a 60 euros), que va anar posteriorment elevada. L'article va passar, sense modificació alguna, a integrar el Capítol VIII del Llibre II del Codi penal, segons el text refós conforme a la Llei 44/1971, de 15 de novembre publicat mitjançant el Decret 3096/1973, de 14 de setembre.

Molt poc després de l'aparició de l'art. 499 [bis](#), la **Llei 33/1971, de 21 de juliol, d'Emigració**, preveia en el seu Títol IX ("Dels delictes i infraccions administratives en matèria d'emigració") un Capítol I ("Dels delictes") compost per un únic article 54, que castigava amb la pena d'arrest major o multa de 5.000 a 50.000 pessetes (30 a 300 euros), o amb ambdues penes, la promoció o facilitació de l'emigració clandestina o l'engany per a l'emigració.

**Article 54-** Serà castigat amb la pena d'arrest major o multa de 5.000 a 50.000 pessetes, o amb ambdues penes, segons les circumstàncies del fet i del culpable:

Primer.- El qual promogui l'emigració clandestina, ja sigui per qualsevol mitjà de propaganda, ja reclutant gents, ja facilitant col·locació o ocupació en país estranger.

Segon.- El qual, simulant contracte o col·locació o per altre mitjà fraudulent, determini o afavoreixi l'emigració d'alguna persona a altre país.



Tercer.- El qual il·legítimament i per qualsevol mitjà, faciliti la sortida d'emigrants del territori nacional.

Si en l'anterior cas la regulació només arribava a als moviments migratoris laborals i fraudulents, en aquest la restricció ve d'una altra banda: tal com es desprèn de l'art. 2 de la Llei 33/1971, aquesta abastava només als ciutadans espanyols. Així doncs, per "emigració" en aquests delictes cal entendre només la sortida d'espanyols del territori nacional. En qualsevol cas, la disposició va ser irrellevant en la pràctica: no s'ha trobat cap instància d'aplicació d'aquest tipus penal, i tampoc hi ha autors que citin sentències sobre aquest article. De fet, possiblement influïts per la falta d'aplicació, alguns autors van entendre que la disposició havia quedat derogada pel Text refós de 1973 (així, Alonso Olea); uns altres, que havia estat "derogada de fet" (Queralt).

B - Aplicació jurisprudencial de l'article 499 bis de l'antic Codi penal:

**Mostra:** 61 sentències del Tribunal Suprem que citen el 499 bis<sup>57</sup>, de les quals:

- 59 ho apliquen, mentre que les altres 2 són sentències interpretatives dels tipus inclosos en els articles 311 i 312.2 de l'actual CP, respectivament, que utilitzen l'art. 499 bis com antecedent històric i contrast.
- 25 apliquen els incisos 1 i 2 del 499 bis (actuals arts. 311 i 312.2 del Codi penal, protecció penal de les condicions laborals).
- Només una aplica l'incís tercer de l'art. 499 bis (que sancionava conductes ubicables en els actuals 313.1 –afavoriment de la immigració clandestina de treballadors-, 313.2 –emigració laboral fraudulenta-<sup>58</sup> i 318 bis –afavoriment del tràfic il·legal de persones-).
- 33 apliquen el quart paràgraf de l'art. 499 bis (actual art. 257 CP, un supòsit específic d'alçament de béns que queda lluny de l'objecte d'aquesta ponència).

En l'únic supòsit d'interès per al nostre tema, l'art. 499 bis de l'anterior Codi penal va ser aplicat havent ja entrat en vigor el Codi penal de 1995, per tractar-se d'una llei més favorable. Es tracta de la **STS de 5 de febrer de 1998 (ponent: Jiménez Villarejo)**, que va contemplar el següent supòsit:

"El recurrent i qui amb ell integraven el grup a aquest efecte organitzat, que coneixien per la seva condició de ciutadans dominicans la difícil situació econòmica de molts dels seus compatriotes, es van dedicar durant cert temps a reclutar emigrants en els estrats socials més humils del seu país, amb el cimbell que a Espanya els seria més fàcil trobar un lloc de treball i plantar cara a les seves necessitats personals i familiars, facilitant-los documentació falsa que els permetia passar el control d'emigració de la República Dominicana i la frontera de l'Aeroport de Barajas a Madrid, pel servei de les quals les persones trasllades, de vegades simulant un parentiu pròxim amb membres de l'organització, es comprometien a pagar 500.000 ptes. a la mateixa amb el producte del treball que aconseguissin".

<sup>57</sup> Recerca en base de dades Westlaw Troba.

Instrucció de recerca:

Tribunal: Tribunal Suprem –penal-

Text: "499 bis".

Data: De 01-01-1973 a 01-01-2005

<sup>58</sup> Per imperatiu jurisprudencial: segons l'Acord del Ple no jurisdiccional de la Sala segona de 9 de febrer de 2005, l'emigració d'alguna persona a altre país, prevista en l'art. 313.2, no es limita a l'emigració *des d'* Espanya sinó que també inclou la migració *a* Espanya des de qualsevol altre país.



Els fets, no podia ser d'altra manera, es van declarar constitutius d'un delictes de migracions laborals fraudulentamentes.

### C. Els projectes de reforma

I) **El Projecte de llei de Codi penal de 1979** (conegut com projecte de 1980 a causa de la data de la seva publicació en el Butlletí Oficial de les Corts Generals) recull en els seus articles 356 i 357 conductes molt similars a les de l'anterior art. 499 bis 1º a 3º. Les penes, no obstant això, s'incrementaven bastant, passant a ésser de sis mesos a tres anys i multa de sis a dotze mesos per als delictes contra les condicions laborals en sentit estricte, i d'un a tres anys de presó i multa de dotze a vint-i-quatre mesos per als delictes d'emigració fraudulenta. L'article 357 del projecte de 1980 és l'antecessor directe de l'article 313.2, del com només li diferencia els temps verbals utilitzats.

II) La **Proposta d'Avantprojecte de Codi penal de 1983** dedicava el Títol XII del seu Llibre II als "Delictes socioeconòmics". Dintre d'aquests, el Capítol III, "Dels delictes laborals", incloïa una Secció primera titulada "Dels delictes contra els drets dels treballadors", comprensiva dels articles 288 a 290. El seu text segueix de prop al dels articles 356 i 357 del Projecte de 1980. En concret, l'article 289 segueix de prop l'article 357, predecessor de l'actual 313.2. La seva redacció és ja coincident amb la del text del 313.2, fins i tot quant a la pena a aplicar, que és igual a la prevista pel projecte de 1980 i el Codi penal aprovat el 23 de novembre de 1995 (d'un a tres anys de presó i multa de 12 a 24 mesos) i per tant menor que la pena de dues a cinc anys de presó i multa de 6 a 12 mesos del text ara vigent). La PANCP no va arribar a ser presentada com Projecte de llei.

III) El **Projecte de Llei Orgànica del Codi penal de 1992** incorpora els delictes que ens ocupen en el Capítol XIV ("Dels delictes contra els drets dels treballadors") del Títol XII ("Delictes contra el patrimoni i contra l'ordre socioeconòmic") del Llibre II. L'Exposició de motius fa referència genèrica al problema de falta d'aplicació de el "delicte social" en general i de seguida se centra en el problema dels accidents laborals. En aquest projecte apareixen per vegada primera tant la contractació d'estrangers sense permís "en condicions abusives" (actual 312.2 in fini)<sup>59</sup> com la promoció de la immigració il·legal (actual 313.1<sup>60</sup>). Com s'acaba de dir, no obstant això, l'Exposició de motius no explica el per què de la introducció d'aquestes novetats. La pena per a les conductes actualment recollides en l'art. 312 era la de 6 mesos a tres anys de presó i multa de sis a dotze mesos. La pena per a les conductes de l'actual art. 313 era la de presó d'un a tres anys i multa de dotze a vint-i-quatre mesos.

## 2. El vigent Codi penal: redacció original i reformes

### a) Redacció original:

En quan al tractament penal dels moviments migratoris, el **text original del vigent Codi penal**, aprovat per Llei orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi penal, va seguir molt de prop el del Projecte de 1992. De nou, el tema es tracta només de manera parcial, com part del tractament de la protecció penal del treball contingut en el

<sup>59</sup> En el projecte de 1992, no obstant això, no s'incloïa referència alguna als drets "reconeguts per disposicions legals, convenis col·lectius o contracte individual".

<sup>60</sup> Recordi's que abans només es punien la migració "fraudulenta" i l'emigració (concepte restringit a espanyols).



Títol XV del Llibre II (“Dels delictes contra els drets dels treballadors”). Les úniques diferències són, en la contractació d'estrangers sense permís de treball (actual 312.2 in fini), la substitució de l'expressió “en condicions abusives” per la de “en condicions que perjudiquin, suprimeixin o restringeixin els drets que tinguessin reconeguts per disposicions legals, convenis col·lectius o contracte individual” i la rebaixa de la pena per als supòsits de l'actual art. 313, que passa d'un a tres anys de presó en el Projecte 1992 a sis mesos a tres anys en el Codi penal de 1995. Els articles en qüestió van quedar redactats com segueix:

Article 312 .

1. Seran castigats amb les penes de presó de sis mesos a tres anys i multa de sis a dotze mesos, els quals trafiquin de manera il·legal amb mà d'obra.

2. En la mateixa pena incorreran qui reclutin persones o les determinin a abandonar el seu lloc de treball oferint ocupació o condicions de treball enganyoses o falses, i qui emprin a súbdits estrangers sense permís de treball en condicions que perjudiquin, suprimeixin o restringeixin els drets que tinguessin reconeguts per disposicions legals, convenis col·lectius o contracte individual.

Article 313 .

1. El qual promogués o afavorís per qualsevol mitjà la immigració clandestina de treballadors a Espanya, serà castigat amb la pena prevista en l'article anterior.

2. Amb la mateixa pena serà castigat el qual, simulant contracte o col·locació, o usant un altre engany semblant, determinés o afavorís l'emigració d'alguna persona a altre país.

## **b) Les successives reformes**

I) L'**LO 11/1999, de modificació del Títol VIII del Llibre II del Codi penal, aprovat per Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre**, va introduir l'art. 188.2, que incriminava el tràfic sexual de persones (la previsió seria derogada per la LO 11/2003, de 29 de setembre, integrant-se el seu contingut en l'art. 318 bis, paràgraf segon).

II) Davant l'evident insuficiència del tractament jurídic penal de les qüestions relacionades amb el tràfic il·legal i la immigració clandestina, l'**LO 4/2000, de 11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social**, va introduir dues reformes en el Codi penal.

- En primer lloc, es va incrementar la pena del 312.1 (i amb ella la del 312.2 i el 313), passant de l'anterior pena de presó de sis mesos a tres anys a la de presó de dues a cinc anys. La rellevància del canvi és major del que a primera vista pogué pensar-se, ja que l'art. 80 CP estableix que per a suspendre l'execució de la pena aquesta no pot superar els dos anys de durada.

- En segon lloc, i de manera molt més rellevant, per primera vegada s'atorga als problemes associats amb els processos migratoris un tractament independent del laboral. A aquest efecte, es va incorporar al Codi penal un nou Títol, el XV bis, amb la rúbrica “Delictes contra els drets dels ciutadans estrangers”, compost d'un sol article, el 318 bis, referit al tràfic il·legal de persones. La deficient tècnica legislativa va propiciar





que, com es mostra en l'estudi jurisprudencial que segueix a aquest apartat, apareguessin nombroses qüestions concursals amb els delictes previstos en els articles 312 i 313, així com altres problemes d'aplicació. En qualsevol cas, la regulació introduïda en aquesta reforma no tindria una llarga vida.

c) Pel **LO 1/2003, de 29 de setembre, de mesures concretes en matèria de seguretat ciutadana, violència domèstica i integració social dels estrangers**, es reforma l'art. 318 bis. Els canvis més importants són:

- A la conducta de promoció, afavoriment o facilitació del tràfic il·legal de persones s'afegeix la d'immigració clandestina;
- S'especifica que la promoció, l'afavoriment i la facilitació podran ser directes o indirectes;
- S'incrementen notablement les penes, quedant com pena del tipus bàsic la de presó de quatre a vuit anys.

d) Pel **LO 3/2007, de 19 de novembre, per a la persecució extraterritorial del tràfic il·legal o la immigració clandestina de persones**, es modifiquen l'art. 313.1 i l'art. 318 bis. per a incloure "o a altre país de la Unió Europea" després de l'expressió "a Espanya".

L'article 318 bis en la seva redacció vigent queda com segueix:

1. El qual, directa o indirectament, promogui, afavoreixi o faciliti el tràfic il·legal o la immigració clandestina de persones des de, en trànsit o amb destinació a Espanya, o amb destinació a altre país de la Unió Europea, serà castigat amb la pena de quatre a vuit anys de presó.
2. Si el propòsit del tràfic il·legal o la immigració clandestina fora l'explotació sexual de les persones, seran castigats amb la pena de 5 a 10 anys de presó.
3. Els quals realitzin les conductes descrites en qualsevol dels dos apartats anteriors amb ànim de lucre o emprant violència, intimidació, engany, o abusant d'una situació de superioritat o d'especial vulnerabilitat de la víctima, o sent la víctima menor d'edat o incapaç o posant en perill la vida, la salut o la integritat de les persones, seran castigats amb les penes en la seva meitat superior.
4. En les mateixes penes de l'apartat anterior i a més en la d'inhabilitació absoluta de sis a 12 anys, incorreran els quals realitzin els fets prevalent-se de la seva condició d'autoritat, agent d'aquesta o funcionari públic.
5. S'imposaran les penes superiors en grau a les previstes en els apartats 1 a 4 d'aquest article, en els seus respectius casos, i inhabilitació especial per a professió, ofici, indústria o comerç pel temps de la condemna, quan el culpable pertanyés a una organització o associació, fins i tot de caràcter transitori, que es dediqués a la realització de tals activitats. Quan es tracti dels caps, administradors o encarregats d'aquestes organitzacions o associacions, se'ls aplicarà la pena en la seva meitat superior, que podrà elevar-se a la immediatament superior en grau. En els supòsits previstos en aquest



apartat l'autoritat judicial podrà decretar, a més, alguna o algunes de les mesures previstes en l'article 129 d'aquest Codi.

6. Els tribunals, tenint en compte la gravetat del fet i les seves circumstàncies, les condicions del culpable i la finalitat perseguida per aquest, podran imposar la pena inferior en un grau a la respectivament

### **3. L'aplicació judicial dels arts. 312 i 313 del CP 1995 i la seva relació amb l'art. 318 bis**

**Mostra:** 24 sentències del Tribunal Suprem, des de febrer de 1998 fins a juliol de 2007, aplicant els articles 312 i 313<sup>61</sup>. De les quals:

- 18 es plantegen l'aplicació de l'article 313 (migracions il·legals). Es condemna en 14 casos, s'absol per falta de requisits legals en altres quatre (en tres, per tractar-se d'ajuda als treballadors estrangers una vegada estan en territori espanyol i no planejada per endavant).
- 7 es plantegen l'aplicació de l'article 312. En sis es condemna, en una altra s'absol per falta del requisit típic "restricció de drets").
- 3 apliquen l'article 318 bis en concurs amb el 312<sup>62</sup>.

#### **Destacable:**

A – L'explosió de casos d'immigració il·legal ("clandestina"). 499 bis 3º de l'anterior Codi penal: una sentència del Tribunal Suprem en vint-i-dos anys de vigència. Article 313: 18 sentències del Tribunal Suprem en onze anys de vigència.

B - El nivell de caos. Això es deu en primer lloc a el "al·luvió de reformes legals sobre aquesta matèria" (STS de 5 de juny de 2006, ponent: Sánchez Melgar), que ha fet sorgir múltiples relacions concursals. En segon lloc, la jurisprudència ha posat el seu èbol a l'interpretar "generosament" els nous tipus i solucionar les col·lisions per mitjà de l'acumulació (per al TS pràcticament tot és compatible amb tot: no s'aprecien concursos de normes i, respecte als de delictes, es prefereix el concurs real). Tot això ha convertit l'aplicació d'aquests delictes en una sort de loteria: pels mateixos fets, i segons de quins s'acusi, pot acabar-se condemnat a una pena o a una altra que la doblega. Vegem alguns dels plantejaments jurisprudencials més discutibles:

- Entre el 318 bis 2º (tràfic il·legal o immigració clandestina de persones a fi d'explotació sexual) i el 188.1 (delicte de prostitució forçada o aprofitament lucratiu d'altra persona) no hi ha concurs de normes ni medial, sinó concurs real (STS de 5 de juny de 2006, ponent Sánchez Melgar, FD 3º).
- El TS afirma que el 313.1 CP és especial enfront del 318 bis, però no aplica l'art. 8.1 CP. Per contra, deixa d'apreciar la relació d'especialitat existent entre el 318 bis 2º i el 313.1.

<sup>61</sup> Recerca en base de dades Westlaw Troba.

Instrucció de recerca:

Tribunal: Tribunal Suprem –penal-

Disposicions: 312 i 313 CP

Data: De 01-01-1996 a 01-05-2008

<sup>62</sup> La suma de sentències és superior a 24 perquè en varies es condemna per dues o més delictes.



- STS de 22 de novembre de 2005, ponent Saavedra Ruiz, FD 7º: “Això (les reformes legislatives, scil.) ha plantejat una problemàtica encara major a l'hora de delimitar els respectius àmbits d'aplicació dels dos Títols del Llibre II i, en particular, la col·lisió i possible interconnexió entre l'article 318 bis i l'article 313.1, relació que pot estimar-se com de gènere a espècie, al protegir-se en el 313.1 els drets laborals del col·lectiu de treballadors, nacionals o estrangers, que siguin objecte de tràfic il·legal o immigració clandestina, com fase prèvia a la seva possible contractació abusiva i precària, mentre que l'article 318 bis empararia de forma residual qualsevol altre comportament incardinable en el concepte de tràfic il·legal o immigració clandestina no vinculada a una relació laboral, si bé en aquest cas ha de ser necessàriament de persones no nacionals (...) El genèric tràfic il·legal o immigració clandestina d'estrangers previst en el paràgraf primer de l'article 318 bis apareix seguit en el seu apartat segon per un subtipus especial, agreujat per l'específic element subjectiu de l'injust concurrent en el subjecte actiu, presidit per la finalitat de destinar a l'explotació sexual als estrangers el tràfic il·legal dels quals o immigració clandestina s'hagi efectuat, i amb independència que el subjecte passiu protegit hagi prestat o no la seva aquiescència. Aquesta intencionalitat obliga a desplaçar la conducta punible des de l'aparentment aplicable apartat primer de l'article 313 cap a l'article 318 bis 2 quan es tracti -com succeeix en el cas d'actuacions- d'estranger portat clandestinament a Espanya per a destinar-lo a la prostitució, conducta mereixedora d'un major retret penal per la fi última -situat en l'arcà íntim de l'acusat i deduïble de les circumstàncies concurrents que assenyala la sentència impugnada- d'aconseguir mitjançant engany l'inicial consentiment d'ambdues immigrants a ser traslladades a Espanya, sota l'errònia creença que els anava a ser facilitat un treball digne”.
- Com es va avançar, l'Acord del Ple no jurisdiccional de la Sala segona de 9 de febrer de 2005 va entendre que l'expressió “emigració d'alguna persona a altre país” de l'art. 313.2 no es limita a l'emigració des d'Espanya.
  - La interpretació és cridanera perquè, a part d'utilitzar el diccionari RAU per a arribar a una interpretació contrària al tenor literal d'ús comú, trenca amb la tradicional comprensió de l'article com un tipus que dedicava el primer incís als estrangers i el segon als nacionals (una visió que es remunta fins a la Llei de 1971). La interpretació tradicional es va defensar per la STS de 30 de gener de 2002, ponent Conde-Pumplido, FD 7º) i és encara citada com correcta per la STS de 6 de març de 2006 (ponent Monterde Ferrer), posterior a l'acord.
  - La nova interpretació és, a més, innecessària: el tipus de casos que es vol abastar (estafa a estrangers fent-los falses promeses de col·locació a Espanya: v. STS de 24 de febrer de 2005, ponent Maça Martín) és subsumible dintre de l'art. 312.2, que preveu la mateixa pena.
  - També enfront de l'al·ludida interpretació tradicional, el TS ha començat a entendre que en el primer incís de l'art. 313 estem davant “un veritable delictes de risc abstracte, per a protegir a tots els treballadors, nacionals o estrangers, enfront d'una nova fórmula d'explotació afavorida per determinats trets de l'estructura econòmica mundial del nostre temps” (STS de 8 de juny de 2005, ponent Ramos Gancedo, FD 14º, èmfasi afegida).



- Si concorren un delictes de l'art. 188.1 altre de l'art. 312.2, segon incís, “es produirà ordinàriament un concurs real de delictes” (Acord del Ple no Jurisdiccional de la Sala Segona de 30 de maig de 2006).
  - o La STS de 17 de març de 2005 s'inclinava per un concurs real “doncs les accions són distintes i no estan en funció de instrumentalitat”.
  
- En l'únic supòsit en el qual el TS aplica l'article 312.1 en solitari (l'altra ocasió es fa com delictes continuats juntament amb el 312.2) ho fa de forma molt discutible (i innecessària, ja que podria haver considerat aplicable l'art. 312.2, que té la mateixa pena): STS de 10 de març de 2005 (ponent: Granats Pérez), FD 2º. El Tribunal d'instància argumenta, per a construir aquesta figura delictiva, que els acusats amb la seva conducta, van portar a terme la col·locació il·legal d'estrangers al marge de la normativa administrativa reguladora d'aquesta activitat. Traficar, d'acord amb el nostre Diccionari de la Llengua, suposa tant com comerciar o negociar, i perquè existeixi la conducta delictiva tipificada en l'article 312.1 del Codi Penal, s'exigeix que sigui il·legal i que es refereixi a mà d'obra (...) En el supòsit que examinem, els acusats van sotmetre als treballadors romanesos la col·locació dels quals van facilitar, amb documentació falsa, en una situació d'evident i clamorosa explotació, privant-los dels mínims exigibles i irrenunciables en les seves condicions salarials, quan feien propis la major part dels salaris fins a l'extrem que els cobraven directament de l'empresa fent lliurament als treballadors d'una mínima part, el que constitueix una manifestació de comerç i tràfic de mà d'obra aliena, inqüestionablement il·legal, fent les funcions d'oficina de col·locació, enriquint-se amb la mà d'obra dels treballadors als quals explotaven. Per tot el que es deixa expressat, el motiu no pot prosperar.
  
- Les expressions “des de, en trànsit o amb destinació a Espanya” de l'art. 318 bis s'han interpretat generosament per a incloure tant el moviment de persones des de i cap a Espanya com el de persones dintre d'Espanya.
  - o La STS de 17 de juliol de 2005 va donar un pas en aquesta direcció a l'entendre que aquestes expressions inclouen el “trànsit dintre d'Espanya, d'un punt a un altre, relacionat amb aquest tràfic il·legal o aquesta immigració clandestina”.
  - o La STS de 6 de març de 2006, ponent Monterde Ferrer, FD Únic (del recurs de Manuel), va un pas més enllà i ho aplica en un supòsit en el qual els treballadors estrangers són “temptats” quan ja estan en territori espanyol.
  
- La concurrència de conductes subsumibles en el 312.2 i el 313.1 CP es resol com concurs real, quan en molts casos sembla clar que hi ha un concurs medial.
  - o Es pronuncia obscurament sobre la relació concursal entre ambdós tipus la STS de 9 d'octubre de 2006, ponent García Pérez, FD 27º: “Ambdós tipus delictius estan inclosos en el Títol dels delictes contra els drets dels treballadors, però no tanquen un concurs de normes en tot cas. Doncs basti tenir en compte que l'art. 312.2 in fini no té perquè suposar una immigració clandestina; l'art. 312.2 fa abstracció que el treballador sigui un immigrant clandestí –vegin-se sentències de 30 de juny de 2000 i 22 de novembre de 2004– i l'art. 313.1 preveu un delictes de mera activitat que es consuma sense necessitat que el treballador arribi a obtenir un lloc de treball a Espanya”.



## Ponència de la Doctora Aurelia Álvarez.

*Profesora Titular de Dret Internacional Privat de la Universidad de León*

**"L'ELIMINACIÓ DEL RACISME I LA XENOFÒBIA MITJANÇANT LA DEFENSA DEL PRINCIPÍ DE NO DISCRIMINACIÓ PER RAÓ DE NACIONALITAT I LA SEVA INTERPRETACIÓ JUDICIAL. UNA REPASSADA PER LA JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL EUROPEU DE DRETS HUMANS"**

### I. INTRODUCCIÓ

La promoció de la igualtat de tracte i no discriminació de les persones per origen racial o ètnic implica l'eradicació del racisme i la xenofòbia. Encara que les normes tant internes com internacionals actualment aprovades que intenten la seva eliminació són bastantes, hem de partir de les respostes donades a nivell normatiu tant en àmbit intern, és a dir en l'ordenament jurídic espanyol, com en l'àmbit internacional, normativa internacional i normativa comunitària; no obstant això, en aquest treball ens preocupa fonamentalment la seva interpretació per les autoritats judicials. Per això, a continuació, després d'una introducció succinta als textos legals, bàsicament ens centrarem en les respostes donades sobretot pel Tribunal Europeu de Drets Humans – d'ara endavant TEDH-.

La manera d'evitar el naixement de situacions racistes i xenòfobes ha de realitzar des de la pròpia normativa procedint a la incorporació del principi d'igualtat de tracte, sobretot en l'etapa actual de crisi econòmica que estem patint<sup>63</sup>. A Espanya aquesta proposta es recull a l'Informe del Defensor del poble corresponent a la gestió realitzada durant el 2007. Així, ho manifestava el Sr. Enrique Múgica Erzog en la seva compareixença en les Corts Generals, davant la Comissió Mixta de Relacions amb el Defensor del Poble. En concret, el Defensor va dir textualment: "Per acabar amb aquest apartat sobre immigració, he d'assenyalar —perquè em sembla de summa importància— la necessitat d'atendre i analitzar amb especial cura les queixes sobre actituds i actes xenòfobs o racistes. Sobre això, hem de recordar que el problema del racisme i la xenofòbia a Espanya, que fins ara podia ser considerat marginal i d'escassa incidència, corre el risc evident d'adquirir major envergadura, paradoxalment, a mesura que la societat espanyola es fa cada vegada més plural i diversa. Com s'assenyala a l'informe, és important recordar que la convivència de races i cultures no és una qüestió vinculada exclusivament al fenomen de la immigració. Sembla arribat el temps de comprendre que molts dels quals van venir en algun moment com immigrants des de diferents continents i amb diferents maneres de vida, són ja espanyols de ple dret, com ho són els seus fills i descendents. En aquest sentit, convé seguir alerta davant les manifestacions, encara puntuals, d'intolerància que afecten tota la ciutadania en general. Sembla raonable que aquesta característica de generalitat es reflecteixi en la normativa destinada a combatre el racisme i la

<sup>63</sup> La crisi o, si es prefereix, la «desacceleració accelerada» està marcant ja un canvi de cicle, que acabarà afectant a les polítiques sobre emigració il·legal, tan encerclades per elements emotius, que van des del «boníssim» utòpic a una xenofòbia més aviat rànica i res científica. L'efecte de saturació comença a entrar a l'escenari i amb ell seria bo que entressin també les exigències d'objectivitat i realisme al marge d'emocions primàries o de jocs oportunistes que poden resultar perillosos (Cf. A. Desdentado Bonete, "El desempleo del extranjero «sin papeles»", *Diario La Ley*, núm. 6986, Sección Columna, 10 de julio de 2008).





xenofòbia”<sup>64</sup>.

L'enfocament que parteix de l'equiparació de drets es concreta en la protecció dels drets bàsics i en la prohibició de discriminació entre els individus. El principi d'igualtat ens remet al problema de la discriminació directa i indirecta. La igualtat com establiment d'un criteri d'equiparació o abstracció de les diferències que siguin irrelevantes per a l'equiparació normativa que es pretén. Així, la qualificació de l'acte discriminatori depèn de la finalitat o les conseqüències que aquest acte va a produir, en aquest cas, per als estrangers. Prenent com a base el treball de J. García Añón es pot fer una distinció entre la discriminació directa i la indirecta<sup>65</sup>. Se sol definir, la discriminació directa com aquella en la que es té en compte una condició (ser estranger, dona, tenir un tret ètnic...) per a la realització del tracte desfavorable. Es discrimina a un estranger si s'utilitza un dels trets descrits a l'article 14 (raça, sexe, religió...)<sup>66</sup>. Per altra part, constitueix discriminació indirecta tot tractament derivat de l'adopció de criteris que perjudiquin als treballadors per la seva condició d'estrangers o per pertànyer a una determinada raça, religió, ètnia o nacionalitat (art. 23.2 LOE)<sup>67</sup>. En concret, la prohibició de discriminació racial, ètnica o pertinença a una nació és bastant

---

<sup>64</sup> Compareixença del senyor Defensor del Poble (Múgica Herzog), per presentar l'informe del Defensor del Poble corresponent a la gestió realitzada durant l'any 2007 (Nombre d'expedient del Congrés 260/000001 i nombre d'expedient del Senat 780/000001) (DSCG. Comissions Mixtes. Comissió Mixta de Relacions amb el Defensor del Poble, IX Legislatura, núm. 11, Sessió núm. 2, celebrada el dimarts 16 de setembre de 2008, pp. 1-23, esp. p. 7). Juntament amb aquesta preocupació del Defensor del Poble, hem de tenir en compte que a la Unió Europea s'ha realitzat, per part de l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea, un Informe del marc legal contra el racisme, cuyas recomanacions han estat recollides pel Govern espanyol, tal com es desprèn de la Resposta a don Carles Campuzano i Canadés (GC-CIU) sobre valoració de l'últim informe de l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea del marc legal contra el racisme (núm. reg. 38935) (La pregunta de referència va ser publicada en el «BOCG. Congrés dels Diputats, Sèrie D, núm. 56, de 29 de juliol de 2008). Resposta: "L'Informe interessat per la Seva Senyoria, de juny de 2008, realitza una anàlisi de la situació a la Unió Europea en matèria de lluita contra el racisme i la xenofòbia. A més, es refereix a l'estat de les iniciatives jurídiques i institucionals contra el racisme i la discriminació en els diferents Estats membres i examina la violència i crim racistes, així com el racisme en diversos àmbits de la vida social. Per tant, el Govern d'Espanya considera l'Informe molt interessant, i presa bona nota de les seves conclusions i recomanacions" (Congrés dels Diputats, IX Legislatura, Sèrie D, núm. 85, 16 d'octubre de 2008, pp. 131). D'altra banda, també s'ha de tenir en compte la Resposta a don Carles Campuzano i Canadés (GC-CIU) sobre valoració de l'últim informe d'Amnistia Internacional sobre el racisme a Espanya (núm. reg. 19438) (Congrés dels Diputats, IX Legislatura, Sèrie D, núm. 49, 11 de juliol de 2008, p. 95).

<sup>65</sup> Vid. J. García Añón, "Derechos de los extranjeros y discriminación", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 5-2002 (<http://www.uv.es/CEFD/5/garciaanon.htm>).

<sup>66</sup> Entre els exemples que se citen en la nota 27 del treball de J. García Anón cal destacar, d'un costat, la discriminació de gènere en supòsit d'acomiadament per estar embarassada (STC de 26 de setembre de 1988, núm. 166/1988); i, per un altre, la discriminació en l'accés a llocs de treball militars, "Caso de las mujeres aviadoras" (STC de 14 de noviembre de 1991, núm. 216/1991; y el Asunto Kreil, C-285/98, STJCE de 11 de enero de 2000).

<sup>67</sup> Aquest precepte disposa literalment que: "Les normes relatives als drets fonamentals dels estrangers s'interpretaran d'acord amb la Declaració Universal dels Drets Humans i amb els Tractats i Acords internacionals sobre les mateixes matèries vigents a Espanya, sense que pugui al·legar-se la professió de creences religioses o conviccions ideològiques o culturals de signe divers per justificar la realització d'actes o conductes contraris a les mateixes" (Vid. A. Rubio, "Las medidas antidiscriminatorias: entre la igualdad y el control", *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería: L.O. 4/2000 y L.O. 8/2000* (Coord. M. Moya Escudero), Granada, Comares, 2001, p. 775; Vid. M<sup>a</sup>.A. Sánchez Jiménez, "Medidas antidiscriminatorias", *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y Formularios)* (Coord. M<sup>a</sup>.A. Sánchez Jiménez), Murcia, Diego Marín Librero Editor, 2005, pp. 329-341).



àmplia en el Dret penal espanyol<sup>68</sup>. Per descomptat, que des d'aquesta perspectiva també podem al·ludir al tracte especial en la Decisió Marc 2008/913/JAI del Consell, de 28 de novembre de 2008, relativa a la lluita contra determinades formes i manifestacions de racisme i xenofòbia mitjançant el Dret penal<sup>69</sup>. A Espanya últimament s'ha donat una major intervenció en l'àmbit esportiu<sup>(70)</sup>. Encara que, hauria de ser més àmplia, calent una actuació que abracés tota forma de racisme i xenofòbia<sup>(71)</sup>

<sup>68</sup> Simplement com a recordatori, ja que va ser objecte d'una altra ponència en les mateixes Jornades, es poden destacar alguns preceptes del Codi Penal vigent, així es recull com agreujant en l'art. 22.4 CP a l'establir: "Són circumstàncies agreujants: (...) Cometre el delictes per motius racistes, antisemites o una altra classe de discriminació referent a la ideologia, religió o creences de la víctima, l'ètnia, raça o nació a la qual pertanyi, el seu sexe o orientació sexual, o la malaltia o minusvalidesa que pateixi". També es preveu el delictes de discriminació laboral, en l'art. 314 CP que disposa: "Els que produeixin una greu discriminació en l'ocupació, públic o privat, contra alguna persona per raó de la seva ideologia, religió o creences, la seva pertinença a una ètnia, raça o nació, el seu sexe, orientació sexual, situació familiar, malaltia o minusvalidesa, per ostentar la representació legal o sindical dels treballadors, pel parentesc amb altres treballadors de l'empresa o per l'ús d'alguna de les llengües oficials dins de l'Estat espanyol, i no restableixin la situació d'igualtat davant la Llei després de requeriment o sanció administrativa, reparant els danys econòmics que s'hagin derivat, seran castigats amb la pena de presó de sis mesos a dos anys o multa de sis a dotze mesos. A més, s'introdueix el delictes de provocació a la discriminació i a l'odi en l'art. 510.1 CP, amb el següent tenor literal: "Els que provoquessin a la discriminació, a l'odi o a la violència contra grups o associacions, per motius racistes, antisemites o altres referents a la ideologia, religió o creences, situació familiar, la pertinença dels seus membres a una ètnia o raça, el seu origen nacional, el seu sexe, orientació sexual, malaltia o minusvalidesa, seran castigats amb la pena de presó d'un a tres anys i multa de sis a dotze mesos.". En l'apartat 2n s'estableix el supòsit d'injúries agreujades per la seva naturalesa discriminatòria: "Seran castigats amb la mateixa pena els que, amb coneixement de la seva falsedat o temerari menyspreu cap a la veritat, difonguessin informacions injurioses sobre grups o associacions en relació amb la seva ideologia, religió o creences, la pertinença dels seus membres a una ètnia o raça, el seu origen nacional, el seu sexe, orientació sexual, malaltia o minusvalidesa. La discriminació en la prestació d'un servei públic per part d'un funcionari a una persona o associació; o la discriminació en una activitat privada també troben sanció penal en els arts. 511 i 512 del Codi Penal.

<sup>69</sup> DOUE L, núm. 328, 6-XII-2008, pp. 55-58). Aquesta Decisió deroga l'Acció Comuna 96/443/JAI (art. 11). Resolució legislativa del Parlament Europeu, de 29 de novembre de 2007, sobre la proposta de Decisió marc del Consell relativa a la lluita contra determinades formes i manifestacions de racisme i xenofòbia mitjançant el Dret penal (11522/2007 – C6-0246/2007 – 2001/0270(CNS)) (DOUE C, núm. 279E, 20-XI-2008, pp. 126-129).

<sup>70</sup> Com es pot veure amb l'aprovació de la Llei 19/2007, d'11 de juliol, contra la violència, el racisme, la xenofòbia i la intolerància en l'esport (BOE, núm. 166, 12-VII-2007, pp. 29946-29964). Art. 1: [...]. 4. La present Llei serà d'aplicació als treballadors autònoms estrangers que reuneixin els requisits previstos a la Llei Orgànica 4/2000, d'11 de gener, de drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social; i amb el Reial decret 748/2008, de 9 de maig, pel que es regula la Comissió Estatal contra la violència, el racisme, la xenofòbia i la intolerància en l'esport (BOE, núm. 120, 17-V-2008, pp. 23657-23661).

<sup>71</sup> A nivell europeu cal destacar la Decisió del Consell, de 19 d'abril de 2007, per la qual s'estableix per al període 2007-2013 el programa específic «Drets fonamentals i ciutadania», integrat en el programa general «Drets fonamentals i justícia. El programa és d'aplicació des de l'1 de gener. Entre els objectius generals (art. 2) s'inclou: c) combatre el racisme, la xenofòbia i l'antisemitisme i fomentar una millor comprensió interconfessional i intercultural i una major tolerància a través de tota la Comunitat Europea"; com a objectiu específic en l'art. 3 "d) crear les estructures pertinents per promoure el diàleg interconfessional i multicultural a escala de la Unió Europea". I, entre els grups de destinataris del programa tal com s'estableix en l'art. 6 es troben "els nacionals de tercers països que resideixen legalment en el territori de la Unió Europea" (DOUE L. núm. 110, 27-IV-2007, pp. 33-39). Per la seva part, la Comissió proposa incloure entre d'altres àmbits temàtics, tot el que afecta a la lluita contra el racisme i la xenofòbia. Es tracta d'un àmbit en el qual els drets fonamentals revesteixen una gran importància i en el que la Unió Europea també té un paper que desenvolupa. En aquest àmbit temàtic, l'Agència podria abordar així mateix els rellevants de la integració social i de la "llibertat religiosa" com es posa de manifest en la Proposta de Decisió del Consell per a l'aplicació del Reglament (CE) núm. 168/2007 pel que fa a l'adopció d'un marc plurianual de l'Agència dels Drets Fonamentals de la Unió Europea per al període 2007-2012 (Comissió de les Comunitats Europees, Brussel·les, 12.9.2007; COM (2007) 515 final). I, amb relació al nostre país, la Proposició no de Llei sobre la lluita contra tota forma de racisme i xenofòbia, presentada pel Grup Parlamentari d'Esquerra Republicana- Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, (Congrés dels Diputats, IX Legislatura, Sèrie D, núm. 5, 22 d'abril de 2008, pp. 8-10).



## II. DE LES GARANTIES NORMATIVES A APLICACIÓ JUDICIAL

### 1. Delimitació de l'anàlisi

A l'hora d'abordar el tema, no sol es tracta d'una anàlisi de normes sinó d'indagar sobre la seva aplicació judicial, pel que anem a intentar assenyalar alguns dels dictàmens que hem localitzat tant a nivell intern com internacional en els quals es realitza un examen de les disposicions relatives a l'eradicació de qualsevol discriminació per raó de raça o de nacionalitat. Tenint en compte el lloc del qual emanen aquestes decisions judicials a continuació passem procedir a una distinció entre les decisions dictades pel nostre Tribunal Constitucional (-d'ara endavant TC-), per posteriorment, procedir a examinar els dictàmens del Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea (-d'ara endavant TJCE-); finalment, procedir a una repassada de les sentències del Tribunal Europeu de Drets Humans (-d'ara endavant TEDH).

### 2. La doctrina del Tribunal Constitucional

Són tres les sentències que hem pres en consideració, es tracta de les STC 214/1991, STC 176/1995 i fonamentalment la STC 13/2001. En primer lloc, la STC 214/1991, d'11 de novembre. En aquesta decisió, el TC apunta que: "La dignitat com rang o categoria de la persona com a tal, del qual deriva i en el que es projecta el dret a l'honor (art. 18.1 CE), no admet cap discriminació per raó de naixement, raça o sexe, opinions o creences. L'odi i el menyspreu a tot un poble o a una ètnia (a qualsevol poble o a qualsevol ètnia) són incompatibles amb el respecte a la dignitat humana, que només es compleix si s'atribueix por igual a tot home, a tota ètnia, a tots els pobles" <sup>72</sup>. En segon terme, la STC 176/1995, d'11 de desembre, que al·ludeix expressament que: "El missatge racista està en contradicció oberta amb els principis d'un sistema democràtic de convivència pacífica" <sup>73</sup>.

I, finalment, encara que discutible, la STC (Sala 2<sup>a</sup>) 13/2001, de 29 de gener (<sup>74</sup>). Per poder arribar a aquesta conclusió cal procedir a un relat dels fets, és a dir dels antecedents que van donar lloc a aquesta STC i a un vot particular d'un ponent

<sup>72</sup>. BOE, núm. 301, 17-XII-1991

([http://www.boe.es/aeboe/consultes/bases\\_datos/doc.php?coleccion=tc&aneu=SENTÈNCIA-1991-0214](http://www.boe.es/aeboe/consultes/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&aneu=SENTÈNCIA-1991-0214)). També s'afirma en aquesta decisió que: ni la llibertat ideològica (art. 16 C.E.) ni la llibertat d'expressió (art. 20.1 C.E.) comprenen el dret a efectuar manifestacions, expressions o campanyes de caràcter racista o xenòfob, ja que, tal com disposa l'art. 20.4, no existeixen drets il·limitats i això és contrari, no només al dret a l'honor de la persona o persones directament afectades, sinó a altres béns constitucionals com el de la dignitat humana (art. 10 C.E.), que han de respectar, tant els poders públics, com els propis ciutadans. La dignitat com rang o categoria de la persona com a tal, del qual deriva i en el que es projecta el dret a l'honor (art. 18.1 C.E.), no admet cap discriminació per raó de naixement, raça o sexe, opinions o creences. I, a més, de la conjunció dels dos valors constitucionals, dignitat i igualtat de totes les persones, es fa obligat afirmar que, ni l'exercici de la llibertat ideològica, ni la d'expressió poden emparar manifestacions o expressions destinades a menysprear o a generar sentiments d'hostilitat contra determinats grups ètnics, d'estrangers o immigrants, religiosos o socials, doncs en un Estat com l'espanyol, social, democràtic i de Dret, els integrants d'aquelles col·lectivitats tenen el dret a convida pacíficament i a ser plenament respectats pels altres membres de la comunitat social.

<sup>73</sup>. Vinya. FJ 4, paràgraf 4. BOE, núm. 11, 12-I-1996  
([http://www.boe.es/aeboe/consultes/bases\\_datos/doc.php?coleccion=tc&aneu=SENTÈNCIA-1995-0176](http://www.boe.es/aeboe/consultes/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&aneu=SENTÈNCIA-1995-0176)).

<sup>74</sup> BOE, núm. 52 suplement, 1-III-2001, pp. 16-23 (<http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2001/STC2001-013.html>); comentada a la feina de J. García Añón, "Drets dels estrangers i discriminació", Quaderns Electrònics de Filosofia del Dret, núm. 5-2002 (<http://www.uv.es/CEFD/5/garciaanon.htm>).



discrepant de la majoria, amb el qual compartim tesis, en contra de l'apuntat pel TC. El 6 de desembre de 1992, a l'estació de ferrocarril de Valladolid, una dona de raça negra, de nom Rosalind Williams Lecraft, va ser abordada per agents de la Policia Nacional al baixar del tren amb el seu marit i el seu fill (aquests blancs), perquè s'identifiqués i comprovés la seva situació regular a Espanya. Williams Lecraft i la seva família van presentar una denúncia al considerar que suposar la seva irregularitat a causa de la seva raça, era discriminatori. Aquest va ser l'inici d'una sèrie de recursos legals, en tot cas, van formular sol·licitud de responsabilitat patrimonial de l'Administració General de l'Estat davant el Ministre de l'Interior, basant la seva reclamació en que el requeriment d'identificació es va realitzar exclusivament sobre la Sra. Williams Lecraft per ser de raça negra, el que implicava un comportament racista que havia produït lesions morals i psicològiques a la requerida i als seus familiars fruit de la humiliació soferta, de la indignació que genera saber que la raça ha estat considerada criteri determinant per a l'actuació policial i, finalment, de la inquietud de ser requerida per la policia per ser identificada, perquè d'això sembla lògic entendre que el sol fet d'una diferència racial és considerat base per a la sospita que s'infringeix l'Ordenament jurídic. Després de nou anys, la Sala Segona del Tribunal Constitucional va desestimar la demanda de Williams Lecraft argumentant que "l'art. 11 de la Llei Orgànica 1/1992, de 21 de febrer, sobre protecció de la seguretat ciutadana, disposa que 'els estrangers que es trobin en territori espanyol estan obligats a disposar de la documentació que acrediti la seva identitat i el fet de trobar-se legalment a Espanya, d'acord amb allò disposat en les normes vigents' (...) A aquest efecte, forçós és reconèixer que, quan els controls policials serveixen a tal finalitat, determinades característiques físiques o ètniques poden ser preses en consideració en ells com raonablement indicatòries de l'origen no nacional de la persona que les reuneix". A més, el TC va treure dramatisme a la situació exposada per la senyora Williams al declarar que "la varietat de circumstàncies d'aquesta índole (llocs de trànsit de viatgers, d'allotjament, zones amb especial incidència de la immigració, etc.) determina que la seva valoració sigui eminentment casuística", és a dir, que els policies es veuen obligats a actuar en cada situació de manera diferent, doncs no hi ha una norma general. No obstant això, el TC és contundent a l'advertir que "l'exercici de les facultats d'identificació ha de portar-se a terme de manera proporcionada, respectuosa, cortès i, en definitiva, de la manera que menys incidència generi en l'esfera de l'individu. La trasgressió d'aquesta condició d'exercici, no només fa a aquest contrari a l'Ordenament, sinó que pot ser reveladora que, la que en principi pot semblar una raonable selecció de les persones a identificar en l'exercici de les funcions policials, no és tal, sinó que ha estat efectuada o aprofitada per infligir un dany especial o addicional als qui pertanyen a determinat grup racial o ètnic".

El TC parteix de la distinció entre discriminació patent/encoberta (directa/indirecta) "A fi d'indagar si es va produir o no una discriminació racial encoberta en la concreta forma d'exercici de la potestat policial d'identificació, és a dir, si el requeriment d'identificació va produir a la Sra. Williams Lecraft, en la qualitat d'integrant d'un grup racial concret, un impacte advers que, ateses les circumstàncies concurrents, resulta objectivament injustificat o inidoni per al compliment de la finalitat en funció de la qual es va conferir la potestat per portar a terme el requeriment identificatori qüestionat, haurà d'observar-se si existeix alguna dada d'entre els tinguts per provats que permeti afirmar que les característiques racials de la Sra. Williams Lecraft van ser preses en consideració per demanar-li la documentació per algun altre motiu que el del seu genèric caràcter indiciari d'una major probabilitat que la interessada fos estrangera (...)





(<sup>75</sup>). Doncs bé, del relat de fets de la Resolució administrativa recorreguda, no desvirtuada en el procés judicial previ a aquest recurs d'empara, es desprèn que l'actuació policial va usar el criteri racial com merament indicatiu d'una major probabilitat que la interessada no fos espanyola. Cap de les circumstàncies esdevingudes en l'esmentada intervenció indica que el comportament del funcionari de la Policia Nacional actuant fos guiat per un prejudici racista o per una especial prevenció contra els integrants d'un determinat grup ètnic, com s'al·lega en la demanda" (<sup>76</sup>). "El discriminatori hagués estat la utilització d'un criteri (en aquest cas el racial) que manqués de tota rellevància a fi de la individualització de les persones per a les que l'Ordenament jurídic ha previst la mesura d'intervenció administrativa, en aquest cas els ciutadans estrangers. Aquests, com ha quedat exposat, estan obligats a exhibir els documents justificatius de la seva estada legal a Espanya, obligació d'identificar-se que, per l'altres, afecta a la generalitat dels ciutadans segons resulta de l'art. 20.1 de la Llei Orgànica 1/1992, de 21 de febrer, sobre protecció de la seguretat ciutadana, en relació amb el seu art. 9 i l'art. 12 del Decret núm. 196/1976, de 6 de febrer, pel que es regula el Document Nacional d'Identitat, en la redacció donada pel Reial decret 1245/1985, de 17 de juliol" (<sup>77</sup>).

Certament, amb aquests arguments es desestima el recurs; no obstant això, no tots els magistrats estaven d'acord amb el text de la STC 13/2001. Aquesta decisió va ser signada per sis magistrats, un dels quals, Juliol Diego González Campos, va mostrar la seva discrepància amb les apreciacions dels seus companys, posant èmfasi en que tal sentència justifica una pràctica prohibida per l'article 14 de la Constitució Espanyola, "doncs resta reparar, en relació amb els estrangers del primer grup (estrangers en situació regular), que si poden quedar subjectes a la possibilitat de reiterats controls per raó de la raça, amb tals mesures no només s'està afectant negativament a un element de la identitat de les persones que la seva dignitat com tals exigeix que sigui respectat, sinó que s'està frustrant l'objectiu d'integració dels estrangers a la societat espanyola". En el seu vot particular afirma literalment que: "la introducció d'un criteri basat en la pertinença d'una persona a un grup racial determinat resulta al meu entendre contrari a l'art. 14 CE, doncs ens trobem davant una discriminació expressament prohibida per aquest precepte, ja sigui directa o només indirecta." (...). "el dany al qual al·ludeix la Sentència no es produeix només en supòsits de discriminació directa com els indicats, sinó que també pot produir-se com efecte normal si s'accepta, segons el parer de la majoria, que sigui un criteri apropiat per a "la raonable selecció" de les persones que poden ser sotmeses a control com a estrangers. D'una altra banda, que amb tal acceptació es defuig una altra dada social rellevant a fi de l'aplicació de les normes sobre estrangeria: que Espanya, de la mateixa manera que molts Estats europeus, ja és una "societat multiracial", en la que conviu un número no menyspreable de persones d'altres races. I aquestes persones són tant estrangers en una situació regular com nacionals espanyols. Una dada que, per ella mateixa ha d'excloure la introducció de la raça com criteri de selecció en el control d'estrangers, en atenció als seus previsibles efectes negatius per a la dignitat de les persones. Doncs resta reparar, en relació amb els estrangers del primer grup, que si poden quedar subjectes a la possibilitat de reiterats controls per raó de la raça, amb tals mesures no només s'està afectant negativament a un element de la identitat de les persones que la seva dignitat com tals exigeix que sigui respectat, sinó que s'està frustrant l'objectiu d'integració dels estrangers a la societat espanyola. I respecte

<sup>75</sup> FJ 8º (BOE, núm. 52 suplemento, 1-III-2001, pp. 20-21).

<sup>76</sup> FJ 9º (ibid, p. 21).

<sup>77</sup> Ibid.





als segons, pot conduir a una conseqüència no menys greu: que es produeixi una discriminació entre nacionals per raó de la raça, també atemptatòria a la seva dignitat personal, com el meu entendre ha succeït en el present cas <sup>(78)</sup>. Abans de finalitzar amb aquest cas, sol comentar que encara aquesta pendent de dictamen per part del Comitè per a l'Eliminació de la Discriminació Racial. Aquest Comitè no ha decidit sobre queixa alguna contra Espanya al llarg de 2007, si bé s'han realitzat observacions en la comunicació Williams Lecraft en el que la comunicant, de raça negra i de nacionalitat espanyola, adverteix una discriminació amb ocasió d'un requeriment policial d'identificació <sup>(79)</sup>.

### **La doctrina jurisprudencial fixada per la STJCE de 10 de juliol de 2008**

Encara que podríem esmentar algunes altres decisions, certament, només ens centrarem en una STJCE <sup>80</sup>. Es tracta, de l'Assumpte C-54/2007. El motiu pel qual ens anem a detenir en aquesta decisió es deu fonamentalment al fet que es tracta de la primera vegada que el TJCE s'ha enfrontat a un cas de discriminació per raó de nacionalitat, relatiu a l'accés al mercat laboral, és summament important la STJCE (Sala Segona) de 10 juliol de 2008. Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding contra Firma Feryn NV (Petició de decisió prejudicial plantejada pel Arbeidshof et Brussel)<sup>81</sup>. Té el seu origen en el marc del litigi entaulat pel Centre per a la Igualtat d'Oportunitats belga contra la societat mercantil F.F.NV arran de les manifestacions abocades en mitjans de comunicació públics per un dels administradors, en les que afirmava que la seva empresa no desitjava contractar a persones "estrangeres" (l'empresa en qüestió es dedica a la venda i la instal·lació de portes basculants i seccionar-les en cases particulars, i la causa que esgrimia l'administrador per afirmar l'execució de tal política de contractació respecte als treballadors estrangers eren les reticències de la clientela a permetre'ls accedir al seu domicili privat durant l'execució del treball) <sup>82</sup>. Concretament, el Arbeidshof et Brussel va sol·licitar al Tribunal de Justícia una resolució prejudicial sobre la interpretació de la Directiva 2000/43/CE del Consell, de 29 de juny de 2000, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte de les persones independentment del seu origen racial o ètnic, respecte del litigi entre una entitat cuyo objecte és la promoció de la igualtat de

<sup>78</sup> Apartat 6è del Vot particular formulat pel Magistrat Juliol Diego González Campos (ibid, p. 23).

<sup>79</sup> Cf. Memoria de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado (2007) (*BIMJ*, junio 2008, p. 80).

<sup>80</sup> En tot cas, a manera d'exemple, cap al·ludir a la STJCE (Sala Cinquena) de 12 setembre de 1996. Assumpte C-278/94, Comissió de les Comunitats Europees contra Regne de Bèlgica, en aquest cas, s'afirma que estan prohibides aquestes pràctiques no tan sol en relació amb els estrangers comunitaris, sinó també als extracomunitaris amb residència legal. En l'assumpte, al supeditar la concessió dels subsidis d'espera pagats als joves treballadors a la recerca de la seva primera ocupació, al requisit que els interessats hagin acabat els seus estudis secundaris en un centre docent subvencionat o reconegut per ell, això implica que un Estat membre estableix un requisit que pot ser complert més fàcilment pels fills dels seus nacionals que pels d'un nacional d'un altre Estat membre. Al tractar-se d'un avantatge social a la qual poden aspirar els membres de la família d'un treballador emigrant, l'esmentat requisit, que és semblant a un requisit de residència prèvia, constitueix una forma encoberta de discriminació contra els fills de l'esmentat treballador, contrària al principi d'igualtat de tracte que estableixen l'article 48 del Tractat. Tot això malgrat que s'aplic també als nacionals d'aquest Estat que acaben els seus estudis secundaris a l'estranger i sense que calgui demostrar que, en la pràctica, l'esmentat requisit afecta un percentatge considerablement més important de fills de treballadors emigrants que de fills de nacionals.

<sup>81</sup> Diari La Llei, núm. 7046, Secció Jurisprudència, de 31 d'octubre de 2008. Ponent: Bonichot, Jean-Claude. En aquesta decisió s'examinen algunes disposicions incloses en la Directiva 2000/43/CE en relació amb els criteris discriminatoris de selecció de personal, i s'aborda la qüestió relativa a la càrrega de la prova i les sancions de l'esmentada conducta.

<sup>82</sup> Vinya. Conclusions presentades el 12 de març de 2008. Advocat General Sr. Poiaras Maduro.



tracte i un ocupador que, segons s'afirma, havia manifestat que no contractaria a persones d'origen marroquí. El Tribunal passa a valorar si les “declaracions públiques” de l'ocupador suposen discriminació (partint de la base que no s'ha produït cap denúncia específica en tal sentit per un dels possibles treballadors afectats) conforme a allò disposat en la Directiva 2000/43/CE. Finalment, el TJCE resol que “el fet que un ocupador declari públicament que no contractarà a treballadors de determinat origen ètnic o racial constitueix una discriminació directa en la contractació en el sentit de l'article 2, apartat 2, lletra a) de la Directiva 2000/43, ja que declaracions d'aquesta classe poden dissuadir fermament a determinats candidats de sol·licitar l'ocupació i per tant el seu accés al mercat de treball”. En aquest sentit, en la seva decisió final la Sala 2a del TJCE declara literalment que:

1. El fet que un ocupador declari públicament que no contractarà a treballadors de determinat origen ètnic o racial constitueix una discriminació directa en la contractació, en el sentit de l'article 2, apartat 2, lletra a), de la Directiva 2000/43/CE del Consell, de 29 de juny de 2000, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte de les persones independentment del seu origen racial o ètnic, ja que declaracions d'aquesta classe poden dissuadir fermament a determinats candidats de sol·licitar l'ocupació i per tant dificultar el seu accés al mercat de treball. 2) Les declaracions públiques mitjançant les que un ocupador dóna a conèixer que, en el marc de la seva política de contractació, no utilitzarà a treballadors de determinat origen ètnic o racial basten per presumir l'existència d'una política de contractació directament discriminatòria, en el sentit de l'article 8, apartat 1, de la Directiva 2000/43. Incumbeix en aquest cas a aquest ocupador provar que no s'ha vulnerat el principi d'igualtat de tracte. Pot fer-ho demostrant que la pràctica real de contractació de la seva empresa no correspon a aquestes declaracions. Competeix al tribunal remitent verificar que els fets imputats a aquest ocupador estan demostrats, i apreciar si són suficients els elements que l'esmentat ocupador aporti en suport de les seves afirmacions que no ha vulnerat el principi d'igualtat de tracte. 3) L'article 15 de la Directiva 2000/43 exigeix que el règim de les sancions aplicables a les infraccions de les disposicions nacionals establertes per a l'adaptació a l'esmentada Directiva quan no hagi víctima identificable sigui també efectiu, proporcionat i dissuasori” (<sup>83</sup>).

Per al TJCE, en definitiva, existeix una discriminació directa en la contractació per l'origen ètnic o racial del treballador que vulnera el principi d'igualtat de tracte; per tant, considera discriminatori que les empreses declari que no contracten estrangers encara que no hi hagi una denúncia d'alguna persona, les meres declaracions d'una companyia que afirmi que no utilitza a treballadors de determinada ètnia o país constitueix, per tant, una “discriminació directa”.

Des de la nostra perspectiva, amb aquesta decisió es posa de manifest que la Directiva 2000/43/CE del Consell, de 29 de juny de 2000, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte de les persones independentment del seu origen racial o ètnic (<sup>84</sup>) té com a missió eliminar les diferències de tracte per raó de nacionalitat. El

<sup>83</sup> *Diario La Ley*, núm. 7046, Sección Jurisprudencia, de 31 de octubre de 2008.

<sup>84</sup> DOTZE L, núm. 180, 19-VII-2000, pp. 22-26. Sobre la seva aplicació: Vinya. M. Requena Casanova, “L'aplicació de la Directiva 2000/43 del Consell, de 29 de juny, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte de les persones independentment del seu origen racial o ètnic als nacionals de tercers Estats: un pas cap endavant en la seva integració a la UE”, *La Unió Europea davant el segle XXI: els reptes de Niça*, Actes de les XIX Jornades 2001 de la AEPDIRI, Madrid, BOE, 2003. Ara bé, a nivell oficial ha de ser examinat l'Informe de la Comissió al Consell i al Parlament Europeu. Aplicació de la Directiva 2000/43/CE, de 29 de juny de 2000, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte de les persones independentment del seu origen racial o



TJCE fa un pas a favor que la normativa comunitària destinada a eradicar discriminacions sense quedar subordinades al gaudi de la nacionalitat dels Estats membres; les seves normes, tenen un àmbit personal d'aplicació que també inclou, sense cap mena de dubte, als nacionals de països tercers. Per això, no aquesta de més apuntar que aquesta mateixa tendència hagi de ser presa en consideració a l'hora d'interpretar altres directives que tenen com finalitat una equiparació de tracte, com per exemple, la Directiva 2000/78/CE del Consell, relativa a la discriminació en l'ocupació basada en la religió, creences, discapacitat, edat o orientació sexual <sup>(85)</sup>, i la Directiva del Consell 2004/113/CE de 13 de desembre de 2004, per la qual s'aplica el principi d'igualtat de tracte entre homes i dones a l'accés a béns i serveis i el seu subministrament <sup>(86)</sup>. A aquestes, en un futur potser pròxim, caldrà afegir-hi una nova directiva, que s'aprovarà com a resultat de la proposta de Directiva del Consell per la qual s'aplica el principi d'igualtat de tracte entre les persones independentment de la seva religió o conviccions, discapacitat, edat o orientació sexual <sup>(87)</sup>.

En relació amb la Directiva 2000/43/CE del Consell, de 29 de juny de 2000, hem d'aturar-nos simplement esmentant alguns dels preceptes que ens semblen més importants en el tema que estem abordant, encara que no aprofundirem sobre el seu contingut <sup>(88)</sup>. En aquesta es donen certes definicions i es fixen els seus objectius. En l'art. 1, per delimitar el contingut es disposa que: "té per objecte establir un marc per lluitar contra la discriminació per motius d'origen racial o ètnic, amb la finalitat que s'aplic en els Estats membres el principi d'igualtat de tracte"; i en els arts. 2.2.a) i 3.º.a) s'estableix que: "existirà discriminació directa quan, per motius d'origen racial o ètnic, una persona sigui tractada de manera menys favorable del que sigui, hagi estat o vagi a ser tractada una altra en situació comparable"; i en l'art. 3.1.a) s'afegeix que: "les condicions d'accés a l'ocupació, a l'activitat per compte propi i a l'exercici professional, inclosos els criteris de selecció i les condicions de contractació i promoció, independentment de la branca d'activitat i en tots els nivells de la classificació professional"; segons el seu article 3, apartat 2, la mateixa Directiva no afecta a «la diferència de tracte per motius de nacionalitat". Els Estats membres estan obligats a complir amb aquests objectius com un mínim, per descomptat res no impedeix que en

---

ètnic (Comissió de les Comunitats Europees, Brussel·les, 30.10.2006; COM (2006) 643 final) i també la Resolució del Parlament Europeu, de 27 de setembre de 2007, sobre l'aplicació de la Directiva 2000/43/CE del Consell, de 29 de juny de 2000, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte de les persones independentment del seu origen racial o ètnic (2007/2094(INI)) (DOUE C, núm. 219E, 28-VIII-2008, pp. 317-324).

<sup>85</sup> DOCE L 303, 2-XII-2000, pp. 16-22.

<sup>86</sup> DOUE L núm. 373, 21-XII-2004, pp. 37-43. Segons allò disposat en el seu art. 17 "Els Estats membres adoptaran les mesures necessàries per donar compliment a allò disposat en la present Directiva com més tardar el 21 de desembre de 2007

<sup>87</sup> Vinya. Proposta de Directiva del Consell per la qual s'aplica el principi d'igualtat de tracte entre les persones independentment de la seva religió o conviccions, discapacitat, edat o orientació sexual (Comissió de les Comunitats Europees, Brussel·les, 2.7.2008; COM (2008) 426 final).

<sup>88</sup> Per a una anàlisi doctrinal profund d'aquesta Directiva, sense cap mena de dubte, han de ser consultats els treballs de la Profa. F. Estéve García, "Igualtat i no discriminació racial després de la transposició a Espanya de la Directiva 2000/43", Notícies de la Unió Europea, núm. 267, 2007 (exemplar dedicat: Dret comunitari europeu i Dret espanyol), pp. 43-59; aneu, "Les directives europees contra la discriminació racial i la creació d'organismes especialitzats per promoure la igualtat. Anàlisi comparatiu de la seva transposició a Espanya i a França", Revista de dret constitucional europeu, núm. 10, juliol-desembre 2008 (<http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/05FrancinaEsteveGarcia.htm>).



els ordenaments interns s'adoptin o mantinguin normes més favorables per a la protecció del principi d'igualtat de tracte que les assenyalades (art. 6 de la Directiva). En tot cas, en virtut de l'art. 7.1, les autoritats estatals estan obligades a vetllar per l'existència de procediments judicials i administratius, i fins i tot, quan ho considerin oportú, procediments de conciliació, per exigir el compliment de les obligacions establertes amb arranament per la Directiva, per a totes les persones que es considerin perjudicades per la no aplicació, en el que a elles es refereix, del principi d'igualtat de tracte, fins i tot després de la conclusió de la relació en la qual suposadament s'ha produït la discriminació <sup>(89)</sup>. A més, s'introdueix el principi de la inversió de la prova, ja que en virtut de l'art. 8.1 "Els Estats membres adoptaran, d'acord amb el seu ordenament jurídic nacional, les mesures necessàries per garantir que correspongui a la part demandada demostrar que no hi ha hagut vulneració del principi d'igualtat de tracte quan una persona que es consideri perjudicada per la no aplicació, en el que a ella es refereix, de l'esmentat principi al·legui, davant un tribunal o un altre òrgan competent, fets que permetin presumir l'existència de discriminació directa o indirecta"; i, d'altra banda, en l'art. 15 s'atribueix als Estats membres la responsabilitat de determinar el règim de sancions aplicables, i puntualitza que les esmentades sancions podran incloure la indemnització a la víctima i hauran de ser «efectives, proporcionades i dissuasòries». Finalment, la imparcialitat de les actuacions estatals queda garantida sempre que es compleixi allò establert en l'art. 13 que: "1. Exigeix que els Estats membres designin un o més organismes responsables de la promoció de la igualtat de tracte. 2. Els Estats membres vetllaran perquè entre les competències d'aquests organismes figurin les següents: sense perjudici del dret de víctimes i associacions, organitzacions o altres persones jurídiques contemplades en l'apartat 2 de l'article 7, prestar assistència independent a les víctimes de discriminació a l'hora de tramitar les seves reclamacions per discriminació" <sup>(90)</sup>;

Les obligacions apuntades haurien d'haver estat incorporades en la seva totalitat al nostre país, si embargament, la transposició va ser feta amb poca transparència, ja que aquesta es va portar a terme mitjançant l'aprovació de la DÓNA 7a de la Llei 62/2003, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, en relació amb el principi d'igualtat recull expressament la no afectació de la legislació d'estrangeria. En concret, en la disposició al·ludida s'estableix que: "Allò disposat en el Capítol III «Mesures per a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte», del Títol II de la present Llei s'entén sense perjudici de la regulació establerta quant a l'entrada, permanència, treball i establiment dels estrangers a Espanya a la Llei Orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, modificada per la Llei Orgànica 8/2000, de 22 de desembre" <sup>(91)</sup>.

<sup>89</sup> I, en l'art. 7.2 es disposa expressament que: "Els Estats membres vetllaran perquè les associacions, organitzacions o altres persones jurídiques que, d'acord amb els criteris establerts en el Dret nacional, tinguin un interès legítim a vetllar pel compliment d'allò disposat en la present Directiva, puguin iniciar, en nom del demandant o en el seu suport, i amb la seva autorització, qualsevol procediment judicial o administratiu previst per exigir el compliment de les obligacions de la present Directiva".

<sup>90</sup> Vinya. Pregunta formulada pel Diputat do Gaspar Llamazares Trigo (GER-IU-ICV), sobre termini previst per crear el Consell per a la Promoció de la Igualtat de Tracte i no discriminació de les persones per l'origen racial o ètnic. Text: Termini previst pel Govern per crear el «Consell per a la Promoció de la Igualtat de Tracte i no discriminació de les persones per l'origen racial o ètnic» previst a l'article 33 de la Llei Orgànica 62/2003, «De Mesures fiscals, administratives i d'ordre social», que incorpora al nostre Dret la Directiva 43/2000 del Consell de la Unió Europea (Congrés dels Diputats, IX Legislatura, Sèrie D, núm. 110, 21 de novembre de 2008, p. 15).

<sup>91</sup> BOE, 31-XII-2003, pp. 46874-46992; quant a les crítiques a la transposició dolenta: Vinya. F. Estéve García, "Les directives europees contra la discriminació racial i la creació d'organismes especialitzats per promoure la igualtat. Anàlisi comparatiu de la seva transposició a Espanya i a França", Revista de dret constitucional europeu, núm. 10, juliol-desembre 2008, nota 25. En concret, s'al·ludeix als treballs de L. Cachón Rodríguez,





## **Aplicació del Conveni per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals, fet a Roma el 4 de novembre de 1950**

### **A) Preliminars**

Una repassada per la jurisprudència del Tribunal mostra que són abundants les reclamacions dels immigrants i que les seves demandes es declaren admissibles en molts casos <sup>(92)</sup>. Ara bé, ni la Convenció ni el Tribunal reconeixen en termes el principi

---

"Espanya i la Directiva 2000/43: de la "ocasió perduda" a una legislació general sobre igualtat de tracte", Temps de Pau, 2004, n.º. 73, pp. 13-22; J. de Déu Ramírez Heredia, "Algunes sospitoses absències en la transposició de la Directiva comunitària relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte de les persones independentment del seu origen racial o ètnic", Temps de Pau, 2004, núm. 73 pp. 23-37; i A.V. Sempere Navarro, "L'incorregible "Llei d'acompanyament" i el principi d'igualtat. A propòsit de la Llei 62/2003", Actualitat jurídica Aranzadi, núm. 608.

<sup>92</sup> Ara bé, en altres supòsits la decisió ha estat negatiu: a manera d'exemple, podem citar almenys quatre decisions. En primer lloc, la STEDH de 28 de maig de 1985. Demandes núm. 9214/1980, 9473/1981 i 9474/1981. Les ingerències dels poders públics, no existeixen. Davant l'al·legació de legislació d'immigració contrària a aquest precepte s'apunta l'absència d'obligació dels Governos de respectar l'elecció per parelles casades del país de la seva residència matrimonial i acceptar en tal Estat als cònjuges no nacionals: les demandants coneixien en el moment del seu matrimoni les dificultats existents perquè els seus marits poguessin establir-se al Regne Unit: no va haver "falta de respecte" a la vida familiar: violació inexistent; discriminació basada en la raça: les normes aplicables a tots els estrangers que pretenguessin entrar i establir-se al Regne Unit perseguen l'objectiu de frenar la "immigració primària" que procedia massivament dels països de la Nova Commonwealth i Pakistan: absència de caràcter racista de les normes: violació inexistent; discriminació basada en el naixement: només les ciutadanes del Regne Unit i les Colònies establertes al Regne Unit nascudes allà o un de cuyos pares ho hagués fet, podrien obtenir l'autorització d'establiment a favor del seu marit no nacional: el tracte especial atorgat a les persones cuyos vincles deriven del naixement en el seu territori gaudeix de justificació objectiva i raonable: violació inexistent (TEDH 1985\8). En tot cas, destacar que en aquesta decisió el TEDH si va donar la raó a les demandants en cuanto que existien diferències de tracte legislatiu: discriminació basada en el sexe: restricció per a les dones establertes a Regne Unit de la possibilitat d'obtenir per al seu cònjuge no nacional el permís d'entrada o permanència respecte als homes en la mateixa situació: la diferència al·legada pel Govern entre l'impacte dels homes i les dones al mercat de treball, no justifica la diferència de tracte: la tranquil·litat pública pretesa amb aquesta legislació no pot derivar-se de la distinció entre homes i dones: l'al·legació del Govern de tracte més generós a les dones i núvies d'homes establerts al Regne Unit que allò establert en el Conveni no és acceptable: existeix discriminació sempre que un individu o grup sigui tractat, sense justificació, menys favorablement que un altre: violació existent); en segon lloc, la STEDH de 28 novembre 1996. Demanda núm. 21702/1993. Demanda de ciutadà que posseeix les nacionalitats marroquina i holandesa i de ciutadà marroquí contra el Regne dels països Baixos presentada davant la Comissió el 23-2-1993, al denegar a un dels recurrents el permís de residència. Violació de l'art. 8 del Conveni: inexistència. Desestimació de la demanda. Concepte de vida familiar: la vida en comú no és una condició indispensable per a la vida familiar entre els pares i els fills menors: la relació que un matrimoni legal i real crea entre els cònjuges deu qualificar-se com vida familiar: un nen nascut de l'esmentada unió forma part de ple dret d'aquesta relació: pel mer fet del seu naixement, existeix entre ell i els seus pares, fins i tot si aquests no conviuen a l'assaonament, un llaç que suposa una vida familiar; Ingerències dels poders públics: denegació a ciutadà marroquí, fill de ciutadà que posseeix les nacionalitats marroquina i holandesa de permís de residència: l'art. 8 no garanteix el dret a elegir el mig més apropiat per desenvolupar una vida familiar: existència d'un equilibri just entre els interessos en joc: proporció entre els mitjans utilitzats i la legítima finalitat que es pretenia al controlar l'entrada dels estrangers sobre el territori holandès: violació inexistent (TEDH 1996\64); en tercer lloc, la STEDH (Secció 3ª) de 10 juliol 2003. Demanda núm. 53441/1999. Demanda de ciutadà algerià contra la República de França presentada davant el Tribunal el 06-06-1999, per condemna de prohibició d'estada en territori francès durant deu anys. Violació de l'art. 8 del Conveni: inexistència: desestimació de la demanda. Ingerències dels poders públics: límits: «necessaris en una societat democràtica»: estrangers: prohibició d'estada en territori francès durant deu anys a ciutadà algerià arribat a França amb 5 anys d'edat: condemna per tinença il·lícita, transport i adquisició de resina de canabis: absència de llaços especials de dependència: mesura proporcionada: violació inexistent (JUR 2004\73093); i finalment, la STEDH (Secció 3ª) de 10 abril 2003. Demanda núm. 53470/1999. Demanda de ciutadà algerià contra la República francesa presentada davant la Comissió el 23-11-1999, per no haver pres les mesures adequades per reparar la ingerència en la seva vida privada i familiar després de condemna de prohibició d'estada en territori nacional. Violació de l'art. 8 del Conveni: inexistència: desestimació de la demanda. Ingerències dels poders públics: àmbit: estrangers: mesura d'allunyament del demandant declarada incompatible amb l'art. 8 del Conveni: retard en la concessió de visat especial per part de les autoritats franceses de tres mesos i mig des de la seva sol·licitud: esforços raonables i suficients per facilitar el retorn del demandant: violació inexistent; Concessió de permisos de residència i de treball des del seu retorn a França: correspon a les autoritats internes escollir els mitjans per complir amb les obligacions del Conveni: improcedència de reivindicar un estatut especial per al demandant: violació inexistent (JUR 2004\73104).





el dret a l'emigració, però sí que exigeixen garanties processals per a les expulsions; i declaren contràries a la Convenció aquelles que atemptin contra el Dret al respecte de la vida privada i familiar que reconeix l'art. 8 del Conveni <sup>(93)</sup>.

En relació amb el Conveni per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals, més conegut com a Conveni de Roma de 1950 hem de destacar diversos preceptes, entre ells, l'art. 8, que recull el Dret al respecte a la vida privada i familiar, a l'establir que: "1. Tota persona té dret al respecte de la seva vida privada i familiar, del seu domicili i de la seva correspondència. 2. No podrà haver ingerència de l'autoritat pública en l'exercici d'aquest dret, sinó quan aquesta ingerència estigui prevista per la llei i constitueixi una mesura que, en una societat democràtica, calgui per a la seguretat nacional, la seguretat pública, el benestar econòmic del país, la defensa de l'ordre i la prevenció del delictes, la protecció de la salut o de la moral, o la protecció dels drets i les llibertats dels altres"<sup>94</sup>. També deu retenir-se l'art. 13 que imposa el dret a un recurs efectiu, al disposar que: "Tota persona de la que drets i llibertats reconeguts en el present Conveni hagin estat violats té dret a la concessió d'un recurs efectiu davant una instància nacional, fins i tot quan la violació hagi estat comesa per persones que actuïn en l'exercici de les seves funcions oficials. Finalment, l'art. 14 que prohibeix tota discriminació, en concret, assenyala que: "L'exercici dels drets i llibertats reconeguts en el present Conveni ha de ser assegurat sense cap distinció, especialment per raons de sexe, raça, color, llengua, religió, opinions polítiques o altres, origen nacional o social, pertinença a una minoria nacional, fortuna, naixement o qualsevol altra situació".

La importància d'aquesta disposició radica en el fet que el Tribunal ha interpretat l'article 8 d'una manera tal que permet la protecció contra l'expulsió i permet la reunificació dels membres de la família de no nacionals que es troben permanentment establerts en un Estat part del Conveni Europeu. Aquesta interpretació de l'article 8 podria en alguns casos resultar útil per aconseguir la reunificació familiar, que fins i tot, resulta aplicable als refugiats així com les persones cobertes per la protecció temporal i altres formes subsidiàries de protecció<sup>95</sup>; no obstant això, ha de destacar-se que

<sup>93</sup> Cf. J.A. Pastor Ridruejo, "Los derechos de los emigrantes en el sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos", *Migraciones y desarrollo: II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales, Montevideo, 25, 26 y 27 de octubre de 2006*/coord. por Francisco Aldecoa Luzárraga, José Manuel Sobrino Heredia, 2007, p. 33.

<sup>94</sup> Vinya. E. López Barba i D. García San José, "El dret de reagrupació familiar en el nou règim jurídic de la immigració a Espanya a la llum de les obligacions internacionals assumides en el Conveni Europeu de Drets Humans: una anàlisi crític", *Revista del Poder Judicial*, núm. 64, 2001, pp. 43-82; P. Santolaya Machetti, "Dret a la vida privada i familiar: un contingut notablement ampliat del dret a la intimitat (art. 8 CEDH)", J. García Roca i P. Santolaya Machetti (Coords.), *L'Europa dels Drets. El Conveni Europeu de Drets Humans*, Madrid, Centre d'Estudis Polítics i Constitucionals, 2005, pp. 487-508.

<sup>95</sup> També s'han examinat qüestions específiques d'asil. Per descomptat, no podem deixar d'assenyalar que en algunes de les seves últimes decisions el Tribunal d'Estrasburg ha estat especialment sever i restrictiu. A manera d'exemple, la decisió de la STEDH de 27 de maig de 2008, en el que ratifica la denegació d'asil a una malalta de Sida (TEDH 2008\34). El TEDH en l'assumpte N. c. Regne Unit (nº de demanda 26565/05), dona una resposta negativa a la sol·licitud feta per la demandant, de nacionalitat ugandesa, va arribar a Regne Unit en 1998 i va sol·licitar l'asil d'acord que al seu país havia estat violada i maltractada pel Moviment Nacional de Resistència. A més, es trobava greument malalta, havent-li estat diagnosticat SIDA en fase molt avançada. La Secretaria d'Estat de Regne Unit, encarregada de revisar la seva petició, se la va acabar denegant, sobre la base que no existien evidències aparents de ser buscada per les autoritats del seu país d'origen i postulant que el tractament al qual estava sent sotmesa, era possible continuar-ho a Uganda, ja que existien els mitjans necessaris i diversos programes de Nacions Unides s'encarregaven del finançament i distribució dels medicaments. Després de diverses apel·lacions, totes negatives, la demandant es va dirigir al TEDH al·legant la violació de l'article 3 del Conveni europeu de Drets Humans (prohibició d'un tracte inhumà o degradant). El TEDH, reunit en Gran Sala, ha estimat, per catorze vots a tres, que no existeix violació de l'article 3 si el Regne



respecte a aquests últims, a vegades en ser enfocades des de l'àmbit de la reunificació familiar –involucrant temes d'immigració, el Tribunal ha adoptat una tesi restrictiva de l'esmentat precepte<sup>96</sup>. Així doncs, en aquests casos, podria ser més convenient aconsellar a aquestes persones que iniciïn el procediment davant el Tribunal, demostrant precisament que el retorn al seu país d'origen resulta impossible. Ja que, es podria recolzar en el fet que refugiats ja reconeguts, així com altres persones en necessitat de protecció internacional que viuen en un Estat part del Conveni Europeu, certament no passarien – per al seu benefici – l'examen de retornabilitat al seu país d'origen que és aplicat pel Tribunal en tals casos. Per tant, si una petició de reunificació familiar és rebutjada per les autoritats nacionals.

## **B) Reunificació familiar d'acord amb l'article 8 del Conveni Europeu**

La possibilitat d'invocar l'article 8 del Conveni Europeu en casos de reunificació familiar pot resultar d'utilitat per als nacionals de tercers països. En els Estats que la reagrupació familiar d'aquest tipus d'estrangers és regulada de manera restrictiva, la seva denegació pot considerar-se com una interferència al dret d'una vida en família.

Els casos que es troben en aquesta categoria resulten difícils d'argumentar, ja que involucren assumptes d'immigració. En aquest sentit, el Tribunal té present que "(...) els Estats tenen el dret, com un element ben establert en el dret internacional i subjecte a les seves obligacions convencionals, de controlar l'entrada de persones d'altres nacionalitats en el seu territori". El Tribunal ha establert condicions estrictes per a l'aplicació de l'article 8 en tals situacions. Essencialment, el Tribunal busca determinar si la família no pot tornar a viure al seu país d'origen amb els altres membres de la família que intenten venir a l'Estat part del Conveni Europeu. Aquest examen de retornabilitat ("returnability") és aplicat sistemàticament. Si s'arriba a establir que la família sencera pot reunir-se al país d'origen, el Tribunal no trobaria una violació de l'article 8. Així, en el cas de Abdulaziz, Cabales i Balkandali contra el Regne Unit (STEDHU de 28 de maig de 1985), el Tribunal va afirmar que: "el deure imposat per l'article 8 no es pot considerar com ampliador de l'obligació general dels Estats contractants de respectar l'elecció de les parelles casades del seu país de

---

Unit acaba optant per l'extradició de la demandant a Uganda. En la decisió, es diu textualment: "1. Declaris, unanimously, the application admissible; 2. Holds by fourteen votis to three that there would be no violation of Article 3 of the Convention in the vent of the applicant being removeu to Uganda; 3. Holds by fourteen votis to three that it is not necessary to examini the complaint under Article 8 of the Convention".

<sup>96</sup> Aquesta línia es posa de manifest respecte a la denegació de les sol·licituds de reagrupació familiar fetes per persones sota amb estatus de protecció temporal o subsidiària. Així, s'han posat de manifest en el cas Gül contra Països Baixos, relatiu a un nacional de Turquia que vivia a Suïssa amb un permís de residència atorgat per raons humanitàries, el Tribunal va trobar que el denegar la reunificació familiar amb el nen que havia permanecido a Turquia no constituïa una violació de l'article 8. "Encara que el senyor i la senyora Gül es troben residint legalment a Suïssa, ells no tenen un dret permanent de residència, ja que no compten amb un permís d'establiment, sinó com un simple permís de domiciliar-se al país per raons humanitàries, el qual pot ser revocat i, a més, no atorga, sota la legislació suïssa, el dret a la reunificació familiar". No obstant això, els fets del cas revelen que la petició del sol·licitant d'asil havia estat rebutjada en primera instància per les autoritats suïsses i que, després de l'emissió del permís de residència per raons humanitàries, ell es trasllat almenys dues vegades a Turquia per visitar al seu fill. En conseqüència, el Tribunal va decidir que: "(...) encara que reconeix que la situació de la família Gul és sumament difícils del punt de vista humà, el Tribunal troba que Suïssa no ha incomplert la seva obligació derivada de l'article 8, párr. 1 i, per això, no hi ha hagut interferència en la vida familiar del demandant en el sentit de l'esmentat article" (párr. 43).



residència marital i acceptar als marits d'una altra nacionalitat per establir-se en aquest país" <sup>(97)</sup>. El Tribunal fins i tot ha aplicat aquesta mateixa tesi a demandants que gaudien de la ciutadania de l'Estat part involucrat. Així, en el cas de Ahmut contra Països Baixos (STEDHU de 28 de novembre de 1996), un doble nacional (marroquí/holandès) intentava portar al seu fill des del Marroc, el Tribunal va sostenir que: "A més de gaudir de la nacionalitat holandesa des de febrer de 1990, Salah Ahmut ha retingut la seva nacionalitat original marroquí (...). En conseqüència, sembla que a Salah Ahmut no se li pot impedir el mantenir el grau de vida familiar al qual ha optat a l'haver-se mudat als Països Baixos en primer terme, així com tampoc existeix cap obstacle per al seu retorn al Marroc" <sup>(98)</sup>.

Aquesta jurisprudència de caràcter restrictiu va ser d'alguna manera atenuada amb la decisió en el cas Sen contra Països Baixos, STEDH (Secció 3<sup>a</sup>) de 21 de desembre de 2001, en el qual el Tribunal va decidir que la denegatòria de permetre a una nena turca unir-se als seus pares, els qui residien legalment a Països Baixos, va constituir una violació de l'article 8 del Conveni Europeu <sup>(99)</sup>. Davant el Tribunal, la posició de les autoritats holandeses va ser que sí existia una vida familiar entre la nena i els seus pares, però que no obstant això la família no tenia impossibilitats de reunificar-se al país d'origen. Encara més, l'Estat demandat va al·legar que no tenia al seu càrrec obligacions positives en aquest cas, ja que la nena no depenia dels seus pares per al manteniment i educació. En aquest cas, el Tribunal va observar grans obstacles per al retorn de tota la família a Turquia. Va estimar que, a més de posseir un permís de residència de llarga durada, els pares havien viscut als països Baixos durant molts anys. Encara més, ells tenien altres dos fills que havien nascut a aquest país i que van créixer en un ambient cultural holandès. En aquestes circumstàncies, el Tribunal va considerar que permetre l'ingrés de la filla tercera als països Baixos era l'única manera de desenvolupar una vida en família, especialment a causa de la seva curta edat i la seva necessitat d'integrar la unitat familiar natural. Per al Tribunal, les autoritats holandeses fallàren al equilibrar els interessos dels demandants i els seus propis interessos a controlar la immigració. Aquesta decisió demostra que per al Tribunal declarar una violació de l'article 8 del Conveni, ha de realitzar una anàlisi detallat de la situació del demandant. En el present cas, amb el propòsit de determinar si la família podia o no tornar al país d'origen per reunir-se amb la seva filla, el Tribunal va examinar: la durada de la permanència de la família al país, l'edat i l'afecció cultural dels nens, l'edat del filla que permaneció al país d'origen, el tipus de permís de residència que tenia la família, etc. Aquesta sentència coincideix amb les decisions més liberals de l'antiga Comissió Europea de Drets Humans sobre aquesta matèria.

### **C) Doctrina del STEDH: no expulsió dels nacionals de tercers països**

Les decisions en aquest cas són múltiples, així a manera d'exemple, en les següents: la STEDH de 21 de juny de 1988. Demanda núm. 10730/1984, ciutadà marroquí contra el Regne dels països Baixos respecte a la denegació d'un nou permís de residència i consegüent mesura d'expulsió després del seu divorci d'una ciutadana

<sup>97</sup> Paràgraf 68 (TEDH 1985\8).

<sup>98</sup> Parágrafo 70 (TEDH 1996\64). Aquesta jurisprudència també ha estat aplicada en casos que els demandants tenien, de manera exclusiva, la nacionalitat de l'Estat part en qüestió. En el cas de Joseph William Kwakye- Nit i Akua Dufie contra Països Baixos, relatiu a persones de nacionalitat holandesa que intentaven portar els seus fills des de Ghana, el Tribunal va estar d'acord amb l'Estat demandat que, fins i tot considerant que el demandant havia obtingut la ciutadania holandesa i, en conseqüència, havia perdut la nacionalitat de Ghana, res els impedia continuar la seva vida en família en aquest últim país.

<sup>99</sup> TEDH 2001\887.



holandesa, d'aquest matrimoni existia una filla<sup>100</sup>, STEDH de 26 de març de 1992. Demanda núm. 12083/1986, ciutadà algerià contra la República Francesa, no cap l'expulsió per comissió continuada de delictes per pertorbació greu de la seva vida familiar<sup>101</sup>, STEDH (Secció 1<sup>a</sup>) d'11 de juliol de 2000. Demanda núm. 29192/1995, en la que un ciutadà turc contra el Regne dels països Baixos per la denegació d'un nou permís de residència i consegüent mesura d'expulsió després del seu divorci, d'aquest matrimoni existia un fill, on s'assenyala que la vida en comú no és una condició indispensable per a la vida familiar entre els pares i els fills menors. Es confirma que el dret a una vida familiar, entre un fill i els seus pares, fins i tot encara que aquests no convisquin, es té pel mer fet del seu naixement<sup>102</sup>, STEDH (Secció 2<sup>a</sup>) de 2 d'agost de 2001. Demanda núm. 54273/2000, que aborda la denegació a ciutadà algerià, casat amb una ciutadana suïssa de renovació del permís de residència a Suïssa, després de ser condemnat per delictes de robatori i tinença il·lícita d'armes, mesura que estenia a la defensa de l'ordre i la prevenció dels delictes, no obstant això era incompatible amb portar una vida familiar en qualsevol altre país<sup>103</sup>, STEDH (Secció 3<sup>a</sup>) de 17 d'abril de 2003. Demanda núm. 52853/1999, presentada per un jove ciutadà turc, nascut a territori alemany on resideix tota la seva família, anava a néixer el seu fill i gaudia de permís de residència il·limitat turc a la República Federal d'Alemanya per desproporció

<sup>100</sup>

<sup>101</sup>

<sup>102</sup> TEDH 2000\150. Ciliz contra els Països Baixos, núm. 29192/95. Fets: El demandant, Mehmet Ciliz, era un nacional de Turquia qui va arribar als països Baixos en 1988 i va contraure matrimoni amb una dona de la seva mateixa nacionalitat un any després. El senyor Ciliz va obtenir un permís de residència indefinit arran del seu matrimoni. Quan la parella, que per llavors tenia un fill, es va separar i després es va divorciar, el permís del demandant va ser cancel·lat i, en el seu lloc, va obtenir un permís de residència per un any el qual li permetia treballar als països Baixos. El demandant va fer intent d'obtenir un règim de visites al seu fill, raó per la qual va sol·licitar una prolongació del seu permís de residència. No obstant això, mentre aquest procediment es desenvolupava, el senyor Ciliz va ser expulsat el novembre de 1995. Entre els fonaments es destaquen: El demandant va al·legar que la denegació del permís de residència per part de les autoritats holandeses va infringir l'article 8 del Conveni Europeu. En el seu escrit va argumentar que la seva expulsió i les decisions adoptades posteriorment per les autoritats van constituir una ingerència en el seu dret al respecte de la vida familiar amb el seu fill. El Tribunal va estimar que la relació natural de família existent entre pares i fills fruits d'una relació matrimonial no cessa per motiu que els pares se separin o divorciïn, i el fill deixi de conviure amb un d'ells. En el cas particular, la Cort va observar que després del divorci, els pares no sostenien una bona relació e, inicialment, el pare no va intentar establir contacte amb el seu fill. Per això, el Tribunal va considerar que "els esdeveniments subsequents a la separació del demandant amb la seva dona no van constituir circumstàncies excepcionals capaços de trencar els llaços de 'vida familiar' entre el demandant i el seu fill" (paràgraf 60). Seguidament, el Tribunal va valorar si el cas involucrava una "ingerència" dels països Baixos amb l'exercici del dret del demandant al respecte de la "vida familiar" o la falta de compliment d'una obligació positiva. Sobre això, va trobar que la decisió de no permetre al demandant la seva residència en l'esmentat país, així com la seva posterior expulsió, van impedir que s'examinés la sol·licitud formal de visites que havia plantejat. Per això, el Tribunal va estimar que estava enfront de "un cas que involucrava una al·legació de 'ingerència' amb el dret del demandant al respecte de la 'vida en família'" (pàrr. 62). Així mateix, el Tribunal va trobar que aquesta ingerència es trobava "prevista per la llei" i resultava legítima en els termes de l'article 8.2 del Conveni. Quant a si resultava "necessària en una societat democràtica", el Tribunal va opinar que: Les autoritats no només van perjudicar el resultat dels procediments relatius a la qüestió de les visites a l'executar l'expulsió del demandant en el moment en què ho van fer, sinó que, encara més important, li van denegar al demandant tota possibilitat d'involucrar-se significativament en els esmentats tràmits, en els quals la seva disponibilitat per participar en audiències resultava essencial...Les autoritats, al no coordinar la conducció dels processos concernents als drets de família del demandant, no va actuar d'una manera que fes possible el desenvolupament d'aquest tipus de llaços (pàrr. 71). En suma, el Tribunal va estimar que "el procés d'adjudicació relatiu als processos d'expulsió del demandant i del règim de visites no va brindar la deguda protecció als interessos del demandant, d'acord amb l'article 8" (pàrr. 72).

<sup>103</sup> TEDH 2001\502. Demanda de ciutadà algerià contra Suïssa presentada davant la Comissió el 14-01-2000, al·legant que la denegació de la renovació del permís de residència, vulnera el seu dret al respecte de la seva vida privada, al separar-le de la seva dona, ciutadana suïssa. Violació de l'art. 8 del Conveni: existència: estimació de la demanda. Ingerències dels poders públics: denegació a ciutadà algerià, casat amb una ciutadana suïssa de renovació del permís de residència a Suïssa, després de ser condemnat per delictes de robatori i tinença il·lícita d'armes: mesura que estenia a la defensa de l'ordre i la prevenció dels delictes: irreprotxable conducta a la presó, beneficiant-se d'un alliberament anticipada: dificultats per portar una vida familiar en qualsevol altre país. Ingerència no proporcionada al fi perseguit.





de la prohibició il·limitada d'entrada en el territori alemany<sup>104</sup>, STEDH (Secció 1<sup>a</sup>) de 22 d'abril de 2004. Demanda núm. 42703/1998, ciutadà de Sèrbia i Montenegro expulsat per delictes de robatori amb agreujant comès sent menor d'edat i sense antecedents penals contra la República d'Àustria. L'esmentada mesura, pels vincles familiars i socials amb el país d'acollida, constitueix una mesura excessivament rigorosa<sup>105</sup>, STEDH (Secció 3<sup>a</sup>) de 27 d'octubre de 2005. Demanda núm. 32231/2002. Expulsió indefinida de ciutadà turc, establert a Alemanya, on gaudia d'un permís de residència permanent i resideix la seva família no és proporcionada tenint en compte les seves circumstàncies personals, el delictes pel qual se li expulsa i la dificultat dels seus fills per seguir-lo a Turquia<sup>106</sup>, STEDH (Secció 5<sup>a</sup>) d'11 de gener de 2007. Demanda núm. 61259/2000, ciutadà jordà casat amb búlgara i pare de tres fills tots ells ressentits a Bulgària<sup>107</sup>, STEDH (Secció 1<sup>a</sup>) de 22 de març de 2007. Demanda núm. 1638/2003. Demanda de ciutadà búlgar contra la República d'Àustria, expulsió d'estrangers: prohibició de residència durant deu anys a Àustria i posterior expulsió a Bulgària a menor immigrant de segona generació, arribat a una edat molt primerenca, a causa dels delictes comesos: naturalesa menor dels delictes que han de ser qualificats de delinqüència juvenil no violenta: bona conducta després de la seva posada en llibertat tot esperant expulsió, mitigant amb això el temor de les autoritats que constituís el demandant un perill per a l'ordre i la seguretat pública<sup>108</sup>; i, finalment, la STEDH (Secció 5<sup>a</sup>) de 24 d'abril de 2008. Demanda núm. 1365/2007. Demanda de ciutadà turc

<sup>104</sup> TEDH 2003\18. Demanda de ciutadà turc contra la República Federal d'Alemanya presentada davant el Tribunal l'11-10-1999, per ingerència en la seva vida privada i familiar a l'haver estat expulsat del territori alemany, on gaudia d'un permís de residència il·limitat. Violació de l'art. 8 del Conveni: existència: estimació de la demanda. Estrangers: expulsions: necessàries en una societat democràtica: decisions contràries art. 8.1 del Conveni: exigència de justificació per necessitat social imperiosa i proporcionals al fi legítim perseguit. Ingerències dels poders públics a l'expulsar al jove ciutadà turc, nascut a territori alemany on resideix tota la seva família, anava a néixer el seu fill i gaudia de permís de residència il·limitat: desproporció de la prohibició il·limitada d'entrada en el territori alemany tenint en compte les seves circumstàncies personals, el delictes pel qual se li expulsa i l'absència de vincles estrets amb Turquia.

<sup>105</sup> TEDH 2004\29. Demanda de ciutadà de Sèrbia i Montenegro contra la República d'Àustria, presentada davant la Comissió el 09-07-1998 per la mesura de prohibició definitiva de residència en el territori nacional dictada en actes per delictes de robatori amb agreujant. Violació de l'art. 8 del Conveni: existència: estimació de la demanda. Ingerència dels poders públics: alcance: ordre públic: prerrogativa dels Estats contractants de controlar, en virtut d'un principi internacional establert i sense perjudici dels compromisos que deriven dels tractats, l'entrada i estada dels no nacionals; Mesures necessàries en una societat democràtica: prohibició de residència il·limitada: expulsió de ciutadà de Sèrbia i Montenegro per delictes de robatori amb agreujant comès sent menor d'edat i sense antecedents penals: existència de vincles familiars i socials amb el país d'acollida: mesura excessivament rigorosa i desproporcionada.

<sup>106</sup> JUR 2005\268821. Demanda de ciutadà turc contra la República Federal d'Alemanya presentada davant el Tribunal el 27-08-2002, per ingerència a la seva vida privada i familiar a l'haver estat expulsat del territori alemany, on gaudia d'un permís de residència permanent. Violació de l'art. 8 del Conveni: existència: estimació de la demanda. Ingerències dels poders públics: expulsió d'estrangers: expulsió indefinida de ciutadà turc, establert a Alemanya, on gaudia d'un permís de residència permanent i resideix la seva família: desproporció de la mesura tenint en compte els seves circumstàncies personals, el delictes pel qual és li expulsa i la dificultat dels seus fills per seguir-lo a Turquia.

<sup>107</sup> JUR 2007\6919.

<sup>108</sup> TEDH 2007\21. Demanda de ciutadà búlgar contra la República d'Àustria presentada davant el Tribunal el 20-12-2002, per la mesura de prohibició de residència durant deu anys i expulsió del país imposada per la comissió de delictes. Violació de l'art. 8 del Conveni: existència: estimació de la demanda. Vida privada i familiar: alcance: expulsió d'estrangers: prerrogativa de l'Estat a assegurar l'ordre públic: control de la seva entrada i estada; Ingerències dels poders públics: expulsió d'estrangers: prohibició de residència durant deu anys a Àustria i posterior expulsió a Bulgària a menor immigrant de segona generació, arribat a molt primerenca edat, a causa dels delictes comesos: naturalesa menor dels delictes que han de ser qualificats de delinqüència juvenil no violenta: bona conducta després de la seva posada en llibertat tot esperant expulsió, mitigant amb això el temor de les autoritats que constituís el demandant un perill per a l'ordre i la seguretat pública: mesura desproporcionada: violació existent.





i ciutadanes búlgares contra la República de Bulgària, sobre l'equilibri degut entre la seguretat nacional i el dret dels demandants<sup>109</sup>.

Els Estats Contractants tenen la facultat d'expulsar a un estranger delinqüent, havent entrat i residint legalment en el seu territori, quan assumeixen la seva missió de mantenir l'ordre públic. En conclusió, de l'anàlisi de les decisions que hem inclòs en aquest treball podem arribar a dir que els principis generals que es desprenen són els següents: d'un costat, que els Estats tenen dret, sense perjudici dels seus compromisos derivats dels tractats, a controlar l'entrada d'estrangers en el seu territori<sup>110</sup>.

Així doncs es pot afirmar clarament que el Conveni no garanteix a un estranger el dret d'entrar o residir en un país concret<sup>111</sup>. D'altra banda, l'art. 8 del Conveni tampoc confereix a qualsevol categoria d'estrangers un dret absolut de no expulsió, la jurisprudència del Tribunal, no obstant això, revela clarament que existeixen circumstàncies en les quals l'expulsió d'un estranger comporta la violació d'aquesta disposició, entre els arguments utilitzats pel TEDH es fer referència tres fonamentals: d'un costat, la durada de la seva residència al país del qual seria expulsat; segon lloc, la solidesa dels llaços socials, culturals i familiars amb el país d'acollida i amb el país de destí; i finalment, les seves decisions en la matèria, en la mesura en la qual atemptin contra un dret protegit per l'apartat 1 de l'article 8, deuen considerar-se necessàries en una societat democràtica, és a dir, estar justificades per una necessitat social imperiosa i, en concret, ser proporcionades al fi legítim perseguit<sup>112</sup>.

<sup>109</sup> TEDH 2008\27. Demanda de ciutadà turc i ciutadanes búlgares contra la República de Bulgària, presentada davant el Tribunal el 05-12-2006 per la ingerència en el dret al respecte a la vida privada i familiar que va suposar l'expulsió del primer demandant de Bulgària, per no haver disposat d'un recurs efectiu i per la falta de previsió legal i garanties de la mateixa. Violació dels arts. 8 i 13 del Conveni, així com de l'art. 1 del Protocol núm. 7 al Conveni: existència: estimació de la demanda. Ingerències dels poders públics: expulsió d'estrangers: deportació del demandant per presumpta implicació en tràfic il·legal d'estupefaents: falta d'argumentació fàctica que va impedir al demandant defensar adequadament la seva causa: procediment de revisió judicial purament formal: absència de garanties contra l'arbitrarietat de les autoritats: violació existent. Dret a un recurs efectiu. Àmbit: deportació: absència de recursos o comunicació a les autoritats competents independents dels motius de la mateixa: falta d'examen per les autoritats sobre l'equilibri degut entre la seguretat nacional i el dret dels demandants, així com del compliment dels límits a la ingerència.

<sup>110</sup> El Tribunal recorda d'entrada que el Conveni no garanteix, com a tal, el dret a entrar o residir en un Estat del qual no s'és ciutadà i que els Estats Contractants tenen, en virtut d'un principi general de Dret internacional i sense perjudici dels compromisos que es deriven per a ells dels tractats, inclòs el Conveni, el dret a controlar l'entrada, l'estada i l'expulsió dels no ciutadans (Vinya. paràgraf 83 de la STEDH de 15 de novembre de 1996 (TEDH 1996\61), paràgraf 39 de la STEDH de 26 setembre 1997 (TEDH 1997\79); paràgraf 45 de la STEDH de 2 d'agost de 2001 (TEDH 2001\502) paràgraf 95 de la STEDH de 16 de juny de 2005 (TEDH 2005\67). Vinya. Nota 28; En canvi, si es permet l'entrada en la STEDH (Secció 1ª) de 5 octubre 2007. Demanda núm. 14139/2003. Llibertat de circulació i expulsió: límits: previstos per la llei: prohibició d'entrada i deportació a ciutadà turc cuyo permís de residència estava sent revisat: absència de decisió judicial: inexistència de base legal per a la mesura adoptada: violació existent JUR 2006\244343.

<sup>111</sup> En concret, en el paràgraf 67 in mori, s'afirma: "En particular, en la matèria ara considerada l'abast de l'obligació d'un Estat d'admetre en el seu territori a parents d'immigrants depèn de les singulars circumstàncies de l'interessat. A més, el Tribunal no pot oblidar que el present litigi es refereix no només a la vida familiar, sinó també a la immigració, i que, conforme a un principi de Dret internacional fermament establert, els Estats tenen el dret, sense perjudici dels compromisos que derivin dels Tractats, de controlar l'entrada dels no nacionals en el seu territori" (TEDH 1985\8).

<sup>112</sup> Ha de destacar-se, per ser una de les més recents i a més perquè inclou un resum de la jurisprudència seguida pel Tribunal d'Estrasburg, la STEDH (Secció 1ª) de 22 maig 2008. Demanda núm. 42034/2004. Demanda de ciutadà turc contra la Confederació Suïssa, presentada davant el Tribunal el 20-11-2004 per l'expulsió amb l'ordre de prohibició definitiva de residència en el territori nacional dictada després de la comissió de diversos delictes. Violació de l'art. 8 del Conveni: existència: estimació de la demanda. Ingerència dels poders públics: expulsió d'estrangers: prerrogativa de l'Estat a assegurar l'ordre públic: control de la seva



### Bibliografia:

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: "Nacionales de terceros países familiares de un ciudadano comunitario en el territorio de su propio Estado: ¿régimen de extranjería general o aplicación de la normativa comunitaria relativa a la libre circulación? (A propósito de la STJCE de 23 de septiembre de 2003)", A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 23-41.

AMNISTIA INTERNACIONAL.: *España: entre la desgana y la invisibilidad. Políticas del estado español en la lucha contra el racismo*" (Texto completo: [http://www.es.amnesty.org/uploads/media/Datos\\_y\\_Cifras\\_Racismo\\_Espana.pdf](http://www.es.amnesty.org/uploads/media/Datos_y_Cifras_Racismo_Espana.pdf))

BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>.A.: "Las directivas sobre aplicación del principio de igualdad de trato de las personas por razón de origen racial o étnico (2000/43) y por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (2000/78)", *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 21, 2003 (*Ejemplar dedicado a la Protección de los derechos fundamentales en el orden social*), pp. 285-388.

--: "El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, pp. 33-66.

BERISTAIN PIÑA, A.: "Inmigración y xenofobia ante instituciones culturales y religiosas", *La Ley*, núm. 5660, 21 de noviembre 2002.

CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: "España y la Directiva 2000/43: de la "ocasión perdida" a una legislación general sobre igualdad de trato", *Tiempo de Paz*, 2004, núm. 73, pp. 13-22.

--: *Bases sociales de los sucesos de Elche de septiembre de 2004. Crisis industrial, inmigración y xenofobia*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Observatorio Permanente de la Inmigración, 2006.

DE DIOS RAMÍREZ HEREDIA, J.: "Algunas sospechosas ausencias en la transposición de la Directiva comunitaria relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico", *Tiempo de Paz*, 2004, número 73 (Ejemplar dedicado a: La promoción de la no discriminación por origen racial o étnico), pp. 23-37.

DE LUCAS MARTÍN, F.J.: *Europa: ¿Convivir con la diferencia? Racismo, nacionalidad y derechos de las minorías*, Madrid, Tecnos, 1992.

--: "Xenofobia, racismo y unidad europea (Sobre la garantía de los derechos fundamentales de los extranjeros en España)", *Jueces para la Democracia*, núm. 11, diciembre 1990.

--: "La mancha humana que se extiende", *Informe Anual 2006. Sobre el racismo en el Estado español*, Barcelona, Sos Racismo, Icaria, 2006, pp. 129-131.

---

entrada i estada; Expulsió de jove ciutadà turc, resident a Suïssa amb tota la seva família, amb prohibició il·limitada d'entrada en el territori: gravetat relativa de les condemnes imposades pels delictes de naturalesa menor comesos, sòlida integració al país d'acollida enfront dels tènues llaços que manté amb el seu país d'origen, problemes mèdics que pateix i caràcter ferm de la mesura d'allunyament: mesura excessivament rigorosa i desproporcionada tenint en compte les seves circumstàncies personals: violació existent. Expulsió: criteris a considerar: a) la naturalesa i gravetat del delicte comès, b) la durada de la residència al país del qual seria expulsat, c) temps transcorregut entre la comissió del delicte i la mesura d'expulsió, així com la conducta durant aquest període i d) la solidesa dels llaços socials, culturals i familiars amb el país d'acollida i amb el país de  
destí (TEDH 2008\33).



- DESDENTADO BONETE, A.: "El desempleo del extranjero «sin papeles»", *Diario La Ley*, núm. 6986, Sección Columna, 10 de julio de 2008.
- ESTÉVE GARCÍA, F.: "Igualdad y no discriminación racial tras la transposición en España de la Directiva 2000/43", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 267, 2007 (ejemplar dedicado: *Derecho comunitario europeo y Derecho español*), pp. 43-59.
- : "Las directivas europeas contra la discriminación racial y la creación de organismos especializados para promover la igualdad. Análisis comparativo de su transposición en España y en Francia", *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 10, julio-diciembre 2008 (<http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/05FrancinaEsteveGarcia.htm>).
- FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE SOS RACISMO DEL ESTADO ESPAÑOL.: *Informe Frontera Sur 1995-2006: 10 años de violación de los derechos humanos*, (<http://www.sosracisme.org/reflexions/pdfs/informefronterasur.pdf>). Consulta realizada el día 9 de octubre de 2006.
- : *Informe Anual 2006. Sobre el racismo en el Estado español*, Barcelona, Icaria, 2006.
- GAMBINO, S.: "La protección de los derechos fundamentales: el parámetro de los principios y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, comunitaria y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos", *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 8, 2007, pp. 189-241.
- GARCÍA AÑÓN, J.: "Derechos de los extranjeros y discriminación", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 5-2002 (<http://www.uv.es/CEFD/5/garciaanon.htm>: última consulta 15 de diciembre de 2008).
- GROS ESPIELL, H.: "Derechos humanos y migraciones", *Migraciones y desarrollo: II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales, Montevideo, 25, 26 y 27 de octubre de 2006*/coord. por Francisco Aldecoa Luzárraga y José Manuel Sobrino Heredia, 2007, pp. 39-45.
- SANTOLAYA MACHETTI, P.: "Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad (art. 8 CEDH)", GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Coords.): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 487-508.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A.: "Los derechos de los emigrantes en el sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos", *Migraciones y desarrollo: II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales, Montevideo, 25, 26 y 27 de octubre de 2006*/coord. por Francisco Aldecoa Luzárraga, José Manuel Sobrino Heredia, 2007, pp. 33-38.
- PÉREZ YDUELA, M.: *Opinión de los españoles en materia de racismo y xenofobia-2007*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, 2007 (<http://www.sp.upcomillas.es/sites/mtas/Lists/Documentos/Attachments/88/Opiniones%20espa%C3%B1oles%20racismo%20y%20xenofobia2007pdf.pdf>).
- REQUENA CASANOVA, M.: "La aplicación de la Directiva 2000/43 del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico a los nacionales de terceros



Estados: un paso hacia adelante en su integración en la UE”, *La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza, Actas de las XIX Jornadas 2001 de la AEPDIRI*, Madrid, BOE, 2003.

RUBIO, A.: “Las medidas antidiscriminatorias: entre la igualdad y el control”, *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería: L.O. 4/2000 y L.O. 8/2000* (Coord. MOYA ESCUDERO, M.), Granada, Comares, 2001.

SALAZAR BENÍTEZ, O.: “De la ciudadanía excluyente a la igualdad en las diferencias”, FERNÁNDEZ LE GAL, A. y GARCÍA CANO, S. (Dir.), *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, Córdoba, Servicio de Publicaciones, 2005, pp. 25-46.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M<sup>a</sup>.A.: “Medidas antidiscriminatorias”, SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M<sup>a</sup>.A. (Coord), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y Formularios)*, Murcia, Diego Marín Librero Editor, 2005, pp. 329-341.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La incorregible “Ley de Acompañamiento” y el principio de igualdad. A propósito de la Ley 62/2003”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, número 608; BIB 2004/45.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: “De Estrasburgo a Luxemburgo: lugares comunes, encuentros y desencuentros en el derecho a la reagrupación familiar”, *Migraciones y desarrollo: II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales, Montevideo, 25, 26 y 27 de octubre de 2006/coord. por Francisco Aldecoa Luzárraga, José Manuel Sobrino Heredia*, 2007, pp. 581-600.

### **Ponència de Fernanda Sabah Gomes Soares.**

*Especialista en Teoria General de Dret per l'Acadèmia Brasileira de Direito Constitucional. Alumna de tercer cicle de la Universitat de Lleó. Aquesta realitzant el seu treball d'investigació sobre la Tractament jurídic de la immigració a la Unió Europea, dirigit per la Dra. Aurelia ALVAREZ RODRÍGUEZ.*

## **IMMIGRACIÓ I DRETS HUMANS**

(A propòsit de la Directiva 2008/115/CE, de 16 de desembre de 2008, relativa a normes i procediments comuns en els Estats membres per al retorn dels nacionals de tercers països en situació irregular)

### **I. PROHIBICIÓ DE TOTA DISCRIMINACIÓ PER RAÓ DE NACIONALITAT I RESPECTE PER LA DIGNITAT DE LA PERSONES A EUROPA**

#### **1. Introducció**

Davant les crueltats entrevistes en la Segona Guerra Mundial, la societat internacional va aprovar la Declaració Universal dels Drets Humans, que ha estat internacionalment acceptada, en la qual s'estableix un conjunt de conceptes de drets fonamentals de les persones, entre els quals es destaquen: la justícia, la llibertat, la seguretat, la



democràcia, l'imperi de la llei, l'exercici dels drets humans, la cultura, la qualitat de vida digna, les relacions pacífiques i la cooperació eficaç entre tots els Estats<sup>113</sup>.

Els drets humans són aquells drets que té tota persona pel fet de ser un ésser humà i que l'Estat està obligat a respectar. Aquests drets es fonamenten en la dignitat i posseeixen caràcter universal, inviolable i irrenunciable<sup>114</sup>. També es basen en la no discriminació, ja que s'atribueixen a totes les persones, per la seva pròpia naturalesa, el les iguala a totes. A més, els drets humans<sup>115</sup> suposen un corpus jurídic en creació que s'ha introduït progressivament en l'ordenació de les societats certs principis provinents de l'evolució democràtica.

No obstant, quan s'analitza un determinat ordenament jurídic, es constata la distinció entre drets de nacionals<sup>116</sup> i d'estrangers<sup>117</sup>. En l'àmbit de la Comunitat Europea, per a cada Estat membre existeixen tres situacions jurídiques diferents que es refereixen a la protecció dels drets de la persona humana: nacional del propi; ciutadà europeu<sup>118</sup>; estranger no comunitari, nacional d'un tercer Estat<sup>119</sup>.

A partir d'aquí, es verifica que davant la magnitud del fenomen migratori, hi ha moltíssimes persones immigrades als països d'acollida que no accedeixen al total gaudiment dels seus drets<sup>120</sup>. No obstant això, és inconcebible i discriminatori que un nacional de tercer Estat no tingui els mateixos drets i obligacions que els nacionals, ja

---

<sup>113</sup> Vid. C. CARNICER, "Libertades y/ o seguridad". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 3, julio 2003, pp. 285-300, p. 291, 292.

<sup>114</sup> Vid. Fr. LAPORTA, "Sobre el concepto de Derechos Humanos". Disponible en: <http://www.seminariodefiliosofiadelderecho.com/docencia1/humanos/CONTENIDOS/DDHH/Laporta.pdf>. Acceso en 22 de enero de 2009.

<sup>115</sup> A la doctrina, algun autor distingeix els drets humans dels fonamentals, afirmant que els fonamentals són els drets reconeguts o positivats per les Constitucions. Això significa que davant l'abast universal dels drets humans, la seva força normativa només serà reconeguda per mitjà dels drets fonamentals (Cf. J.M<sup>a</sup> ROSERS, "El cost dels Drets cívics i la inversió de la immigració", Cf. N. FERNÁNDEZ SOLA y M. CALVO GARCÍA (Coord.), *Inmigración y Derechos*. Zaragoza: Mira Editores, S.A., 2001, pp. 61-82, p. 66).

<sup>116</sup> Grup de persones que posseeixen la condició de nacional, la ciutadania, dins d'un ordre estatal.

<sup>117</sup> Són totes les altres persones, inclòs els apàtrides, els quals no posseeixen cap nacionalitat.

<sup>118</sup> Tota persona que sigui nacional d'un Estat membre de la Comunitat, serà destinatària de les normes del Dret Comunitari, sobretot si es troba en el territori de la Comunitat Europea. No obstant, la jurisprudència del Tribunal de Luxemburg reconeix, sobre l'estructura de l'ordre jurídic comunitari dels drets fonamentals de les persones, que en el règim de ciutadania europea, els drets de nacionals d'altres Estats membres de la Comunitat no poden ser equiparats completament als drets dels nacionals propis.

<sup>119</sup> Cf. F.M. MARIÑO MENÉNDEZ, "Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional", F.M. MARIÑO MENÉNDEZ y otros. *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*. Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales / Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), 1996, pp. 109-126, p. 123.

<sup>120</sup> Cf. G. RODRÍGUEZ PIZARRO, "Inmigración y derechos humanos", N. FERNÁNDEZ SOLA y M. CALVO GARCÍA (Coords.), *Inmigración y Derechos*. Zaragoza, Mira Editores, S.A., 2001, pp. 23-31, p. 26.





que els drets han de traspasar les fronteres per al seu possible exercici per tots en qualsevol país<sup>121</sup>.

Així, s'afirma que és lamentable que el codi de ciutadania sigui exclouent al no considerar als immigrants ja que, en actualment, ells són components estructurals per al desenvolupament econòmic i demogràfic de la Comunitat Europea<sup>122</sup>. Per això, es manté que les persones que viuen en un mateix territori estan dividides entre ciutadans (nacionals) i no ciutadans (estrangers), el que, en el context de l'Estat de dret, afecta als immigrants que es converteixen en un grup humà amb un estatus inferior de drets<sup>123</sup>.

En canvi, a causa del *no* exercici dels drets, alguns autors reclamen una revisió de la noció de ciutadania, per a la universalització dels drets, en l'àmbit estatal, a tot estranger. És a dir que la immigració com a necessitat estructural de l'economia triadizada no suporta el manteniment de nuclis d'exclusió rellevants i reclama per això la universalització de la ciutadania<sup>124</sup>.

Desgraciadament, en l'actualitat, s'evidència l'enduriment de polítiques europees d'immigració, que contrasten amb la protecció de la dignitat, llibertat, igualtat, solidaritat, ciutadania i justícia entre tots els éssers humans, conforme previst en diversos instruments internacionals<sup>125</sup>.

## **2. El Conveni Europeu de Drets Humans**

El Conveni Europeu per a la protecció dels Drets Humans i Llibertats Fonamentals va ser signat a Roma en 1950, i l'acompanyen diversos Protocols addicionals que regulen tant l'aplicació de l'àmbit de protecció com de la modificació del sistema institucional originàriament creat.

De manera general, el Conveni és un tractat internacional signat pel Consell d'Europa. Això significa que forma part del sistema internacional de protecció dels drets humans que ha establert el Consell al que ens referim.

La creació de tal Conveni era tan indispensable per al sistema comunitari que al principi no se sabia si el Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea (TJCE) s'inspirava en el seu contingut per fixar un sistema propi, ja que es refereix a un catàleg escrit en el qual s'entreveuen els drets reconeguts i garantits en àmbit

<sup>121</sup> Cf. J.A. GARCÍA AMADO, “¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 3, julio 2003, pp. 9-28, p. 12; 27, 28.

<sup>122</sup> Cf. M. PAJARES, “Inmigrantes, entre la exclusión social y la integración ciudadana”, C. GÓMEZ MARTÍNEZ (Dir.), *Sistemas culturales multiétnicos y derecho de integración*. Madrid: Consejo General de Poder Judicial, 2006, pp. 153-176, p. 157, 158.

<sup>123</sup> *Ibid*, p. 158.

<sup>124</sup> Cf. G. MAESTRO BUELGA, “Globalización, inmigración y ciudadanía social”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 4, noviembre 2003, pp. 9-42, p. 31; 33, 34.

<sup>125</sup> Cf. E.J. VIDAL GIL, “¿Por qué los Derechos de los inmigrantes? Las razones del Derecho”, V. GARRIDO MAYOL (Coord.), *Sociedad civil e inmigración*. Valencia: Fundación Profesor Manuel Broseta, 2003, pp. 39-51, p. 42.



comunitari, o si aplicava efectivament les seves disposicions davant a supòsits de vulneració de drets fonamentals<sup>126</sup>. El que sí és cert és que el sistema comunitari no ha pogut mai oblidar-se ni desprendre's del marc normatiu i jurisprudencial delineat per aquest Conveni.

### **3. Tribunal Europeu de Drets Humans**

#### **A) Importància de la jurisprudència del TEDH**

Com a òrgan de protecció dels drets humans i llibertats fonamentals, el Conveni va establir el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH)<sup>127</sup>. Davant l'anàlisi dels casos concrets, moltes vegades el TEDH afronta la col·lisió entre drets fonamentals, llibertats públiques i béns constitucionalment protegits. En aquestes circumstàncies, el TEDH sol utilitzar la teoria dels límits, en aquest sentit, el professor Enrique Álvarez Conde recorda que els drets i llibertats no tenen un caràcter absolut, existint una jerarquia entre uns i altres, per això seria possible la utilització de la teoria elaborada pel TEDH<sup>128</sup>.

En matèria d'estrangeria, des de l'any de 1989, el TEDH ha anat creant jurisprudència. Segons el professor Javier de Lucas<sup>129</sup>, el TEDH ha reiterat que la interpretació de l'article 1<sup>130</sup> del Conveni Europeu inclou als estrangers. Seguint a aquest autor<sup>131</sup>, el Tribunal no deixa de reconèixer la possibilitat d'establir limitacions en l'exercici de tals drets, però com de nou sosté el Dictamen 221 (fonament II in mori) de cap manera això comporta la possibilitat d'excloure d'aquest exercici, encara menys, del reconeixement a "un grup de persones prèviament definides", com són els immigrants.

A continuació, s'analitzarà l'eficàcia del Conveni Europeu de Drets Humans, en relació amb els nacionals de tercers Estats, a partir de la jurisprudència del TEDH.

---

<sup>126</sup> Cf. C.M. DÍAZ BARRADO, "Reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea", F.M. MARIÑO MENÉNDEZ y otros. *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales / Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), 1996, pp. 127-153, p. 145.

<sup>127</sup> Conforme l'assenyalat anteriorment, el Conveni ha estat completat per Protocols addicionals. No obstant això, és permès que un Estat sigui part del Conveni i no ho sigui en tots els Protocols addicionals. En aquest cas, el TEDH podrà jutjar els actes d'aquest Estat tan només respecte al Conveni i als Protocols que li obliguin per haver-los ratificat.

<sup>128</sup> Cf. E. ÁLVAREZ CONDE, "El Estado Social y Democrático de Derecho ante el reto de la inmigración", V. GARRIDO MAYOL (Coord.), *Sociedad civil e inmigración*. Valencia: Fundación Profesor Manuel Broseta, 2003, pp. 131-142, p. 137.

<sup>129</sup> Cf. J. DE LUCAS, "Sobre las garantías de los derechos sociales de los inmigrantes". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, noviembre 2001. Disponible en: <http://www.uv.es/CEFD/4/Delucas.html>. Acceso en 15 de enero de 2009.

<sup>130</sup> L'esmentat precepte disposa que: "Article 1: Les Altes Parts Contractants reconeixen a tota persona dependent de la seva jurisdicció els drets i llibertats definits en el Títol I del present Conveni".

<sup>131</sup> Cf. J. DE LUCAS, "Sobre las garantías...", *op. cit.*

**B) STEDH de 5 de febrer de 2002. Cas Conka**

El 12 de novembre de 1998, Ján Conka, Mária Conková, Nad'a Conková i Nikola Conková, tots ells de nacionalitat eslovaca d'origen gitano, van demanar asil a Bèlgica, però les seves sol·licituds van ser rebutjades el mes de març del 1999 pel Ministre belga de l'interior. El 4 d'octubre de 1999, van formular una demanda contra Bèlgica davant el TEDH, degut a les causes que a continuació passem a detallar.

L'1 d'octubre de 1999, el Consell de Ministres de Bèlgica adoptava una nota d'orientació general que explicava que el govern estava examinant un projecte de repatriació col·lectiva, per donar una justificativa a les autoritats eslovaques i per expulsar als irregulars. Amb el motiu de completar els informes sobre les peticions d'asil, a finals de setembre de 1999 la policia va convocar a desenes de famílies gitanes eslovaques. Encara, el 29 de setembre de 1999, a les persones convocades (entre elles els demandants) se'ls van comunicar una ordre d'abandonar el territori belga i una decisió de privació de llibertat amb tal fi. El document lliurat a cadascuna de les persones, amb una redacció idèntica en tots els casos, indicava que podrien recórrer contra l'expulsió en un termini de 60 dies a partir de la notificació de la decisió d'expulsió.

Després, els demandants i altres persones van ser traslladats, acompanyats d'un intèrpret, que va romandre amb ells poques hores, al centre tancat de trànsit de Steenokkerzeel. El 5 d'octubre de 1999, unes 70 persones van ser conduïdes a l'aeroport militar de Melsbroek i expulsades a Eslovàquia.

En la seva demanda davant el TEDH els demandants van al·legar la violació dels articles 5<sup>132</sup> i 13<sup>133</sup> del Conveni Europeu de Drets Humans i de l'article 4 del Protocol addicional núm. 4 del mateix Conveni.

---

<sup>132</sup> Aquest article estableix que: "1. Tota persona té dret a la llibertat i a la seguretat. Ningú pot ser privat de la seva llibertat, excepte en els casos següents i d'acord amb el procediment establert per la llei: a) Si ha estat detingut legalment en virtut d'una sentència dictada per un tribunal competent; b) Si ha estat privat de llibertat o detingut, conforme a dret, per desobediència a una ordre judicial dictada conforme a dret o per assegurar el compliment d'una obligació establerta per la llei; c) Si ha estat privat de llibertat i detingut, per fer-lo comparèixer davant l'autoritat judicial competent, quan existeixin indicis racionals que ha comès una infracció o quan s'estimi necessari per impedir-li que cometi una infracció o que fugi després d'haver-la comès; d) Si es tracta de la privació de llibertat, conforme a dret, d'un menor amb la finalitat de vigilar la seva educació, o de la seva detenció, conforme a dret, amb la finalitat de fer-li comparèixer davant l'autoritat competent; e) Si es tracta de la privació de llibertat, conforme a dret, d'una persona susceptible de propagar una malaltia contagiosa, d'un alienat, d'un alcohòlic, d'un toxicòman o d'un sensesostre; f) Si es tracta de la privació de llibertat o de la detenció, conforme a dret, d'una persona per impedir la seva entrada il·legal en el territori o contra la qual estigui en curs un procediment d'expulsió o extradició. 2. Tota persona detinguda ha de ser informada, en el termini més breu possible i en una llengua que compregui, dels motius de la seva detenció i de qualsevol acusació formulada contra ella. 3. Tota persona detinguda o privada de llibertat en les condicions previstes en el paràgraf 1.c, del present article haurà de ser conduïda sense dilació a presència d'un jutge o d'una altra autoritat habilitada per la llei per exercir poders judicials, i tindrà dret a ser jutjada en un termini raonable o a ser posada en llibertat durant el procediment. La posada en llibertat pot ser condicionada a una garantia que assegurï la compareixença de l'interessat a judici. 4. Tota persona privada de la seva llibertat mitjançant detenció tindrà dret a presentar un recurs davant un òrgan judicial, a fi que es pronuncii aviat termini sobre la legalitat de la seva privació de llibertat i ordeni la seva posada en llibertat si fora il·legal. 5. Tota persona víctima d'una privació de llibertat o detenció realitzada en condicions contràries a les disposicions d'aquest article tindrà dret a una reparació".



En la sentència de 5 de febrer de 2002, el TEDH va decidir que havia existit violació del Conveni per part de Bèlgica, doncs la convocatòria emesa pel govern belga va ser enganyosa no podent ser vàlida en cap cas, ni tan sols en les situacions que els immigrants estiguin de manera irregular en el territori d'un Estat. Al mateix temps, no va ser garantit un llenguatge accessible als estrangers, ja que l'intendent va estar poques hores amb ells<sup>134</sup>.

Un altre element analitzat pel TEDH va ser l'expulsió col·lectiva. El concepte d'expulsió massiva donat pel TEDH es relaciona a les decisions d'expulsió, d'un grup d'estrangers que estiguin en situació regular o irregular, cuyas motivacions són idèntiques o molt similars en tots els casos, així haurà existit un examen del grup en cuanto grup, no de les persones individualment considerades.

Per tant, la condemna de Bèlgica no es va deure al fet que els demandants fossin repatriats en grup per avió, sinó que les redaccions de les decisions d'expulsió eren idèntiques. D'aquesta manera, no va haver, en la decisió, l'examen individualitzat i objectiu de la situació de cada immigrant a ser expulsat, el que contrària al citat article 4 del Protocol adicional núm. 4<sup>135</sup>. D'altra banda, el TEDH va determinar finalment que els demandants no havien tingut l'oportunitat de disposar d'un recurs que complís les condicions establertes en el Conveni perquè, com ells van ser expulsats abans del termini de 60 dies per recórrer, no van tenir cap garantia de que l'administració decidís abans de la seva expulsió, ni que respectés aquest termini mínim raonable.

### **C) STEDH de 27 de novembre de 2003. Cas Shamsa**

Els germans Abdelsalam i Anwar Shamsa, de nacionalitat líbia, van ser detinguts a Varsòvia en un control policial de fronteres a la zona de trànsit de l'aeroport perquè no aportaven cap documentació. Declarats com persones no admissibles en territori polonès, van ser detinguts des del 25 d'agost fins al 3 d'octubre de 1997, després d'aquest període de detenció les autoritats poloneses van realitzar temptatives d'expulsió. Degut a la injusta privació de llibertat i a les condicions penoses i difícils de la detenció, els germans Shamsa van interposar una demanda al TEDH. El govern polonès va al·legar que la referida detenció havia s'havia realitzat d'acord amb allò disposat a l'article 5 del Conveni.

Certament, en la STEDH, de 27 de novembre de 2003, es va constatar que els demandants, vigilats constantment per la policia de fronteres, no eren lliures en els seus moviments i devien romandre a disposició de les autoritats poloneses. El TEDH va concloure que el manteniment en aquesta zona de trànsit es concretava de fet, pel que fa a les restriccions sofertes, en una privació de llibertat.

Paral·lelament, el TEDH va observar que el govern polonès no va respectar el principi de la seguretat jurídica, ja que no s'havia adoptat cap decisió interna que establís que

---

<sup>133</sup> L'esmentat precepte disposa que: "Tota persona, de la que els drets i llibertats reconeguts en el present Conveni hagin estat violats, té dret a un recurs efectiu davant una instància nacional, fins i tot quan la violació hagi estat comesa per persones que actuïn en l'exercici de les seves funcions oficials".

<sup>134</sup> Cf. A.G. CHUECA SANCHO, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, noviembre 2002, pp. 233-256, p. 242, 243.

<sup>135</sup> Cf. A.G. CHUECA SANCHO, "El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, noviembre 2002, pp. 9-36, p. 33.



els demandants deuriem permanecer detinguts a la zona de trànsit. D'aquesta forma, va decidir que la detenció dels demandants no estava prevista per la llei i no era regular en el sentit de l'article 5, paràgraf 1 del Conveni, ocorrent la violació d'aquesta norma<sup>136</sup>.

## **II. DIRECTIVA 2008/115/CE, RELATIVA A NORMES I PROCEDIMENTS COMUNS EN ELS ESTATS MEMBRES PER AL RETORN DELS NACIONALS DE TERCERS PAÏSOS EN SITUACIÓ IRREGULAR VERSUS EVENTUAL VULNERACIÓ DELS DRET HUMANS**

### **1. Aspectes preliminars**

En els últims anys, la por de la immigració irregular va propiciar que els Estats membres, a l'espai de llibertat, seguretat i justícia de la Comunitat Europea, elaboresin diversos instruments jurídics que determinessin mesures de prevenció i de repressió, així com requisits legals que atenguessin a una immigració seleccionada<sup>137</sup>. Així, en l'àmbit de la Comunitat, es verifica el desenvolupament evolutiu de normatives que regulen la immigració<sup>138</sup>.

El 2008, amb l'objectiu de definir una autèntica i veritable política comuna en aquesta matèria, es va aprovar la Directiva 2008/115/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 16 de desembre de 2008, relativa a normes i procediments comuns en els Estats membres per al retorn dels nacionals de tercers països en situació irregular (<sup>139</sup>). En aquesta directiva s'inclouen normes comuns sobre readmissió<sup>140</sup>, retorn<sup>141</sup>, expulsió, ús de mesures coercitives, custòdia temporal i prohibició d'entrada.

<sup>136</sup> Cf. A.G. CHUECA SANCHO, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 7, noviembre 2004, pp. 211-236 p. 217.

<sup>137</sup> Cf. A. de ALMEIDA NASCIMENTO y V. CARREÑO GUALDE, "La lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea", J. FERRER LLORET, y S. SANZ CABALLERO (Eds.), *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al Derecho Internacional y Europeo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 329-358, p. 340.

<sup>138</sup> És important destacar que va ser el Tractat de Àmsterdam de 1997 que va desenvolupar una política comunitària d'immigració, ja que anteriorment a aquest Tractat no havia un compromís polític global per part de tots els Estats membres que possibilités la materialització d'una política comú sobre aquesta matèria (Cf. F.J. PASCUAL VIVES, "La articulación convencional de una política comunitaria de retorno para los residentes irregulares", J. FERRER LLORET y S. SANZ CABALLERO (Eds.), *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al Derecho Internacional y Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 255-296, p. 256).

<sup>139</sup> DOUE L, núm. 348, 24-XII-2008, pp. 98-107. Com mer repassada del seu gènesi podem apuntar que a principis 2005, la Comissió Europea va dur a terme la seva Proposta de Directiva al Parlament Europeu i al Consell. El 20 de setembre de 2007, l'europarlamentari Manfred WEBER va introduir esmenes al text proposat per la Comissió Europea. El 23 d'abril de 2008 es va desenvolupar un diàleg entre Consell-Parlament Europeu-Comissió sobre aquesta matèria, en el que va haver un acord polític general. El text, amb les esmenes de WEBER, va ser admès pel Parlament Europeu en la seva sessió de 18 de juny de 2008, en primera lectura, en el procediment de codecisió. (Vid. J.A. PAVÓN PÉREZ, "La propuesta de Directiva relativa al retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en la Unión Europea: ¿un difícil juego de prestidigitación camino de la armonización de procedimientos y normas comunes?", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 19, noviembre 2008, pp. 119-143, p. 124, 125, 126).

<sup>140</sup> Acords celebrats entre la Comunitat i tercers països per facilitar el procés de retorn dels estrangers en situació irregular (Cf. C. INTRAND, "Los acuerdos de readmisión y la política del toma y daca").





A continuació, s'analitzaran algunes de les disposicions de la Directiva referents a les garanties processals i a l'internament a efectes d'expulsió, relacionant-los amb el respecte als drets humans. Això amb la pretensió de comprovar si la nova normativa és o no respectuosa amb el Conveni Europeu de Drets Humans, ja que no té per finalitat la protecció de les persones sinó més aviat la millora de l'eficàcia de l'expulsió mitjançant la criminalització dels immigrants que estan en situació administrativa irregular.

## **2. Les garanties processals**

La Directiva preveu que l'expulsió podrà donar-se per mitjà d'una decisió administrativa de l'Estat membre, així com per qualsevol acte independent per la qual cosa se l'ordeni. Però és indiscutible que la desjudicialització de l'expulsió ofèn els drets humans dels immigrants, conforme el definit en el Conveni Europeu de Drets Humans.

En relació amb la forma de les decisions de retorn, de prohibició d'entrada i d'expulsió, la Directiva defineix que hauran de ser expedides per escrit, contenir els fonaments de fet i de dret, i informar sobre les vies adequades de recurs. Així mateix, si es produeix la pròrroga del termini per a la sortida voluntària o si se suspèn la decisió de retorn, l'administració té l'obligació d'informar l'immigrant sobre la seva situació per mitjà d'una confirmació escrita. No obstant això, la Directiva, en el seu article 12<sup>142</sup>, no garanteix el dret fonamental que concerneix a totes les persones sense distinció per nacionalitat, conforme consagrat a l'article 6.1 del Conveni Europeu de Drets Humans, quan estipula limitacions en la informació dels motius de retorn i en els fonaments de fet que conformen la decisió de retorn, prohibició d'entrada i expulsio, acollint-se en les exigències determinades en la seva normativa per protegir la legislació nacional.

En tot cas, cal tenir molt en compte, que d'acord amb el dret fonamental de no distinció per nacionalitat qualsevol ciutadà, que sigui titular del dret a la tutela judicial efectiva, inclòs els estrangers tant en situació regular com irregular, podrà gaudir del dret a la gratuïtat de la justícia si no té recursos suficients per litigar<sup>143</sup>.

La Directiva preveu que la justícia gratuïta i la representació processal hauran de complir-se d'acord amb els requisits de manera o de fons que s'estableixen en les legislacions nacionals processal i de justícia gratuïta, així com l'assistència jurídica, la representació i el dret a intèrpret hauran d'integrar-se de conformitat a allò disposat en les legislacions internes dels Estats membres. Ara bé, si l'assistència jurídica gratuïta dels immigrants depèn de la legislació interna de l'Estat membre; i aquesta podria

---

Traducción del francés de A.G. CHUECA SANCHO, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 3, julio 2003, pp. 301-306, p. 301, 302, 303).

<sup>141</sup> La Directiva prima el retorn “voluntari” al forçat (expulsió) i, per tant, per concedir un termini per a la sortida “voluntària” de l'immigrant en situació d'irregularitat. No obstant això, cal dir que la sortida “voluntària” no és la veritable voluntat de la persona sinó el compliment d'una obligació de retorn.

<sup>142</sup> El citat article estableix que: “1: La informació sobre els fonaments de fet podrà subjectar-se a limitacions en els casos que el Dret nacional permeti la restricció del dret d'informació, en particular per salvaguardar la seguretat nacional, la defensa, la seguretat pública i per a la prevenció, investigació, detecció i persecució de delictes”.

<sup>143</sup> Cf. A. ORTEGA GIMÉNEZ y A. LÓPEZ ÁLVAREZ, “Breve aproximación crítica a la Directiva de retorno”. *Diario la Ley*, núm. 7064, Sección Doctrina, 26 noviembre 2008, Año XXIX, pp. 1-13, p. 4, 5.



quedar buida de contingut si no va acompanyada de la necessària dotació pressupostària per l'executiu comunitari<sup>144</sup>.

De la mateixa manera, la Directiva determina que l'immigrant podrà tenir assistència jurídica, representació i, en el seu cas, assistència lingüística. Si l'estranger pot tenir-los, en el cas que no els tingui és impossible que la seva defensa sigui efectiva. Així, s'observa la inseguretats jurídica proporcionada per aquest precepte<sup>145</sup>.

En conjunt, la Directiva en qüestió preveu que l'estranger pot requerir, a l'Estat membre, una traducció escrita o oral dels principals elements de la decisió, així com informacions sobre les vies de recurs en una llengua que ell pugui comprendre o que pot suposar-se raonablement que compregui. Ara bé, tal disposició genera dues inseguretats jurídiques. La primera concerneix l'exigència de l'immigrant a sol·licitar la decisió traduïda o informacions sobre els recursos apropiats, doncs aquesta li hauria de ser proporcionada sense petició prèvia. La segona es relaciona a la possibilitat que la comunicació sigui oral i en una llengua que l'estranger entengui o que se suposa que ell entengui, ja que la comunicació hauria de ser només escrita i en la llengua de l'immigrant, perquè es pugui tenir la seguretat que ell la compregui. Al contrari, en el que es refereix a la possibilitat que la traducció sigui en una llengua que l'immigrant entengui o que se suposa que ell entengui. No obstant, en alguns treballs recents, s'afirma que aquesta disposició evita la inseguretats jurídica que es pot generar en el cas que l'interessat no manifesti quina és la seva nacionalitat<sup>146</sup>.

Una altra inseguretats jurídica la trobem quan la Directiva determina l'opció per no proporcionar una traducció als qui hagin entrat irregularment en territori d'un Estat membre i no hagin obtingut autorització o dret a romandre allà, sent possible en aquest cas efectuar la notificació de les decisions de retorn a través d'un formulari normalitzat per la legislació nacional d'aquest Estat. Per descomptat, aquesta restricció es fonamenta en un concepte jurídic indeterminat, per això pot ser de dubtosa aplicabilitat.

Així doncs, no s'atén al dret humà de l'estranger privant-lo dels elements necessaris per dur a terme el seu dret de defensa, ja que l'absència de justificació dels motius de la decisió de retorn o expulsió, i de les vies de recurs, vulnera el contingut essencial del dret fonamental de les persones. A més, és impossible defensar-se d'alguna cosa si ni tan sols sap que se l'acusa, i inviable que, estant sotmès als elements assenyalats, es pugui exercitar en tota la seva extensió el dret que li assisteix a interposar recurs contra les decisions de retorn, juntament amb el dret a la defensa i assistència d'un lletrat<sup>147</sup>.

Si és important la manera com es comunica la decisió a l'estranger, no ho és menys el seu dret a interposar recurs efectiu perquè la revisi. Inclusivament, la jurisprudència

<sup>144</sup> Cf. J.A. PAVÓN PÉREZ, *op. cit.*, p. 131.

<sup>145</sup> Cf. P. AGUELO NAVARRO y A.G. CHUECA SANCHO, "Directiva de retorno. Directiva de expulsión (Nota crítica avuelapluma desde los Derechos Humanos)". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 18, julio 2008, pp. 121-166, p. 149.

<sup>146</sup> Cf. L. VILACHÁ DOMÍNGUEZ y M. PARDO GONZÁLEZ, "La evolución normativa en materia de expulsión. La nueva directiva comunitaria en materia de retorno". *Diario la Ley*, nº 7067, Sección Doctrina, 1 diciembre 2008, Año XXIX, pp. 1-22, p. 20.

<sup>147</sup> Cf. A. ORTEGA GIMÉNEZ y A. LÓPEZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 5.



comunitària és constant quan exigeix la possibilitat d'interposar un recurs contra les decisions dels Estats membres. A més, el recurs ha de ser eficaç, de manera que la decisió no s'executi de manera immediata en perjudici del recurrent.

Desafortunadament, la Directiva possibilita que el recurs també sigui interposat tant davant d'òrgans judicials com davant una autoritat administrativa o un altre òrgan competent. L'òrgan davant el que es recorre serà competent per revisar les decisions relacionades amb el retorn, i pot suspendre temporalment la seva execució, estalvi quan la suspensió temporal sigui ja d'aplicació en virtut de la legislació nacional, el que comprova l'arbitrarietat de la conducta de tal òrgan.

En efecte, en aquestes disposicions es constata la relativització del principi de la seguretat jurídica, principi essencial perquè hi hagi el respecte als drets humans, ja que la seguretat jurídica és la garantia del reconeixement i exercici de les llibertats fonamentals de les persones<sup>148</sup>.

#### **4. L'internament a efectes d'expulsió**

##### **A) Algunes qüestions relatives a l'internament**

La Directiva estableix l'internament als nacionals de tercers Estats que estiguin sotmesos als procediments de retorn, amb l'únic objectiu de preparar el retorn o l'execució del procés d'expulsió, especialment quan hagi risc de fuga, o quan l'estranger dificulti o eviti la preparació del procés. L'inconvenient és que la norma és oberta, ja que defineix que es donarà pas a l'internament especialment quan es doni alguna d'aquestes hipòtesis i no diu quan es produeixi alguna d'elles. Reiteradament, la Directiva genera inseguretat jurídica al determinar que l'internament sigui decidit per les autoritats administratives o judicials. No obstant això, perquè la desjudicialització no fos total, la Directiva va estipular que quan l'internament sigui ordenat per una autoritat administrativa, els Estats membres faran el control judicial, decidint el més ràpidament possible sobre la legalitat de l'internament, o informaran a l'immigrant del seu dret de començar un procediment perquè se sotmeti a control judicial la legalitat del seu internament, la qual cosa haurà de ser decidida de manera ràpida.

Si l'internament és il·legal, la Directiva assenyala que l'estranger ha de ser alliberat immediatament. En aquest cas, l'estranger no només haurà de ser alliberat promptament, sinó que també tindrà dret a una reparació efectiva, d'acord amb el Conveni de Drets Humans<sup>149</sup>.

En quant a la revisió de l'internament, aquesta serà possible quan així ho sol·liciti l'estranger o d'ofici, i a intervals raonables. Les revisions dels terminis d'internament prolongat seran supervisades per una autoritat judicial. Si fos d'aquesta manera, s'observa que la revisió de l'internament també perjudica els drets humans de l'estranger, ja que la revisió a intervals raonables pot dependre de la seva sol·licitud, i perquè la revisió només serà obligatòriament judicial quan els internaments siguin

<sup>148</sup> Cf. J. DE LUCAS, "Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración", N. FERNÁNDEZ SOLA y M. CALVO GARCÍA (Coords.), *Inmigración y Derechos*. Zaragoza: Mira Editores, S.A., 2001, pp. 33-59, p. 57.

<sup>149</sup> L'art. 5.5 disposa que: "Tota persona víctima d'una detenció preventiva o d'un internament en condicions contràries a les disposicions d'aquest article tindrà dret a una reparació".



prolongats. Cal destacar que no hi ha un concepte determinat en relació amb la durada de l'internament, perquè això sigui considerat prolongat.

Respecte a la durada de l'internament, aquest serà al més breu possible i cada Estat membre fixarà en la seva legislació nacional un període limitat d'internament que no podrà superar els sis mesos. L'Estat membre podrà prorrogar tal termini per un període limitat no superior a dotze mesos més, d'acord amb la legislació nacional, si tal Estat ha fet tots els esforços raonables possibles, però l'estranger no ha cooperat o per demores en l'obtenció de la documentació necessària que hagin d'expedir tercers països. Supòsits que, segurament, es produiran en la majoria dels casos. Així, alguns autors consideren que, si l'operació d'expulsió es prolonga com a conseqüència de la falta de cooperació de l'immigrant o per la demora en l'obtenció de la documentació necessària que hauria d'expedir tercers països, aquests són motius que justifiquen el manteniment de l'internament<sup>150</sup>. En tot cas, cal tenir en compte que poden ser moltes les causes de la demora en l'obtenció de la documentació per part dels tercers Estats com: la inexistència de registres; el funcionament dolent de l'administració; la corrupció; la persecució a l'estranger en situació irregular; etc. Així que són causes de les quals l'afectat no és responsable, i fins i tot en algunes d'elles l'immigrant pot ser doblement víctima, del seu Estat d'origen (del que les autoritats no ho documenten o ho documenten de manera fals) i de l'Estat de recepció<sup>151</sup>.

En tot cas, és imprescindible destacar tres problemes més de la referida Directiva que vulnereu els drets humans dels immigrants irregulars: les possibilitats de prorrogar el termini d'internament són discrecionals; la durada de la supressió de la llibertat pot ser de fins a divuit mesos; el termini de temps de l'internament establert en la Directiva s'assembla bastant a una pena de privació de llibertat.

## **B) Les condicions de l'internament**

L'internament haurà de realitzar-se en centres especialitzats, almenys que l'Estat membre hagi de recórrer a un centre penitenciari. En aquesta situació, els nacionals de tercers Estats subjectes a l'internament hauran d'estar separats dels presos ordinaris. No obstant això, no està prevista una forma de controlar si tal Estat membre, realment, no pot internar als estrangers que s'han d'expulsar en centres especialitzats o si els reclou en els centres penitenciaris per criminalitzar-los encara més.

La Directiva autoritza a l'intern, prèvia petició, que entri en contacte oportú amb els seus representants legals, amb la família i amb les autoritats consulars del seu país. Però com la norma determina que aquests drets només seran efectius amb la prèvia petició de l'immigrant, es constata que la disposició no garanteix els drets bàsics de tota persona privada de llibertat ni el moment en què puguin exercir-los. En paral·lel, la Directiva permet, davant autorització prèvia, la visita de les Organitzacions Internacionals i no governamentals.

Convé subratllar que l'internament i les seves condicions, com la qualitat dels centres d'internament i les seves instal·lacions, han de ser analitzats en conformitat amb el reconeixement del dret a la llibertat i seguretat personal, ja que és un dret fonamental imprescindible del concepte de dignitat de la persona humana.

<sup>150</sup> Cf. L. VILACHÁ DOMÍNGUEZ y M. PARDO GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 21.

<sup>151</sup> Cf. P. AGUELO NAVARRO y A.G. CHUECA SANCHO, "Directiva de retorno...", *op. cit.*, p. 154.



### C) L'internament de menors i famílies

El 20 de novembre de 1989, es va aprovar la Convenció de Drets del Nen que és un Tractat Internacional la qual cosa estructura la protecció i el desenvolupament de la infància, determinant que els Estats parts hauran de respectar els drets enunciats en ella i assegurar la seva aplicació a cada menor subjecte a la seva jurisdicció .

D'aquesta manera, el seu articulat recull els drets fonamentals i les obligacions dels nens, reconeixent tots ells com subjectes de drets, sense que hagi cap discriminació<sup>152</sup>.

Per garantir els drets fonamentals dels nens, totes les polítiques relacionades amb la infància han de tenir com a objectiu l'interès principal del menor<sup>153</sup>. L'article 3 de la Convenció exigeix que l'interès superior del nen sigui l'element principal en qualsevol mesura que li afecti, d'aquesta forma el retorn només seria possible per a reagruparlo amb la família o per gaudir de l'adequada protecció concedida per les institucions de menors del seu país. En el mateix sentit, l'article 9 prohibeix que el menor sigui separat dels seus pares.

La vida privada del menor, el seu dret a la dignitat i individualitat fonamentals, estan protegits per l'article 16 de la Convenció. La base per a altres principis relacionats amb el desenvolupament, que deu ampliar-se a les facultats cognitives, socials, afectives, físiques i morals del nen estan previstos a l'article 6 de la Convenció, completat per l'article 7 que afirma la funció de l'educació en el desenvolupament de la personalitat, les aptituds i la capacitat mental i física del nen.

No obstant, el que es constata és que la Directiva va en contra dels drets humans dels menors establerts en la Convenció de Drets del Nen<sup>154</sup>. En primer lloc, la referida Directiva estipula que els menors no acompanyats i les famílies amb menors només seran internats com a últim recurs i pel menor temps possible. El que passa és que en cap cas els menors haurien de ser internats.

Al mateix temps, aquesta Directiva possibilita el retorn i l'expulsió del menor no acompanyat, segons el principi de l'interès superior del nen, el que obliga a l'Estat a garantir que el menor hagi de ser lliurat a un membre de la seva família, a un tutor prèviament elegit o a uns serveis de recepció adequats a l'Estat de retorn. Però, cal destacar que la Directiva es va abstenir de determinar quins són els serveis de recepció adequats, i tal definició és indispensable per a la dignitat del menor. Mentre

---

<sup>152</sup> Cf. A. MARTÍN PÉREZ, “La participación infantil como forma de protección y garantía de los Derechos de la infancia”, J. FERRER LLORET y S. SANZ CABALLERO, Susana (editoras). *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al Derecho Internacional y Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 83-132, p. 83.

<sup>153</sup> Cf. A. RUÍZ LEGAZPI, “Algunas reflexiones en torno a la expulsión y repatriación de menores extranjeros”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 5, marzo 2004, pp. 293-303, p. 296.

<sup>154</sup> Aquest precepte disposa que: “Els Estats Parts respectaran els drets enunciats en la present Convenció i asseguraran la seva aplicació a cada nen subjecte a la seva jurisdicció, sense cap distinció, independentment de la raça, el color, el sexe, l'idioma, la religió, l'opinió política o d'una altra índole, d'origen nacional, ètnic o social, la posició econòmica, els impediments físics, el naixement o qualsevol altra condició del nen, dels seus pares o dels seus representants legals”.





que es facilita allotjament separat que garanteixi un grau adequat d'intimitat a les famílies internades tot esperant expulsió, als menors internats se'ls donarà la possibilitat de participar en activitats d'oci, inclosos jocs i activitats recreatives adequades a la seva edat i, depenent de la durada de la seva estada, tindran accés a l'educació. En relació amb els menors no acompanyats, se'ls facilitarà, en la mesura del possible, allotjament en institucions amb personal i instal·lacions que tinguin en compte els necessitats pròpies de la seva edat. Per descomptat, l'art. 10.2 de la Directiva és contrària o a allò establert en l'art. 39.4 de la CE espanyola, i per descomptat al Conveni de Drets del nen al permetre expulsions de menors per infraccions administratives, arribant fins i tot a consentir que l'Estat membre ho expulsi a un país que no és el d'origen (Estat de retorn), o a uns serveis de recepció adequats, sense concretar quines són les garanties que permeten denominar-los d'aquesta manera, tenint en compte que l'origen nacional dels pares d'aquests nens demostra sens dubte que aquests serveis de recepció són insuficients, ineficaços, i en algun supòsit inexistent. La vulneració, per tant, d'aquest precepte constitucional, i de les normes que emparen els drets del nen és palmària, i demostra una postura involucionista per part de la UE en matèria d'immigració<sup>155</sup>.

Això significa que mentre la Directiva determini que el menor estarà en un allotjament separat per a família, encara que tingui accés a l'educació, al joc, a les activitats recreatives, podem afirmar que l'interès superior del menor no està sent protegit, quan el sotmet a mesures d'internament. També cal destacar que la Directiva no garanteix que els menors no siguin internats en centres penitenciaris.

### **III. CONCLUSIONS**

Davant les crueltats entrevistes al segle XX, la societat internacional va decidir protegir els drets i llibertats fonamentals de tota persona humana, independentment d'origen nacional, ètnic o social, la posició econòmica, la raça, el color, el sexe, l'idioma, la religió, l'opinió política. A partir d'aquí, en el si del Consell d'Europa, es va aprovar el Conveni Europeu de Drets Humans, del qual tots els països de la Comunitat Europea són membres; i el Tribunal Europeu de Drets Humans que és l'òrgan responsable de l'aplicació del referit Conveni per portar a terme la protecció dels drets humans.

Conforme a l'anàlisi d'algunes decisions del TEDH, aquest Tribunal respecta les garanties processals, com el dret de l'estranger a un intèrpret, a un recurs que compleixi amb les condicions del Conveni; reconeix el principi de la seguretat jurídica; defensa les restriccions per a la privació de llibertat; afirma la dignitat de les condicions de detenció.

A partir d'aquí, és indubtable que Directiva 2008/115/CE, de 16 de desembre de 2008, relativa a normes i procediments comuns en els Estats membres per al retorn dels nacionals de tercers països en situació irregular, que criminalitza als immigrants irregulars; viola el principi de no discriminació; trascendeix tant el Conveni Europeu de Drets Humans com les citades jurisprudències del TEDH.

En definitiva, la Comunitat Europea necessita polítiques d'immigració que respectin el context de la globalització, és a dir, que siguin adequades als fluxos migratoris amb destinació als seus Estats membres, i que no sigui discriminatòria en el reconeixement i garantia de drets. Per altra banda, és cert que la solució no és tancar les fronteres de

<sup>155</sup> Cf. A. ORTEGA GIMÉNEZ y A. LÓPEZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 4.



la Comunitat, sinó regular i gestionar eficaçment els fluxos migratoris<sup>156</sup>.

Així es verifica que, a hores d'ara, aquesta política comuna en matèria d'immigració va clarament en contra als instruments internacionals i regionals que garanteixen la protecció dels drets humans<sup>157</sup>. Així doncs, sembla molt difícil compaginar el text de la Directiva amb les obligacions que els Estats membres de la Comunitat Europea han assumit fins ara.

### Bibliografía:

- AGUELO NAVARRO, P. y CHUECA SANCHO, Á.: "Directiva de retorno. Directiva de expulsión (Nota crítica avuelapluma desde los Derechos Humanos)". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 18, julio 2008, pp. 121-166.
- ALMEIDA NASCIMENTO, Adelaida de / CARREÑO GUALDE, Vicenta. "La lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea". En: FERRER LLORET, Jaume / SANZ CABALLERO, Susana (editores). *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al Derecho Internacional y Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 329-358.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique. "El Estado Social y Democrático de Derecho ante el reto de la inmigración", GARRIDO MAYOL, V. (Coord.): *Sociedad civil e inmigración*. Valencia: Fundación Profesor Manuel Broseta, 2003, pp. 131-142.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia. *La transposición de directivas UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración*, Barcelona, Documentos CIDOB, Serie Migraciones, núm. 8, marzo 2006, 122 pp. Texto completo ([http://www.cidob.org/es/publicaciones/documentos\\_cidob/migraciones/num\\_8\\_la\\_transposicion\\_de\\_directivas\\_de\\_la\\_ue\\_sobre\\_inmigracion](http://www.cidob.org/es/publicaciones/documentos_cidob/migraciones/num_8_la_transposicion_de_directivas_de_la_ue_sobre_inmigracion)). Acceso en 15 de enero de 2009.
- BENSA, Jessica. "La OEA rechaza Directiva de Retorno de Inmigrantes de la Unión Europea". Disponible en: <http://jbensa.wordpress.com/2008/06/20/la-oea-rechaza-directiva-de-retorno-de-inmigrantes-de-la-union-europea/>. Acceso en 23 de enero de 2009.
- CARNICER, Carlos. "Libertades y/ o seguridad", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 3, julio 2003, pp. 285-300.
- CHUECA SANCHO, Ángel. "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 7, noviembre 2004, pp. 211-236.
- : "El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 1, noviembre 2002, pp. 9-36.
- : "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, noviembre 2002, pp. 233-256.
- DE LUCAS, Javier. "Sobre las garantías de los derechos sociales de los inmigrantes". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 4, noviembre 2001.

<sup>156</sup> Cf. A. TERRÓN, "Inmigración e integración en la Unión Europea", N. FERNÁNDEZ SOLA y M. CALVO GARCÍA (Coords.), *Inmigración y Derechos*. Zaragoza: Mira Editores, S.A., 2001, pp. 147-154, p. 151.

<sup>157</sup> És essencial subratllar que els trenta-quatre Estats parts de l'Organització dels Estats Americans (OEA) van refutar l'aprovació de la Directiva, J. BENSA, "L'OEA rebutja Directiva de Retorn d'Immigrants de la Unió Europea". Disponible en: <http://jbensa.wordpress.com/2008/06/20/la-oea-rechaza-directiva-de-retorno-de-inmigrantes-de-la-union-europea/>. Acceso en 23 de enero de 2009.



- Disponible en: <http://www.uv.es/CEFD/4/Delucas.html>. Acceso en 15 de enero de 2009.
- : "Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración", FERNÁNDEZ SOLA, Natividad / CALVO GARCÍA, Manuel (coordinadores). *Inmigración y Derechos*. Zaragoza: Mira Editores, S.A., 2001, pp. 33-59.
- DÍAZ BARRADO, Cástor M. "Reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea", MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. y otros. *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales / Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), 1996, pp. 127-153.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. "¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 3, julio 2003, pp. 9-28.
- INTRAND, Caroline. Traducción del francés de A.G. CHUECA SANCHO. "Los acuerdos de readmisión y la política del toma y daca". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 3, julio 2003, pp. 301-306.
- LAPORTA, Francisco. "Sobre el concepto de Derechos Humanos". Disponible en: <http://www.seminariodefilosofiadelderecho.com/docencia1/humanos/CONTENIDOS/DDHH/Laporta.pdf>. Acceso en 22 de enero de 2009.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo. "Globalización, inmigración y ciudadanía social". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 4, noviembre 2003, pp. 9-42.
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. "Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional", MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. y otros. *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales / Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), 1996, pp. 109-126.
- MARTÍN PÉREZ, A.: "La participación infantil como forma de protección y garantía de los Derechos de la infancia", FERRER LLORET, J. y SANZ CABALLERO, S. (Eds.): *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al Derecho Internacional y Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 83-132.
- MONLEÓN BENNACER, José. "La justicia en las sociedades contemporáneas", GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos (director). *Sistemas culturales multiétnicos y derecho de integración*. Madrid: Consejo General de Poder Judicial, 2006, pp. 115-134.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso / LÓPEZ ÁLVAREZ, Antonio. "Breve aproximación crítica a la Directiva de retorno". *Diario la Ley*, nº 7064, Sección Doctrina, 26 noviembre 2008, Año XXIX, pp. 1-13.
- PAJARES, Miguel. "Inmigrantes, entre la exclusión social y la integración ciudadana", GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos (director). *Sistemas culturales multiétnicos y derecho de integración*. Madrid: Consejo General de Poder Judicial, 2006, pp. 153-176.
- PASCUAL VIVES, Francisco José. "La articulación convencional de una política comunitaria de retorno para los residentes irregulares", FERRER LLORET, Jaume/ SANZ CABALLERO, Susana (editores). *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al Derecho Internacional y Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 255-296.
- PAVÓN PÉREZ, Juan Antonio. "La propuesta de Directiva relativa al retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en la Unión Europea: ¿un difícil juego de prestidigitación camino de la armonización de procedimientos y normas comunes?" *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 19, noviembre 2008, pp. 119-143.



- RODRÍGUEZ PIZARRO, Gabriela. "Inmigración y derechos humanos", FERNÁNDEZ SOLA, Natividad/ CALVO GARCÍA, Manuel (coordinadores). *Inmigración y Derechos*. Zaragoza: Mira Editores, S.A., 2001, pp. 23-31.
- ROSALES, José María. "El coste de los Derechos cívicos y la inversión de la inmigración", FERNÁNDEZ SOLA, Natividad / CALVO GARCÍA, Manuel (coordinadores). *Inmigración y Derechos*. Zaragoza: Mira Editores, S.A., 2001, pp. 61-82.
- RUÍZ LEGAZPI, Ana. "Algunas reflexiones en torno a la expulsión y repatriación de menores extranjeros". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 5, marzo 2004, pp. 293-303.
- TERRÓN, Anna. "Inmigración e integración en la Unión Europea", FERNÁNDEZ SOLA, Natividad / CALVO GARCÍA, Manuel (coordinadores). *Inmigración y Derechos*. Zaragoza: Mira Editores, S.A., 2001, pp. 147-154.
- VIDAL GIL, Ernesto J. "¿Por qué los Derechos de los inmigrantes? Las razones del Derecho", GARRIDO MAYOL, Vicente (coordinador). *Sociedad civil e inmigración*. Valencia: Fundación Profesor Manuel Broseta, 2003, pp. 39-51.
- VILACHÁ DOMÍNGUEZ, Lara /PARDO GONZÁLEZ, Miguel, "La evolución normativa en materia de expulsión. La nueva directiva comunitaria en materia de retorno". *Diario la Ley*, núm. 7067, Sección Doctrina, 1 diciembre 2008, Año XXIX, pp. 1-22.



### TAULA 3: CENTRES D'INTERNAMENT PER A ESTRANGERS A EUROPA

#### Ponència del Jutge Luís Carlos Nieto.

*Magistrat d'Àvila especialista en menors.*

### ELS CENTRES D'INTERNAMENT D'ESTRANGERS. LA REGULACIÓ EN LA DIRECTIVA DE TORNADA.

#### 1- INTRODUCCIÓ

Els Centres d'Internament d'Estrangers són “una mostra flagrant i contradictòria en una societat democràtica, suposadament capçalera dels drets i de les llibertats” diu el programa d'aquestes jornades organitzades per SOS. RACISME. A partir d'aquesta afirmació pretenc en la meua exposició argumentar sobre la dificultat per a compatibilitzar aquests Centres en els quals es priva de llibertat per infraccions administratives amb els principis bàsics de l'Estat de Dret i per altra banda plantejar la necessitat, en tot cas, d'un control garantista del sistema d'internament en els mateixos.

En la nostra legislació l'internament preventiu d'estrangers està regulat com mesura cautelar a l'article 61.1.i) de la Llei Orgànica 4/2000 sobre Drets i Llibertats dels Estrangers a Espanya (L.O.\*Ex.) i el procediment i termini en l'art.62. A partir de la modificació introduïda per la L.O. 11/2003 les causes d'internament poden ser tant pels supòsits de devolució (art. 58.5 L.O.\*Ex.) i tornada (art.60 L.O.\*Ex.) com pels d'expulsió (art.62 L.O.\*Ex.). Per tant, en aquests tres supòsits es pot acordar l'internament judicial per resolució motivada com mesura cautelar, que estarà orientada a “garantir la presència de l'estranger durant la [substanciació](#) de l'expedient administratiu i l'execució de la mesura d'expulsió” tal com s'estableix en l'art. 1.2 de l'Ordre de 22 de febrer de 1.999 sobre normes de funcionament i règim interior dels Centres d'Internament d'Estrangers.

Aquests Centres on s'ingressa als estrangers originaris de països no pertanyents a la Unió Europea que es troben en situació irregular no poden tenir caràcter penitenciari i la seva finalitat és servir d'espai per a la detenció i custòdia d'aquests mentre se substancia l'expedient i s'executa l'expulsió. Són “allotjaments” que no són pròpiament centres penitenciaris, ni centres d'acollida, ni centres de protecció de persones vulnerables i dels quals sempre es discuteix sobre la seva naturalesa jurídica. Precisament per aquesta indefinició i falta de regulació són llocs propicis per a pràctiques contràries als drets humans. La seva pròpia existència reflecteix el recurs a una espècie de límits jurídics (tan freqüents en matèria d'estrangeria) que difuminen la claredat dels drets. Són llocs barrats i vigilats per les forces de seguretat on es porta a terme una privació de llibertat en els quals existeix una gran dificultat de control jurisdiccional i on impera una ambigüitat calculada. A més la pròpia causa de l'internament (una infracció administrativa) i el caràcter cautelar de la mitjana i per tant la seva [excepcionalitat](#) fan que la indefinició augmenti, per la pròpia contradicció que pugui existir en el fet de privar a una persona de llibertat per la comissió d'una falta administrativa i no un delictes. La situació s'agreuja quan el recurs a l'internament deixa de ser una mica excepcional i es converteix en la mesura habitual per a aquells estrangers que es troben en situació irregular i quan es veu que les condicions





d'aquests Centres són similars, fins i tot pitjors en algunes ocasions, a les dels Centres Penitenciaris.

Amb aquesta aproximació al tema semblaria que els Centres d'Internament fossin llocs residuals amb tendència a la seva desaparició. No obstant això, s'està produint una expansió i un increment d'aquests llocs de detenció com eix central de les polítiques migratòries que s'estan adoptant a Europa (segons un treball d'investigació de [Migreurop](#), que ha elaborat la Carta de Camps de la U.E. Hi ha no menys de 300 establiments d'aquest tipus en la Unió Europea). La tendència des d'alguns sectors de la Unió Europea a "criminalitzar la immigració" està suposant que aquests espais resistents al reconeixement dels drets estiguin cobrant força expansiva, estiguin augmentant en nombre i finalment siguin un dels principals instruments de control de les polítiques migratòries. Aquesta tendència és la qual serveix de fonament a la denominada Directiva de Tornada que més endavant analitzarem.

#### LA REGULACIÓ DELS CENTRES D'INTERNAMENT EN LA DIRECTIVA DE TORNADA. PLANTEJAMENT GENERAL.

.La Directiva de la Unió Europea sobre "procediments i normes comunes per a la tornada dels nacionals de tercers països que es trobin il·legalment en el seu territori" que es va aprovar el passat divuit de juny pel parlament Europeu, denominada Directiva de Tornada, aposta per aquesta tendència de criminalitzar les migracions i pot tenir greus efectes sobre el dret a la llibertat de les persones. La generalització dels Centres d'Internament i l'ampliació dels períodes d'estada (fins a divuit mesos en determinats supòsits i aplicables als menors d'edat) converteixen a aquests espais, dels quals es pot dir, si més no, que les garanties dels drets estan difuses, en un dels eixos centrals de les polítiques migratòries de la Unió Europea. A més aquesta opció pel control i repressió dels fluxos migratoris es pren en un context de greu risc d'exclusió social dels immigrants, amb conseqüències que poden ser irreparables per a la integració i respecte dels drets. Estem en un moment en el qual més de 200 milions de persones estan [migrant](#) en tot el planeta i en el qual la característica fonamental d'aquestes migracions és que s'estan produint en un context de violacions massives dels drets humans. La Federació Internacional de Lligues de Drets Humans, que va celebrar el seu últim Congrés a Lisboa a l'abril del 2007, va destacar com una de les seves conclusions fonamentals aquest context de risc en el qual es produïen els desplaçaments de persones, que té a veure amb un moment històric en el qual la lluita contra la fam i la pobresa ha passat a un segon pla de les preocupacions mundials i en el qual en més de trenta països (la majoria africans) la taxa de supervivència s'hagi reduït en els últims anys. És evident que aquesta situació, aquest desequilibri fa que es produeixi un increment de la demanda migratòria cap a Europa cap a on s'estan produint importants desplaçaments de persones. El [senegalès Sidiki Kaba](#), llavors President de la citada Federació, citava estremint com centenars de joves [senegalesos](#) es tiren al mar al crit de "veure Barcelona o morir" en un viatge que en moltes ocasions acaba en tragèdia i mort.

En aquest context apostar per polítiques d'internament dels estrangers que es trobin en situació irregular necessàriament va a suposar agreujar la situació d'aquests i va a endurir aquest context de risc i de violència en tant se sancionen amb la privació de llibertat fets que no són constitutius d'infracció penal alguna (manca d'autorització administrativa de residència). Per aquest motiu és important analitzar la contradicció que pot suposar el recurs a l'internament si situem els drets humans en la centralitat del debat sobre les migracions, plantejament que té el seu fonament en la consideració



de l'altre com [titular](#) de tots els drets inherents a la persona, que per la seva pròpia configuració són universals. És a dir, reconèixer que l'immigrant no pot tenir només un valor econòmic sinó també filosòfic i antropològic doncs a més de força productiva aporta també [alteritat](#) cultural i antropològica.

La [centralitat](#) dels drets per a analitzar les migracions no és una mica nou sinó que està d'acord amb la normativa internacional que ha anat configurant un cos de doctrina constituït d'una Unió Europea fonamentada en els drets i llibertats, entre la qual es troba el Conveni Europeu de Drets Humans de 1950, el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics de 1966, la Convenció de Drets del Nen de 1989 i la Carta Europea de Drets Fonamentals de 2000. La Directiva de Tornada entra en col·lisió amb aquesta tendència internacional i constitutiva quant als paràmetres de respecte als drets humans i camina en sentit contrari amb una concepció restrictiva i localista de la Unió Europea, xocant amb la progressiva superació dels marcs estatals o regionals dels drets humans, que per definició tenen una concepció universal. La resposta que Europa aquesta donant als fluxos migratoris està posant a prova la vigència i solidesa de la nostra concepció del món i dels drets, i la resposta que s'està donant està basada en mecanismes d'exclusió, quan no purament punitius.

Com afirma el professor [Sixto](#) Sánchez Lorenzo el dret d'estrangeria constitueix avui el millor baròmetre per a calcular l'horitzó ètic d'una societat i ens situa davant una prova de democràcia fonamental per als països que han elaborat la teoria universal dels drets humans. Drets humans dels quals no es pot prescindir quan vam parlar d'immigració, per ser conceptes íntimament relacionats, sense que deguin entrar en col·lisió les polítiques d'immigració i l'estat de dret com afirma el professor Javier de Lucas, o el que és el mateix cal respondre al discurs que se sustenta en la tesi que per a defensar-nos del devesall migratori cal renunciar a determinades cotes de drets. En definitiva, amb l'augment dels fluxos migratoris s'ha produït un creixement de les interdependències a nivell mundial i alhora l'increment i l'evidència de les desigualtats entre països rics i països pobres. El jurista italià [Luigi Ferrajoli](#) afirma que els fenòmens migratoris i el fet de la globalització ens adverteixen que vam caminar feia una nova integració mundial per a arribar a la conclusió que "el desenvolupament d'aquesta integració es produeixi baixa l'enseny de l'opressió i de la violència o per contra de la democràcia i de la igualtat va a dependre també del dret". Per això ha d'evitar-se la proliferació dels centres d'internament, que es pugui privar a persones de llibertat per autoritats administratives, que per mancar de documentació puguis ser ingressat en una presó o que als menors se'ls pugui expulsar del territori en lloc de donar-los protecció. La Directiva de Tornada és un pas en direcció contrària al [universalisme](#) normatiu i suposa invertir la tendència al reconeixement de drets universals que estan suposant els tractats internacionals.

## LA NATURALESA JURÍDICA DELS CENTRES D'INTERNAMENT

Ja s'ha apuntat abans que un dels principals problemes que plateja la pròpia existència d'aquests Centres és el de la naturalesa dels mateixos, és a dir; que estatut jurídic té la persona internada en els mateixos. Com principi són establiments públics de caràcter no penitenciari per a la detenció i custòdia d'estrangers que es troben en territori europeu en situació irregular. I també s'ha dit que precisament aquesta indefinició de no ser centres penitenciaris, ni centres d'acollida ni alguna cosa definit era un espai propici per a la falta de regulació i per a crear llimbs jurídics en els quals els drets no estan clars. La Directiva manté aquesta indefinició i dona un pas més al



permetre recórrer als centres penitenciaris quan un Estat membre no pugui proporcionar allotjament en un centre d'internament especialitzat.

Amb aquest plantejament es deixa en evidència el caràcter penitenciar i punitiu encobert que van a tenir aquests centres d'internament. Però a més això es va manifestar de forma concloent en el debat sobre la Directiva en el qual el propi ponent de la mateixa, l'alemany [Manfred Webber](#), va definir aquests centres com “instruments per a fer pressió psicològica sobre els detinguts”. L'afirmació és de tal calibre que no es pot entendre com argument a favor del contingut de la Directiva doncs Europa fins a ara havia avançat en el sentit de considerar punible qualsevol tipus de pressió psicològica sobre els detinguts i va motivar una contestació important per molts sectors socials. La periodista Soledad Gallego Díaz en una columna publicada en el periòdic El País el 9 de maig passat deia que la frase del ponent tenia el bon gust de no disfressar les coses i que la idea és molt simple: “O et vas o et fico en la presó, ni més ni menys que 18 mesos”.

La Directiva és, per tant; un pas més en la política de la UE de criminalitzar la immigració a través d'una norma que suposadament pretén harmonitzar les polítiques d'expulsió dels més de vuit milions de residents irregulars que es calcula que hi ha a Europa, precisament en un moment que els tractats internacionals estan insistint en la universalització dels drets i consagra el recurs a la creació d'espais aliens al dret que permetin una “gestió eficaç” de la immigració. Aquesta tendència juntament amb la [externalització](#) de la gestió de la migració i l'asil (els denominats “camps d'acollida” o “portals d'immigració” situats en països externs a la Unió Europea on es planteja un seriós problema dels estàndards jurídics aplicables) apunten un camí en el qual el reconeixement dels drets passa a un segon pla a favor d'una suposada eficàcia en la gestió dels fluxos migratoris que pot derivar en violència i exclusió.

És el recurs a la privació de llibertat com resposta al que és una falta administrativa, recurrent a un internament que s'assembla a un centre penitenciar. I aquesta afirmació és contrastada no només pels estudis de les organitzacions que s'encarreguen de la defensa dels drets dels immigrants sinó per informes institucionals com el d'aquest any del Defensor del Poble en el qual s'observa el “caràcter penitenciar” d'aquests centres i les condicions que afecten a la dignitat dels interns. Vegem alguns exemples de l'últim informe del Defensor del Poble. Així en el centre d'Algesires insisteix en “la falta d'idoneïtat per a una estada digna dels interns, a causa de el seu marcat caràcter carcerari (la seva ubicació està en l'antiga presó provincial). En el centre de la Illa de les Colomes de Tarifa “el seu aspecte no semblava reunir en absolut condicions per al seu possible ús com centre d'internament”. En el centre d'internament de Madrid se segueix reclamant resoldre el dèficit de personal existent tant pel que fa a la seguretat com en relació a l'atenció assistencial que es presta als interns i en el de València, amb estructura i instal·lacions adequades, segons l'informe, cal i urgent nomenar un treballador social i reforçar els cursos de formació dels funcionaris policials. En el Centre d'Internament del [Matorral](#) de [Fuerteventura](#) els dormitoris “són tipus brigada i contenen amb gran nombre de llits” amb una “total mancada d'intimitat, pel que s'ha reiterat la necessitat que es reformin i estableixin dormitoris de dimensions més reduïdes”. L'informe mostra la seva preocupació per l'estat del mòdul d'aïllament “que en el moment de la visita es trobava en condicions higièniques i d'habitabilitat lamentables”. El centre de Múrcia “estructuralment manca de les condicions exigides en la normativa” i “les instal·lacions resulten absolutament inadequades per a la funció que vénen ocupant” i per això el Defensor del Poble demana la suspensió del funcionament del centre fins a tant finalitzin les obres de



construcció que s'estan portant a terme en el mateix. El centre de Foia Freda a Santa Cruz de Tenerife encara que les seves instal·lacions mereixen una consideració positiva crítica que s'ha instal·lat una gran carpa en el pati central per a poder acollir a les persones que arriben en "[cayucos](#)" i pasteres en èpoques de major afluència el que converteix l'ambient en [irrespirable](#) donat la sufocant calor pel que "resulta prioritari que s'habilitin altres instal·lacions".

En definitiva, aquest és el panorama dels [eufemísticament](#) denominats Centres d'Internament que en cap cas podran tenir caràcter penitenciari, segons el balanç d'una institució oficial com és el Defensor del Poble.

## EL TRACTAMENT DELS CENTRES D'INTERNAMENT EN LA DIRECTIVA DE TORNADA

La Directiva es refereix a l'internament en el seu article 15 amb una fórmula àmplia que pot generalitzar i fer expansiva la seva aplicació. Si bé és cert que el precepte reserva aquesta mesura cautelar per a aquells casos en els no és possible "aplicar amb eficàcia" una mesura menys coercitiva i que serà "el més curt possible i només es mantindrà mentre es porten a terme les gestions per a l'expulsió" també ho és que un dels dos paràmetres per a valorar aquesta mesura és que l'afecta't "eviti o dificulti la preparació del procés de tornada o expulsió", circumstància de contingut ambigu i ampli que pot permetre l'aplicació indiscriminada de la mesura d'internament. Aquesta regulació relacionada amb la previsió que permet que la interpretació i la decisió sobre l'internament pugui fer-se per autoritats administratives o judicials (art. 15.2) i l'ampliació del termini en alguns supòsits fins a 18 mesos (art.15.5 i 6) indica que l'internament en la Directiva no està concebut com "última ràtio" i "pel menor temps possible" a pesar de la seva declaració inicial, sinó com un instrument primari i contundent per a "controlar la immigració il·legal".

En efecte, la Directiva amplia el temps d'internament fins a 18 mesos, sense un termini taxat que reguli la intervenció judicial, sinó amb una clàusula genèrica que garanteix aquest control jurisdiccional "en el termini més breu possible". Major indefinició no cap en una garantia del dret a la llibertat com és el control del jutge de l'actuació administrativa. El qual anés president de la Comissió Europea, [Jacques Delors](#), el dia de l'aprovació de la Directiva escrivia un article molt crític amb aquesta en el diari El País des d'un plantejament de construcció europea i s'escandalitzava de la durada del termini de detenció autoritzada per ser "totalment desproporcionat en relació amb el temps realment necessari per a organitzar la tornada d'un estranger (que a França ronda una desena de dies)".

No obstant això i sense atendre raons d'aquest tipus apuntades des de diferents sectors socials (la Directiva de Tornada ha estat molt criticada a Europa) la redacció final estableix com període màxim d'internament ni més ni menys que 6 mesos, que podrà prorrogar-se per un altre no superior a 12 mesos, quan existeixi falta de cooperació del nacional del tercer país o per demores en l'obtenció de la documentació necessària que hagin d'expedir les autoritats de tercers països (art. 15.5 i 6). En total 18 mesos d'internament.

Aquesta redacció final ha endurit significativament les previsions inicials de la Proposta de Directiva que va ser elaborada per la Comissió Europea en l'any 2.005 i que en el seu Art. 14 establí un termini màxim de 6 mesos per a l'internament i en tot cas el control judicial en el termini de 72 hores. L'esmena 60 del Projecte del Parlament





Europeu ja ampliava a 18 mesos l'internament per a l'expulsió en els supòsits de falta de cooperació o retard de l'obtenció de la documentació. De la redacció final ha de destacar-se el fet que la pròrroga de l'internament (12 mesos) sigui el doble del termini inicialment previst com criteri general en una mesura cautelar (6 mesos) i que pugui considerar-se com circumstància per a fonamentar la pròrroga la falta "de cooperació" de l'intern (estem parlant de drets fonamentals i per tant de la utilització dels mitjans de defensa) i les demores en l'obtenció de la documentació necessària que han d'expedir les autoritats de tercer país i que en cap cas és imputable a l'intern.

També la Directiva permet que les autoritats administratives siguin competents per a acordar l'internament d'estrangers que es trobin culpables en processos de tornada o per a l'execució de l'expulsió i no estableix termini per al control judicial quan la decisió sigui presa per autoritats administratives, sinó únicament que aquest "haurà de decidir-se el més ràpidament possible". L'art.15.2 estableix que l'internament serà decidit per autoritats administratives o judicials i que quan hagi estat ordenat per una autoritat administrativa disposaran el control judicial ràpid de la legalitat de l'internament. En definitiva, no s'estableixen terminis màxims per a la revisió judicial de l'internament administratiu, sinó que tot queda referit a la indeterminació amb la qual es pugui interpretar el concepte de control judicial ràpid. Els terminis com garantia del dret a la llibertat són fonamentals i la seva omisió tradicionalment encobreix la possibilitat de fer difusos i vulnerables els drets. La mateixa indefinició es reserva per als casos d'internaments perllongats per als quals es preveu "la supervisió d'una autoritat judicial" que es realitzarà a "interval·ls raonables" (art.15.3). Una vegada més es dona el desequilibri entre el reconeixement del dret i la seva garantia, doncs estem davant supòsits amb conseqüències penals de privació de llibertat sense les garanties pròpies del Dret Penal.

Però encara de major gravetat és que l'art. 16 estableixi com norma general que l'internament es realitzi en centres específics, però que excepcionalment es pugui portar a terme en centres penitenciaris, simplement quan l'Estat membre "no pugui proporcionar allotjament en un Centre d'internament especialitzat", amb l'única condició que estiguin separats dels presos ordinaris. El recurs a les presons per a internar a estrangers indocumentats adona del calat d'aquesta Directiva.

Tot l'anterior evidència que s'ha optat pel recurs a l'internament amb garanties limitades com eix de la política migratòria de la Unió Europea i amb una regulació que marca una tendència contrària a la dels tractats internacionals que estaven configurant un cos de doctrina sobre drets i garanties com ja s'ha explicat i de moltes legislacions nacionals òbviament més [garantistes](#). Fem una ràpida comparança amb la regulació en el nostre país. L'art. 62 de la HO.4/2000 de Drets i Llibertats dels Estrangers a Espanya i la seva Integració Social estableix que l'instructor de l'expedient que pugui proposar una sanció d'expulsió podrà sol·licitar del Jutge d'Instrucció competent que disposi el seu ingrés en un centre d'internament en tant es tramita l'expedient sancionador i que el Jutge decidirà sobre l'internament mitjançant acte motivat i prèvia audiència de l'interessat. En tot cas el temps d'internament serà l'imprescindible per a les fins de l'expedient sense que en cap cas pugui excedir de 40 dies. L'art. 17 de la Constitució Espanyola estableix que la detenció preventiva no podrà durar més del temps de l'estrictament necessari per a la realització dels esbrinaments tendents a l'esclariment dels fets i, en tot cas, en termini màxim de 72 hores, el detingut haurà de ser posat en llibertat o a la disposició de l'autoritat judicial. La [STC 115/87](#) solament entén l'internament d'estrangers en situació irregular per espai superior a 72 hores (període límit de la detenció policial) si tal internament és sotmès a control judicial ([FJ](#)





2º de la sentència). Segons aquesta interpretació la disponibilitat sobre la pèrdua de llibertat és judicial, doncs és la decisió del jutge la qual decideix la situació personal de l'estranger, sense perjudici del caràcter administratiu de la decisió d'expulsió i de l'execució de la mateixa.

En tot cas, l'internament ha d'ésser en centres o llocs “que no tinguin caràcter penitenciari”, com garantia per a evitar que l'estranger indocumentat sigui sotmès al tractament propi de les presons. S'exclou que pugui ser en un Centre Penitenciari encara que com ja hem vist les condicions dels Centres d'Internament amb freqüència de fet tenen aquest caràcter.

Per tant, la Directiva de Tornada suposa un pas enrere per als drets fonamentals quan permet que puguin ser les autoritats administratives les quals decideixin sobre la privació de llibertat d'un individu, sense garantia d'un control judicial immediat i autoritza la pròrroga de l'internament fins als 18 mesos, al mateix temps que preveu que pugui realitzar-se en un centre penitenciari, col·lisionant amb tota la normativa internacional. Vegem succintament la regulació en els Tractats Internacionals. L'art. 9 del Pacte Internacional sobre Drets Civils i Polítics de 1.966 després de declarar el dret a la llibertat i seguretat personals sense que ningú pugui ser sotmès a detenció o presó arbitrària, estableix que “tota persona que sigui privada de llibertat en virtut de detenció o presó tindrà dret a recórrer davant un tribunal”, i que el termini haurà de ser proporcionat. En el mateix sentit l'art. 5 del Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals (Conveni de Roma de 1.950) estableix que tota persona detinguda preventivament o internada haurà de ser conduïda a presència d'un jutge o d'altra autoritat habilitada per la llei per a exercir poders judicials. La interpretació que d'aquests preceptes ha fet el Tribunal Europeu de Drets Humans ha estat [garantista](#) i sempre considerant que la llibertat sigui la regla i la seva privació l'excepció.

Aquesta tendència a anar avançant en la protecció dels Drets Fonamentals a partir dels tractats internacionals i de les pròpies Constitucions Europees ha estat afectada per la Directiva de tornada pel que fa als drets de les persones migrants. Quant al marc jurídic constitucional espanyol la Directiva vulnera la interpretació que el Tribunal Constitucional ha establert per a considerar constitucional la figura de l'internament, que ha d'estar sotmès a control judicial, subjecte a un termini màxim de 40 dies, i que en tot cas es portarà a terme en centres de caràcter no penitenciari.

## TRACTAMENT DELS MENORS ESTRANGERS

Finalment una referència al tractament dels menors estrangers en la Directiva. Tant la possibilitat d'expulsió dels menors que preveu l'art. 10, com la possibilitat d'internament recollida en l'art.17 contradiuen tota la normativa nacional i internacional de protecció a la infància. L'art. 10 autoritza la tornada dels menors no acompanyats, que poden ser expulsats a països de transit amb acords de readmissió, al referir-se l'art. 10.2 a l'Estat “de tornada” i no al d'origen. L'art. 17 contempla la possibilitat que els menors no acompanyats i les famílies amb menors puguin ser internats, sense que el paràgraf 4º impedeixi que puguin ser internats en centre penitenciaris.

Tota aquesta regulació col·lisiona amb la Convenció de Drets del Nen de 1989 i amb l'art. 39 de la Constitució Espanyola que prevé que els nens gaudissin de la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets. En aquest sentit els art. 35 de la Llei d'Estrangeria i 92 del Reglament d'Estrangeria impedeixen la



possibilitat d'expulsió dels menors i obliguen que la repatriació es faci sempre en interès superior del menor. Tota aquesta normativa té un signe clar i és la preferència de l'estatut de protecció que tenen tots els menors sense perjudici de la seva nacionalitat o de la forma en la qual hagin entrat al país de recepció. En definitiva, la preferència de la seva condició de menor sobre la de l'origen nacional. És precisament aquest dret protegit el qual crea un estatut protector fort que impedeix que als menors se'ls puguin aplicar les lleis d'estrangeria. Tant l'art. 2 de la Convenció de Drets del Nen (reconeix els drets dels menors independentment de l'origen nacional) com l'art. 1 de la Llei Orgànica 1/1.996 de Protecció Jurídica del Menor (primacia de l'interès superior del menor sobre qualsevol altre interès legítim que pogués concórrer) articulen els principis bàsics d'aquest estatut de protecció que impedeix tant l'internament com l'expulsió dels menors.

La Directiva de Tornada inverteix tot aquest plantejament (primacia de la condició de menor sobre la de l'origen nacional) i passa a tractar als menors com immigrants irregulars, prioritzant la seva condició d'estrangers enfront de la minoria d'edat. Amb aquest plantejament es va a permetre l'expulsió dels menors, fins i tot a un país de trànsit i la possibilitat d'internament. És cert que l'art. 17 de la Directiva fa referència que l'interès superior del menor ha de ser una consideració de primer ordre per a valorar l'internament i posterior expulsió dels menors i que l'internament només serà com últim recurs i pel menor temps possible però això ho fa després de permetre aquesta possibilitat que exclou la Convenció de Drets del Nen i les legislacions internes dels països que l'han subscrit. Precisament la força d'obligar als Estats Part va ser una de les característiques més destacades després de l'aprovació d'aquesta Convenció fins al punt que el llavors President de l'Assemblea General de les Nacions Unides, [Joseph Gorbe](#), va dir "els drets del nen han deixat de ser una declaració d'intencions per a arribar a ser una norma d'obligat compliment en la legislació internacional". Enfront d'això la Directiva autoritza l'internament dels menors, fins i tot en establiments no específics (presons). L'habilitació general que l'art. 17 fa per a internar a menors d'edat trenca una tradició jurídica que té el seu fonament en el propi concepte de civilització, que ha fet que la protecció dels drets de la infància sigui universal i que els menors hagin d'ésser protegits en qualsevol país del món independentment de la seva nacionalitat.

## CONCLUSIÓ

Com conclusió dir que a mi judici la Directiva de Tornada suposa una greu reculada en matèria de drets fonamentals i llibertats públiques i amb la regulació que fa dels Centres d'Internament pot provocar greus problemes humanitaris. Les normes d'estrangeria no poden anul·lar els drets de les persones entrant en col·lisió amb els Tractats i Convencions Internacionals per a la protecció dels drets humans. La possibilitat d'internament fins als 18 mesos per estada irregular, sense un termini taxat per a la intervenció judicial, que podria ser executat en un centre penitenciari i amb possibilitat de ser aplicat als menors d'edat suposa un pas enrere de gegant en el procés de creació d'un marc europeu respectuós amb els drets i entra en col·lisió amb els Tractats Internacionals que els protegeixen.

En aquest sentit el Comissari per als Drets Humans del Consell d'Europa, [Thomas Hammarberg](#) ha criticat amb fermesa el tractament que la Directiva fa sobre l'internament i la minoria d'edat i ha manifestat la seva oposició al recurs a l'internament per als immigrants en situació irregular afirmant que "la detenció només ha d'usar-se amb els criminals i els immigrants no ho són". Afirmar que l'harmonització



de les normes comunitàries ha de fer-se prenent com a referència el nivell més alt de respecte als drets humans.

Quan es tracta d'harmonitzar legislacions el referent sempre deu ser la legislació que contingui cotes més altes de promoció dels drets, sent sempre indesitjables les harmonitzacions a la baixa.

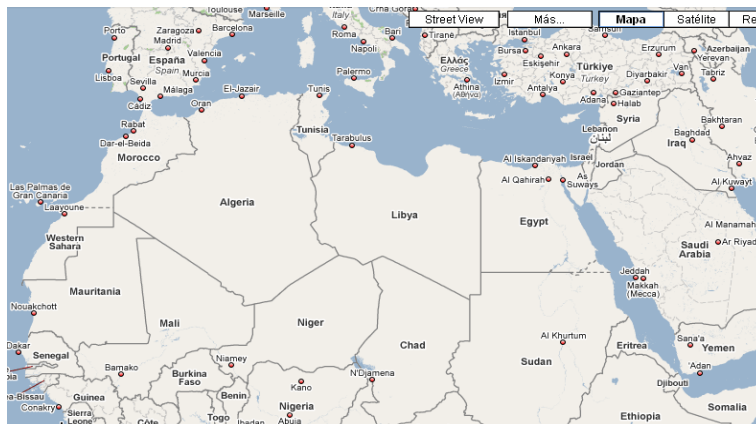
En definitiva, en aquesta Directiva ha prevalgut la cultura de la frontera i l'exclusió sobre la cultura dels drets humans.

**Ponència de Gabrielle del Grande.**

*Llicenciat en Estudis Orientals Bolònia, l'any 2006 funda Fortress Europe, l'observatori mediàtic de les víctimes de la immigració clandestina. Un any més tard va seguir la ruta del migrant a Turquia, Tuníssia, Marroc, el Sàhara Occidental, Muritània, Mali i el Senegal. "Mamadou va a morire", la seva opera prima, és l'explicació d'aquell viatge.*

**L'EXTERNALITZACIÓ DE LA GESTIÓ DE LES FRONTERES DE LA UE A LÍBIA.**

**Silenci i impunitat davant els crims comesos contra els emigrants i els refugiats en nom de la seguretat europea.**



•Líbia és el principal país de trànsit per als prop de 20.000 emigrants que arriben tots els anys a la illa de Lampedusa. La meitat d'ells són sol·licitants d'asil procedents de Somàlia, Eritrea i Etiòpia. Des de 2003 Itàlia i la UE ha sol·licitat a Líbia la detenció dels emigrants abans que abandonin el país. Tres centres de detenció ha estat finançats. Aviat començarà un patrullatge conjunt pel mar. Segons xifres oficials, entre 2003 i 2006 198.000 estrangers han estat expulsats de Líbia

PERO....

Què està fent realment la policia libia? Quant és el que sofriuen milers d'africans i africanes? I per quin tot el món pretén no saber-lo? 198.000 estrangers han estat expulsats de Líbia .



## **EXPULSIONS COL·LECTIVES EN EL MAR**

Tareke, Eritrea "Un buc militar amb pavelló maltès ens va rescatar entorn de les 17.00 hores, després un vaixell amb bandera Líbia va arribar a nosaltres. Els maltesos van regressar, i els libios ens van arrossegar al port més proper, al que vam arribar a l'endemà. Allí, la policia ens va empènyer, ens va bufetejar i ens va donar puntades i cop\_de\_puny ". En 2005, el Tribunal Europeu de Drets Humans va detenir la deportació col·lectiva de Lampedusa a Líbia. Avui són l'objectiu principal de la pròxima patrulla Frontex

## **ABUSOS EN ELS CENTRES DE DETENCIÓ D'IMMIGRANTS**

- Tareke, Eritrea
- "En Kufrah, dormíem en cel·les de sis metres per vuit, en la meua havia 78 persones. Les cel·lules romanien tancades les 24 hores i durant el dia es convertien en veritables els forns a causa del sufocant calor. A la nit, dormíem amuntegats en el sòl, amb el cap sobre els peus del veí. Estàvem gairebé morts de fam. Set o vuit persones havien de repartir-se un plat d'arròs. Moltes persones estaven malalts, especialment de sarna i dermatitis, però també de tuberculosi. De tant en tant, agafaven a algú i ho duien al pati per a divertir-se. Els feien fer flexions, i quan ja no podien més, els donaven puntades " Frontex

## **VIOLÈNCIA CONTRA LES DONES**

- Selam, Etiòpia
- "En Kufrah, vaig ser testimoni de la violació d'una dona. Sovint quatre o cinc agents de policia violen a una única dona. Moltes es queden embarassades. Una vegada fora de la presó, no tenen més remei que recórrer a un avortament il·legal ".

## **EL TRASLLAT DELS DEPORTATS A KUFRAH**

- Fatawhit, Eritrea
- "El trasllat d'una presó altra es va portar a terme amb un camió en el qual s'amuntegaven 90 persones. El viatge va durar tres dies i tres nits, no havia cap finestra i no teníem gens per a beure. Vaig veure dones bevint l'orina dels seus marits, ja que estaven morint de deshidratació ".

## **ASSASSINATS COMESOS PER LA POLICIA DURANT LES DETENCIÓES O EN LES COMISSARIES DE POLICIA**

- Tall, Nigèria
- "Jo personalment conec almenys dos casos de joves assassinats per agents de la policia a Trípoli. El primer va ser un nen nigerià, el nom del qual era Idewin. Va ser detingut a Trípoli durant una redada i va morir pocs dies després a conseqüència d'una ferida en el cap causat per un cop de porra. L'altre va ser un ghaneco. Ho van dur a la comissaria de policia, no sé exactament per què. Solament sé que va morir."

## **LA DEPORTACIÓ AL DESERT**

Fabrice, Togo



"En Qatrun ens van carregar en un camió i ens van abandonar en la frontera amb Níger, a l'altura de Toumou. Vam haver de caminar durant tres dies, sota el sol, per arribar a Madama, en el Níger ". Xerris, Ghana "Vaig creuar el Sàhara des de Níger al juny del 2007. No molt lluny del lloc fronterer en Toumou, vaig veure amb els meus propis ulls els cossos momificats de 34 persones. No havia cap rastre del cotxe ". Desenes de persones han mort després d'haver estat deportades i abandonades en el desert. Milers estan perduts en els petits llogarets al llarg de la frontera"

### MAPA DEL CAMP DE DETENCIÓ

Kufrah, Sebha i Gharyan han estat finançats per Itàlia



### ELCAS DE MISRATAH

•Anònim, Eritrea

•"Som aproximadament 600 detinguts en Misratah, tots nosaltres de Eritrea. Hi ha al voltant d'un centenar de dones i cinquanta nens. Estem aquí des de fa dos anys. Alguns van ser detinguts en el mar, però la majoria van ser detinguts en el carrer per la policia. També hi ha persones que van ser tretes fora de les seves llars durant redadas nocturnes. Hem deixat totes les nostres pertinències sense vigilància, en la llar. Alguns tenien acreditacions com refugiats polítics, però les hi van llevar. Durant les primeres setmanes de detenció, algunes dones van ser violades per oficials. Almenys set persones han estat admeses en un hospital amb atacs de nervis. Algunes persones van emmalaltir de sarna o dermatitis, i uns altres contractaron malalties pulmonars, o sofrien atacs d'asma, infeccions intestinals i gastritis. Tres persones van ser traslladades a l'hospital amb tuberculosi. Dues dones ja han donat a llum en l'hospital, i altres cinc estan embarassades, tres de les quals estan pròximes a donar a llum. No obstant això, no tenim atenció mèdica "

### FUGIDA DE TRIPOLI

Segons Fortress Europe (<http://fortresseurope.blogspot.com>) almenys (falten xifres) persones han mort des de 1988 al llarg de les fronteres de la UE. Al voltant de 9.308





immigrants van morir en el mar Mediterrani, o en l'Oceà Atlàntic intentant arribar cap a Espanya, i 1.611 van perdre la vida tractant de creuar el desert del Sahara

Més informació: <http://fortresseurope.blogspot.com>

### **Ponència de Olivier Clochard.**

*Membre de Migreurop, xarxa decidada a la lluita en contra de les polítiques migratòries europees i dels Centres d'Internament per a estrangers.*

## **ELS CAMPS D'ESTRANGERS, DISPOSITIU CLAU DE LA POLÍTICA D'IMMIGRACIÓ I D'ASIL DE LA UNIÓ EUROPEA.**

“L'europèització” de les polítiques d'asil i d'immigració de la UE va començar formalment el 1999, amb l'entrada en vigor del tractat d'Amsterdam. En ocasió d'aquesta refundació important del Tractat sobre la Unió Europea, els Estats membres van decidir renunciar a una part de les seves prerrogatives en matèria de control de les fronteres.

Aquesta europèització va donar lloc a l'elaboració d'un cos de normes europees (reglaments i directives) o de dispositius operacionals en tres àmbits: la integració de la població immigrada en situació regular, la protecció de les que sol·licitaven asil o de les refugiades, i la gestió de les fronteres per lluitar contra la immigració il·legal. Observem que s'exclouen de la política comuna les qüestions relatives a l'admissió de treballadors estrangers: en aquest àmbit els mateixos Estats membres han escollit, per ara, preservar les seves prerrogatives, fixant les regles d'acord amb el seu propi mercat interior de treball. Això, però, podria canviar a voluntat d'alguns d'aquests Estats i, sobretot, de la pròpia Comissió Europea, d'harmonitzar també les regles en matèria d'accés al treball i de criteris de regularització.

Els textos adoptats al final de la primera fase de “l'europèització” de les polítiques d'asil i d'immigració, donada per enllestida el 2004, es reparteixen de manera molt desigual entre els tres àmbits esmentats. Pel que fa a les persones immigrants, tenim el reagrupament familiar, l'estatut de “residents de llarga durada” i les regles relatives a l'acollida d'estudiants.

Pel que fa a l'asil, el dispositiu comú s'organitza al voltant d'una sèrie de directrius i de reglaments que tracten de l'acollida de sol·licitants d'asil, dels procediments que els seran aplicables i encara de la determinació del país encarregat de portar a terme l'execució d'aquests procediments.

En la lluita contra la immigració irregular, la multiplicació dels dispositius creats al llarg dels darrers anys indiquen quina és la màxima preocupació dels governs de la UE. Aquests dispositius es destinen

- o bé a protegir les fronteres (amb les bases de dades informatitzades per tal de facilitar la identificació de tothom que les intenta travessar; la cooperació de policies de fronteres; les sancions contra les companyies de transport, que escorten passatgers clandestins, la gestió comuna de visats, etc.). El període més recent ha estat marcat per una acceleració del procés, amb la creació, al 2005, de l'agència europea Frontex, encarregada de la coordinació de les operacions de control a totes les fronteres (marítimes, aeroportuàries i



terrestres). Les principals operacions s'han dut a terme, a partir del 2006, entre la costa africana i les Illes Canàries<sup>158</sup>.

- o bé a executar l'allunyament d'estrangers en situació irregular, el reconeixement mutu de les decisions d'allunyament preses pels diferents estats membres de la UE, els acords de readmissió per retornar-los més fàcilment cap al seu país d'origen o de trànsit, els vols agrupats per racionalitzar les expulsions i, com veurem a continuació, l'harmonització dels procediments d'expulsió.

Cap de les normes, cap dels dispositius adoptats no preveu, no reglamenta i ni tan sols esmenta el recurs d'internament administratiu de les persones estrangeres en una fase o altra del procediment aplicable, excepció feta dels dos casos següents:

- la directiva relativa a les normes mínimes per a l'acollida dels demandants d'asil, del 2003, que preveu que, excepcionalment, les persones que sol·liciten asil poden ser detingudes.
- la directiva del "Retorn", de 2008, relativa a les modalitats d'allunyament dels estrangers en situació irregular, i que conté dos articles que tracten de la detenció d'estrangers i que en precisen la durada màxima i les condicions materials.

Malgrat la inexistència gairebé absoluta de marc jurídic, podem considerar que l'internament de les persones estrangeres constitueix un dels instruments clau de la política migratòria de la Unió Europea. Entenem per internament administratiu la privació de llibertat d'una persona estrangera sense condemna penal, només amb una mesura administrativa i per motius relacionats amb les regles que regeixen l'entrada i l'estada a la UE.

Diversos elements ens permeten avançar aquesta tesi: l'augment dels centres d'internament, al llarg dels deu últims anys - notablement, el seu desplegament als països que formen la nova frontera oriental de la UE després de les ampliacions de 2004 i 2007-; el paper que juguen en els dispositius d'allunyament; i finalment el creixement de la seva capacitat en el marc de l'externalització de la política d'asil i d'immigració de la Unió.

Abans de tractar aquests diferents aspectes, presentarem una tipologia d'aquests "camps" moderns amb què Europa està sembrant el seu territori, i el dels seus voltants. La xarxa Migreurop, composta de militants i d'investigadors de les dues ribes del Mediterrani, s'ha dedicat a refer el cens dels centres d'internament i a representar-los damunt d'un mapa, actualitzat regularment, que posa de manifest una dispersió important d'aquests centres. A França s'anomenen *centres de rétention administrative ou zones d'attente*, a Malta, *reception centers*, a Itàlia, *centri de identificazione e espulsione*<sup>159</sup>, al Regne Unit, *detention centers*, a Espanya, *centros de internamiento para extranjeros*, a Alemanya, *Ausreisencentrum*, a Bèlgica *centres fermés*, a Polònia *garded center for aliens o deportation arrest*, a Lituània, *Foreigners Registration Centre of the State Border Guard Service*... Poden ser públics o privatitzats,

<sup>158</sup> Del 2003 al 2005, operacions puntuals son conduïdes por diversos Estats membres sota la direcció del SCIFA (Strategic Committee Inmigración, Fronterizos and Asylum); aquesta gestió comuna de les fronteres es produeix en el medi marítim (Ulysse I e II, Neptune, Tritón) o en els grans aeroports (Rio 1 y 2).

<sup>159</sup> Abans de la reforma del 2008, la denominació d'aquests centres era: *Centri di permanenza temporanea e assistenza* (CPTA).



emmarcats jurídicament o no, concebuts per acollir poblacions específiques, com ara els estrangers que es presenten a la frontera, els que no tenen permís de residència i es troben a l'espera d'expulsió, o els sol·licitants d'asil, poden ser centres mixtos, on trobem barrejades totes les situacions (famílies, menors aïllats). Pot tractar-se de locals *ad hoc*, previstos per a l'internament administratiu de persones estrangeres o, al contrari, edificis antics adaptats a aquest fi o requisats amb caràcter d'urgència per donar resposta a una situació de crisi<sup>160</sup>. Els models són múltiples, com també són diferents els règims vigents en aquests llocs: la durada mitjana de l'estada, l'estatut dels estrangers internats, la capacitat (els més petits compten amb una desena de places, els més grans – a Crotona, al sud d'Itàlia, o a les illes Canàries- poden arribar a acollir més de 1000 persones)<sup>161</sup>.

Si només tenim en compte la categoria de camps tancats<sup>162</sup>, l'estatut jurídic dels que hi són internats –o, en el seu defecte, les circumstàncies en què se'ls ha internat– permet distingir-ne, com a mínim, dos tipus, segons si serveixen per acollir els estrangers que es presenten a les fronteres o aquells que han viscut un temps en el país i ara són a punt de ser expulsats.

#### L'internament a l'arribada al territori de la Unió Europea

Els centres d'aquest tipus estan situats generalment a prop de les fronteres. Hi ha instal·lats els estrangers que esperen que les autoritats procedeixin a la seva identificació o hagin pres una decisió sobre el seu destí, si el dret a entrar al territori és dubtós o si poden ser considerats sol·licitants d'asil. Les *zones d'attente* franceses o suïsses<sup>163</sup>, els *holding centers* britànics o els *centri di identificazione* italians, pertanyen a aquesta categoria, que de vegades es caracteritza per una doble "ficció" jurídica.

- En primer lloc, els estrangers no admesos encara al territori es troben en una mena de situació intermèdia en la qual o no se'ls apliquen les regles del dret comú o bé es fa de manera restrictiva. Així doncs, les lleis franceses i suïsses organitzen un règim específic per al tractament de les demandes d'asil presentades pels estrangers a les zones d'espera, que contravé les regles vigents en el territori. Consisteix en un predeterminació sumària de les sol·licituds, al final de la qual, si la demanda és considerada "manifestament infundada", l'estranger serà rebutjat sense que hi hagi hagut un examen exhaustiu del seu cas, la qual cosa és contrària, *a priori*, a la Convenció de Ginebra de 1951, relativa a l'estatut dels refugiats.

<sup>160</sup> A finals de l'any 2007, els policies a les fronteres de la zona d'espera de l'aeroport de Roissy van requisar un gran vestíbul per fer front a l'arribada d'un gran nombre de txetxens; a les illes Canàries és freqüent trobar tendes instal·lades per allotjar les persones supervivents del seu periple marítim.

<sup>161</sup>

Sobre la diversitat dels règims d'internament, vg. C. Intrand y A P-A Perrouy, " La diversidad de los campos de extranjeros en Europa ", a Europa de los campos, Culturas y Conflictos n°57, Harmattan, primavera de 2005 <http://www.conflicts.org/document1727.html>

<sup>162</sup> *La carte des camps en Europe* El mapa dels camps a Europa, elaborat per la xarxa Migreurop, fa un inventari o cens de la població dels centres tancats i dels establiments oberts, així com de les condicions d'acollida, que posen de manifest la voluntat explícita de posar-se al costat dels estrangers. També podríem parlar, certament, de centres oberts o semi-oberts, de trànsit, d'allotjament temporal, o d'arrest domiciliari, on els estrangers internats no tenen altra alternativa que quedar-s'hi. Vg. <http://www.migreurop.org/rubrique266.html> (en francès, en espanyol i en anglès).

<sup>163</sup> A partir de desembre del 2008, Suïssa aplicarà els acords de Schengen i el reglament de Dublín, malgrat no formar part de la Unió Europea.



- En segon lloc les autoritats consideren que els estrangers retinguts en aquestes zones frontereres “no són internats”, ja que són “lliures” de deixar el centre per anar al país de la seva elecció, a condició de ser-hi admesos; aquesta és per exemple, la teoria de les autoritats belgues, que els permet d'esquivar les obligacions legals i les garanties en matèria de detenció.

### El tancament dels “sense papers”

Quan els estrangers que viuen a la Unió Europea en situació considerada irregular per les autoritats són arrestats, generalment són retinguts en centres – a França, centres de retenció administrativa; a Bèlgica, centres tancats; a Alemanya, centres de detenció- fins que es procedeix a la seva expulsió.

Aquesta categorització, però, no inclou tota la realitat de l'internament de persones estrangeres: a molts altres països – Xipre, Hongria, Malta, Grècia, Eslovàquia, i fins i tot Itàlia, en alguns casos – els camps són polivalents i compleixen les dues funcions que abans hem identificat.

Per completar el panorama, cal afegir a la tipologia els centres tancats que inicialment foren concebuts amb altres finalitats que la gestió d'estrangers, com ara les presons. En aquests establiments penitenciaris són detinguts un gran nombre d'estrangers, moltes vegades una majoria, l'únic delictes dels quals, sovint, és haver infringit la legislació relativa a la residència o a l'entrada al territori. A Irlanda i Alemanya, és la forma principal de detenció administrativa d'estrangers. Lligada a la criminalització de la residència irregular, però també a d'altres factors, sobretot socioeconòmics<sup>164</sup>, aquesta sobrerepresentació dels “no nacionals” a la presó, alimenta el sentiment de “perillositat” que inspiren els migrants entre la població autòctona.

### I- Un fenomen en augment

Mirant l'exemple francès, la comparació entre els CRA (Centres de Retenció Administrativa) i les “zones d'espera” entre 1993 i 2007 és clarificadora i simbòlica del creixement del fenomen a mesura que es van reforçant els mecanismes de lluita contra la immigració clandestina. Durant el període 2002 – 2007 l'augment ha estat continu, tant pel que fa a la capacitat (de 786 places a finals del 2002, a més de 1800 el 2007), com a la durada del retenció (al 2003, la durada màxima de retenció ha passat de 12 a 32 dies). La capacitat dels centres també augmenta progressivament, sense arribar a assolir, però, les dimensions dels camps italians o espanyols. La capacitat dels principals centres de França és de l'ordre de 140 a 280 places, la qual cosa, segons la *Cimade*, present a l'interior dels CRA “*transforma poc a poc aquests indrets en veritables camps on regnen l'anomiat i la desesperació, i on la tensió hi és permanent.*”

Podríem comptar, avui dia, més de 250 llocs de tancament oficials en el territori de la UE, dels quals només es coneix la capacitat de dos terços (unes 31.000 places). L'augment ha estat especialment perceptible just abans de l'ampliació de la UE del 2004, amb països com ara Polònia o Eslovàquia, que a partir de la seva adhesió s'han trobat fent de frontera exterior de la UE. Volem fer notar que, davant de la perspectiva d'ampliació del 2004, un dels criteris d'adhesió a la Unió per als Estats candidats va

<sup>164</sup> A. Tsoukala, « La criminalisation des immigrés en Europe », in G. Sainati, L. Bonelli (dir.), *La machine à punir : Pratiques et discours sécuritaires*, L'esprit frappeur, Paris, nouvelle édition 2004.



ser la seva capacitat de vigilar les pròpies fronteres contra els fluxos d'immigració no desitjada, susceptible de continuar el seu camí cap a l'oest d'Europa<sup>165</sup>.

## **II – El lloc de la detenció en el dispositiu d'allunyament o d'expulsió**

L'existència i la multiplicació de centres s'articulen amb la racionalització de les modalitats d'allunyament dels estrangers a nivell nacional i europeu, que implica la instal·lació de camps a les proximitats de tots els gran aeroports i ports internacionals (com ara el CRA de Mesnil-Amelot, a prop de l'aeroport Charles de Gaulle a Roissy, o el centre de Bari al sud d'Itàlia).

La posta en marxa, dins el marc de la cooperació europea, de "vols agrupats" per expulsar col·lectivament estrangers d'una mateixa nacionalitat, és un factor suplementari d'aquesta racionalització. Ja que, per omplir un "charter", cal ajuntar prèviament, en el mateix lloc i de manera coordinada, tots aquells a qui va destinat: els camps donen resposta a aquesta preocupació, incloent-hi el risc d'errors provocats per excés de precipitació (expulsió d'un francès o de sol·licitants d'asil en curs de tramitació).

## **III – L'exportació dels camps més enllà de les fronteres europees**

Al 2003, els Estats membres van discutir una proposició del govern britànic de crear, fora de les fronteres de la Unió, "centres de trànsit" per enviar-hi, sota control i administració europees, els sol·licitants d'asil en procés de resolució. La idea arrenca del postulat segons el qual el sistema d'asil està en crisi, a causa de la utilització abusiva d'aquest canal per part de "falsos" refugiats que intenten desviar les regles de la immigració econòmica, amenaçant d'aquesta manera la viabilitat del règim de protecció internacional. La proposició preveia una posta en marxa de centres de trànsit i de tractament (*transit processing centers, TPC*) a les zones per on haurien de travessar els sol·licitants d'asil, de camí cap a Europa, a les quals serien reenviats a partir de la seva temptativa de pas d'una frontera europea, a fi de procedir a l'examen de la seva sol·licitud. L'articulació entre el sistema actual d'asil (tractament de sol·licituds en els països de la UE a qui competeixi fer l'examen, en aplicació de la llei nacional d'aquests països<sup>166</sup>) i els dos vessants de la proposició britànica és la següent: els sol·licitants d'asil que arribessin a la UE serien enviats a un TPC situat a Albània, Bulgària o Romania (llavors tercers països)<sup>167</sup>. Els que fossin reconeguts com a refugiats serien reinstal·lats en un dels països de la UE, eventualment sobre la base de quotes corresponents a les capacitats i necessitats dels Estats d'acollida; la resta serien reenviats al seu país d'origen.

La idea, al cap i a la fi, no és pas nova: des del 1986, el govern danès proposava un sistema de gestió de sol·licituds d'asil en centres de tractament regionals, administrats per les Nacions Unides, en els quals s'havien d'ubicar sistemàticament els sol·licitants d'asil que haguessin travessat la frontera il·legalment. Uns anys més tard, Holanda inscrivía a l'agenda de la conferència intergovernamental de la UE, oberta el 1994, un

<sup>165</sup> El deu per cent del total dels fons del programa « PHARE » destinats a l'ajuda dels països candidats eren retornats a la finestra de « Justícia i assumptes interiors » que cobreix les qüestions d'asil i d'immigració, la meitat dels quals, per millorar el control de les fronteres.

<sup>166</sup> La determinació del país de la UE responsable de l'examen d'una demanda d'asil està regida pel reglament dit « Dublín II », v. nota 15.

<sup>167</sup> Altres països com ara Croàcia, el Marroc, Turquia, Ucraïna, ... també han estat proposats al llarg de les discussions.





projecte de centres d'acollida i de tractament per a sol·licitants d'asil, situats a les regions d'origen i properes als països de partida<sup>168</sup>. Aquest mètode, practicat des de fa temps fora d'Europa, tampoc no és gaire original. A Austràlia, la *Pacific solution* consisteix a internar els sol·licitants en camps instal·lats, sota l'autoritat australiana, en el territori de micro-Estats veïns<sup>169</sup>. Pel que fa als Estats Units, entre 1991 i 1995 van retenir, a la base naval americana de Guantánamo o a bord d'una construcció de la Marina instal·lada a prop de la costa jamaicana, *boat people* haitians interceptats a alta mar, per tal de sotmetre la seva sol·licitud d'asil a un pre-examen, abans d'admetre'ls en terra americana o, molt més sovint, de rebutjar-los<sup>170</sup>.

Malgrat que la proposició britànica va ser desestimada oficialment el juny del 2003 – val a dir que comportava problemes jurídics, financers i pràctics considerables – posteriorment ha anat prosperant. L'agost del 2004, en resposta a l'arribada de diverses onades massives de migrants amb vaixell, a les costes sicilianes, els ministres d'interior alemany i italià proposaven de posar en marxa, a l'altra riba de la Mediterrània, centres per tal d'evitar els drames que sobrevenen amb les temptatives clandestines d'entrada a Europa i de reduir l'activitat criminal dels intermediaris. Aquests camps, designats de vegades amb l'eufemisme de portal de la immigració, havien de servir a la vegada “d'ajuda humanitària” i havien de proporcionar “informacions de manera que els candidats a la immigració poguessin entrar en contacte amb el món del treball i obtenir informació sobre les qualificacions requerides”.

Una mica més tard, el ministre alemany d'Interior considera la possibilitat d'instal·lar als països de la riba de la Mediterrània, així com a Ucraïna, “centres d'acollida” on, a la llum dels textos europeus, seria examinat, no pas el dret d'asil, sinó la pertinença de sol·licitar-ne el benefici. “Gràcies a l'ajuda financera i logística d'Europa, les persones rebutjades podrien ser reenviades immediatament al seu país d'origen”<sup>171</sup>. França és considerada hostil a la idea. « Els camps de trànsit són una falsa bona idea », segons el ministre d'Interior, Dominique de Villepin. Però ell mateix suggereix “d'ajudar puntualment els països d'Àfrica del Nord creant “ponts d'acollida”<sup>172</sup> on migrants i sol·licitants d'asil serien reunits durant un curt període de temps a fi de gestionar millor, en cas de negativa, la tornada al seu país d'origen “amb poques despeses, ja que es faria amb autocar i no pas amb avió”<sup>173</sup>. D'altra banda, italians i alemanys rellancen la proposta de « oficines europees d'immigració » per reagrupar, fora de les fronteres, els candidats a la immigració, inscrivint-los en un pla global de lluita contra la immigració clandestina, d'ajuda al desenvolupament dels països d'origen de l'Àfrica subsahariana i de tractament « més humà » de l'asil en el país de trànsit<sup>174</sup>.

De fet, cap de les hipòtesis que tendeixen a exportar camps d'estrangers sota gestió europea, a imatge de la *pacific solution* esmentada més amunt, no s'ha posat en

<sup>168</sup> G. Noll, « Visions of exceptional : legal and theoretical issues raised by transit processing centres and protection zones », *European journal of migration and law*, vol. 5, Issue 3, 2003

<sup>169</sup> v. Amnesty International, « Australia-Pacific. Offending human dignity : the “Pacific Solution” », août 2002

<sup>170</sup> G. Danroc, “États-Unis : le retour des refoulés”, *Plein Droit* n° 18-19, octobre 1992

<sup>171</sup> G. Marion, « En Allemagne, le projet du ministre de l'intérieur est critiqué », *Le Monde*, 30 septembre 2004.

<sup>172</sup> A. Bouilhet, « L'Europe financera des “centres” de réfugiés à l'extérieur de l'Europe », *Le Figaro*, 2 octobre 2004.

<sup>173</sup> « Débat confus sur la politique d'asile européenne », *Le Monde*, 1<sup>er</sup> octobre 2004.

<sup>174</sup> A. Bouilhet, « Désaccord européen sur les camps pour immigrés », *Le Figaro*, 18 octobre 2004.



marxa. Per contra, és en el marc de l'externalització del control de les fronteres per part de la UE que s'ha desenvolupat el fenomen fora del territori europeu. Des del 2004, amb el programa de treball adoptat a la Haia, els Estats membres de la UE han decidit consagrar esforços financers importants a la *dimensió exterior* de la seva política d'asil i d'immigració i afirmen que *“la política de la UE sostindrà, en el marc d'una veritable interlocució (...) els esforços esmerçats pels tercers països per millorar la seva capacitat de gestió de les migracions i de protecció dels refugiats (...) per tal de reforçar les mesures de vigilància de fronteres, per millorar la seguretat dels documents i per escometre el problema del retorn”*.

Aquest objectiu es traduirà, a la pràctica, en accions d'interlocució dirigides juntament amb els països d'origen o de trànsit dels migrants per incitar les autoritats dels tercers Estats a col·laborar estretament en la vigilància de les fronteres de la Unió europea. Aquesta interlocució pren diverses formes, com ara la política europea de veïnatge (PEV), finalitzada el 2004, que ha estat concebuda primer per als països situats a l'est de la nova frontera oriental després de l'ampliació del 2004, i més tard estesa a la interlocució euromediterrània i als països del Caucas meridional. En nom del repartiment de responsabilitats, la PEV permet posar en marxa un sistema de cogestió de les fronteres que es basa en el desplaçament dels controls a l'exterior de les fronteres de la Unió. Un dels instruments d'aquesta cogestió és la signatura d'acords de readmissió<sup>175</sup> que obliguen els països signants a “readmetre” els seus propis emigrants o immigrants d'altres nacionalitats en el cas que aquests fossin trobats en situació irregular en un dels Estats membres després d'haver transitat pel seu territori. Així, per evitar aquests retorns o aquestes readmissions, els Estats veïns de la Unió europea prohibeixen als migrants el pas per les seves pròpies fronteres. Nombrosos acords d'aquest tipus han tingut lloc entre els Estats signants del tractat de Schengen a partir de 1990 amb els PECO (països d'Europa central i oriental), amb l'objectiu de rodejar l'espai Schengen d'un “cordó sanitari” contra els fluxos migratoris. El primer d'aquests acords, que afectava Polònia – esdevinguda més tard membre de la UE -, es va saldar amb la supressió de visats de turisme per als emigrants d'aquell país i, més tard, amb la signatura d'un acord d'associació econòmica amb la Unió europea<sup>176</sup>. Després la UE ha generalitzat el sistema preveient, per exemple, en el marc de l'acord de cooperació que regeix les relacions amb la zona ACP (Àfrica – Carib - Pacífic), una clàusula general de readmissió dels considerats il·legals<sup>177</sup>. Per la seva situació geogràfica, el govern del Marroc és molt sol·licitat pels representants de la Unió europea perquè signi un acord que permeti als Estats membres reenviar a aquell país tots els emigrants que hagin transitat pel seu territori i més tard, en situació irregular, per un país europeu. Però fins al moment, les autoritats marroquines refusen de signar l'acord.

Al sud, el nombre de centres d'internament no cessa d'augmentar, especialment en els països de trànsit, com ara Líbia, Algèria, Turquia i Mauritània. A Líbia han estat identificades 23 presons on els migrants són tancats regularment; a Algèria, 13; una desena a Turquia. No hi ha previst cap reglament, en aquests camps; el període de detenció màxima no està fixat per la llei i hi ha indicis de pràctiques arbitràries. A Líbia, un grup de 500 refugiats d'Eritrea ha estat detingut al camp de Mistratha durant gairebé dos anys; els testimonis dels migrants que han transitat per aquests llocs

<sup>175</sup> Existeixen acords bilaterals, multilaterals i fins i tot comunitaris (és a dir, entre les països membres de la Unió europea i un tercer país).

<sup>176</sup> D. Bouteillet-Paquet, « European harmonisation in the field of readmission agreement », *The International Journal of Human Rights*, vol. 1, n° 3, tardor 1997.

<sup>177</sup> Acord UE-ACP de Cotonou, juny 2000



parlen de violència física i psicològica quotidiana, així com de nombroses violacions. Després de ser detinguts, els migrants generalment són obligats a retrocedir cap a les fronteres meridionals, ja sigui a la regió desèrtica de Tinzaouaten, a Algèria, a la regió de Kufra, a Líbia, o en una *no man's land* (terra de ningú) on els migrants es troben bloquejats, sense poder continuar la seva ruta migratòria ni retornar al seu país.

#### **- Funció dels centres de retenció**

##### ***A Malta, els camps com a instruments de dissuasió i de xantatge***

Aquest arxipèlag, situat entre les costes libaneses i italianes, ha esdevingut, des de la seva adhesió a la UE el 2004, una de les bases avançades de la Unió europea en el mar Mediterrani i una etapa sovint imprevista de les travessies marítimes entre l'Àfrica i Europa. Malta combina una tradició de detenció sistemàtica d'estrangers en situació irregular (en nom de l'ordre públic), a la qual s'afegeixen les conseqüències de la "solidaritat" comunitària en matèria de política d'asil, que l'obliga a readmetre tots els sol·licitants que hagin transitat pel seu territori abans d'entornar-se'n fora de la UE<sup>178</sup>. De fet, a Malta, la confusió entre « migrants » i « sol·licitants d'asil » és total i les autoritats utilitzen indistintament els dos termes, que substitueixen de bona gana pel de « il·legals » per designar els ocupants dels cinc « *reception centers* » en els quals són detinguts<sup>179</sup>.

En aquest context, l'internament respon a un doble objectiu: pel que fa als migrants i als sol·licitants d'asil, és un instrument de dissuasió destinat a desencoratjar les seves ambicions continentals, i a apartar l'etapa maltesa dels circuits migratoris. Els camps de sol·licitants d'asil constitueixen alhora la resposta i una advertència de Malta davant les exigències de la UE. Per molt que les condicions d'acollida siguin manifestament disconformes als principis que emmarquen el dret dels refugiats (en aplicació de la Convenció de Ginebra, l'internament dels sol·licitants d'asil només pot ser admès en circumstàncies excepcionals), la Unió s'hi ha adaptat, preferint aquesta infracció dels drets fonamentals que una adequació, d'altra banda indispensable, a les regles comunitàries que permetria, per exemple, als sol·licitants fer examinar la seva petició en un altre país.

En conseqüència la gestió de les migracions i de les sol·licituds d'asil s'inscriu en una política, reivindicada i assumida, de dispositius d'internament que no estan prou emmarcats en el pla jurídic i que generen nombroses derivacions.

##### ***L'exemple italià***

A Itàlia, especialment a la part meridional, trobem molts punts en comú amb el sistema migratori maltès. Els camps italians no semblen pas aconseguir els objectius plantejats inicialment. El govern havia defensat, d'una banda, que aquests establiments permetrien un millor filtratge entre els "veritables sol·licitants d'asil" i aquells que, designats com a "migrants econòmics", són sospitosos de voler desviar els procediments d'asil; i, d'altra banda, l'efectivitat de l'allunyament dels estrangers que no responen als criteris d'obtenció del dret de residència. Analitzant les dades

<sup>178</sup> El reglament Dublín II del 1r de setembre del 2003, que reemplaça la Convenció de Dublín del 15 de juny del 1990, determina l'Estat responsable d'una sol·licitud d'asil (primer Estat europeu d'arribada).

<sup>179</sup> E. Blanchard, C. Rodier, « Malte, un laboratoire pour enterrer le droit d'asile », *Plein Droit* n°65-66, juliol del 2005.



oficials<sup>180</sup> i les informacions recollides a partir de les ONG i de les organitzacions sindicals actives en el sector, sembla que no només no s'han aconseguit aquests objectius, sinó que, forçosament, ni tan sols s'ha intentat. Diverses informacions testimonien que es fàcil "evadir-se" d'alguns camps italians, amb una regularitat i unes proporcions tals, que es fàcil imaginar que la laxitud dels guardians podria ser funcional i exercir-se segons els imperatius del moment. El testimoni d'un periodista que, fent-se passar per un migrant kurd, es va fer tancar al camp de l'illa de Lampedusa el mes de setembre del 2005<sup>181</sup>, subratlla aquest aspecte. Fabrizio Gatti explica que, després d'una setmana de detenció en unes condicions molt deplorables (tant des del punt de vista físic com moral), els seus companys d'infortuni i ell mateix van ser alliberats sense cap explicació de la policia i amb l'única consigna de desaparèixer al més ràpidament possible entre la natura.

Alguns factors confirmen que l'allunyament dels estrangers, suposadament garantit amb l'internament als camps, no és pas el primer objectiu de les autoritats italianes. D'una banda, l'economia italiana es basa, en alguns sectors, en les aportacions d'una mà d'obra de treballadors estrangers en situació irregular i mal pagats. Això es dona sobretot al sud del país i a Sicília, on és probable que l'agricultura s'ensorrís sense la contractació de "sense papers". D'altra banda, contràriament a alguns dels socis de la Unió europea, Itàlia, on la taxa de natalitat no assegura la renovació de generacions, no ha tancat mai les portes a la immigració del treball, que integra sota formes de quotes anuals d'admissió. El seu mercat de treball, especialment en els sectors de serveis generalment poc qualificats, pot, en conseqüència, absorbir àmpliament els migrants que arriben il·legalment al seu territori, a desgrat dels discursos dels seus dirigents, que, d'una banda, parlen d'invasió i, de l'altra, organitzen periòdicament regularitzacions massives de "sense papers". Finalment, és sabut que un gran nombre de migrants que arriben a Itàlia només hi són en trànsit i continuen el seu camí cap a d'altres destins europeus: una dada que no poden ignorar les autoritats italianes.

Quins són, doncs, els mecanismes de recurs a l'internament dels estrangers a Itàlia? La gestió erràtica que el caracteritza obeeix a lògiques diferents, que no s'exclouen les unes de les altres. Sense ser-ne el factor principal, l'aspecte econòmic no ha de ser menystingut: una anàlisi detallada del funcionament dels centres<sup>182</sup> revelaria sens dubte que de vegades podria tractar-se d'empreses rentables per a les associacions a les quals s'ha confiat la gestió, amb preus de jornal *per capita* que podrien arribar als 100 euros<sup>183</sup>. Una altra raó és la posició que Itàlia vol tenir al si de la Unió europea. Llargament criticada per la seva laxitud respecte de la immigració clandestina i la seva incapacitat per vigilar les fronteres<sup>184</sup>, Itàlia ha mirat de fer tangibles els seus esforços en aquesta qüestió, a fi d'aconseguir credibilitat. Els camps contribueixen a aquesta estratègia d'ostentació de fermesa respecte als nousvinguts, de la mateixa manera que hi van contribuir les expulsions col·lectives organitzades, sota la mirada de l'opinió europea, des de l'illa de Lampedusa cap a Líbia, l'octubre del 2004 i el març del

<sup>180</sup> Segons el ministeri d'Interior, el 40 % dels estrangers serien expulsats al final dels seixanta dies de detenció en CPT.

<sup>181</sup> El diari de F. Gatti pot ser consultat al web del setmanari *L'Espresso* <http://www.espressonline.it/eol/free/jsp/detail.jsp?idCategory=4821&idContent=1129502&m2s=a>

<sup>182</sup> El 2005, hi havia 15 CPT, 7 CDI i diversos centres de primera acollida.

<sup>183</sup> Aquest aspecte és a penes esbossat a l'informe 2003 del Tribunal de comptes italià. A mode de comparació, l'assignació abonada a Itàlia als sol·licitants d'asil que han de cobrir les seves necessitats, és de 17 euros diaris.

<sup>184</sup> Tot i que Itàlia formava part dels primers països signants de la convenció d'aplicació dels acords de Schengen al 1990, ha hagut d'esperar fins al 1997 per integrar-se a l'espai Schengen.





2005<sup>185</sup>. Aquest missatge també serveix per a les relacions que Itàlia vol establir amb els països d'origen dels migrants que vénen al seu territori. Fent visible més enllà del Mediterrani el destí promès als emigrants que utilitzin la via de l'entrada "il·legal", el govern italià fa pressió sobre els seus socis per negociar els acords bilaterals en matèria de control de les migracions. Les quotes anuals dels treballadors tunisencs admesos a Itàlia poden així ser revisades a la baixa, si un nombre massa gran de clandestins passen pels CPT.

El cas italià concentra sens dubte la major part de funcions indirectes de l'internament d'estrangers a Europa.

A d'altres llocs es pot considerar que tenen una doble funció:

– De cara als migrants, són un instrument de dissuasió – cal que als països d'origen se sàpiga que es passa per la casella "presó" abans d'arribar eventualment a Europa i, de passada, als camps s'aprenen els codis no escrits de l'existència dels "sense papers", promesa als que aconseguiran de passar.

– Els camps també són missatges a l'opinió europea que la "governabilitat per la inquietud", tal com l'anomena Didier Bigo<sup>186</sup>, ha alimentat una ideologia de la por. Així, els governs intenten tranquil·litzar, donant la impressió, per mitjà de l'internament dels migrants, que tenen les "coses ben lligades". Fent això alimenten els temors, encoratjant la percepció negativa de l'estranger i practicant l'equació "migrant detingut = migrant delinqüent". Justifiquen, dins d'aquest cercle viciós, l'enduriment de les mesures de lluita contra la immigració clandestina, així com la criminalització de la irregularitat de residència i el reforçament dels controls a les fronteres.

Alguns autors arriben a pensar, fins i tot, que els objectius proclamats pels centres d'internament – triar i expulsar – no serien forçosament els principals i, en alguns casos, fins i tot podrien ser esquers darrera els quals s'amagaria la veritable funció dels camps, purament ideològica i simbòlica. Aquesta és l'anàlisi que fa Mathieu Bietlot del dispositiu belga de retenció, « *inefficace fermeture, effrayante fermeté* »<sup>187</sup>, demostrant que més de la meitat dels estrangers detinguts en centres tancats ho són inútilment (ja que no s'aconsegueix allunyar-los) o abusivament (ja que la detenció és considerada il·legal). En tots dos casos acabaran sent posats en llibertat, però no se'ls proporcionarà, en canvi, permisos de residència. D'on es desprèn un cost financer i humà considerable, per un resultat que porta cap a uns objectius pretesament perseguits.

### **Pel dret de fiscalització dels centres d'internament d'estrangers**

Els centres d'internament d'estrangers sovint són apartats de les mirades de la societat civil, que té poques possibilitats de saber què hi passa. El dret d'accés de les ONG de defensa dels drets dels migrants hi és limitada, fins i tot inexistent. Això afavoreix els riscos d'abús i d'atemptats contra els drets de les persones detingudes.

<sup>185</sup> Sobre les expulsions de migrants organitzades per Itàlia cap a Líbia al 2004 i 2005: *Expulsions de masse vers la Libye, oct 2004* <http://www.migreurop.org/rubrique164.html> et *Mars 2005 : Lampedusa, les expulsions s'amplifient* <http://www.migreurop.org/rubrique173.html>

<sup>186</sup> Veure « Sécurité et immigration : vers une gouvernamentalité par l'inquiétude ? » *Cultures & Conflits* n°31-32, 1998 <http://www.libertysecurity.org/article103.html>

<sup>187</sup> Joc de paraules traduïble per « ineficax tancament, espantosa fermesa ». M. Bietlot, « Le camp, révélateur d'une logique inquiétante de l'étranger », *Cultures et Conflits* n°57, 2005 <http://www.conflits.org/document1763.html>





Tenint en compte l'heterogeneïtat dels sistemes de detenció dels estrangers a Europa i als països situats a les seves fronteres, els dispositius legislatius nacionals, les condicions en els centres i les pràctiques de les administracions encarregades de la gestió d'aquests centres, són variables d'un país a l'altre, fins i tot d'un centre a l'altre. Passa el mateix pel que fa al dret d'accés de les ONG a aquests centres d'internament i, més extensament, de la societat civil en general.

En funció del país, les possibilitats d'accés (pràctic o teòric) són variables, tant pel que fa a:

- la freqüència o la regularitat d'aquest accés (dret de presència permanent, regular, o dret de visita puntual, esporàdica),
- com a les condicions i les modalitats d'aquesta presència (dret d'accés reconegut legalment, resultat d'un acord anterior amb les autoritats encarregades dels centres, simple tolerància),
- o els actors autoritzats (advocats, institucions internacionals, associacions o organismes més o menys independents de les autoritats encarregades de la gestió dels centres).

De vegades, les condicions dins d'un mateix país difereixen segons la naturalesa del centre d'internament: accés prohibit als centres de detenció on són conduïts els estrangers en situació irregular, i autoritzat, en canvi, a les zones de trànsit dels aeroports.

En aquest context, la xarxa Migreurop denuncia, des de la seva creació, la multiplicació de centres d'internament per a estrangers i llança una Campanya Internacional "Pel Dret de Fiscalització dels Centres d'Internament".

Tenint en compte que un dels objectius de la campanya és donar a conèixer les condicions dels centres d'internament, convé precisar que quan parlem del dret de "fiscalització" d'aquests centres, ens referim al dret d'accés inherent a una missió de testimoniatge.

L'objectiu, doncs, no és només reivindicar el dret d'accés als centres amb la intenció d'aportar ajuda per a la defensa dels drets dels migrants: es tracta de reivindicar un dret d'accés que també tingui com a objectiu donar a conèixer, fer saber, difondre informació i fins i tot denunciar.

No es tracta doncs d'una mirada neutra, com podria ser la d'organitzacions que es comprometrien a no testificar sobre el que passa allà dins, invocant, per exemple, el respecte a un eventual principi de neutralitat o a un deure de discreció.

La societat civil demana, a través d'aquesta campanya, el dret de fiscalitzar aquests centres de detenció d'estrangers, de cara a:

- fer conèixer la realitat i les condicions de l'internament d'estrangers en els centres,
- jugar un paper d'alerta i de defensa dels estrangers detinguts,
- testimoniar sobre les conseqüències d'aquest internament i sobre les situacions que condueixen a les violacions dels drets dels migrants.



## **Ponència de Sabina Puig.**

*Sabina Puig és llicenciada en Ciències Polítiques i de l'Administració per la Universitat Autònoma de Barcelona i té un màster en Dret Internacional dels Drets Humans (Universitat de Essex, Regne Unit). Ha treballat a l'Alt Comissionat pels Drets Humans de les Nacions Unides amb el Relator Especial contra la tortura, la Relatora Especial sobre els drets humans de les persones migrants, el Relator Especial sobre la independència dels jutges i els advocats i la Representant Especial sobre la situació dels defensors dels drets humans. Ha treballat igualment en l'àmbit de les ONG. Va ser durant dos anys responsable de campanyes a Justícia i Pau i actualment ocupa el càrrec de responsable de campanyes d'Amnistia Internacional Catalunya. Imparteix anualment el Pràcticum sobre protecció internacional dels drets humans a la Facultat de Dret de la Universitat Pompeu Fabra.*

### **ELS DRETS DE LES PERSONES INGRESSADES ALS CENTRES D'INTERNAMENT PER A ESTRANGERS AL TERRITORI ESPANYOL.**

#### **Introducció**

La Llei Orgànica 7/1985 sobre Drets i Llibertats dels Estrangers a Espanya crea els primers Centres d'Internament per a Estrangers (CIE), tals com els coneixem avui. És a dir centres de caràcter preventiu o cautelar però no penitenciari on són ingressats aquells estrangers que es troben en processos d'expulsió. Normes posteriors, com l'Ordre del 22 de febrer de 1999 sobre Normes de Funcionament i Règim dels Centres d'Internament d'Estrangers, han concretat les funcions i procediments d'aquests centres, així com els drets i deures de les persones que hi són internades.

Els CIE depenen del Ministeri de l'Interior i estan custodiats per la policia. Actualment en hi ha 9 a l'Estat espanyol (Algeciras, Barcelona, Fuerteventura, Las Palmas, Madrid, Màlaga, Murcia, Tenerife i València), però cal comptar també que hi ha altres espais que s'utilitzen de forma especial o provisional per a l'internament d'estrangers que són objecte d'una mesura de retorn o devolució (per exemple, instal·lacions en aeroports, Centres d'Acollida per a Menors, Centres d'Estància Temporal per a Immigrants) així com la cada cop més freqüentment utilitzada externalització de l'internament<sup>188</sup>. El més gran d'entre ells és el CIE El Matorral (Fuerteventura) amb una capacitat per a 1070 persones. Els altres tenen una capacitat que oscil·la entre les 60 i 240 places. Amb l'excepció del CIE Zapadores (València) que només té interns homes, la resta de CIE són mixtes.

Els procediments a través dels quals s'ingressen persones als CIE, el seu funcionament i inclús la seva pròpia existència plantegen molts interrogants en quant al ple respecte dels principis bàsics de drets humans. Organismes intergovernamentals, ONG i institucions nacionals de protecció dels drets humans han fet públics aquests interrogants així com una sèrie de preocupacions relatives a vulneracions dels drets humans de les persones internades en els CIE. La recentment adoptada Directiva Europea del Retorn<sup>189</sup>, que amplia el termini màxim d'internament a 18 mesos no ha fet més que exacerbar aquestes preocupacions.

<sup>188</sup> Aquests queden fora de l'abast del present anàlisi.

<sup>189</sup> Directiva Europea relativa a procediments i normes comunes en els Estats membres per al retorn dels nacionals de països tercers que es troben ilegalment en el seu territori.



Aquesta presentació vol fer un repàs a les principals denúncies sobre els CIE que s'han fet des de la perspectiva del dret internacional i els drets humans. No és el resultat d'un estudi de camp ni està basat en visites a CIE, cosa que seria molt difícil tenint en compte que l'accés hi és extremadament restringit, sinó que es presenta en forma de recopilació del que experts nacionals i internacionals ja han dit sobre la qüestió, des de les seves funcions de control del respecte dels drets humans. L'objectiu és fer més visibles i sonores aquestes denúncies i oferir més informació a les persones que s'interessin per la situació dels drets humans de les persones internades als CIE.

### **Internament als CIE : una detenció administrativa**

D'acord amb l'article 127.2 del Reglament d'Estrangeria, les causes d'ingrés en un CIE són les següents: s'ha iniciat un procediment d'expulsió contra la persona afectada; s'ha dictat una resolució de retorn i aquesta no es pot executar en el termini màxim de 72 hores; s'ha dictat acord de devolució; la persona detinguda ha incomplert una resolució d'expulsió en el termini de temps concedit per abandonar el país.

La privació de llibertat d'una persona a un CIE no és doncs conseqüència de la comissió d'un delictes ni de l'aplicació del codi penal contra la seva conducta. Les persones internades als CIE no són objecte de cap condemna. Són retingudes de manera preventiva per una falta administrativa.

El paper de les autoritats judicials en l'internament de persones per faltes administratives és molt més limitat que en l'internament de persones a presons, tot i que totes dues situacions són privacions de llibertat que requereixen un control independent estricte per evitar abusos i garantir el respecte dels drets de les persones afectades.

En el cas dels procediments d'expulsió, l'autoritat governativa sol·licita al jutge l'internament d'una persona en un CIE. L'ordre judicial d'internament es dicta després d'una audiència amb la persona afectada. Com s'explica més endavant, s'han rebut moltes denúncies, però, de que aquesta audiència no se sol fer de forma adequada. Un cop el jutge ha donat l'ordre judicial, la persona queda formalment a disposició judicial, però la pràctica demostra que la distància des de la que es realitza el control judicial fa que aquest sigui més formal que real. En el cas de procediments de retorn o devolució, el paper judicial és encara més restringit. La policia té mandat per decidir sobre l'internament de les persones que es troben subjectes a aquests procediments i l'autoritat judicial no fa pràcticament més que determinar el lloc on es realitzarà l'internament.

Malgrat ser una qüestió que desperta molta controvèrsia entre els juristes, el dret internacional no considera il·legal les detencions administratives. Sí que imposa però un seguit de condicions molt estrictes a la seva aplicació. Si bé l'article 5(1)(f) del Conveni Europeu de Drets Humans autoritza les privacions de llibertat per impedir l'entrada il·legal en el territori o quan hi ha en curs un procediment d'expulsió o extradició, l'article 5(4) conté garanties que han d'aplicar-se a totes les privacions de llibertat. Com ha recordat en diverses ocasions el Comitè de Drets Humans de les



Nacions Unides, l'article 9(1) i 9(4) del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics<sup>190</sup> relatius a les garanties contra les privacions de llibertat arbitràries s'apliquen en tots els casos de detenció administrativa.

El Grup de Treball de l'ONU sobre la Detenció Arbitrària també s'ha pronunciat sobre la privació de llibertat de persones immigrants. Val la pena tenir present la Deliberació N°5 sobre la Situació relativa als immigrants i als sol·licitants d'asil en el que el Grup de Treball recorda que "la mesura de retenció serà notificada per escrit en un idioma comprensible per al sol·licitant, amb detalls dels motius; es precisaran les condicions en les que el sol·licitant d'asil o l'immigrant podran presentar recurs davant d'un jutge, el qual fallarà el més aviat possible respecte a la legalitat de la mesura i, arribat el cas, ordenarà la llibertat de l'interessat."<sup>191</sup>

En una altra ocasió, el Grup de Treball va observar que "inclús en el cas de immigrants il·legals o de sol·licitants d'asil, tota ordre de detenció ha de ser reexaminada per un tribunal o una instància competent independent i imparcial que s'asseguri de la seva necessitat i de la seva conformitat amb les normes de dret internacional, i que, en el cas en que s'hagi detingut, expulsat o retornat a persones sense garanties legals, es considerin arbitràries la seva detenció i posterior expulsió."<sup>192</sup>

L'internament de immigrants per faltes administratives relatives a la seva situació jurídica hauria de ser sempre l'últim dels recursos utilitzats en la gestió de seu expedient ja que es tracta en la major part des casos d'una solució desmesurada i. Així es pronuncien els mecanismes internacionals de drets humans i organitzacions com Amnistia Internacional. Per la seva banda, l'Alt Comissionat de les Nacions Unides pels Refugiats (ACNUR) no considera desitjable la detenció d'estrangers i desaconsella la seva detenció automàtica<sup>193</sup>. El Tribunal Constitucional també s'ha pronunciat en aquest sentit, recordant que l'internament ha de regir-se pel principi d'excepcionalitat<sup>194</sup>. De fet, la legislació espanyola preveu altres mesures cautelars en els procediments d'expulsió menys restrictives de llibertats: presentació periòdica a les autoritats competents, residència obligatòria en un lloc determinat, o retirada del document acreditatiu d'identitat.

Pel que fa a la seva durada, l'internament s'ha de limitar estrictament als terminis necessaris per dur a terme els tràmits per a la expulsió i en cap cas pot superar els 40 dies. No és renovable<sup>195</sup>. No es té constància de casos en que l'internament hagi superat aquest termini màxim, però sí que preocupa la possible implementació a

<sup>190</sup> Article 9(1): Tothom té dret a la llibertat i a la seguretat personal. Ningú no pot ésser sotmès a detenció o empresonament arbitraris. Ningú pot ser privat de la seva llibertat excepte per causes fixades per la llei, i d'acord amb el procediment que aquesta estableixi.

Article 9(4): Tota persona privada de llibertat per detenció o empresonament, té el dret a recórrer davant un tribunal, a fi que aquest decideixi, en el termini més breu possible, sobre la legalitat de l'empresonament, i ordeni el seu alliberament si l'empresonament fos illegal.

<sup>191</sup> Informe del Grup de Treball sobre la Detenció Arbitrària, UN Doc. E/CN.4/2000/4, Annexe II.

Traducció pròpia.

<sup>192</sup> Informe del Grup de Treball sobre la Detenció Arbitrària, UN Doc. E/CN.4/2004/3, paràgraf 86.

Traducció pròpia.

<sup>193</sup> Directrius de l'ACNUR sobre els criteris i estàndards aplicables respecte a la detenció de sol·licitants d'asil.

<sup>194</sup> STC 41/1982 de 2 de juliol, STC 115/1987, de 7 de juliol

<sup>195</sup> A tall de comparació: el període màxim d'internament a Bèlgica és de cinc mesos i a Hungria de sis mesos. Nou països de la UE no tenen límit temporal explícit: Regne Unit, Països Baixos, Polònia, Finlàndia, Xipre, Dinamarca, Lituània, Estònia i Suècia.



Espanya de la nova Directiva Europea del Retorn que preveu l'ampliació de l'internament fins a 18 mesos.

Preocupa que la mesura d'internament s'apliqui de forma automàtica i que la mesura es dilati als 40 dies, inclús en casos en que les probabilitats de dur a terme totes les diligències per l'expulsió, retorn o devolució d'una persona són reduïdes. En el seu informe *Frontera Sur*, Amnistia Internacional va cridar l'atenció sobre el fet que les autoritats espanyoles acorden l'internament de persones provinents de països africans de manera generalitzada malgrat ser conscients de que no se'ls pot retornar als seus països ja que no hi ha acords de readmissió amb aquests o perquè no accepten el seu retorn. En casos com aquests, es fa difícil justificar l'internament com a mesura cautelar ja que des d'un bon inici se sap que aquestes persones hauran de ser posades en llibertat al cap de 40 dies per no poder ser expulsades<sup>196</sup>. Cal remarcar també que al visitar el centre d'Algeciras, la delegació del Comitè per a la Prevenció de la Tortura del Consell d'Europa (CPT) va rebre diverses queixes segons les quals els agents policials no registraven les persones detingudes sota la nacionalitat que elles mateixes indicaven, aparentment per facilitar la seva expulsió a països més susceptibles de rebre'ls<sup>197</sup>.

### **El dret a ser informat i a rebre una assistència jurídica adequada**

El llavors Comissari Europeu de Drets Humans, Álvaro Gil Robles, es va quedar sorprès durant la seva visita a CIE el 2005 per "la falta d'informació que tenen els estrangers internats sobre la seva situació. El desconeixement sobre la normativa d'estrangeria i immigració i d'asil és generalitzat i molts estrangers desconeixen els drets i deures que tenen." Molts dels interns amb els que va parlar el Comissari Europeu li van transmetre "la seva preocupació per desconèixer la situació en la que es trobaven i els mecanismes que preveu la legislació per regularitzar la seva situació" En aquest sentit, va recordar que cal tenir en compte que "la gran majoria d'aquestes persones han arribat al territori espanyol després de nombroses penalitats" i cal que se'ls hi proporcioni "tota la informació i orientació necessària en el marc del respecte a la legislació vigent". En aquest punt, observa, "les dificultats d'accés a la assistència lletrada és especialment preocupant (...) i s'hi afegeix l'escassa dotació dels torns d'ofici dels col·legis d'advocats que atenen als estrangers i l'absència d'una formació específica en matèria d'estrangeria, immigració i asil".

L'any 2003, el CPT va visitar el centre de la Guàrdia Civil de Isla de las Palomas, el centre d'internament de Las Eras així com el CIE d'Algeciras, el CIE El Matorral i unes instal·lacions de l'aeroport de Fuerteventura utilitzades per a l'internament d'immigrants. El Comitè va considerar inacceptable els *modus operandi* a través dels qual les autoritats responsables de les instal·lacions informaven els interns sobre els seus drets i sobre l'estat dels seus expedients. Segons les observacions del Comitè, un cop sota custòdia policial, als immigrants se'ls hi ensenyava un document en anglès amb la llista dels seus drets (el dret a que es notifiqui la seva custòdia, entre d'altres a les autoritats consulars, el dret a l'assistència jurídica, el dret a un intèrpret i el dret a ser examinat per un metge), sense cap gest per assegurar-se que la persona interessada entengués l'idioma i el contingut del document.

<sup>196</sup> Amnistia Internacional, *Espanya. Frontera Sur. El Estado da la espalda a los derechos humano de los refugiados e inmigrantes*, Amnistia Internacional, 2005, pàgina 56.

<sup>197</sup> Veure els diferents informes del Comitè per a la Prevenció de la Tortura sobre Espanya a <http://www.cpt.coe.int/en/states/esp.htm>.





El Comitè també va poder observar greus deficiències de comunicació entre interns i advocats, tant per les barreres idiomàtiques com pel moment i la manera en que es realitzaven les entrevistes (en grups o en presència d'un agent policial). D'aquesta manera, en molts casos, els interns es trobaven davant d'una manca d'informació sobre la seva situació i els procediments que havien de seguir. D'altra banda, segons la informació recollida pel Comitè, l'actitud agressiva dels agents policials agreujava la confusió i la intimidació viscuda pels immigrants interns.

A més a més de la pertorbació que pot causar en situacions com les que es troben els estrangers internats, la manca d'informació i assistència jurídica adequada també poden dur a greus vulneracions del seu dret a sol·licitar asil.

### **El dret a una tutela judicial efectiva**

En diverses ocasions s'han detectat irregularitats en els processos d'internament en el sentit que no s'ha efectuat una entrevista entre el jutge i l'estranger abans de que aquest últim sigui internat. Se'l posa formalment a disposició judicial, però no físicament. També s'han denunciat casos en que l'audiència amb el jutge no és individual sinó que es realitza en grups. Hi ha hagut igualment queixes de que moltes autoritzacions s'elaboren sobre un model prèviament confeccionat en el que consta sempre la mateixa motivació. Una altra de les queixes es basa en el fet que no consten visites de les autoritats judicials competents en el lloc on són internats els estrangers. Aquests fets van ser objecte de preocupació per part del Defensor del Pueblo, tal i com queda reflectit en el seu informe anual de 2002.

Hi ha indicis segons els quals la situació ha millorat des de llavors, però segueixen havent-hi pràctiques en l'àmbit de la supervisió judicial que posen en perill els drets dels interns. Segons explica Amnistia Internacional en el seu informe *Frontera Sur*, "en general sembla que se segueixi internant als estrangers de forma mecànica i l'entrevista amb el jutge només sigui un tràmit per obtenir formalment l'autorització". És més, Amnistia Internacional diu haver rebut queixes segons les quals les entrevistes judicials amb els estrangers es feien de dos en dos i que durant aquestes entrevistes només es preguntava pel seu arrelament a Espanya sense cap intent d'indagar si es tracta de persones que fugien de violacions de drets humans en el seu país d'origen<sup>198</sup>.

El novembre de 2005, el Defensor del Pueblo va fer públic l'informe « La Asistencia Jurídica a los extranjeros en España » en el que es denunciaven irregularitats en l'assistència jurídica als immigrants i es critica que les persones sotmeses a procediments d'estrangeria siguin tractats com a delinqüents. L'informe també critica que siguin els jutjats d'instrucció (penals), i no els de contenciós-administratiu els que decideixen sobre l'ingrés en els CIE. Lamenta l'escassa supervisió judicial en l'expulsió o devolució dels immigrants, ja que un mateix jutge d'instrucció decideix sobre centenars d'immigrants internats per tot el país, sense conèixer les circumstàncies de cada un d'ells. També lamenta que la majoria de les vegades l'advocat no pot dirigir-se al jutge i que el fiscal no sol estar present, amb la qual cosa hi ha molt poques possibilitats de poder aportar proves i testimonis.

<sup>198</sup> Amnistia Internacional (2005), pàgina 55. Traducció pròpia.



La manca de tutela judicial efectiva en casos de privació de llibertat és en si mateixa una violació dels drets humans que a més a més pot donar lloc a altres il·legalitats, com poden ser la negació del dret a sol·licitar asil, la vulneració del principi de *non-refoulement*, abusos per part de les autoritats policials, etc.

### **Murs opacs i condicions carceràries**

D'acord amb les seves funcions i amb la normativa que els regeix, els CIE no tenen o no haurien de tenir caràcter penitenciari. De fet, l'article 60.2 LO 4/2000 estipula que "els llocs d'internament per a estrangers no tindran caràcter penitenciari, i estaran dotades de serveis socials jurídics, culturals i sanitaris. Els estrangers internats estaran privats únicament del dret ambulatori. Tanmateix, una de les crítiques més repetides que es fan als CIE és que les infraestructures i les condicions de vida es basen en models carceràries. La majoria d'aquests centres es troben de fet en instal·lacions policials, militars o penals, o en antigues presons<sup>199</sup>. Alguns observadors inclús han afirmat que les condicions legals i reglamentàries d'estància als CIE són pitjors que les dels centres penitenciaris. A banda de les deficientes condicions de detenció, es denuncia que les normes sobre els CIE són vagues en quant a que el tractament als interns és poc transparent. No hi ha un règim disciplinari comú ni una figura com el Jutge de Vigilància Penitenciari que pugui exercir una funció de control.

Després de la seva visita a Espanya el mes de març de 2005, el Comissari Europeu pels Drets Humans va manifestar "durant la meua visita als CIE, no vaig poder deixar d'apreciar certa concepció penitenciària en l'organització dels mateixos (el d'Algeciras està ubicat, de fet, en una antiga presó) i la primacia dels elements de seguretat sobre altres consideracions. És evident que aquesta opinió no és aplicable a tots els centres i que la situació d'alguns (els de Madrid i Barcelona, per exemple) millorarà substancialment amb el trasllat a les noves instal·lacions"<sup>200</sup>.

El Defensor del Pueblo també ha expressat en repetides ocasions preocupació pel fet que l'internament d'estrangers a CIE tingui massa similituds amb les condicions d'empresonament. En el seu informe anual de 2007, per exemple, es lamenta del marcat caràcter carceràrie de CIE d'Algeciras que s'ubica en l'antiga presó provincial i que no permet una estància digna als interns. En aquest sentit, el Defensor del Pueblo va reclamar mesures urgents com la substitució de reixes, la reducció del nombre d'interns per habitació (que en ocasions superava les vuit persones) o l'eliminació de mampares de vidre en el locutoris.

L'article 6.2 de l'Ordre del 22 de febrer de 1999 estipula que l'administració facilitarà especialment la col·laboració de les institucions i associacions dedicades a l'ajuda dels estrangers. Tanmateix les ONG de defensa dels drets humans es queixen de la gran dificultat en la que es troben per poder accedir als CIE i comprovar *in situ* la realitat del seu funcionament. Així ho ha manifestat l'Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía a les observacions inicials enviades al Comitè de Drets Humans amb motiu

<sup>199</sup> Acosta, M.A., "La situación en el caso de los migrantes privados de su libertad. Normativa y condiciones" a *Privación de libertad y Derechos Humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona, Icaria Editorial, 2008, pp. 297-298.

<sup>200</sup> Informe de Alvaro Gil-Robles, Comisario para los Derechos Humanos, sobre su visita a España, 10-19 de marzo de 2005 a la atención del Comité de Ministros y de la Asamblea parlamentaria, commDH(2005)8.



del 5è informe periòdic de l'Estat espanyol: "Si a la major part de les presons 'penals' es permet l'accés d'ONG, entitats relacionades i mitjans de comunicació, aquest accés està totalment prohibit de facto en el cas dels Centres d'Internament per a Estrangers, la qual cosa posa en evidència, novament, la seva condició més repressiva que la de les presons"<sup>201</sup>.

Una de les conseqüències de l'hermetisme dels CIE a la societat civil i els mitjans de comunicació és el desconeixement per gran part de la opinió pública ja no del que passa dins dels seus murs, sinó també de la seva pròpia existència.

### **El dret a la integritat física i psíquica**

No és fàcil tenir informació actualitzada sobre les condicions de detenció en els CIE ja que, com s'ha repetit, es tracta d'espais tancats a les inspeccions ciutadanes. Ocasionalment, organitzacions han tingut l'oportunitat de visitar-los i controlar els condicions d'internament però aquest control no es fa de forma sistemàtica. L'any 2003, el Comitè per a la Prevenció de la Tortura del Consell d'Europa va visitar alguns CIE. El Defensor del Pueblo ha efectuat visites de forma més regular. A través d'aquestes visites, s'han fet públiques unes situacions que generen molt dubtes en quant a la possibilitat d'exercici dels drets per part dels interns. La situació és especialment dura per a la gent gran, les dones i els menors. En aquest sentit, es denuncia una insuficiència de dispositius per afrontar les seves necessitats específiques.

Les queixes que més es repeteixen en els diferents informes són: manca d'intimitat, especialment en els lavabos i dutxes; registres corporals exhaustius; restricció del contacte amb familiars (mampares de plàstic o vidre a les sales de visita; manca d'espais de lleure i d'elements d'entreteniment (llibres, premsa, jocs de taula, etc.); manca de zones amb ombra als patis malgrat que el clima ho requereix; dormitoris amb excés d'interns; separacions homes-dones injustificades que provoquen segregacions entre familiars; deficiències higièniques i sanitàries; instal·lacions amb problemes d'humitat; manca de personal que presti atenció social als interns; etc. Un estudi sobre les detencions d'immigrants a Europa encarregat pel Parlament Europeu i realitzat l'any 2007 va qualificar les condicions d'higiene a als CIE espanyols de inhumans i degradants.

A més, la delegació del Parlament Europeu que va visitar CIE espanyols va reportar denúncies d'immigrants que asseguraven haver sofert tractes violents per part del personal de seguretat d'alguns centres, actituds irrespectuoses i depreciatives i una falta de sensibilitat envers la situació específica dels immigrants internats.

En general, els factors reflectits en els informes sobre els CIE suggereixen que les raons de seguretat segueixen primant per sobre la dignitat de la persona. Aquesta és percebuda com un delinqüent perillós que cal vigilar de prop i no com una persona que ha comès una falta administrativa i que precisament per la seva situació de confusió i incertesa pot necessitar més atenció.

---

<sup>201</sup> APDHA, *Observaciones iniciales de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía al Quinto Informe Periódico del Estado Español presentado al Comité de Derechos Humanos en lo relativo a la inmigración*, p. 3. Disponible a: [www.apdha.org](http://www.apdha.org). Traducció pròpia.



Si les instal·lacions i infraestructures del CEI presenten, en general, condicions inadequades que poden arribar a afectar la integritat física i psíquica dels interns i afectar greument el seu dret a l'intimitat, encara són més preocupants les denúncies que s'han fet públiques sobre abusos per part dels responsables de la custòdia dels centres. Les denúncies no són extrapolables a tots els centres ni al conjunt de policies responsables de CIE, però evidencien l'existència d'espais en el que són possibles extralimitacions per part dels funcionaris responsables.

Cal recordar que els policies encarregats de la vigilància dels CIE tenen potestat per fer ús de la força per mantenir l'ordre dins dels CIE. A més, l'Ordre Ministerial del 22 de febrer de 1999 no estableix un règim clar d'infraccions i sancions en els CIE. Aquest buit ha generat crítiques sobre l'inseguretat jurídica dels estrangers internats. La LO 14/2003 estableix que en cada CIE hi haurà un director responsable del seu funcionament que adoptarà mesures necessàries per garantir l'ordre i la convivència correcta entre els estrangers i assegurar que el compliment dels seus drets i de l'imposició de mesures als interns que no respectin les normes de convivència correcta o règim interior. Tanmateix, i com ja s'ha dit prèviament, no existeix un reglament disciplinar únic aplicable a tots els CIE.

El grau de discrecionalitat que el buit normatiu permet així com l'hermetisme dels CIE pot duu a situacions en que les autoritats que gestionen els CIE i els seus treballadors troben espais on són possibles abusos contra els interns. Al CIE de Màlaga, per exemple, es van denunciar abusos sexuals contra internes per part dels policies. Si bé aquest cas, per la seva gravetat, va sortir a la llum i va tenir certa repercussió mediàtica, alguns observadors temen que podrien produir-se més maltractaments en els CIE dels que es coneixen. Davant d'aquests fets, és evident que cal posar en marxa mecanismes independents i efectius de control dels CIE. Un d'aquests mecanismes hauria de ser els òrgans que es crearan en virtut del Protocol Facultatiu de la Convenció contra la Tortura i altres Tractes o Penes Cruels, Inhumans o Degradants i que hauran de tenir la potestat d'entrar a tots els llocs de privació de llibertat<sup>202</sup>.

A continuació i a tall d'exemple es presenten algunes de les principals mancances que s'han detectat en diversos CIE en els últims anys.

<b>Centre</b>	<b>Observacions</b>
Algeciras	El CPT ratifica les observacions que també ha fet el Defensor del Pueblo segons les quals el Centre dona una forta sensació d'establiment penitenciari. A més, segons el CPT, la ventilació de les cel·les és insuficient i els productes per a la higiene personal es distribueixen en quantitats insuficients. El Defensor del Pueblo també ha sol·licitat altres reformes com la reparació de les humitats i l'instal·lació de secadores per la roba dels interns, degut al alt grau d'humitat existent a la zona. També ha recomanat mesures per preservar la intimitat dels interns als lavabos. Segons les últimes informacions, s'han dut a terme algunes d'aquestes propostes.
Barcelona	La situació va tenir més repercussió pública i mediàtica després de

<sup>202</sup> Aquest Protocol Facultatiu és vigent a Espanya des del mes de juny de 2006, però el Govern encara no l'està aplicant ja que encara no s'han posat en marxa els mecanismes interns de vigilància dels llocs de privació de llibertat.



	<p>que el 2004, 60 persones internades al Centre de la Verneda van fer una vaga de fam per queixar-se de les males condicions de detenció. Unes condicions que el Defensor del Pueblo ja havia denunciat en el seu informe de 1989, alertant de que molts interns eren tancats en cel·les i a les fosques les 24 hores del dia, sense poder sortir ni per fer les seves necessitats. Segons testimonis directes, els interns van ser objecte de violència per part de la policia que va entrar al centre per reprimir la protesta, i aquells que estaven en vaga de fam van ser deportats. Després d'aquests fets, el Síndic de Greuges, amb el suport de diverses organitzacions socials i el propi Fiscal en cap del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, va demanar el tancament del Centre. El 2006, el CIE de La Verneda es va tancar i se'n va obrir un altre a la Zona Franca, en principi per oferir millors condicions als interns. Tot i així, el tinent d'alcalde d'Acció Social i Ciutadania de l'Ajuntament de Barcelona ha declarat recentment que el CIE de la Zona Franca "és una vergonya i que no pot seguir funcionant ni un dia més com a presó per a persones vulnerables"<sup>203</sup>.</p>
Fuerteventura	<p>D'acord amb els estàndards del CPT, manquen espais per als interns. Aquests no tenen cap lloc on guardar de formar permanent les seves pertinències. El Centre compta amb dos dormitoris de 260 i 290 llits que haurien de ser substituïts, segons el CPT, per unitats més petites que ofereixin als interns més privacitat. El Defensor del Pueblo també ha detectat una "total falta d'intimitat" i ha senyalat que el mòdul d'aïllament es trobava, en el moment que el va visitar, en unes condicions higièniques i d'habitabilitat deplorables. Tenint en compte el nombre rellevant de patologies infectocontagioses que es tracten en el centre i el gran nombre d'interns, el Defensor ha recomanat també millores en els serveis de neteja. A més a més, el Defensor va notar que no hi havia sales de dia. És a dir que, per manca d'instal·lacions adequades, els interns només poden estar en els dormitoris o en els patis, moltes vegades a ple sol, ja que no hi ha zones d'ombra, malgrat la climatologia de l'illa. D'altra banda, el pati no està asfaltat i fa que les instal·lacions estiguin plenes de pols i terra.</p>
Las Palmas	<p>El Defensor del Pueblo considera bo l'estat general de les instal·lacions i les condicions de salubritat i higiene adequades. Tanmateix, detecta mesures de seguretat excessivament invasives a l'intimitat dels interns, com per exemple registres corporals exhaustius. Així mateix considera poc oportú que la sala que es disposa per a les entrevistes amb els advocats tingui mampares.</p>
Madrid	<p>El Defensor del Pueblo ha detectat un dèficit de personal, tant pel que respecta a la seguretat com per l'atenció assistencial que requereixen els interns. Altres fonts han denunciat que les cel·les tenen reixes, poca llum i una ventilació deficiente. La convivència familiar hi seria difícil degut a la separació obligatòria entre homes i dones.</p>

<sup>203</sup> ADN, "Gomà: el Centro de Extranjeros de la Zona Franca no puede seguir funcionando", 26 de maig 2008.





Màlaga	S'han denunciat en reiterades ocasions pèssimes condicions d'higiene i de comoditat. S'hi ha denunciat casos d'abusos sexuals contra les internes per part del personal de seguretat. Les denúncies de males condicions de detenció del CIE presentades per ONG han originat algunes reformes.
Murcia	Segons el Defensor del Pueblo, el Centre no presenta les condicions d'habitabilitat exigides per la normativa i les instal·lacions resulten « absolutament inadequades » per a la funció que compleixen. El Defensor ha demanat inclús que se suspengui el funcionament del centre fins a la finalització de les obres d'ampliació. L'existència de mampares en els locutoris on tenen lloc les visites obstaculitza el contacte dels interns amb els seus familiars. Segons el Defensor, les raons de seguretat que es donen per justificar l'existència de la mampara no són suficients per limitar el contacte dels interns amb els seus familiars. Recorda que l'internament és una mesura cautelar per garantir l'execució d'una sanció administrativa. Finalment, recomana que els patis del Centre comptin amb zones d'ombra, tenint en compte el clima de Murcia.
Tenerife	El Defensor del Pueblo ha fet una valoració general positiva de les instal·lacions però adverteix que el centre es troba freqüentment en situació de saturació. Per descongestionar les instal·lacions s'ha col·locat una gran carpa en el pati on el calor sufocant fa que l'ambient sigui irrespirable. El Defensor tampoc considera oportú que a la seva arribada, alguns interns s'hagin de quedar en una espècie de gàbia amb reixes i fil ferro a l'espera de que es realitzin els registres oportuns. Recomana igualment que s'instal·lin zones d'ombra al pati i s'instal·lin elements que permetin preservar l'intimitat dels interns a les dutxes.
València	El Defensor del Pueblo ha detectat la necessitat de designar urgentment un treballador social i de reforçar els cursos de formació dels funcionaris policials. Presenta unes millors condicions des de les reformes.

### **Els menors en els CIE**

Els menors no poden ser ingressats en els CEI, a menys que els seus pares o tutors sol·licitin que els hi acompanyin i el Ministeri Fiscal ho autoritzi. És important que aquests Centres disposin d'espais adequats per a la presència de menors i que garanteixin la unitat i intimitat familiar.

Segons l'antic Comissari Europeu pels Drets Humans, "un dels problemes radica en l'identificació del menor com a tal, és a dir la determinació de la seva edat. A Espanya s'utilitza comunament l'anomenada proba oseomètrica que presenta problemes de fiabilitat, que han posat de manifest no només les organitzacions nogovernamentals, sinó també l'ACNUR i les mateixes autoritats espanyoles. Les crítiques a aquesta proba es refereixen bàsicament a la seva inexactitud, l'escassetat de professionals degudament preparats per practicar-la i la falta d'una supervisió adequada durant tot el



procés. Cal afegir-hi la dificultat de no disposar de facilitats de cooperació per part de les autoritats consulars del país d'origen per dur a terme una identificació efectiva i real dels menors, donant lloc a una documentació sovint fotocopiada i susceptible de falsificació. Això facilita, lògicament, la desprotecció dels menors i augmenta el risc de que acabin convertint-se en víctimes de xarxes de tràfic de éssers humans”<sup>204</sup>.

Tal i com recorda Human Rights Watch en un informe recent<sup>205</sup>, el gener de 2007, la Fiscalia General de la Comunitat de Madrid va declarar que els procediments d'identificació de menors a les Illes Canàries eren deficientes ja que alguns menors havien sigut tractats com a adults per la Policia i els jutges de les Illes. Segons s'explica, en comptes d'informar al Ministeri Fiscal de la presència d'aquests menors, aquests van ser tractats com a adults i es va dictar ordre d'internament i expulsió, en presència d'un advocat. Aquest tracte no només s'hauria imposat a persones que físicament aparentaven ser menors però que afirmaven el contrari, si no també a joves que van afirmar ser menors d'edat, inclús a un nen de vuit anys i un altre de deu a qui les autoritats no van sotmetre mai a una prova de determinació de l'edat.

## Conclusions

Cada cas és únic i l'impacte físic i psíquic que té una mesura de privació de llibertat com és l'internament en un CIE depèn molt de les circumstàncies de cada persona. Però les denúncies que s'han anat fent sobre les condicions d'aquest internament evidencien que repercuten sobre la dignitat de les persones. Són denúncies que no haurien de tenir cabuda en un estat de dret que es basa en el respecte dels drets humans. Si bé hi ha indicis que les condicions de vida i les instal·lacions han millorat en alguns CIE en els últims anys, la tendència europea a recórrer automàticament a l'internament dels estrangers “no desitjats” no fa més que agreujar les preocupacions expressades fins ara per part d'ONG i institucions de defensa dels drets humans. D'altra banda, no sembla que les instal·lacions utilitzades a Espanya per l'internament d'estrangers estiguin preparades per a estàncies de fins a 18 mesos.

Un primer pas per mitigar les vulneracions dels drets humans en els CIE, més enllà de les consideracions sobre si aquests haurien d'existir o no, és trencar l'opacitat dels seus murs, crear mecanismes de vigilància i permetre l'accés regular de les associacions que ho sol·liciten. En aquest sentit la nova campanya impulsada des de Migreurop per a la fiscalització dels llocs d'internament per a estrangers és una iniciativa molt benvinguda. A més a més d'utilitzar les vies judicials per presentar denúncies, l'esforç de sistematització i publicació de les queixes sobre els CIE ha d'anar encaminat a informar tant els polítics que ens representen com organismes internacionals de drets humans, com a conscienciar la opinió pública.

---

<sup>204</sup> Gil Robles (2005)

<sup>205</sup> Human Rights Watch, *Responsabilidades no bienvenidas. España no protege los derechos de los menores extranjeros no acompañados en las Islas Canarias*, Human Rights Watch, 2007.



## CONCLUSIONS DEL SEMINARI.

Les conclusions de les Jornades es van realitzar a càrrec de Gonzalo Escobar, membre de SOS Racisme, i de la seva aportació podem destacar els següents punts:

- La jornada ha posat de manifest diferents aspectes de les legislacions europees i de l'aplicació que se'n fa a l'hora de combatre el racisme i la xenofòbia.
- En primer lloc, cal assenyalar que ens trobem davant d'un problema complex, que supera els límits de la legislació i abraça tots els àmbits socials. És doncs, també un problema de política social i de conscienciació democràtica i antiracista.
- En segon lloc, tot i que en la majoria dels casos les diferents legislacions europees no són suficient extenses ni poden donar suficient cobertura a tots els casos de discriminació, cal dir que la feina dels qui apliquen les lleis i la seva presa de consciència en vers la problemàtica racista són fonamentals per a que la lluita antiracista doni millors resultats.
- Els Centres d'Internament per a Estrangers són un espai difús on el dret és difús. La seva existència no fa altra cosa que seguir vulnerant drets humans i que, per tant, cal la seva eradicació.
- La lluita contra el racisme i la xenofòbia no s'ha de deixar només en mans dels legisladors, de les lleis i dels qui les apliquen, és feina de tots vetllar per a que hi hagi una veritable conscienciació de que els actes racistes i xenòfobs no són gratuïts, perquè d'ells se'n desprenen unes clares conseqüències socials que afecten a la convivència de tots i totes.



S.O.S. RACISME

# El racisme i la xenofòbia a les societats democràtiques

manifestacions i eines per combatre-les

Seminari, 22 d'octubre del 2008 – Barcelona



## El racisme i la xenofòbia a les societats democràtiques

manifestacions i eines per combatre-les

22 OCTUBRE 2008 · UPF · BCN

Des de SOS Racisme volem analitzar les eines d'intervenció jurídica de les que es doten la UE i els països membres per combatre el racisme i la xenofòbia i l'aplicació que se'n fa d'aquestes. També volem analitzar la mostra més flagrant i més contradictòria amb els valors democràtics del racisme institucional que es deriva dels marcs legals i polítics europeus, que és l'existència de Centres d'Internament per a estrangers.

L'objectiu és que la jornada sigui un espai de denúncia alhora que de reflexió i proposta a partir de l'anàlisi comparat.

9h a 9.30h Inscripcions

9.30h a 10h Benvinguda i presentació a càrrec de:

Xavier Badia i Cardús, Director de la Oficina de Promoció de la Pau i dels Drets Humans de la Generalitat de Catalunya  
José Juan Moreso, rector de la Universitat Pompeu Fabra  
Begoña Sánchez, Directora de SOS Racisme-Catalunya

10h a 11.45h

### Taula 1: Legislacions europees per combatre el racisme i la xenofòbia

Els països membres de la UE tenen una sèrie de legislacions per fer front al racisme i la xenofòbia, aquestes van des dels Còdix Penals fins les normatives antidiscriminatòries europees. Així com, recomanacions fetes pel Tribunal Europeu de Drets Humans i el Consell d'Europa, però aquest marc legal no evita que moltes actuacions quedin impunes. En aquesta taula realitzarem un anàlisi comparat de quines són les eines legals i el procés de creació d'aquestes a l'Estat espanyol, França, Holanda i Alemanya.

Ponents:

Nils Meyer-Abich M. A., advocat d'Hamburg, col·laborador científic de la càtedra de Dret Penal, Dret Processal, Dret comparat, Dret Penal Europeu i Internacional a la Universitat de Georg August de Göttingen (Alemanya).

GISTI (Grup d'informació i suport als immigrants), Jean Eric Maïabre, Advocat

Dra. Ineke van der Valk, investigadora especialitzada en racisme i relacions ètniques. Col·laboradora del Dutch Center for Social Development.

Dra. M<sup>a</sup> Luisa Maqueda Abreu, Catedràtica de Dret de la Universitat de Granada

Moderador:

Aida Torres, Professora de Dret Constitucional a la Universitat Pompeu Fabra

16h a 17.45h

### Taula 3: Centres d'Internament a Europa

Les mateixes estructures legislatives i polítiques de les societats europees practiquen un racisme institucional, més enllà de les pròpies legislacions d'estrangeria, la mostra més flagrant i més contradictòria en una societat democràtica és l'existència dels Centres d'Internament d'Estrangers (CIES). Volem analitzar què significa l'existència d'aquests centres a Europa, una societat democràtica, suposadament al capdavant dels drets i les llibertats. Coneixerem la tasca de denúncia dels CIES impulsada a França i la situació dels CIES que es creen més enllà de les fronteres europees com a resultat de la política d'externalització de fronteres, en concret a Líbia.

Ponents:

D. Luis Nieto, Jutge de menors d'Àvila

Fortresseurope, Gabrielle del Grande

Migreurop, Olivier Clochard

Sabina Puig, Professora associada a Practicum en Protecció Internacional dels Drets Humans de la UPF

Moderador:

Isabel Martínez Luna, SOS Racisme-Catalunya

12.15h a 14h

### Taula 2: Denúncia del racisme i la xenofòbia per via judicial

A nivell judicial els casos de racisme topen amb moltes dificultats per una bona resolució: la dificultat de demostrar i aplicar l'agreujant de racisme, la no aplicació de les directives europees antidiscriminatòries, a voltes la manca de sensibilitat del món judicial, el paper de la fiscalia, etc. Reflexionar sobre el món judicial i els mecanismes de l'Estat de dret davant els casos de racisme i xenofòbia és fonamental per evitar la desprotecció de les víctimes. Volem avaluar l'eficàcia de la via judicial en la resolució de casos de racisme i xenofòbia. A la taula es parlarà sobre: la necessitat d'una fiscalia especialitzada, les dificultats legals existents, el paper del Tribunal Europeu de Drets Humans en la lluita contra el racisme.

Ponents:

Aurelia Álvarez, Profesora Titular de Derecho Internacional privado de la Universidad de León

D. Santi Vidal, Magistrat de la Sala penal de l'Audiència provincial de Barcelona i coordinador pedagògic de l'àrea de Drets Humans i Ètica Policial de l'EPC-Mossos d'Esquadra

D. Javier Hernández, Magistrat de l'Audiència Provincial de Tarragona i Professor Conferenciant de Dret Constitucional de la UPF

Iñigo Ortiz de Urbina, Professor visitant de l'Àrea de Dret Penal de la UPF

Moderador:

Gonzalo Escobar, SOS Racisme-Catalunya

Conclusions 17.45h a 18.15h

a càrrec de: Gonzalo Escobar, SOS Racisme-Catalunya

Clausura de les jornades 18.15h a 18.30h

a càrrec de: Isabel Martínez Luna SOS Racisme-Catalunya

### Fitxa tècnica

Data: 22 d'octubre del 2008

Lloc: Auditori Estació de França de la UPF (Passatge Circumval·lació, 8)

Preu: gratuït, places limitades.

Inscripcions: per correu electrònic (sosracisme@sosracisme.org) o bé per telèfon (93.301.05.97). La reserva es realitzarà per ordre d'inscripció.

Més informació a [www.sosracisme.org](http://www.sosracisme.org)

Hi haurà servei de traducció anglès / francès / castellà / català

Organitza:



SOS Racisme-Catalunya  
c. Hospital, 49 Ppal  
08001 Barcelona  
T: 93 301 05 97  
sosracisme@sosracisme.org  
www.sosracisme.org

Amb la col·laboració de:



Amb el suport de:

Generalitat de Catalunya  
Departament d'Interior,  
Relacions Institucionals i Participació  
Oficina de Promoció de la Pau  
i dels Drets Humans





S.O.S. RACISME

# El racisme i la xenofòbia a les societats democràtiques

manifestacions i eines per combatre-les

Seminari, 22 d'octubre del 2008 – Barcelona



# El racisme i la xenofòbia a les societats democràtiques

manifestacions i eines per combatre-les

22 OCTUBRE 2008 · UPF · BCN



Auditori Estació de França de la UPF (Passeig Circumval·lació, 8)

Des de SOS Racisme volem analitzar les eines d'intervenció jurídica de les que es doten la UE i els països membres per combatre el racisme i la xenofòbia i l'aplicació que se'n fa d'aquestes. També volem analitzar la mostra més flagrant i més contradictòria amb els valors democràtics del racisme institucional que es deriva dels marcs legals i polítics europeus, que és l'existència de Centres d'Internament per a estrangers.

L'objectiu és que la jornada sigui un espai de denúncia alhora que de reflexió i proposta a partir de l'anàlisi comparat.

9h a 9.30h

Inscripcions

9.30h a 10h

Benvinguda i presentació

10h a 11.45h

**Taula 1:** Legislacions europees per combatre el racisme i la xenofòbia

12.15h a 14h

**Taula 2:** Denúncia del racisme i la xenofòbia per via judicial

16h a 17.45h

**Taula 3:** Centres d'Internament a Europa

17.45h a 18.15h

Conclusions

18.15h a 18.30h

Clausura de les jornades

més informació sobre el contingut del programa i inscripcions a [www.sosracisme.org](http://www.sosracisme.org)

Organitza:



SOS Racisme-Catalunya  
c. Hospital, 49 Ppal  
08001 Barcelona  
T: 93 301 05 97  
sosracisme@sosracisme.org  
www.sosracisme.org

Amb la col·laboració de:



Amb el suport de:

Generalitat de Catalunya  
Departament d'Interior,  
Relacions Institucionals i Participació  
**Oficina de Promoció de la Pau  
i dels Drets Humans**





**S.O.S. RACISME**

## **El racisme i la xenofòbia a les societats democràtiques**

**manifestacions i eines per combatre-les**

Seminari, 22 d'octubre del 2008 – Barcelona